

# ¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías sobre los fundamentos y fines de la pena?

## Reflexiones en torno a la dirección político criminal de nuestro sistema penal

**Viviana Caruso Fontán**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal. Universidad Pablo de Olavide*

---

CARUSO FONTÁN, VIVIANA. ¿Qué pueden aportar a día de hoy las teorías sobre los fundamentos y fines de la pena? Reflexiones en torno a la dirección político criminal de nuestro sistema penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-24, pp. 1-45.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-24.pdf>

**RESUMEN:** Existe una multitud de posturas dogmáticas en torno al fundamento y justificación de la sanción penal, no obstante, este grado de desarrollo teórico no parece ir acompañado por una legislación penal de lineamientos coherentes. En este trabajo se discute cómo deben actuar las teorías de la pena a la hora de determinar la medida de la sanción penal y en el momento de decidir sobre la conveniencia de recurrir a consecuencias jurídicas de duración indeterminada. Para ello se revisará la evolución de las teorías de la pena indagando sobre la ideología que ha dado lugar a estas ideas a lo largo de la historia. Se trata en todo caso de examinar el adecuado equilibrio que debe existir entre la culpabilidad y la prevención en relación a las consecuencias jurídicas del delito.

**PALABRAS CLAVE:** Pena, fundamento, culpabilidad, prevención, determinación, prisión permanente.

**TITLE:** What can today provide the theories about the bases and penalty purposes? Reflections on the criminal political direction of our penal system

**ABSTRACT:** There is a multitude of dogmatic positions based on the grounds and justification of the criminal sanction, however, this degree of theoretical development does not seem to be accompanied by a criminal legislation of coherent guidelines. This paper discusses how the theories of punishment should act when determining the measure of criminal sanction and when deciding on the advisability of resorting to legal consequences of indeterminate duration. For this purpose, will be reviewed the evolution of the theories of punishment and we will investigate the ideology of these theories throughout history. In any case, we pretend to examine the proper balance that must exist between guilt and prevention in relation to the legal consequences of crime.

**KEYWORDS:** Punishment, base, aims, guilt, prevention, determination, life imprisonment.

Fecha de publicación: 26 diciembre 2019

Contacto: [vcarus@upo.es](mailto:vcarus@upo.es)

*SUMARIO: I. Introducción. II. Sobre los lineamientos ideológicos que subyacen a las teorías de la pena. a) El rol antagónico de la peligrosidad objetiva y subjetiva. b) La época del consenso y la re-dignificación de la persona. c) El funcionalismo y el nacimiento del llamado “Derecho penal del enemigo” d) Las ciencias sociales y las teorías expresivas de la pena. e) La irrupción de los derechos de las víctimas en la nueva Política Criminal. f) El renacimiento de la retribución. III. Sobre la medida de la pena. a) ¿Equilibrio entre culpabilidad y prevención? b) La culpabilidad en la determinación legal y judicial de la pena. c) Sobre el significado de la proporcionalidad. IV. Los fines de la pena en el Código penal español. a) La pena de prisión permanente revisable. b) La ruptura del sistema dualista: la medida de libertad vigilada. c) El reclamo constante: la reforma de los delitos contra la libertad sexual. d) El Derecho penal como instrumento de solución de los males sociales V. Conclusiones. Bibliografía.*

---

## **I. Introducción**

La cuestión sobre el fundamento y los fines de la pena ha sido objeto de innumerables debates científicos durante siglos y continúa, a día de hoy, estando en el foco de una buena parte de las controversias que ocupan a los estudiosos del Derecho penal, la filosofía y las ciencias sociales. A lo largo de esta evolución, de las teorías monistas clásicas se pasó a las teorías de la unión, para dar lugar posteriormente a la reinvencción de viejas posturas maquilladas y a la llegada de las teorías expresivas de la pena.

La necesidad de responder a la pregunta sobre la legitimación y la justificación de la pena deviene, sin lugar a dudas, en una necesidad imperiosa, razón por la cual no es posible cuestionar la utilidad de los medios empleados en aclarar qué razones facultan al Estado a imponer un mal al autor de un delito. No obstante, entendemos que estos esfuerzos académicos no pueden verse relegados al papel, sino que deben jugar un rol decisivo en la puesta en práctica de la represión penal. En esta línea, consideramos que las teorías de la pena constituyen el marco teórico sobre cuya base se deben determinar de forma efectiva la cualidad y cantidad de la pena a aplicar.

A nuestro criterio, este no es el panorama que presenta la legislación española actual, cuyas normas parecen responder a distintos lineamientos que son aplicados de acuerdo a las conveniencias de turno. Sin lugar a dudas, el ejemplo más sangrante de esta situación podemos encontrarlo en la reforma acaecida en el Código penal en 2015. Así, en relación a la incorporación de la pena de prisión permanente revisable, la Exposición de Motivos de la Ley 1/2015 de reforma del Código penal argumenta lo siguiente:

“...podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad – asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad– en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la

imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente) ...”

El interrogante que emerge de estas afirmaciones se refiere a la finalidad a la cual puede responder la incorporación de una pena de duración indeterminada. A la vista de esta normativa resulta difícil no recordar las palabras de Ferri cuando sugería que cuando el juez “condena a un delincuente, por ejemplo, a nueve años, siete meses y veinte días de reclusión aparece claro lo absurdo del sistema, como sería absurdo que el médico en la puerta del hospital fijara de antemano los meses y los días de permanencia del enfermo en el establecimiento, en términos tales, que tuviera que permanecer en él todo ese tiempo, aunque antes de cumplirse se encontrara ya curado, debiendo, en cambio salir al término del plazo, aunque la curación no se hubiera conseguido”<sup>1</sup>. Tras esta reflexión la respuesta no puede ser otra que afirmar que la pena de prisión permanente responde a criterios de prevención especial negativa, esto es, que pretende segregar al delincuente considerado “incurable” hasta tanto no se demuestre que se ha “curado” de su peligrosidad.

Llegar a una conclusión sobre la dirección político criminal que encauza la actividad del Estado requiere que se indague acerca del objetivo al que responden las normas del Ordenamiento jurídico que establecen consecuencias jurídicas a los infractores del sistema. Esta tarea constituye el primer paso para poder proceder a valorar, con posterioridad, la conveniencia del camino elegido. No abordaremos en este momento una completa revisión de las distintas posturas defendidas a lo largo de la historia, no sólo porque ello desbordaría las pretensiones de este trabajo sino también porque supondría una innecesaria repetición de una cuestión tratada hasta la saciedad; no obstante, nos proponemos dedicar las páginas siguientes a sistematizar las ideas defendidas y los lineamientos ideológicos a los que han respondido, ya que ello nos permitirá proponer un camino que no suponga una repetición inútil de los errores del pasado.

## II. Sobre los lineamientos ideológicos que subyacen a las teorías de la pena

Desde un punto de vista abstracto, la pena es un mal, una privación de bienes, con el que se amenaza; y, desde un punto de vista concreto, la pena es un mal que se impone por la comisión de un delito<sup>2</sup>. Sin embargo, la constatación de que la pena es un mal, no responde a las preguntas sobre la justificación y función de la pena. Se podría sostener que la pena se justifica por su necesidad como instrumento

<sup>1</sup> FERRI, E.: *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y Delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia*, 1ª edición, traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1933, pág. 310.

<sup>2</sup> Véanse: MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª edición, Buenos Aires, 2002, pág. 79; MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*, 2ª edición, Buenos Aires, 2001, págs. 69 y ss. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Valencia, 2010, pág. 46 y ss. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981, págs. 191 y ss.

indispensable para posibilitar la convivencia de las personas en una comunidad. Como se ha señalado reiteradamente, se trata de “una amarga necesidad”, sin la cual la convivencia humana en la sociedad actual sería caótica<sup>3</sup>, sólo por ello ya podríamos dar por sentada su existencia. No obstante, esta idea no agota el problema del fundamento ni aporta nada en relación a los fines que persigue, como así tampoco a lo relativo a la cualidad y cantidad de la sanción a aplicar. El fin de las penas es una cuestión que debe ser estudiada de forma conjunta con las circunstancias históricas que han rodeado a cada sociedad, ya que serán estas circunstancias las que determinarán la ideología que subyace a cada una de las medidas.

#### a) *El rol antagónico de la peligrosidad objetiva y subjetiva*

A los autores de la ilustración les tocó la ardua tarea de plantear las bases jurídicas que permitieran al mundo alejarse de la barbarie. En este contexto sólo era posible construir la legitimidad de la pena en torno a consideraciones utilitaristas. Por entonces, era necesario huir de la idea de la venganza sangrienta y utilizar la pena con el fin de que los ciudadanos se sientan intimidados y se inhiban de cometer hechos delictivos<sup>4</sup>. Por entonces, sólo una pena orientada a un fin legítimo podía ser considerada como una legítima limitación de la libertad<sup>5</sup>.

El correr de los años y la consolidación de las ideas del iluminismo dieron paso a la escuela clásica que centró sus esfuerzos en el desarrollo de categorizaciones abstractas que permitieron construir las bases de la teoría jurídica del delito y de la pena. Ya en esos años estaban lejanos los recuerdos de las atrocidades del Antiguo Régimen y las prioridades habían cambiado radicalmente. Por entonces, el idealismo alemán pone en duda la capacidad legitimante de la finalidad preventiva remarcando la idea de que la persona es un fin en sí misma y no puede ser un medio para alcanzar otros fines. Lo que justifica la pena es la justicia de la misma, su proporcionalidad con el mal causado por el delito. Para la teoría absoluta, o teoría de la retribución, la pena se concibe como una consecuencia tan necesaria del delito como el efecto en relación con la causa<sup>6</sup>. Esta premisa dará lugar, con posterioridad, a distintas concepciones con diferencias substanciales en sus planteamientos.

<sup>3</sup> Por todos, MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*, 2ª edición, ob. cit., pág. 70.

<sup>4</sup> El desarrollo más destacable de este planteamiento se debe a Paul Johann Anselm von Feuerbach. FEUERBACH, A. V.: *Tratado de Derecho penal*, traducción al castellano de la 14ª edición alemana por E. R. Zaffaroni e I. Hagemeyer, Buenos Aires, 1989, págs. 60 y 61.

<sup>5</sup> BACIGALUPO, E.: “Sobre la ideología de las teorías de la pena”, en *Circunstancia: Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, nº 16, 2008.

<sup>6</sup> Kant considera que la necesidad absoluta de pena se deriva de un mandato incondicional de la justicia que no admite valoraciones y excepciones. La pena debe imponerse cada vez que se cometa un delito y no hacerlo supone un fracaso. La Ley penal es un imperativo categórico y la pena debe imponerse sólo porque se ha delinquido, aun cuando ésta resulte innecesaria para el bien de la sociedad. Kant ilustra esta idea con su famoso ejemplo de la isla, en el que expresa lo siguiente: “... aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se

La teoría de la retribución moral desarrollada por INMANUEL KANT parte del presupuesto de la existencia de libertad de voluntad o libre albedrío. Según esta concepción, el hombre es libre de tomar sus propias decisiones, por lo que cuando toma la determinación de actuar en contra del Derecho, es decir, de delinquir, se convierte en un sujeto culpable y esa circunstancia le hace merecedor de una pena. Para esta teoría, por tanto, la aplicación de la pena se fundamenta única y exclusivamente en el principio de culpabilidad, por lo que pena justa será aquella cuya medida resulte adecuada para que el autor pueda pagar el mal uso de su libertad<sup>7</sup>. Por otra parte, de acuerdo a esta concepción, la aplicación de una pena no puede responder a ningún otro objetivo que no sea la realización de la justicia o el mantenimiento del Derecho. La imposición de una pena para satisfacer fines preventivos podría implicar la negación de la dignidad del hombre, en cuanto supone su utilización para la satisfacción de fines de utilidad social<sup>8</sup>. El hombre es un fin en sí mismo y su dignidad impide, por tanto, que sea utilizado como un medio, no importa si es para conseguir fines que le sean propios o ajenos. En segundo término, encontramos la teoría de la retribución jurídica de HEGEL según la cual el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico y que resulta negada por la voluntad especial del delincuente<sup>9</sup>.

encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia". KANT, I.: *La metafísica de las costumbres*, traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Canal Sancho, Madrid, 1989, pág. 168.

<sup>7</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. "¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?", en *La idea del fin en Derecho Penal*, (nota introductoria), Granada, 1995, pág. 12.

<sup>8</sup> A pesar de ello, se ha señalado que a partir de las palabras de Kant puede observarse que éste sí admitía la obtención de provechos derivados de la pena, aunque "antes de que se piense en sacar algún provecho" primero ha de haberse juzgado al sujeto digno de castigo. Kant también admitía frente a casos extremos y sólo cuando la supervivencia de la sociedad estuviera en juego, que se renunciara a la pena justa y ésta fuera sustituida por otra más benévola, con lo que, en su opinión, la justicia cedería por razones de utilidad. CASTRO MORENO, A. *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Madrid, 2008, pág. 29.

<sup>9</sup> La pena se concibe, así, como una manifestación más del proceso dialéctico que Hegel defendía: afirmación (el ordenamiento jurídico como voluntad general), negación (el delito como manifestación de una voluntad particular) y la negación de la negación (la pena que restaura el orden jurídico negado por el delito). De acuerdo a la concepción defendida por Hegel, el delincuente, al intentar la destrucción del derecho de otros, erige la violencia en Ley, y a ella sucumbe; en lo que se ve cuán irracional, y con ello, cuán irreal, es su conducta. Así, la pena es una especie de retorsión de la propia negación del derecho que el delincuente llevara a cabo; una voluntad racional, al querer la violación del derecho, es como si quisiera la pena. Así vista, la pena aparece como la negación de la pretendida negación del derecho; es la demostración de su irrealidad y, con ello, el restablecimiento del imperio inatacable del derecho. De ahí su necesidad absoluta. Al respecto: MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, ob. cit., págs. 49 y 50; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *Sobre el concepto de Derecho penal*, ob. cit., págs. 202 y 203. SOLER, S.: *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1963, pág. 327. Por otro lado, la teoría de las normas que desarrollara Karl Binding también se basa en la fundamentación absoluta de la pena. Este autor propone una separación nítida de las dos partes que componen el precepto penal. La primera de ellas se refiere a la norma penal que define el supuesto de hecho, y que va dirigida a los ciudadanos, prohibiéndoles llevar a cabo la conducta descrita y la segunda, referida a la ley penal, contiene la pena y estaría destinada a los

Entre los aspectos positivos que caracterizan a la teoría de la retribución, sin duda el más destacado se refiere a la exigencia de proporcionalidad entre el delito y la pena, que se predica como consecuencia lógica y necesaria de estas concepciones. Se trata de establecer una garantía para los ciudadanos, un límite rígido frente a la posible pretensión de instrumentalización del individuo para alcanzar otros fines, conforme al cual la gravedad de la pena no puede rebasar la que determine la gravedad del delito, ni siquiera por consideraciones preventivas y utilitarias que puedan estimarse de la mayor trascendencia. Este aspecto de garantía para el individuo frente a los posibles abusos del Estado, que se encuadra en un contexto de ideas que patrocina una elevada consideración de la dignidad humana y la negativa a la instrumentalización del ser humano constituye, sin duda alguna, una aportación muy valiosa de las teorías absolutas de la pena<sup>10</sup>. A pesar de ello, el contexto histórico en el que se desarrollaron estas ideas determinó que esta visión de la pena no impidiera a los autores defender la pena de muerte o la consideración del penado como un esclavo<sup>11</sup>.

El pensamiento antagónico a la escuela clásica comenzó su desarrollo en Italia de la mano de la escuela de LOMBROSO. Este médico cirujano que desarrolló sus teorías a partir de las conclusiones obtenidas en las autopsias que realizaba a delinquentes, dio lugar a una asociación entre delincuencia y enfermedad que tuvo consecuencias por entonces insospechadas, y cuya vigencia no termina de estar superada a día de hoy. Estos autores pretendían poner de manifiesto las insuficiencias de la Escuela clásica y, particularmente, que los hombres no son libres para autodeterminarse frente a las normas, sino que en su decisión influyen otros muchos factores antropológicos, psíquicos y sociales<sup>12</sup>. Para estos autores, la pena no tiene ninguna razón de ser como retribución, sino que se trata solamente de un medio de defensa. El delito constituye un ataque a las condiciones de existencia de los organismos que conforman la sociedad y, por ello, es necesario que exista una reacción. Consecuentemente, estos autores sustituyen el principio jurídico de la responsabilidad moral - fundada en la voluntad libre y en la inteligencia normal humanas, esto es, en la culpabilidad por los actos cometidos- por el principio de la responsabilidad social o legal de los individuos, es decir, por aquella responsabilidad que deriva del hecho de

aplicadores del Derecho, es decir, a los jueces, a quienes se les ordena aplicar la pena en caso de realización del comportamiento típico. A través de esta distinción, Binding pretende deshacer el efecto conminatorio de la pena, al no ir ésta dirigida a los ciudadanos. Al respecto: CASTRO MORENO, A.: *El por qué y el para qué de las penas...*, ob. cit., pág. 24.

<sup>10</sup> Véanse: MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, ob. cit., págs. 50 y 51. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *Sobre el concepto de Derecho penal*, ob. cit., pág. 204. DURÁN MIGLIARDI, M.: "Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional", en *Política Criminal*, vol. 4, nº 8, diciembre 2009, pág. 277, (disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992009000200001&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992009000200001&script=sci_abstract) visto: 4/3/2019).

<sup>11</sup> BACIGALUPO, E.: "Sobre la ideología de las teorías de la pena", ob. cit.

<sup>12</sup> Véase: CASTRO MORENO, A.: *El por qué y el para qué de las penas...*, ob. cit., pág. 87.

vivir en sociedad y que se funda solamente en necesidades de defensa<sup>13</sup>. Al negar el libre albedrío del hombre, la escuela positivista concibe a la pena como un verdadero tratamiento sanitario, que no va a buscar su causa en la culpa por el hecho, sino en la peligrosidad del individuo<sup>14</sup>.

Herederero de estas concepciones será VON LISZT<sup>15</sup>, el padre de la prevención especial, quien formulara la conocidísima clasificación tripartita de delincuentes que permitiera aclarar la forma en la que debía reaccionar la justicia adaptando la cantidad y cualidad de la pena frente a las necesidades de cada caso<sup>16</sup>. Central en la concepción de VON LISZT será la misión de la pena, que deberá actuar sobre el delincuente de forma adecuada a las peculiaridades del mismo. El programa de Marburgo defiende la idea de que la pena justa es la pena necesaria. De tal forma, la necesidad metafísica de la pena defendida por la escuela clásica, que derivaba del imperativo de justicia fue reemplazada por la necesidad política impuesta por la defensa ante el delincuente peligroso<sup>17</sup>. Así concebida la pena, no se dirigirá contra el delito sino contra los delincuentes<sup>18</sup>, y no encontrará su razón de ser en la culpabilidad por el hecho, sino en la incapacidad del delincuente<sup>19</sup>.

No cabe duda de que la excesiva preocupación de los autores de la época por solucionar el problema del “delincuente habitual peligroso” fue el resultado del nacimiento de una clase burguesa acomodada que pretendía salvaguardar su bienestar del peligro que implicaba una chusma hambrienta. No es casual que VON LISZT fuera miembro del Partido Popular Progresista, el cual nació en 1910 con el fin de unificar a los partidos liberales representados en el Parlamento alemán. Entre los objetivos principales de este partido se encontraban la ampliación de la influencia de la potente burguesía alemana y un aumento de las libertades políticas. El Partido Popular Progresista representaba principalmente los intereses del comercio,

<sup>13</sup> Véase: NÚÑEZ, R. C.: *Derecho Penal Argentino. Parte General (I)*, Buenos Aires, 1959, pág. 59.

<sup>14</sup> Con diferentes matices, esta idea fue defendida por diversas tendencias en distintos países, pudiendo destacarse el Correccionalismo español, la Escuela Positiva italiana, el Movimiento de la Defensa Social y la Escuela Sociológica alemana. Al respecto: CARUSO FONTÁN, M. V.: *El delincuente imputable y peligroso. Cuestiones de Política Criminal*, Valencia, 2014, pág. 19 y ss.

<sup>15</sup> Debido, precisamente, a los excesos en que incurrieron el positivismo y el correccionalismo, proponiendo la desaparición del concepto de pena y la completa sustitución del mismo por la medida de seguridad o corrección indeterminada, terminó imponiéndose, aun de forma tardía, y no sin obstáculos y dificultades, el planteamiento algo más moderado de Von Liszt, máximo exponente de la Escuela Sociológica Alemana, que aunque también otorgó absoluta prioridad al fin preventivo-especial, no renunció a los conceptos de pena y culpabilidad. Véase: VON LISZT, F.: *La idea del fin en Derecho penal, Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*, (Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, Traducción de Carlos Pérez del Valle), Granada, 1995, pág. 83 y ss.

<sup>16</sup> VON LISZT, F.: *La idea del fin en Derecho penal*, ob. cit., pág. 83 y ss. Al respecto, ampliamente: STÄCKER, T.: *Die Franz von Liszt-Schule und Ihre Auswirkungen auf die deutsche Strafrechtsentwicklung*, Baden-Baden, 2012, pág. 35.

<sup>17</sup> BACIGALUPO, E.: “Sobre la ideología de las teorías de la pena”, ob. cit.

<sup>18</sup> VON LISZT, F.: *La idea del fin en Derecho penal, Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*, ob. cit., pág. 83.

<sup>19</sup> Véase: BOCKELMANN, P.: “Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des allgemeinen Teils”, en *ZStW*, n° 81, 1969, pág 597.

la industria de exportación, la banca, los artesanos y los industriales<sup>20</sup>. Con ello, la idea moral de la persona desarrollada por el idealismo alemán fue seriamente relativizada a partir del descubrimiento de la peligrosidad<sup>21</sup>. Como en tantas otras ocasiones se trató de criminalizar la pobreza<sup>22</sup>.

Indudablemente, uno de los defectos más graves de la prevención especial consiste en que no proporciona un límite a la magnitud de la pena. En efecto, si se pretende ser consecuente con este planteamiento, deberían introducirse penas o medidas de duración indeterminada, reteniendo a los condenados hasta que estuviesen resocializados, con independencia de la gravedad del hecho cometido<sup>23</sup>. Así, la pena podría perder toda relación con la gravedad del delito cometido y la culpabilidad del autor. Si la duración de la pena o del tratamiento (dependiendo de la concepción preventivo-especial que se considere) estuviera exclusivamente ligada al éxito de la resocialización del delincuente, es decir, a la eliminación de su peligrosidad, un sujeto que ha cometido un delito de escasa entidad podría permanecer privado de su libertad de forma indeterminada sólo en función de lo que determine un pronóstico de peligrosidad. Es necesario recordar que este pronóstico de peligrosidad es un juicio de probabilidad y que, como tal, está sujeto a altas dosis de inseguridad. No cabe duda de que esta situación podría verificarse, con gran asiduidad, frente a sujetos que pertenezcan a ámbitos marginales, donde el ambiente criminógeno en el que desenvuelven y las pocas posibilidades de salir de este círculo pueden llevar a suponer una alta posibilidad de reincidencia. De forma totalmente contraria, los postulados preventivo-especiales llevarían a la aplicación de penas irrisorias en caso de los llamados delincuentes de “cuello blanco”, al tratarse de sujetos perfectamente integrados en la sociedad y, por tanto, no necesitados de resocialización<sup>24</sup>. Al respecto, es pertinente recordar que los delitos eco-

<sup>20</sup> LÖSCHE, P.: *Kleine Geschichte der deutschen Parteien*, Stuttgart, 1993, pág. 48.

<sup>21</sup> BACIGALUPO, E.: “Sobre la ideología de las teorías de la pena”, ob. cit.

<sup>22</sup> En España no faltaron autores que intentaron cambiar las bases retributivas instaladas en los Códigos penales de la época buscando una “subjetivación” del Derecho penal. Estos intentos dieron sus frutos con la aprobación de la Ley de Vagos y Maleantes y la posterior Ley de Rehabilitación Social. Así, una norma desarrollada por un gobierno Republicano fue tristemente utilizada por una dictadura de derechas para limpiar a la sociedad de elementos indeseables. Una honrosa excepción a esta regla la constituyó la postura defendida por Dorado Montero. Este autor combinó los postulados del positivismo criminológico italiano y la escuela correccionalista española defendiendo que la administración de justicia debía ser una verdadera “cura de almas” que debía responder al único objetivo de ayudar a los delincuentes. Se refirió, así, al “Derecho Protector de las Criminales” alejando de su propuesta cualquier atisbo de segregación. No es de extrañar que su teoría haya sido calificada como “utópica” y que no haya llegado a ser puesta en práctica en nuestra Legislación.

<sup>23</sup> ROXIN, C.: “Sentido y límites de la pena estatal” en *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, 1976, pág. 16; del mismo, *Derecho penal. Parte general*, T. I, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal) Madrid, 1999, pág. 88.

<sup>24</sup> La misma situación podría planearse en el caso de delitos pasionales, donde la excepcionalidad de la situación podría llevar a suponer que la conducta no volvería a repetirse. OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J.: “Las consecuencias jurídicas del delito”, en Molina Blázquez, M. C. (coord.): *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 2005, pág. 28.



nómicos que suelen ser cometidos por este tipo de sujetos pueden llegar a provocar perjuicios mucho mayores que los hurtos o robos que protagonizan los llamados “incorregibles”<sup>25</sup>.

### b) *La época del consenso y la re-dignificación de la persona*

Como no podía ser de otra manera, la gravedad de los hechos que tuvieron lugar durante el período nazi marcó irremediamente todo el acontecer jurídico –tanto teórico como práctico- de las décadas siguientes en Alemania. La experiencia vivida durante la Segunda Guerra Mundial volvió a convertir a la dignidad de la persona y al derecho al libre desarrollo de la personalidad en el centro de los valores a defender<sup>26</sup>. De acuerdo a los instrumentos utilizados para llevar a cabo esta tarea, es posible diferenciar distintos períodos dentro de esta evolución. Así, durante los primeros años hubo una cierta continuidad en los métodos, en la medida en que, al igual que sucedió durante los años nacionalsocialistas, la doctrina penal se enfrascó en la profundización de la dogmática sin dejar resquicio alguno a un posible interés científico por la Política Criminal.

Los penalistas de la época recurrieron a principios suprapositivos para poder resolver los “hechos del pasado” y la ciencia penal llegó al punto más alto del perfeccionamiento dogmático que culminó en la teoría de la acción final. En este sentido se ha sostenido que el hecho de concentrarse en las cuestiones fundamentales del Derecho penal material, postergar la organización jurídica y fáctica del procedimiento, así como de la política criminal y sus consecuencias, fueron estrategias desplegadas para no ver la realidad. A esta situación hay que sumar el hecho de que en los primeros años después de la guerra, la magnitud de los hechos sucedidos era aún difícil de apreciar, por lo que fue necesario que pasaran varios años para que la doctrina reaccionara en consecuencia<sup>27</sup>.

Esta corriente de pensamiento dio lugar al Proyecto gubernamental de Código penal de 1962, que fue sometido a crítica de forma masiva desde 1964. Así, a mediados de los años 60 la ciencia penal toma la dirección contraria, pudiéndose hablar de un “Derecho penal enfocado a las consecuencias”. El Desarrollo que tienen en ese período las ciencias empíricas favorece la visión de la Ciencia penal como un fenómeno integral, valorándose, por tanto, la información que aporta la Criminología para el adecuado desarrollo de la Política Criminal. Por entonces, se

<sup>25</sup> Como señala OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “ni todos los que han delinquido precisan ser resocializados (en el ejemplo más simple, el delincuente ocasional), ni todos los que quizás necesitan tal resocialización son susceptibles de ella (también el ejemplo más simple, los delincuentes incorregibles)”. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *Sobre el concepto de Derecho penal*, ob. cit., pág. 214 y 215.

<sup>26</sup> BACIGALUPO, E.: “Sobre la ideología de las teorías de la pena”, ob. cit.

<sup>27</sup> HASSEMER, W.: “La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 46 n°1, Madrid, 1993, pág. 42. Del mismo autor también ver: “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 45, fasc. 1, 1992, pág. 235.

agudizan las demandas de legitimación del poder estatal, con el objetivo de demostrar que su sentido no se hallaba en sí mismo<sup>28</sup>. La fundamentación deontológica de la pena ya no era admisible y se recurrió a una legitimación eminentemente funcionalista. La prevención general negativa y la resocialización pasaron a ser el foco principal de la cuestión. No obstante, a pesar de ser reformulada, la prevención general negativa no sobrevivió a esta etapa, víctima de las objeciones metodológicas sufridas<sup>29</sup>.

A pesar de las críticas recibidas, la resocialización vivió nuevos años de esplendor. Así, el apoyo teórico que las ideas derivadas del positivismo supusieron para el exterminio masivo de personas llevado a cabo por el gobierno nacionalsocialista no impidió que la prevención especial cobrara un lugar protagónico dentro del nuevo Código penal<sup>30</sup>. En esta nueva regulación, el delito se consideró más como una perturbación sociológica y psicológica que como una violación culpable del orden jurídico y la pena, en consecuencia, fue vista como un medio de reeducación y reinserción social, aunque se exigía formalmente que el fundamento de la pena fuera la culpabilidad (parágrafo 46 StGB)<sup>31</sup>. Así, a pesar de que la prevención especial ya había demostrado con creces su incapacidad para marcar los límites de la punición y los excesos a los que podía conducir pasó a configurarse como uno de los elementos esenciales de las nuevas teorías de la pena<sup>32</sup>. Se puede afirmar que lo que fascinó a los autores del proyecto alternativo alemán de las ideas de VON LISZT fueron básicamente dos cuestiones: la orientación práctica de su lucha

<sup>28</sup> HASSEMER, W.: “La ciencia jurídico penal...”, ob. cit., pág. 55.

<sup>29</sup> Véase: HASSEMER, W.: “La ciencia jurídico penal...”, ob. cit., pág. 60.

<sup>30</sup> En este sentido sostenía Jescheck que el regreso del preso liberado a la sociedad sólo es posible a “través del “auxilio social organizado”, ya que la reinserción de los delincuentes es algo que depende de la capacidad de comprensión de la sociedad misma. JESCHECK, H. H.: “La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos, resultados”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 25, fasc. 3, pág. 634 y 635.

<sup>31</sup> De forma consecuente, este Código penal reduce al mínimo las penas privativas de libertad de corta duración y las sustituye por medidas de otra naturaleza, se introduce el sistema de pena única que supone la desaparición de la pena de reclusión que era considerada “estigmatizadora” pero aumenta la severidad con los delincuentes reincidentes. Incluso algunos autores se refirieron a este Código como “tripartito” ya que no sólo incluía penas y medidas de seguridad sino también un importante espacio dedicado a las prestaciones positivas de readaptación social. BERISTAIN, A.: “La reforma del Código penal alemán”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*”, T. 22 nº2, Madrid, 1969, pág. 376.

<sup>32</sup> Jescheck pone de manifiesto las diferencias de la nueva orientación político-criminal adoptada en Alemania a partir de la década del 60 y lo que se denominó ideología del tratamiento. Esta corriente, que tuvo su auge fundamentalmente en EEUU, Suecia y Dinamarca se caracterizaba por las siguientes notas: elección de la clase y duración de la sanción según la necesidad de tratamiento del autor, investigación de la personalidad con ayuda de expertos, introducción de privaciones de libertad temporalmente indeterminadas como pena o como medida, determinación del momento de la excarcelación por expertos sin intervención judicial, aplicación de tratamiento médico, farmacológico y social terapéutico sin consentimiento del afectado, vinculación del momento de la excarcelación con la participación en programas de tratamiento, introducción del tratamiento pre-delictual, por medio de privación de libertad para formas de vida desviada y rechazo de las garantías procesales frente a los abusos en las alternativas mencionadas. JESCHECK, H. H.: “Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 39, fasc. 1, 1986, págs. 25 y 26.

contra el delito y su afán por poner límites al poder punitivo del Estado. De tal forma, el Derecho penal serviría a la protección tanto del individuo como de la sociedad<sup>33</sup>.

El Programa Alternativo alemán de 1966 pretendió que las consecuencias de la idea de segregación que podían resultar de una aplicación estricta de la prevención especial se vieran reducidas introduciendo el principio de proporcionalidad a la regulación de las medidas de seguridad, fortaleciendo el principio de igualdad y reforzando la idea de resocialización en la ejecución de penas y medidas. A pesar de estas buenas intenciones los juristas de la época no se decidieron a dar el paso de prescindir de la pena perpetua de privación de libertad ni de la custodia de seguridad<sup>34</sup>.

Una de las construcciones doctrinales más destacables de la época es la teoría dialéctica de la unión de ROXIN, que tiene por objetivo evitar la exageración unilateral de las teorías monistas y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas<sup>35</sup>. Esta propuesta consigue una notable coherencia en la unificación de los distintos fines de la pena. De acuerdo con esta teoría, hay que distinguir tres fases en la vida de la pena: conminación legal, aplicación judicial y ejecución de la condena, y esas tres esferas de la actividad del Estado necesitan ser justificadas por separado, aunque cada una de ellas se encuentre relacionada con la anterior<sup>36</sup>. Según ROXIN, en la fase de conminación legal el fin de las disposiciones penales es de prevención general ya que estas normas preceden temporalmente al sujeto al que se podrían imponer reacciones retributivas o de prevención especial. Por otro lado, en la fase de aplicación judicial, resulta indicado introducir el principio de la prevención general en la actividad judicial, ya que la fuerza de prevención general de la ley quedaría en nada si no hubiera realidad alguna tras ella<sup>37</sup>. Finalmente, la ejecución de la pena sólo puede estar justificada si posibilita

<sup>33</sup> CUELLO, J.: "La "Ideología" de los fines de la pena", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 33, fasc. 2, 1980, Madrid, pág. 427. También al respecto: SANZ MULAS, N.: "De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14-10, 2012, pág. 4.

<sup>34</sup> BACIGALUPO, E.: "Sobre la ideología de las teorías de la pena", ob. cit. El Derecho penal de los años 60 y 70 recibió duras críticas desde las ciencias sociales. La más dura de ellas fue la teoría del etiquetamiento, teoría socio-científica y explicativa que pretendía desenmascarar el sistema afirmando que es él mismo el que asigna la calificación de delincuente a una persona y lo convierte en su chivo expiatorio. Al respecto: HASSEMER, W.: "La ciencia jurídico penal...", ob. cit., pág. 53.

<sup>35</sup> CUELLO, J.: "La "Ideología" de los fines de la pena", ob. cit., pág. 428.

<sup>36</sup> ROXIN, C.: "Sentido y límites de la pena estatal", ob. cit., pág. 20.

<sup>37</sup> Con ello no desconoce que en la mayoría de los casos de imposición de una pena late también un elemento de prevención especial, en cuanto que aquella intimidará al delincuente frente a una posible reincidencia y mantendrá a la sociedad segura de éste al menos durante el cumplimiento de la pena, pero estima que el componente de prevención especial de la sentencia penal también tiene un fin último de prevención general; pues como quiera que los esfuerzos de resocialización a favor del sujeto sólo pueden comenzar con la ejecución de la pena, lo primero que la condena en sí misma hace efectiva es la dura restricción de la libertad del delincuente, una restricción que no se hace en interés suyo sino de la comunidad. ROXIN, C.: "Sentido y límites de la pena estatal", ob. cit., pág. 20.

la vida humana en común y sin peligros, es decir, si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad. En consecuencia, sólo está indicada una ejecución resocializadora.

En el marco de la teoría dialéctica de la unión, ROXIN elabora su construcción sobre la prevención general integradora, la cual puede ser definida por este autor como el efecto de pacificación que se consigue con la aplicación de la pena, de manera que el conflicto social provocado por el delito se soluciona a pesar de la infracción normativa<sup>38</sup>. Supuestamente toda la construcción teórica de ROXIN descansa sobre el concepto de culpabilidad, pero este concepto entendido como “actuación injusta a pesar de la existencia de asequibilidad normativa”<sup>39</sup>, por su indemostrabilidad empírica, no se constituirá como fundamento de la pena, sino que actuará solamente como un presupuesto de su existencia y como límite máximo.

### ***c) El funcionalismo extremo y el nacimiento del llamado “Derecho penal del enemigo”***

El Derecho penal de la resocialización formulado en la década de 1960 condicionó su legitimación a la comprobación empírica de sus resultados prácticos. Esta eficacia empírica de los postulados de la prevención especial no sólo se ha visto cuestionada, sino que nunca ha logrado comprobarse satisfactoriamente<sup>40</sup>. Efectivamente, no será necesario referirse a la realidad Latinoamericana para constatar la ineficacia de la pena de prisión en vistas a lograr la resocialización del delincuente. También en España la falta de medios económicos frustra en innumerables ocasiones las expectativas preventivo-especiales. Pero no se trata solamente de las carencias que puedan presentar los tratamientos que se llevan cabo en las prisiones, sino, muy especialmente, de la imposibilidad de modificar los problemas sociales estructurales. Ningún tratamiento que se lleve a cabo en prisión resultará exitoso mientras no se pueda romper el círculo criminógeno en el que se ve inmerso el delincuente al cumplir su condena y volver a la vida en libertad.

Como consecuencia de esta realidad, las ciencias sociales reaccionaron al fracaso para legitimar el Derecho penal en conocimientos empíricos y cambiaron la legitimación instrumental por la razón comunicativa. En esta perspectiva funcional se enmarca la teoría de la prevención general positiva desarrollada por JAKOBS. Esta postura se caracteriza por adoptar una visión sistémica que se limita a describir la función de la pena para el sistema social con independencia de las características

<sup>38</sup> Véase: PÉREZ MANZANO, M.: “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Barcelona, 1997, pág. 76.

<sup>39</sup> ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General, T I*, ob. cit., pág. 807.

<sup>40</sup> En este sentido, AMBOS, K.: “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 12, 2003, pág. 202.

de éste. La pena es legítima porque tiene la función de comunicar socialmente la desaprobación de la norma violada por el autor, ratificar y estabilizar las expectativas normativamente garantizadas. Para JAKOBS el fin del Derecho penal es la estabilización de un determinado Ordenamiento, del Ordenamiento penal. Ello implica, que el Derecho penal no está encaminado a la protección de bienes jurídicos, sino al mantenimiento del sistema mismo. Así, desde una perspectiva sistémica, las normas serán vistas como expectativas normativas, en cuanto generan la expectativa de que no se produzcan lesiones a bienes y, a su vez, permiten configurar la estructura del orden social. Esta postura parte de la consideración de que solo es posible hablar de sociedad cuando el Derecho puede garantizar al sujeto un cierto horizonte conforme al que orientarse y esta garantía jurídica se concreta en las expectativas normativas<sup>41</sup>.

A lo largo de los últimos 30 años la teoría de JAKOBS ha ido evolucionando y transformándose. Puede sostenerse que, en una primera etapa, que se desarrolló hasta 1990, la teoría de este autor tuvo un marcado carácter psicologicista, ya que la pena era entendida como un mecanismo simbólico de influencia en los miembros de la sociedad<sup>42</sup>. Se trataba de un modelo que estaba volcado en exclusiva en la prevención general positiva, donde la prioridad a la hora de aplicar una pena se hallaba en el objetivo de generar confianza en la vigencia del Derecho.<sup>43</sup>

En una segunda etapa, JAKOBS da un vuelco determinante a su teoría hacia posturas retribucionistas, formando parte de una contracorriente neoclásica cuyo afán es buscar una mayor justicia, igualdad y transparencia en el ámbito de la determinación de la pena. Estas teorías son una reacción pendular crítica a las consecuencias prácticas que derivaron de la prevención especial dando lugar a grandes agravaciones punitivas para autores reincidentes<sup>44</sup>. Así, la nueva postura de JAKOBS se acerca a la doctrina defendida por HEGEL, hasta el punto de que llega a hablarse de un “Hegel funcionalizado” o de “una revisión funcional de la teoría hegeliana”<sup>45</sup>. En esta nueva concepción<sup>46</sup>, el delito será una comunicación defec-

<sup>41</sup> Véase: FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2007, pág. 453.

<sup>42</sup> JAKOBS, G.: *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, pág. 10.

<sup>43</sup> El fin de lograr el ejercicio de la fidelidad en el Derecho a través de la aplicación de la pena defendido por Jakobs fue objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, en este sentido: ÁLVAREZ GARCÍA, J.: *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001, pág. 168.

<sup>44</sup> DURÁN MIGLIARDI, M.: “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Inmanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual”, en *Revista de Filosofía*, vol. 67, 2011, pág. 124.

<sup>45</sup> En este sentido entiende Schünemann que Jakobs “ha catapultado ahora la teoría de la pena de Hegel al nivel de una moderna filosofía social que reposa sobre los pilares de la teoría de los sistemas funcionalista y del interaccionismo simbólico”. SCHÜNEMANN, B.: “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía”, en *Indret*, Barcelona 2008, disponible en <http://www.indret.com/pdf/531.pdf> (visto 8/3/2019), pág. 4. Véase, también: FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Retribución y prevención general*, ob. cit., pág. 473.

<sup>46</sup> El desarrollo de esta postura la lleva a cabo el autor en *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996.

tuosa y la pena estará concebida de forma idealista como medio de confirmación de la identidad normativa de la sociedad<sup>47</sup>. JAKOBS transformará, de esta manera, el concepto abstracto de Derecho de las teorías hegelianas en la identidad de la sociedad, utilizando de esta forma una concepción de Estado menos cargada éticamente. Se trata, por tanto, de una visión retributivo-funcional donde la pena se moverá lejos del mundo empírico, ya que la imposición de la misma no persigue una finalidad, sino que “ella misma es la consecución de esa finalidad”<sup>48</sup>.

Durante la tercera y última etapa, JAKOBS desarrolla su teoría funcional como una teoría mixta. Con base en una teoría funcional-retributiva, no le era posible a JAKOBS desarrollar los criterios necesarios para una teoría de la determinación de la pena o para explicar la necesidad de que la pena suponga dolor o sufrimiento<sup>49</sup>. Para llevar a cabo estas tareas, la última fase de la concepción de JAKOBS queda configurada como una teoría mixta donde se entrelazan los factores normativos de la segunda fase con otros cognitivos. Así, el autor vuelve a tener en cuenta la influencia psicológica del mal que supone la pena para los ciudadanos. De esta forma, su teoría se aleja de la total abstracción para tomar contacto con la realidad social.

En esta última fase de la postura de JAKOBS surge, además, otro elemento a tener en cuenta: la idea de inocuización del delincuente, la cual se manifiesta a través del desarrollo de su “teoría del Derecho penal del enemigo”. Este autor concebirá a la culpabilidad como un concepto que se construye funcionalmente en torno al concepto de prevención general positiva. Se trata, por tanto, de sustituir el contenido tradicional de la culpabilidad y reemplazarlo por el de la prevención general positiva<sup>50</sup>. Así, en opinión de JAKOBS, aquella persona que no puede garantizar que en el futuro actuará de acuerdo a las expectativas normativas tiene una mayor culpabilidad, ya que este “enemigo” afectará de una forma más intensa a la seguridad cognitiva de la norma y, por ello, será necesario también imponerle una pena mayor. Cuando se habla del Derecho penal del enemigo no se puede dejar de tener en cuenta que no nos referimos a una idealización abstracta de la reacción penal sino a instituciones jurídicas que se encuentran vigentes<sup>51</sup>. En buena parte de las últimas reformas que ha sufrido el Código penal español podemos encontrar la idea de una reacción diferenciada frente a individuos que se han apartado del camino de la norma.

<sup>47</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Del Derecho abstracto al Derecho Real”, en *Indret*, Barcelona, octubre de 2006, (disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/122214>. visto: 19-03-2019), pág. 2.

<sup>48</sup> JAKOBS, G.: “Zur gegenwärtigen Straftheorie”, en Kodalle, K. M.: *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, Würzburg, 1998, pág. 29.

<sup>49</sup> En este sentido, GIL GIL, A.: “Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág. 27.

<sup>50</sup> Véase: PÉREZ MANZANO, M.: *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990, pág. 160.

<sup>51</sup> BACIGALUPO, E.: “Sobre la ideología de las teorías de la pena”, ob. cit.

#### d) *Las ciencias sociales y las teorías expresivas de la pena*

En los últimos años las novedades en el ámbito de la teoría de la pena se han desarrollado en el marco de las llamadas “teorías expresivas de la pena” en las cuales se enfatiza la función de expresión emocional<sup>52</sup>. De acuerdo a esta corriente, la norma penal produciría efectos comunicativos que podrían explicar el cumplimiento normativo. La irrogación de un mal sería, por tanto, un medio efectivo de transmisión del mensaje expresado con la pena<sup>53</sup>. De tal manera, un Derecho penal que base sus sanciones en las intuiciones sobre justicia compartidas por los ciudadanos será más eficaz y más justo, mientras que el desajuste entre el Derecho penal y las opiniones de la comunidad socava la credibilidad y conduce a un menor cumplimiento de la Ley<sup>54</sup>.

En ese contexto, ROBINSON, uno de los máximos representantes de las teorías expresivas de la pena, defiende la utilización del merecimiento empírico como principio distributivo de la pena. Así, el autor pone el acento en el poder de las relaciones interpersonales y de las normas interiorizadas para prevenir el delito, las cuales en su opinión, tienen un poder persuasivo muy superior a la amenaza de sanciones públicas. De acuerdo a esta idea, las personas obedecen a la Ley no tanto porque temen ser aprehendidas por el sistema de justicia penal sino porque les importa lo que su grupo social piense de ellas y porque consideran la obediencia moralmente adecuada. Por tanto, la fuente de legitimidad de la norma es sustantiva en cuanto depende del grado de correspondencia entre la norma legal y la intuición moral de las personas<sup>55</sup>.

#### e) *La irrupción de los derechos de las víctimas en la nueva Política Criminal*

En la actualidad predominan las teorías mixtas de la pena y las discusiones se centran en otorgar un mayor o menor peso a los distintos elementos en cada uno de los momentos normativos. No obstante, hay un nuevo elemento que se ha agregado a la ecuación: la satisfacción de la víctima<sup>56</sup>. Como pone de manifiesto GIL GIL<sup>57</sup>, al percatarse los partidos políticos del atractivo electoralista que supone defender una posición a favor de las víctimas, éstas han cobrado todo el protagonismo en la nueva Política Criminal, lo cual supone un constante reclamo de más y mayor castigo basado en la idea de que el Derecho penal es el instrumento idóneo para

<sup>52</sup> MIRÓ LLINARES, F.: “La función de la pena ante «el paso empírico» del Derecho penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 27, 2017, pág. 11.

<sup>53</sup> PÉREZ BARBERÁ, G.: “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas...”, ob. cit., pág. 20.

<sup>54</sup> Al respecto, MIRÓ LLINARES, F.: “La función de la pena ante «el paso empírico» del Derecho penal”, ob. cit., pág. 12.

<sup>55</sup> ROBINSON, P. H.: *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Madrid, 2012, pág. 197 y ss.

<sup>56</sup> Al respecto: GIL GIL, A.: “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, en *Indret*, octubre de 2016, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1254.pdf> (visto 19-3-2019), pág. 3.

<sup>57</sup> GIL GIL, A.: “Sobre la satisfacción de la víctima como...”, ob. cit., pág. 5.

solucionar problemas sociales complejos. En este sentido, resulta preocupante comprobar que la utilización de las víctimas con fines políticos y la consiguiente desnaturalización del Derecho penal no responden a una ideología concreta. Si algo tienen en común los políticos de izquierda y de derecha es la falta de escrúpulos a la hora de tergiversar hechos o necesidades para obtener un rédito electoral, ya sea convocando comisiones *ad hoc* para la reforma de determinados tipos legales motivadas en el reclamo popular o aumentando la duración de penas y medidas para tratar de demostrar al electorado la preocupación de la Administración frente a la inseguridad ciudadana.

También desde el ámbito del Derecho Penal Internacional se ha promovido la doctrina de la “lucha contra la impunidad” contribuyendo a la propagación y consolidación de la idea de que el castigo penal es un mecanismo de satisfacción de la víctima<sup>58</sup>. Estas nuevas posturas no pueden identificarse con las teorías de la retribución. Así, mientras la retribución pone el foco de atención en el delincuente y en su merecimiento de pena, las nuevas corrientes conciben a la pena como un derecho de la víctima e interpretan su finalidad como la necesidad de dar satisfacción a las mismas. La retribución centra su atención en el pasado y las teorías orientadas a la víctima, en el presente<sup>59</sup>.

Estas nuevas tendencias que avocan al Derecho penal a poner a la víctima en el foco principal de sus miras se ven agravadas por la realidad que nos presenta la teoría de los sentimientos de inseguridad defendida por KURZ<sup>60</sup>. De acuerdo a lo sostenido por este autor, es posible afirmar que las tasas delictivas repercuten en las actitudes firmes o benévolas hacia el delito que tienen los individuos. Hasta aquí podría sostenerse que se trata de un mecanismo lógico, el problema surge al comprobar que la percepción que tienen los ciudadanos sobre el riesgo de su victimización no concuerda con la realidad. Estas percepciones suelen ser ficticias y exageradas porque se forman a través de información que procede de los medios de comunicación. Y son precisamente los medios de comunicación que ofrecen una imagen sesgada de la criminalidad, los que provocan un aumento de la actitud de firmeza de los ciudadanos hacia el delito. Esta realidad se ve incrementada por la mejora en las condiciones

<sup>58</sup> La autora explica cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado la concepción de que el castigo de los responsables de determinadas violaciones de derechos humanos es una obligación del Estado y un derecho de las víctimas. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incorporado esta doctrina a su jurisprudencia, aunque sin llegar a los excesos de la corte americana. GIL GIL, A.: “Sobre la satisfacción de la víctima como...”, *ob. cit.*, pág. 7.

<sup>59</sup> GIL GIL, A.: “Sobre la satisfacción de la víctima como...”, pág. 16. La autora no encuentra objeciones al reconocimiento de la idea de que la pena pueda tener o deba buscar determinados efectos positivos para la víctima como el reconocimiento del injusto sufrido y, con ello, la expresión de protección y solidaridad de la comunidad, siempre que estos objetivos no se erijan en los únicos y principales fines de la pena y desplacen a otros fines sociales como la prevención del delito.

<sup>60</sup> En SERRANO MAILLO, A.: “Actitudes hacia la pena de muerte en un país abolicionista. Un test de la teoría de los sentimientos de inseguridad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, pág. 6.



de vida experimentada en el último siglo. Así, la proliferación de la clase media ha determinado que un mayor número de personas tengan aseguradas las condiciones básicas de subsistencia y el aseguramiento de las necesidades básicas deja a paso a la preocupación por otras cuestiones. A mayor prosperidad, más valores postmateriales<sup>61</sup>.

Como consecuencia de esta situación, se ha sugerido que existe la posibilidad de que el Derecho penal pueda entrar en una fase crítica en la que la ciencia penal y la opinión pública se opongan manifiestamente. En estos días da la sensación de que el público está más inclinado hacia la venganza y poco preocupado por la proporcionalidad ente el delito y las penas<sup>62</sup>. No obstante, como hemos podido observar, una parte de la ciencia penal también siente la inclinación de ofrecer un respaldo teórico a estas tendencias. En este sentido, se ha sostenido abiertamente que la pena es un instrumento de protección y de reparación de las víctimas, protección en cuanto la pena trata de evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos y reparación en la medida en que las víctimas ven en la pena, la justicia y restitución de sus derechos previamente lesionados por el delincuente<sup>63</sup>.

Todo ello nos lleva a plantear que el problema ideológico de nuestro tiempo no sólo se limita a indagar si es legítimo restringir los derechos de una persona por ser considerado una fuente de peligros, sino también y muy especialmente, en qué criterios debe basarse la medida de esa restricción<sup>64</sup>.

#### f) *El renacimiento de la retribución*

En la doctrina alemana no sólo JAKOBS se ha inclinado en los últimos tiempos hacia la retribución, sino que, en esta misma dirección, ha destacado de forma notable la original propuesta presentada por PAWLIK. La visión de este autor vincula la teoría del Estado y la teoría de la pena ofreciendo una fundamentación que se basa en el concepto de libertad<sup>65</sup>. Para ello, parte de la idea de que en la convivencia humana no puede existir libertad antes del Derecho, sino que la misma sólo puede existir dentro del Derecho gracias a la limitación de las esferas de

<sup>61</sup> INGELHART, R.: *The silent revolution. Charging values and political styles among western publics*, Princetown, 1977, pág. 3.

<sup>62</sup> BACIGALUPO, E.: “Sobre la ideología de las teorías de la pena”, ob. cit.

<sup>63</sup> RUBIO LARA, P. A.: *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Valencia, 2017, pág. 27.

<sup>64</sup> Al respecto: BACIGALUPO, E.: “Sobre la ideología de las teorías de la pena”, ob. cit.

<sup>65</sup> En su recensión a la obra de Michael Pawlik “Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe” Sola Reche destaca el hecho de que tradicionalmente las teorías de la pena se han basado en la relación del ciudadano y el Estado viendo al ciudadano como el destinatario de la pena, en cambio, Pawlik considera al ciudadano como sustento del ordenamiento jurídico ya que como responsable participa libremente en la decisión de cómo se ha de reaccionar frente al delito. Por tanto, al ser castigado el individuo es honrado como ser racional. SOLA RECHE, E.: “Por una teoría “propia” de la pena. Recensión a Michael Pawlik, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, 124 págs.”, en *Indret*, 3/2007, págs. 1-8.

libertad de un individuo en relación a los demás, y esta circunstancia sólo puede verificarse por la existencia de un ordenamiento jurídico basado en el poder, es decir, estatalmente garantizado<sup>66</sup>. De tal forma, en la propuesta de PAWLIK se entiende que quien lesione los intereses vitales o los bienes jurídicos de otros, lesiona el ordenamiento jurídico estatalmente asegurado como ordenamiento de la libertad<sup>67</sup>. En consecuencia, la pena sirve para el restablecimiento del Derecho y será de esta forma como encuentre su legitimación<sup>68</sup>.

Dentro de esta teoría destaca la idea de que la pena supone que el individuo es reconocido como ciudadano, ya que es corresponsable de la existencia del ordenamiento de libertad. En consecuencia, al estar concebidas con base en la libertad, tanto la fundamentación del Estado como la de la pena, las teorías de la prevención no son capaces de otorgar una verdadera legitimación a la pena, que debe ser vista como retribución del hecho injusto<sup>69</sup>.

El ciudadano que actúa legalmente contribuye a la estabilización de un orden de libertades dejando a los demás su parte de libertad, mientras que en el caso del autor del delito ese deber primario de cumplimiento se convierte en un deber secundario de tolerancia, ya que tiene que soportar que se confirme a su costa la indisolubilidad del vínculo entre el disfrute de la libertad y el cumplimiento del deber de cooperación, este acto de confirmación será la pena<sup>70</sup>. En este punto, las coincidencias con los planteamientos de la prevención general positiva se vuelven evidentes, circunstancia que admite el autor señalando que las diferencias entre ambas posturas se centran en los modelos de fundamentación. De esta forma, desde el punto de vista de la prevención el Derecho penal sirve a la protección social de intereses y debe contribuir a la continuidad de la vida social, mientras que para PAWLIK el fundamento jurídico de la pena debe hallarse únicamente en el delito cometido<sup>71</sup>.

A pesar de defender un criterio netamente retributivo, el autor no otorga a la pena la inevitabilidad que defendía Hegel. Por otro lado, considera que las infracciones del deber de cooperación que caen bajo un tipo del Código penal merecen pena,

<sup>66</sup> Así la existencia de un ordenamiento jurídico, incluso de una forma altamente imperfecta, le otorga existencia real a la libertad de los miembros de la comunidad jurídica. PAWLIK, M.: “¿Pena o combate de peligros? Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena” en *Indret*, 4/2011, págs. 31.

<sup>67</sup> Al respecto argumenta Pawlik que el Derecho penal se encarga de concretar el deber general de respeto que los ciudadanos tienen tanto en su relación recíproca como en su relación con las “condiciones de posibilidad” institucionalizadas y naturales de su libertad y se encarga de grabar con sanciones específicas las infracciones reprobables a ese deber. PAWLIK, M.: “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática”, en *Indret*, 4/2015, pág. 3.

<sup>68</sup> PAWLIK, M.: “Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation vom Strafe”, en *Schriften zum Strafrecht*, cuaderno 153, Berlín, 2004, pág.

<sup>69</sup> PAWLIK, M.: “Person, Subjekt, Bürger...”, ob. cit., pág.

<sup>70</sup> PAWLIK, M.: *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, 2016, pág. 57.

<sup>71</sup> PAWLIK, M.: *Ciudadanía y Derecho penal...*, ob. cit., pág. 58.

de modo que la pena “puede” pero no “debe” ser necesariamente impuesta<sup>72</sup>. De tal forma, se podrá prescindir de la pena tomando en consideración perspectivas de igualdad, entre las que pueden estar presentes criterios de prevención. En consecuencia, los criterios preventivos podrían llegar a ser atendidos, pero sólo de forma indirecta<sup>73</sup>.

Mientras en España y Alemania las tesis retribucionistas son actualmente minoritarias no ocurre lo mismo en la cultura anglosajona donde el retribucionismo es, desde la década de los 70, la opción dominante como consecuencia de la decadencia teórica y práctica en la que cayeran las teorías prevencionistas<sup>74</sup>. Entre las múltiples propuestas filosóficas desarrolladas en este entorno destaca de forma contundente la presentada por MICHEL MOORE en su obra “Placing Blame”. Para este autor la pena se justifica sólo por el hecho de que aquellos a quienes se les aplica la merecen. Que el culpable reciba lo que merece es un bien intrínseco porque el castigo causa un estado de justicia, incluso si con ese castigo no se produjesen más efectos.

Continuando con su explicación MOORE indica que la pena puede llegar a evitar crímenes futuros, puede incapacitar a personas peligrosas, educar a los ciudadanos en el comportamiento requerido en la sociedad, así como también reforzar la cohesión social y hacer que las víctimas de los crímenes se sientan mejor o satisfacer el deseo de venganza de los ciudadanos, no obstante, para una teoría retribucionista estos sólo son acontecimientos afortunados que puede producir la pena pero que no forman parte de su justificación. Por tanto, sólo existe una justificación moral del castigo: se castiga a los transgresores porque merecen ser castigados, que ello dé lugar a consecuencias positivas resulta indiferente en vistas a la justificación de esta institución<sup>75</sup>.

En su defensa por esta opción filosófica, MOORE intenta demostrar que los juicios retributivos no necesariamente tienen que estar vinculados con sentimientos oscuros como el sadismo o el resentimiento, sino que pueden ser relacionados con emociones positivas como la indignación moral frente al hecho o la culpa subjetiva, que es aquella que experimentaría una persona virtuosa que estuviera en el lugar del

<sup>72</sup> PAWLIK, M.: *Ciudadanía y Derecho penal...*, ob. cit., pág. 51.

<sup>73</sup> Al respecto, ver: PASTOR MUÑOZ, N. y GARCÍA DE LA TORRE, H.: “Informe sobre la discusión”, en PAWLIK, M.: *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, 2016, pág. 59.

<sup>74</sup> Al respecto Teixeira señala que el fracaso de la práctica penal utilitarista en el mundo angloparlante respondió a la ausencia de una disminución del índice de reincidencia a través de programa resocializadores, así como también a críticas más generales como la instrumentalización del autor del delito. TEIXEIRA, A.: “Las teorías retributivas en el pensamiento angloamericano contemporáneo”, en *Revista Pensamiento Penal*, Año IV, número 7, 2019, pág. 36.

<sup>75</sup> MOORE, M.: *Placing Blame*, Oxford, 1997, pág. 153 y ss. A pesar de ello y tal como pone de manifiesto Pérez Barberá, la teoría de Moore no responde a una retribución absoluta pura, sino absoluta prima facie, ya que la retribución en sí será razón suficiente para el castigo, salvo que en casos extremos se presentaran razones de mayor peso en contra de la pena. PÉREZ BARBERÁ, G.: “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, en *Indret*, octubre de 2014, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf> (visto 19-3-2019), pág. 5.

hecho. MOORE agrega que, si deseamos que el autor de un terrible delito sea castigado, incluso cuando no haya posibilidades de que reincida, es necesario salir del closet (“bring out of the closet”) y aceptar la inclinación hacia la postura retribucionista<sup>76</sup>.

En el marco de la corriente retribucionista anglosajona, también se han desarrollado posturas que pueden ser denominadas como “relativas” ya que la contundencia de la retribución se ve debilitada y las consecuencias de la pena pueden llegar a jugar un cierto papel en la justificación de la misma. En esta línea se incardina la postura de HAMPTON quien considera que la función de la pena es defender el valor de la víctima, de forma que si el autor no fuera castigado se le comunicaría a la víctima y a la sociedad que el estatus de la víctima es bajo. A pesar de esta afirmación, HAMPTON considera que el Estado no estaría obligado en todos los casos a ordenar la retribución frente a un delito. Estaríamos, por tanto, frente a un deber moral no absoluto ya que, aunque la retribución es la justificación primordial de la pena, en ocasiones otras finalidades estatales podrían resultar más importantes que la retribución<sup>77</sup>.

## II. Sobre la medida de la pena

### a) *¿Equilibrio entre culpabilidad y prevención?*

Como se ha mencionado con anterioridad, la tarea encomendada a las teorías de la pena no se limita al esfuerzo teórico de justificar por qué y para qué se castiga a un delincuente, sino que tiene también la función de determinar la magnitud de esa pena. El problema reside en aclarar qué papel debe jugar cada una de las teorías y si alguna de ellas debe ser priorizada frente a las otras, tanto en el momento en que se determina la pena abstracta como en la individualización judicial de la misma.

De acuerdo a la postura sostenida por ROXIN, la imposición de la pena sólo estará justificada si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica con la dignidad y la autonomía de la personalidad del delincuente. De ahí que, según este autor, la pena no pueda sobrepasar la medida de la culpabilidad. Para ROXIN, el concepto de culpabilidad tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad. Así, el principio de culpabilidad aparece en el

<sup>76</sup> MOORE, M.: *Placing Blame*, ob. cit., pág. 120 y ss.

<sup>77</sup> HAMPTON, J.: “An Expressive Theory of Retribution”, en CRAGG, W. (ed.): *Retributivism and its Critics*, Wiesbaden, 1992, pág. 1. Una completa crítica de la posición de esta autora puede consultarse en DAGGER, R.: “Jean Hampton’s Theory of Punishment: A Critical Appreciation”, en *Richmond Scholl of Arts & Sciences. Political Science Faculty Publications*, 2011, disponible en <https://scholarship.richmond.edu/polisci-faculty-publications/156/> (visto 31-10-2019).

planteamiento de ROXIN como un medio imprescindible en un Estado de Derecho para limitar la potestad punitiva del Estado<sup>78</sup>. En cambio, sí es correcto quedar por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad; está permitido e incluso es necesario según el principio de subsidiariedad, si en el caso concreto se puede restaurar la paz jurídica con sanciones menos graves<sup>79</sup>.

A pesar de este reconocimiento teórico de la relevancia de la función del concepto de culpabilidad en el marco de un Estado de Derecho, lo cierto es que la función que asigna ROXIN a este principio aparece muy desdibujado. La necesidad de apartarse de los criterios ligados a la retribución que sienten los autores de su época, llevó a ROXIN a apoyar la culpabilidad en criterios de prevención general y especial. En este sentido, sostiene este autor que la pena sólo reconoce finalidades preventivo generales y especiales, pero en cuanto ellas carecen de barreras propias requieren de la culpabilidad como límite externo. De tal forma, la esencia de la pena no es retributiva pero su aplicación se restringe por motivos de garantía y justicia a hechos reprochables<sup>80</sup>. La peculiaridad de su planteamiento reside en el hecho de que quiere dejar intacto el juicio de culpabilidad y trata de sustituir esta categoría por la responsabilidad, de forma que ésta puede no darse a pesar de persistir la culpabilidad. Para ROXIN serán razones de prevención general las que determinen la necesidad de realizar o no el juicio de reproche de la culpabilidad. En consecuencia, en casos de error de prohibición o inimputabilidad si no se lleva a cabo el juicio de culpabilidad será porque no hay necesidades de prevención general.

En el caso de SCHÜNEMANN, el autor considera que el rol de la culpabilidad se ve limitado a una condición necesaria de la pena, cuya relevancia se aprecia a la hora de su medición pero que no habrá de ser retribuida por la imposición de la sanción. De tal manera, para este autor la legitimidad de la pena descansa en la culpabilidad, pero el fundamento corresponde a criterios preventivistas<sup>81</sup>. Así, son consideraciones de prevención las que determinan positivamente la magnitud de la pena y el juicio de culpabilidad servirá para ignorar aquellos antecedentes objetivamente relevantes a efectos preventivos pero que no eran conocidos por el autor.

<sup>78</sup> ROXIN, C.: “Sentido y límites de la pena estatal”, ob. cit., págs. 24 y ss. Al respecto: DEMETRIO CRESPO, E.: “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, 2007.

<sup>79</sup> De esta forma, en la fase de aplicación se conserva el principio de prevención general reducido a las exigencias del Estado de Derecho y se completa con los componentes de prevención especial de la sentencia, al tiempo que desaparecen los reparos que se oponen a que se tenga en cuenta el principio de culpabilidad en el *quantum* de la pena. ROXIN, C.: “Sentido y límites de la pena estatal”, ob. cit., págs. 30 y 31.

<sup>80</sup> ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, T I, traducción de la 2ª edición alemana, ob. cit., pág. 97.

<sup>81</sup> SCHÜNEMANN, B.: “La función en el principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo” (Traducción de Jesús Silva Sánchez), en: Bernd Schünemann (ed.): *El sistema moderno de derecho penal. Cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, p. 162.

De tal forma que la culpabilidad opera en el sí y en el cuanto de la pena, pero no determina su magnitud<sup>82</sup>.

En el caso de JAKOBS, el autor va aún más lejos, configurando la culpabilidad en base a la prevención general, de forma que sólo la finalidad confiere contenido a la culpabilidad. Por tanto, en este sistema los presupuestos de la punibilidad y la medida de la pena no se establecen por el tipo y grado de culpabilidad del autor, sino en virtud de la pena que resulta necesaria para el mantenimiento de la confianza de la población en el Derecho y el orden público. En la lógica de la teoría de JAKOBS se plantea que la eficacia político-criminal del Derecho penal se pondría en entredicho si, en determinados casos, el autor fuera inculpaado, tal como podría suceder en supuestos de error de prohibición<sup>83</sup>.

De la mano de las teorías expresivas de la pena también se han formulado propuestas en un sentido similar. Así, se ha sostenido que si la medida de la pena responde al objetivo del cumplimiento del mandato normativo y se sabe que los mayores determinantes del cumplimiento son la influencia social y la percepción de legitimidad, lo razonable desde una perspectiva instrumental es apoyarse en las intuiciones de justicia de la comunidad y tratar que la pena sea conforme a ellas<sup>84</sup>. Al respecto y adelantándose a las evidentes objeciones que se deben oponer a estas ideas, MIRÓ LLINARES explica que defender este principio como criterio distributivo informador no sólo no supone dejar la justicia en manos del populismo sino tratar de usar el criterio más útil desde una perspectiva preventiva, a partir de reconocer que para mejorar la obediencia a las normas hay que basarse en los estándares comunitarios respecto al castigo<sup>85</sup>. A pesar de los esfuerzos dogmáticos por adornar estas ideas, lo cierto es que estas consideraciones no pueden alejarse del peligro real y cercano de caer en el populismo punitivo, con la agravante de encontrarnos en un momento histórico en el que aquellos que deciden tienen pocos escrúpulos para ceder ante este tipo de recursos.

Estos intentos de condicionar el principio de culpabilidad a la idea de prevención general han sido criticados por la doctrina. Resulta determinante destacar que la pena que puede resultar necesario aplicar para lograr el mantenimiento de la con-

<sup>82</sup> SCHÜNEMANN, B.: “La función en el principio de culpabilidad...”, ob. cit., pág. 151. En contra de esta postura se ha sostenido que el autor fracasa en su teoría de la pena puramente prevencionista, ya que para poder explicar las limitaciones de la pena fundadas en la culpabilidad debe conceder carácter retribucionista a la pena. SZCZARANSKI VARGAS, F. L.: “El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa”, en *Revista Ius et Praxis*, año 21, nº1, 2005, pág. 176.

<sup>83</sup> JAKOBS, G.: *Schuld and Prävention*, ob. cit., págs. 8 y 9.

<sup>84</sup> ROBINSON, P. H.: *Principios distributivos del Derecho penal...*, ob. cit., pág. 197 y ss.

<sup>85</sup> MIRÓ LLINARES, F.: “La función de la pena ante «el paso empírico» del Derecho penal”, ob. cit., pág. 33 y ss. En sus conclusiones el autor aclara que la disuasión legítima que debe provocar la enunciación de la pena se llevará a cabo en la medida en que la pena sea proporcional. No obstante, resulta difícil aceptar el hecho de que el sentir popular vaya a conformarse con la proporcionalidad de la pena. En nuestra opinión, estas teorías encierran el importante peligro de justificar la aplicación de sanciones en virtud del sentir de una población cuya opinión se encuentran en manos de los medios de comunicación.

fianza de los ciudadanos en el Derecho puede resultar muy injusta para el autor del delito<sup>86</sup>. En este sentido se ha sostenido que el principio de culpabilidad debe mantener su autonomía y no puede ser sustituido por la idea de prevención. Tal es la opinión de STRATENWERTH, quien considera que se debe analizar la auténtica influencia de la prevención sobre el Derecho penal y la clave para ello se encuentra en diferenciar la medición de la culpabilidad en base a criterios culpabilistas y la medición basada en puntos de vista de prevención<sup>87</sup>.

Al respecto, CUELLO sostiene que la insistencia de hacer influir la prevención sobre la culpabilidad tiene su razón de ser en la aceptación de que la Dogmática ha alcanzado un techo en el que intra-sistemáticamente no puede aclarar las limitaciones del principio de culpabilidad<sup>88</sup>. En efecto, no puede dejarse de lado el hecho de que una de las principales razones que llevan a limitar la eficacia del principio de culpabilidad se refiere a la imposibilidad de la demostración fáctica del libre albedrío, aún más cuando estas dudas han ido en aumento en los últimos años por los avances que ha experimentado la neurociencia. A pesar de ello, compartimos plenamente las palabras de HASSEMER cuando expresa que no es posible desmontar las bases sobre las que se asienta el Derecho penal respondiendo a criterios biológicos aún no acabados de desarrollar. El Derecho no puede suspender los enjuiciamientos hasta que se llegue a una conclusión sobre el libre albedrío, ya que estas investigaciones pueden durar décadas o incluso siglos. Todo ello nos lleva a sostener que en las condiciones actuales no es posible dar por válido el determinismo, afirmación que destruiría las bases sobre las que se asienta el Derecho penal moderno<sup>89</sup>. De acuerdo a lo sostenido y aun teniendo en cuenta que no es posible contar con la prueba fáctica del libre albedrío, es necesario partir de este concepto, ya que tal como argumenta GALLAS, la libertad de decisión es un componente irrenunciable de nuestra cultura social<sup>90</sup>.

La restricción del principio de culpabilidad concibiéndola sólo como un “medio para la limitación de la pena” es el punto central de la teoría de ROXIN. Se trata de la postura defendida por el Proyecto Alternativo alemán de 1966 donde se expresaba que “la culpabilidad por el hecho determina el límite superior de la pena, mientras que su cuantía concreta se rige únicamente por objetivos de prevención” (Parágrafo 59). Por entonces los autores del Proyecto Alternativo justificaban su decisión argumentando que pretendían prevenir el regreso de la idea de retribución. En opinión de JESCHECK, limitar la fijación concreta de la pena a fines preventi-

<sup>86</sup> JESCHECK, H. H.: “El principio de culpabilidad como fundamento y límite de punibilidad en el Derecho alemán y español”, en *Eguzkimore. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 9, 1995, pág. 29.

<sup>87</sup> STRATENWERTH, G.: *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg 1977, págs. 5-7.

<sup>88</sup> CUELLO, J.: “La “Ideología” de los fines de la pena”, ob. cit., pág. 434.

<sup>89</sup> HASSEMER, W.: “Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal”, en *Indret*, Barcelona, abril 2011, pág. 2, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/Indret/article/view/241335> (visto 4/3/2019).

<sup>90</sup> JESCHECK, H. H.: “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-01, 2003, pág. 7.

vos lleva a que el juez pierda el punto de conexión con la calificación ética del hecho que ha de ser enjuiciado y que, con ello, la pena pierda su posibilidad de influir a favor de los objetivos de la prevención. De tal forma, renunciar a la culpabilidad a la hora de concretar la pena resulta ser un precio demasiado alto para eludir el problema de la demostración fáctica de la libertad<sup>91</sup>. Siguiendo este criterio, el Código penal alemán considera al principio de culpabilidad tanto a la hora de determinar el límite superior de la pena como para definir la pena concreta en el supuesto individual.

La pena que puede trasladar confianza a los ciudadanos en el sistema jurídico es la pena justa, esto es, la pena adecuada a la culpabilidad, lo cual no significa que la pena tenga que ser medida en función de la prevención general. Culpabilidad y prevención general pertenecen a dimensiones distintas y tienen significados independientes por lo que la una no puede englobar a la otra. Tal como sostiene JESCHECK, dice mucho a favor del principio de culpabilidad que la pena que se adapte a él sirva también para la paz jurídica<sup>92</sup>.

#### b) *La culpabilidad en la determinación legal y judicial de la pena*

En relación al papel que juega la culpabilidad en la responsabilidad individual por la comisión de hechos delictivos es necesario distinguir dos conceptos: la culpabilidad fundamentadora de la pena y la culpabilidad para la determinación de la pena. La primera se refiere a la necesidad de llevar a cabo un juicio que determine la responsabilidad individual del autor. Este juicio se solventará en caso de que se verifiquen los requisitos exigidos por la Ley en cuanto a la existencia de dolo o imprudencia, capacidad de culpabilidad y conciencia de la antijuricidad. Por otro lado, cuando nos referimos a la culpabilidad para la determinación de la pena se trata de atender al grado de responsabilidad del autor a la hora de fijar la pena a imponer.

Como es sabido, el legislador vincula a cada hecho típico un marco genérico que deberá ser concretado por el juez frente al caso particular. Los primeros pasos que debe seguir el juez en esa individualización no son libres, sino que están marcados por pautas regladas por la Ley. De tal forma, en el ámbito de la individualización legal de la pena el juez deberá proceder a comprobar el grado de participación del autor en el hecho, así como el grado de consumación y la concurrencia de eximentes incompletas, dependiendo de estas consideraciones proceden-

<sup>91</sup> JESCHECK, H. H.: “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad...”, ob. cit., pág. 10. El autor señala, además, que las teorías extremas que proponen la supresión de la culpabilidad dejan al afectado por la sanción con la amenaza de convertirse en instrumento de la prevención y en incontrolables incursiones en su libertad.

<sup>92</sup> JESCHECK, H. H.: “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad...”, ob. cit., pág. 29.



rá a fijar un nuevo marco legal<sup>93</sup>. A su vez, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal previstas en los artículos 21, 22 y 23 CP, podrán determinar que la pena se acote a la mitad inferior o superior de ese marco, de acuerdo a las pautas establecidas en el art. 66 CP. Cumplidos estos pasos se dará por finalizada la determinación legal y será entonces, en el ámbito de la determinación judicial, donde el juez podrá hacer uso de su arbitrio para moverse dentro del nuevo marco penal<sup>94</sup>.

No obstante, no es posible hablar de una libertad absoluta del juez para fijar la pena dentro de esos límites, sino que esta individualización estará orientada por principios en parte no escritos. Sobre este particular, el artículo 66. 1. 6ª del Código penal establece que “cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.” Como es posible comprobar, la falta de concreción de la redacción típica abre muchos interrogantes sobre la prioridad que hay que otorgar a las distintas circunstancias.

Sobre el papel que deben jugar los fines de la pena en la determinación judicial se han elaborado distintas teorías en el seno de la doctrina alemana. Entre estas teorías destacan las siguientes<sup>95</sup>:

-Teoría de la pena exacta o puntual, según la cual el juez debe determinar la pena exacta que corresponde al autor de acuerdo a su culpabilidad.

- Teoría de la culpabilidad como límite máximo, la cual excluye la existencia de un límite mínimo determinado por la culpabilidad. De acuerdo a esta postura la pena no necesaria desde el punto de vista preventivo no debería imponerse.

-Teoría del espacio de juego, de acuerdo a esta formulación, la culpabilidad proporciona una zona dentro de la cual puede moverse la individualización de la pena concreta conforme a criterios de prevención especial.

-Teoría del valor posicional, que otorga distintas funciones a los distintos principios de la pena, de forma que la culpabilidad permitirá determinar por sí sola la duración de la pena, mientras que la prevención actuará en una segunda fase en la que se decidirá sobre la sustitución o suspensión de la pena.

Sobre estas teorías señalan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN que es difícil proceder a su traslado a España, ya que el sistema alemán proporciona sus criterios de un modo mucho más laxo y sin sumisión a un régimen estricto de estima-

<sup>93</sup> Muñoz Conde considera que estos pasos ya forman parte de la individualización judicial de la pena, ya que la ley deja un cierto margen de acción al juez, así en ciertos casos le permite elegir entre una rebaja de uno o dos grados, tal como sucede en relación a la tentativa (art. 62 CP). MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Valencia, 2015, pág. 574.

<sup>94</sup> MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Barcelona, 2015, pág. 759 y ss.

<sup>95</sup> Al respecto, ver: MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 769 y ss. PAVÓN HERRANDÓN, D.: “Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas...”, ob. cit., pág. 152.

ción de circunstancias<sup>96</sup>. Por otro lado, sostiene MIR PUIG que en Derecho español algunas de las circunstancias modificativas que permiten la individualización legal de la pena no sólo afectan al injusto sino a otras razones vinculadas a su punibilidad general y especial<sup>97</sup>. Con base en esta argumentación, el autor considera que la teoría de la pena exacta no es válida en Derecho español ya que la Ley obliga en algunos casos a tener en cuenta la personalidad del delincuente. En su opinión, tampoco sería asumible la teoría del valor posicional ya que las consideraciones preventivo especiales vinculadas a referencias a la personalidad y a las circunstancias del culpable se tienen en cuenta ya desde el primer momento de la determinación de la pena y no sólo a la hora de decidir sobre la suspensión o sustitución de la misma<sup>98</sup>. Según MIR PUIG cabe considerar compatible con la regulación vigente toda teoría que combine los fines de la pena en las distintas fases del proceso de individualización, sin que pueda deducirse de la Legislación una jerarquía entre los distintos criterios a los que alude<sup>99</sup>.

Lo cierto es que según lo establecido en el art. 66. 1 6ª CP, a la hora de determinar la pena concreta el juez deberá considerar las consecuencias del hecho. Con ello el legislador se refiere a la necesidad de valorar los efectos causados por el comportamiento que excedan de la descripción del resultado típico, en la medida en que se tenga la culpa de ellos. También deberá atender a las circunstancias personales del autor. Como es posible suponer, la amplitud de la redacción legal no resulta particularmente clarificadora en relación a lo que se debe entender por “circunstancias del delincuente”. En este sentido, una parte de la doctrina aboga por interpretar esta expresión limitándola a aquellas circunstancias que estén referidas al acto mismo, evitando cualquier indagación sobre el carácter o forma de vida del delincuente. De esta manera, quedarían comprendidos los comportamientos anteriores y posteriores al acto: a los anteriores pertenecerían las condenas previas y a los posteriores los actos que puedan empeorar o atemperar las consecuencias del delito, de forma que un posible abandono de la víctima que la deje en estado de desamparo podría agravar la culpabilidad, mientras que la reparación del daño podría influir positivamente<sup>100</sup>. Otra corriente de pensamiento rechaza que las circunstancias personales a las que se refiere el legislador puedan ser interpretadas como una forma de retribución de la culpabilidad y aboga, por tanto, por una consideración de las condiciones que favorezcan la prevención del delito.

Como es posible comprobar, en general se acepta que la magnitud de la pena debe ser determinada por criterios de prevención, de forma que la prevención es

<sup>96</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., ob. cit., pág. 583.

<sup>97</sup> MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 771.

<sup>98</sup> MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 771.

<sup>99</sup> MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 772.

<sup>100</sup> JESCHECK, H. H.: “El principio de culpabilidad como fundamento y límite de punibilidad...”, ob. cit., pág. 36 y ss.

limitada por la culpabilidad. Esta corriente de pensamiento deriva de las formulaciones elaboradas en Alemania desde mediados de la década de los 60, cuando se pretendía huir de las viejas ideas de la retribución en pro del consecuencialismo. En este trabajo se defiende una relación entre culpabilidad y prevención inversa. Si bien hoy en día resultaría inasumible el regreso a posturas retribucionistas extremas, negando el papel que deben jugar las teorías de la prevención, de acuerdo a nuestro criterio la pena debe imponerse en virtud de criterios retributivos siempre que la misma resulte preventivamente indicada. La prevención limitará, por tanto, la culpabilidad.

Al respecto, entendemos que el sistema actual favorece la confusión entre las prioridades que deben plantearse en relación a las teorías de la pena. Así, el hecho de no diferenciar el principio rector que debe marcar la individualización de la pena en cada paso provoca la magnificación del papel que deben jugar las teorías utilitaristas. En este sentido, entendemos que resultaría conveniente que sólo con base en consideraciones culpabilísticas se estableciera el monto adecuado de la pena, aunque la misma, con posterioridad, pudiera ser ajustada teniendo en cuenta circunstancias de prevención especial. Ello no obsta, incluso a que la pena pueda caer cuando el cumplimiento de la misma resulte contraindicada de acuerdo a criterios prevencionistas. Recurriendo a la terminología de PAWLIK se puede argumentar que, si la imposición de una pena se ve legitimada teniendo que permitir el autor el reproche por la lesión de su deber de ciudadano, la medida de la pena debe medirse igualmente por dicho injusto<sup>101</sup>, lo cual no implica que dicha medida no pueda ceder en determinados supuestos.

### c) *Sobre el significado de la proporcionalidad*

Sin embargo, esta decisión no soluciona aún uno de los problemas fundamentales: el de establecer cuál es la pena adecuada a la culpabilidad. Al respecto, MEZGER sostenía que el delito y la pena son “magnitudes inconmensurables”<sup>102</sup>. De tal forma, la máxima de justicia defendida por las teorías absolutas referida al hecho de que al daño causado le corresponde una sanción equivalente no resulta ser ni real ni posible, en la medida en que pena y delito no son magnitudes comparables<sup>103</sup>. La irreductible heterogeneidad entre delito y pena ha sido una de las objeciones más relevantes que se han planteado a la teoría retribucionista, debido a la

<sup>101</sup> PAWLIK, M.: *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Madrid, 2010, pág. 104.

<sup>102</sup> MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal*, T. II, traducido por Rodríguez Muños, Madrid, 1957, pág. 398.

<sup>103</sup> PAVÓN HERRANDÓN, D.: “Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena. Elementos retributivos en el Ordenamiento jurídico español”, *Revista Penal México*, n° 9, septiembre de 2015-febrero de 2016, pág. 150.

imposibilidad de encontrar elementos que permitan establecer una relación de proporción entre ambos elementos<sup>104</sup>.

KANT pretendía hallar esa equivalencia a través de la asunción del sistema talional, lo que lo llevaba a aceptar la pena de muerte, ya que, en su opinión, no hay más justicia ni equivalencia posible frente a un asesino que la muerte misma del asesino<sup>105</sup>. No obstante, resulta indudable que, ni siquiera recurriendo al sistema talional, es posible hallar una perfecta equivalencia en todos los casos entre la pena impuesta y la lesión del bien jurídico. Esta equivalencia sólo podría hallarse en una esfera valorativa. Así, el hurto y la pena de prisión que se impone para su castigo son magnitudes inconmensurables desde un punto de vista naturalista-externo y sólo pueden resultar proporcionados desde una equiparación valorativa<sup>106</sup>. En este sentido, HEGEL sostenía, si el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa, también debe tenerla su negación, por lo que, en opinión de este autor, tanto pena como delito son sucesos dotados de significación. La dificultad se encontrará, por tanto, a la hora de intentar establecer criterios que permitan la realización de esta equiparación en la esfera de los valores.

Entendemos que, al menos en la mayor parte de los supuestos, resulta imposible desde un punto de vista cualitativo, comparar la medida del daño que implican el delito y la pena. Sólo en algunos casos específicos, como podría darse frente a algún delito económico que tenga prevista como sanción una pena de multa, podríamos llegar a hablar de sufrimientos comparables. Por otro lado, en la mayor parte de los supuestos la naturaleza de los daños sufridos se distanciará notablemente de la sanción impuesta. La principal razón se encuentra en el hecho de que un Estado de Derecho, el Estado no puede actuar con las mismas armas que un delincuente y no puede, por tanto, proferir castigos físicos. La comparación cuantitativa, por ende, no correrá mejor suerte, ¿cómo se puede medir el sufrimiento que ocasiona una muerte o la pérdida de un órgano?, ¿y cómo se puede trasladar dicha medida a la entidad del sufrimiento provocado por la pérdida de la libertad?

Otro elemento a tener en cuenta es el destacado por LESCH quien sostiene que “el valor de la lesión no se encuentra determinado de forma fija sino que es un valor relativo que depende del estado de la sociedad”<sup>107</sup>. En efecto, la escala de valoración de los bienes jurídicos no es una magnitud que se mantenga constante en todos los momentos históricos, sino que tiene una dependencia directa con las concepciones sociales, siendo sabido que el Derecho debe ir adaptándose para responder a las necesidades de la comunidad. Así, la importancia que en otros siglos implicaba la defensa del bien jurídico honor no puede seguir siendo defendi-

<sup>104</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. *Consideraciones sobre los fines de la pena...*, ob. cit., pág. 96.

<sup>105</sup> Al respecto: DURÁN MIGLIARDI, M. “Teorías absolutas de la pena...”, ob. cit., pág. 132.

<sup>106</sup> MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., pág. 399.

<sup>107</sup> LESCH, H. H.: *La función de la pena*, (traducción de Javier Sánchez Vera Gómez-Trelles), Madrid, 1999, pág. 17 y ss.

da a día de hoy, hasta el punto de que son muchas las voces que reclaman la despenalización de los delitos de calumnias e injurias.

Tal como sostiene ROXIN, no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad, pero se puede recurrir a las reglas legales de determinación de la pena, las cuales al ser científicamente perfeccionadas pueden conseguir magnitudes penales de alguna forma calculables<sup>108</sup>. En este contexto, el único camino que le queda al Derecho penal es elaborar una escala valorativa en la que se intente trasladar una graduación adecuada de la entidad de los ilícitos<sup>109</sup>. No obstante, bajo nuestro criterio, hay una cuestión que debe resultar clara: la entidad de la culpabilidad debe poder ser trasladada a un valor determinado dentro de esa escala valorativa. La culpabilidad debe poder otorgar un valor máximo que actúe como límite de la respuesta punitiva.

### III. Los fines de la pena en el Código penal español

#### a) *La pena de prisión permanente revisable*

Se ha sostenido que en la historia de las ideas penales es fácil encontrar justificación a cualquier clase de castigos<sup>110</sup>. Si bien esta es una realidad incontestable, su reconocimiento no nos puede llevar a resignarnos y a abandonarnos a una irremediable utilización oportunista de las ideologías<sup>111</sup>.

La ciencia jurídica moderna debe estar en condiciones de proporcionar unos criterios mínimos que marquen el camino de los fines de la reacción punitiva en un Estado de Derecho. Esta construcción teórica debe, al menos, cumplir un papel de exclusión, eliminando una serie de prácticas que no son admisibles a día de hoy. En este sentido, resulta fundamental que se determine qué penas pueden ser aplicadas porque responden a intereses legítimos, así como también, qué medida temporal y de intensidad debe limitar a estas sanciones.

Como se ha indicado al inicio de este trabajo, la inclusión en el año 2015 de la pena de prisión permanente revisable en el elenco de las consecuencias jurídicas

<sup>108</sup> ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, T I, ob. cit., pág. 143.

<sup>109</sup> En palabras de Maurach y Zipf, el legislador le entrega al juez un esquema de clasificación que es una escala continua de valoraciones que comprende desde los casos más leves a los más graves. MAURACH, R. y ZIPF, H.: *Derecho Penal. Parte General*, vol.1 (Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibsen), Buenos Aires, 1994, pág. 691.

<sup>110</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: “La ideología expiatoria y la cadena perpetua”, en Arroyo Zapatero, L., Lascurain Sánchez, J. A. y Pérez Manzano, M. (eds.): *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, 2016, pág. 83.

<sup>111</sup> Poniendo de manifiesto esta problemática sostiene Hassemmer que el Derecho penal está pasando de la formalización y la vinculación a los principios valorativos a una tecnología social y paulatinamente se va convirtiendo en un instrumento político. Hassemmer. HASSEMER, W.: “Derecho penal y Filosofía del derecho en la República Federal de Alemania”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 8, 1990, Alicante, pág. 181.

del delito del Código penal español es el ejemplo más alarmante de esta situación. Cuando el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 pretende justificar la incorporación de la prisión permanente alegando que "...se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión" recurre a una falacia. La pena de prisión permanente revisable ignora la medida de la culpabilidad cuando establece una pena de duración indeterminada. ¿Cómo puede ser proporcional a la gravedad del delito una pena que se impone de por vida con independencia de la edad del sujeto?<sup>112</sup>

La imposibilidad de referirse a la prisión permanente revisable como una pena proporcional también se deriva de que esta pena no permite la apreciación de las circunstancias concurrentes que podrían conducir a una valoración del hecho y la culpabilidad del autor como menos graves. No se trata de una pena que establezca un marco dentro del cual se puedan valorar las circunstancias del caso. Estas consideraciones hechas por el Tribunal Constitucional en su sentencia 136/1999, de 20 de julio, en referencia al antiguo art. 174 bis a) del Código penal de 1973 resultan plenamente actuales.

También el TEDH en su jurisprudencia sobre la materia ha llegado a entrar en esta compleja cuestión. Así, en la decisión asumida en el caso *Kafkaris c. Chipre* (GS), nº 21906/04, de 12 de febrero de 2008, el Tribunal se plantea si existe un período máximo de pena de prisión que pueda estar justificado por las finalidades de retribución y de prevención de la pena y que, una vez cumplido y en el caso de que la rehabilitación haya transformado al penado de tal manera que ya no sea un peligro para la sociedad, el recluso deba ser dejado en libertad. De tal forma, este razonamiento lleva a considerar que existe un período máximo de prisión que estaría justificado por la finalidad retributiva de la pena, por lo que, después de su cumplimiento, serían sólo consideraciones de prevención especial las que avalarían su continuidad. Siguiendo este criterio, una parte de la doctrina insiste en la necesidad de diferenciar la justificación de la pena de prisión permanente en dos momentos distintos: cuando se impone la pena y cuando se ejecuta. De tal forma, en el momento de imposición de la pena serían los criterios retributivos y de prevención

<sup>112</sup> En este sentido, la aceptación de la cadena perpetua por parte de los primeros defensores de las teorías retribucionistas no puede ser considerada como argumento. Tal como ha expresado Quintero Olivares, hay que remontarse a una primitiva idea de retribución que no persigue finalidad alguna para poder encontrar un sustento teórico para este castigo, pero en la búsqueda de esas explicaciones no se debe etiquetar con nuestras actuales ideas lo que sucedía hace siglos. QUINTERO OLIVARES, G.: "La ideología expiatoria y la cadena perpetua", ob. cit., pág. 83. En contra de esta opinión, Muñoz Conde y García Arán entienden que la regulación de la pena de prisión permanente revisable es propia del retribucionismo más rancio, ya que observan una obsesión por compensar aritméticamente los delitos cometidos en las reglas sobre concursos del art. 78 CP. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., ob. cit., pág. 550.

general los que cobrarían protagonismo, mientras que, en el momento de la ejecución, el foco de atención se trasladaría a la prevención especial<sup>113</sup>.

El hecho de que en la fase de ejecución de la pena deban primar los criterios de la prevención especial, esto es, adecuar el cumplimiento de la pena de prisión a las necesidades de la resocialización, no significa que exista un determinado plazo en el que queden extinguidas las funciones de retribución y de prevención general de la pena, luego del cual, la prolongación de la prisión sólo esté justificada en criterios preventivo-especiales. Si esto fuera así, deberíamos hablar de un fraude de etiquetas y de la introducción “por la puerta de atrás” de la medida de custodia de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, esta formulación nos obligaría a trasladar toda la discusión sobre la legitimidad de la pena de prisión permanente revisable a las consideraciones efectuadas sobre la legitimidad y fundamentación de estas medidas<sup>114</sup>.

A nuestro criterio, la premisa defendida en Kafkaris cuestiona seriamente la legitimidad de la prolongación de la pena privativa de libertad, ya que no es posible olvidar que el alargamiento de una pena de prisión “hasta que se cumplan los fines resocializadores” supone en realidad que un sujeto es privado de su libertad únicamente en función de su peligrosidad. Y es que la prevención especial positiva no es, al fin y al cabo, más que la cara inversa de la prevención especial negativa<sup>115</sup>.

La inocuización o segregación del delincuente nunca puede ser un fin válido más allá de la medida de la culpabilidad. En nuestra opinión, la inclusión de la pena de prisión permanente revisable es resultado de una confusión conceptual con las medidas de seguridad y sus fundamentos. Si se pretende apartar a un delincuente de la sociedad de forma indefinida es porque se lo supone “peligroso”. De tal forma, se espera que este individuo pase el resto de sus días en prisión impedido de llevar a cabo cualquier conducta que dañe a la sociedad o, bien, hasta que demuestre que dicha peligrosidad ha cesado. La peligrosidad es concebida, por tanto, como una patología que determina al sujeto a llevar a cabo un determinado comportamiento. La

<sup>113</sup> LANDA GOROSTIZA, J. M., “Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015, ¿Derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-20, 2015, pág. 13. En opinión de este autor, la doctrina del TEDH en el caso Vinter también se basa en estas consideraciones. Así, cuando la doctrina del Tribunal cifra la revisión de la pena de un test sobre las finalidades de la reinserción social, está actuando en la fase de cumplimiento de la pena de forma exclusiva en clave preventivo especial. Esta consideración se basa en el razonamiento que indica que el tiempo que el recluso ha pasado en prisión ya habría permitido cumplir esencialmente con la función retributiva de la pena y logrado asegurar el efecto preventivo general, al menos en un primer nivel, por lo que la mirada se trasladaría a la neutralización de la peligrosidad

<sup>114</sup> Al respecto, CARUSO FONTÁN, M. V., “Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual (peligroso)”, en *Revista Penal*, nº 31, Valencia, 2013, pág. 3-21.

<sup>115</sup> En este sentido, Fuentes Osorio se pregunta si es posible justificar el mantenimiento de una privación de libertad indefinida no en el hecho realizado, es decir, de acuerdo al principio de culpabilidad y sí en la peligrosidad del sujeto. FUENTES OSORIO, J. L., “¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente, el modelo vigente y la propuesta de reforma”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 11, núm. 21, enero-junio 2014, p. 335.

resocialización es una tentativa de atrapar al condenado no sólo corporalmente sino también en su alma ya que se reemplaza la consigna de castigar por la de curar<sup>116</sup>. No obstante, si el sujeto sufre de una patología, ¿por qué le aplicamos una pena? ¿No sería más correcto en estos casos acudir a una medida de seguridad? Al respecto, resulta oportuno recordar que, tal como sostiene MAÑALICH, la virtud fundamental de la justificación retribucionista de la pena es el reconocimiento del destinatario del reproche como un agente moral<sup>117</sup>.

#### b) *La ruptura del sistema dualista: la medida de libertad vigilada*

Otras instituciones de nuestro Código penal que también responden al dudoso fundamento de pretender neutralizar la peligrosidad del delincuente son la medida de seguridad de libertad vigilada, introducida por la reforma operada en 2010, así como la agravante por reincidencia del art. 66. 1. 5ª CP. La incorporación de esta medida de seguridad supuso la ruptura del sistema dualista instaurado por el Código penal de 1995. Según este sistema, las penas se aplican al delincuente culpable y las medidas de seguridad al sujeto inimputable, de forma que la culpabilidad y la peligrosidad tendrán dos ámbitos de aplicación claramente diferenciados. La culpabilidad entendida como reproche al autor por su hecho operará como fundamento de la pena, mientras que la peligrosidad, tendrá en cuenta la posibilidad de la comisión futura de hechos delictivos y se convertirá en el fundamento de las medidas de seguridad. Ambos presupuestos serán independientes y no susceptibles de confusión, aunque claramente podrán coexistir en el caso del sujeto semiimputable, donde se apreciará una culpabilidad disminuida y, por tanto, la pena a aplicar se verá atenuada, a lo que podrá sumarse la aplicación de una medida de seguridad en caso de comprobarse la cualidad de “peligroso” en el sujeto<sup>118</sup>. Por otra parte, la doctrina mayoritaria ha dado por supuesto la posible coexistencia de peligrosidad y culpabilidad en el supuesto de sujetos plenamente responsables. Sin embargo, entendemos que la cuestión es cuando menos dudosa.

Cuando el juicio de peligrosidad se lleva a cabo en relación a un sujeto que presenta una alteración psíquica o, bien, sobre un individuo que sufre una adicción, existe una base sólida sobre la que se puede edificar un pronóstico de futuro. Sin retrotraernos a la vieja disputa acerca del determinismo y el indeterminismo, es posible sostener que se trata de individuos que están condicionados por una dolencia que los puede llevar, con un elevado nivel de seguridad, a la comisión de nuevos hechos delictivos. A esta situación se suma el hecho de que, en relación a los sujetos inimputables y semi-imputables, resulta difícil discutir la legitimación

<sup>116</sup> Al respecto: HASSEMER, W.: “La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana”, ob. cit., pág. 62 y 63.

<sup>117</sup> MAÑALICH, J. P.: “La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría del Derecho penal”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 28, nº 83, 2007, pág. 64.

<sup>118</sup> ROMEO CASABONA, C. M.: *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, Madrid, 1986, pág. 22.



del Estado para intervenir e intentar eliminar todo obstáculo que se interponga al perfeccionamiento de la personalidad humana, es decir, para intentar recuperar al sujeto y que este pueda desarrollar una vida en sociedad plenamente satisfactoria. Por ello, en el caso de las medidas de seguridad, existe plena unanimidad sobre la prioridad del objetivo de corrección frente al de aseguramiento<sup>119</sup>.

La situación es completamente diferente en el caso de las medidas de seguridad aplicables a sujetos plenamente responsables. En estos casos, la determinación de la peligrosidad es totalmente aleatoria, al no existir una base firme sobre la que pueda edificarse. Así, el principal indicio de esta peligrosidad será la existencia de una tendencia al delito, esto es, un hábito de delinquir que se pondrá de manifiesto frente a la reiteración de hechos delictivos. Otros factores a tener en cuenta serán, entre otros, el origen, la educación, el comportamiento social general del autor, la costumbre de beber, su inteligencia y su carácter y su forma de proceder con la familia o en el trabajo, en su tiempo libre<sup>120</sup>. Se trata de meros síntomas que serán presentados al juez a través del informe pericial y a partir de los cuales tendrá que decidir si concurre esta característica en el sujeto. De todo lo expuesto es fácil deducir la inseguridad jurídica que provoca esta situación<sup>121</sup>.

No es posible escapar a la idea de que no resulta coherente con los postulados de un Estado de Derecho que el Derecho penal considere a un sujeto plenamente capaz como a una persona inmersa en un “estado” y que ello le autorice a la adopción de medidas adicionales a la pena, porque eso significa negarle la misma capacidad de decisión que se le reconoce al aceptar su capacidad de culpabilidad<sup>122</sup>. Sostener que el sujeto tiene plena capacidad de culpabilidad faculta al Estado para imponerle una pena adecuada a la gravedad del injusto y, al mismo tiempo, el reconocimiento de su peligrosidad, que implica en cierto modo una negación a su autodeterminación, permite al Estado prolongar la restricción de sus derechos y libertades. O el sujeto es *per se* peligroso y, en consecuencia, se afirma que tiene una tendencia criminal que limita su responsabilidad, o bien, el sujeto tiene intacta su capacidad de entender y querer y, por tanto, se le puede aplicar la pena en su totalidad. El Derecho

<sup>119</sup> Lo que en el caso de la Legislación alemana queda plasmado en el nombre que se da a estas medidas: “*Maßregeln der Besserung und Sicherung*”. Al respecto: SCHÖCH, H.: en Satzger, H., Schmitt, B. Y Widmaier, G. (ed.): *StGB. Strafgesetzbuch Kommentar*, (Introducción al § 66) 1, 2009, pág. 548.

<sup>120</sup> Al respecto: HANACK, E. W. en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, T. III, 10ª. ed. 185, pág. 233.

<sup>121</sup> Contra esta opinión, Romeo Casabona sostiene que a pesar de que en los sujetos imputables no aparezcan alteraciones de la personalidad que afecten a su capacidad de culpabilidad, sí pueden presentarse en el delincuente ciertas características exteriorizadas en la ejecución del delito que sirvan de base para evidenciar su peligrosidad criminal. ROMEO CASABONA, C. M.: *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, ob. cit., pág. 65.

<sup>122</sup> En este sentido, Acale Sánchez considera que “La uniformización de la respuesta penal con independencia de la imputabilidad del autor daría lugar a la instrumentalización del imputable, al tratarse como si lo fuera, vulnerándose por tanto su dignidad personal”. ACALE SÁNCHEZ, M.: “Medición de la Respuesta Punitiva y Estado de Derecho”, Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal*, núm. 24, pág. 224.

penal debería decantarse por una de estas dos opciones y no utilizar, en todo caso, el argumento en perjuicio del reo.

Este hecho, ya fue reconocido por KÖHLER, quien sostuvo que el sistema de doble vía aplicado a sujetos imputables nos conduce irremediamente a la cúspide de la inconsecuencia. Ello se debe a que, mediante este sistema, al mismo autor se le castiga, primero, de forma adecuada a la culpabilidad y, con ello, se reconoce que se trata de una persona motivable por la norma, y, después, se determina que esta misma persona, debe ser custodiada, negando con ello el sentido y la validez de su raciocinio<sup>123</sup>. También, ha puesto de manifiesto esta situación SILVA SÁNCHEZ, sosteniendo que el sistema de la doble vía encierra un germen de contradicción que es preciso resolver<sup>124</sup>. Al respecto, el autor citado plantea la posibilidad de que estas medidas tengan como fundamento “alguna forma de *auto-degradación* del sujeto como agente libre”, lo que llevaría necesariamente a tener que sostener que detrás de ellas subyace una doctrina de la culpabilidad, más o menos próxima, a la culpabilidad por la conducción de vida<sup>125</sup>.

Con base en lo expuesto, consideramos que no resulta admisible un sistema que niegue al sujeto la facultad de autodeterminarse. El tratamiento del delincuente habitual como un sujeto semiimputable nos retrotrae a épocas pasadas, cuando se recurría a la consideración de la personalidad del sujeto y a la valoración de todas sus decisiones vitales para justificar los excesos de estados totalitarios. A día de hoy, esta concepción debería estar totalmente superada. Entendemos, por tanto, que sería necesario proceder a una discriminación, analizando en qué supuestos ha mediado una significativa disminución de la culpabilidad que pueda requerir una intervención particularizada del Estado y en qué casos el sujeto es plenamente responsable y debe, en consecuencia, responder en la medida determinada por la gravedad de sus actos. Todos estos argumentos nos llevan a rechazar la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad frente al delincuente imputable.

De la misma manera también entendemos que resulta cuestionable el fundamento de la agravante de reincidencia. A pesar de la constante evolución del pensamiento penal, todavía hoy es posible sostener que una figura que se encuentra vigente en nuestra legislación responde a objetivos propios del positivismo. No es posible llegar a otra conclusión dado que con la utilización de esta circunstancia se pretende procurar la defensa y tranquilidad de la sociedad, a costa del sacrificio del individuo, ya que, a pesar de los múltiples intentos por dotar a esta institución jurídica de un fundamento válido, todas las miradas siguen dirigiéndose a la exis-

<sup>123</sup> KÖHLER, M.: *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986, pág. 81.

<sup>124</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, en *Indret*, nº 2, 2010, pág. 3.

<sup>125</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, ob. cit., pág. 3.

tencia de una peligrosidad criminal, situándose, por tanto, la fundamentación en un reproche al sujeto por su forma de ser<sup>126</sup>.

### c) *El reclamo constante: la reforma de los delitos contra la libertad sexual*

Como se ha indicado con anterioridad, modernas formulaciones sobre los fines de la pena señalan que los mayores determinantes del cumplimiento de la norma son la influencia social y la percepción de legitimidad, razón por la cual lo razonable desde una perspectiva instrumental es apoyarse en las intuiciones de justicia de la comunidad y tratar que la pena sea conforme a ellas<sup>127</sup>. Estas premisas teóricas que son en origen bien intencionadas pueden conducir con bastante facilidad a la degeneración de la política criminal en una política de tintes electoralistas. Si hay un ámbito en el que estas premisas se hayan cumplido a rajatabla en el último período ese es, sin duda alguna, el de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

El populismo punitivo en España ha estado al orden del día y en esta materia, además, ha encontrado un buen respaldo en las iniciativas extranjeras. Como es sabido, en los últimos años la política criminal española ha estado limitada en buena medida por la necesidad de responder a los “mandatos” europeos. En tal sentido, los aires que han llegado de los organismos europeos han estado precedidos por un marcado carácter proteccionista en relación a los posibles peligros que pueden acechar a los menores en materia sexual.

Lo cierto es que, en el año 1995, el legislador decide reestructurar los tipos penales que protegen a estos bienes jurídicos y plantea una clasificación que los organiza de acuerdo a la intensidad del ataque a la libertad. De forma que las conductas más graves serán aquellas que se llevan a cabo con violencia e intimidación y se dejará en un segundo plano aquellas que se registran sin desplegarse estos medios comisivos, pero donde tampoco existe un consentimiento válido de la víctima. Esta nueva reorganización implica necesariamente que ciertas conductas que antes eran subsumidas dentro del delito de violación, como la penetración a un menor de 12 años (cuando no se utilice violencia ni intimidación), pasen al ámbito de los abusos sexuales. Esta y otras tantas cuestiones de la nueva legislación no fueron bien recibidas por la opinión pública. La consecuencia de esta situación fue la modificación constante de la regulación de los delitos sexuales desde 1995 que se verificó

<sup>126</sup> En este sentido, Zugaldía Espinar ha calificado a la introducción de la reincidencia en el Código penal como una “rabieta legislativa”, destacando que con esta decisión el “poder legislativo opera como lo haría el médico inepto e irritado: demostrada la ineficacia de un medicamento en dosis terapéuticas, suministra al paciente una sobredosis del mismo medicamento aun sabiendo que ello puede producir con toda seguridad efectos graves, e irreversibles, cuando no letales.” ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: Prólogo a la obra de Elena B. Marín de Espinosa Ceballos: *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada 1999, pág. XXII.

<sup>127</sup> Ver cita 55.

para proceder al aumento de penas y para incorporar, una y otra vez, la tipificación de conductas concretas que podían, a criterio del legislador de turno, no quedar comprendidas en el tenor del texto legal. Resultado de ello es la presente regulación de los delitos contra la indemnidad sexual de los menores donde se multiplican los problemas interpretativos y la superposición de las conductas delictivas<sup>128</sup>.

Especial gravedad también supone el hecho de que se utilice la legislación penal para imponer una determinada moral a la población. Si bien es cierto que en 1989 se abandonó la protección de los delitos contra la honestidad para pasar a protegerse la libertad e indemnidad sexuales, lo cierto es que en muchas ocasiones el legislador abandona el umbral que le corresponde y más que castigar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico parece pretender imponer a la población que su comportamiento sexual se mantenga dentro de los cánones considerados como “normales” por la sociedad. Esta situación se pone de manifiesto claramente en el ámbito de los delitos que castigan la pornografía de menores, donde se ha decidido castigar tanto la pornografía virtual como la pornografía técnica<sup>129</sup>. Se trata, por tanto, de perseguir al sujeto considerado “peligroso” y no siempre al que ha lesionado o puesto en peligro de forma efectiva el bien jurídico “indemnidad sexual”. Al respecto resulta oportuno señalar que el hecho de que existan deseos sexuales específicos que no se adecúan a los parámetros culturales (actuales) no significa necesariamente que ese sujeto carezca de autocontrol. Ello implica que es posible que un individuo obtenga satisfacción sexual a través de la representación de imágenes de jóvenes, sin que vaya a abusar sexualmente de niños buscando un *in crescendo* de la respuesta erótica<sup>130</sup>. Ni siquiera implica que así lo desee, ya que, en

<sup>128</sup> Como ejemplo de esta situación se puede citar la incorporación al artículo 182 de la cláusula “*abusando de una posición reconocida de confianza*” que entra en conflicto con el estupro por prevalimiento previsto en el artículo 181. 3 CP.

<sup>129</sup> En cuanto al concepto de pornografía virtual, se trata de la creación de una imagen que representa visualmente a un menor, es decir, de un material en cuya creación no ha participado menor alguno. En consecuencia, estamos frente a supuestos en los que no ha podido verificarse la lesión de la indemnidad sexual de ningún menor o discapacitado, ni en la fase de creación, ni de distribución ni mucho menos de posesión. En lo que respecta a la “pornografía técnica”, se trata de imágenes realizadas utilizando a adultos que aparentan ser menores. La comprobación *a posteriori* de que el protagonista de la escena pornográfica tenía en realidad 18 años o más en el momento de producirse el material, excluiría la punibilidad de la conducta. Tal como ha apuntado García Noguera (“Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 19, 2014, pág. 108), esta redacción parece contradictoria ya que ¿quién, sino un mayor de edad, puede hacerse pasar por un menor? Solo un mayor de edad puede, lógicamente, simular la minoría de edad cuando se produzca o confeccione pornografía técnica, pero el propio artículo excluye ese supuesto. Ante esta situación parece evidente que el legislador sólo pretende recoger con esta redacción los casos dudosos, o dicho de otro modo, que ha pretendido recoger una criticable inversión de la carga de la prueba.

<sup>130</sup> Sobre la función de la imagen en la sexualidad, ver: GALLO, H.: “Apareamiento y sexualidad humana”, en *Revista Virtual de Ciencias Sociales y Humanas “PSICOESPACIOS”*, vol. 4, nº 4, enero-junio 2010, pág. 65.

el indescifrable mundo de la sexualidad, el ámbito de la fantasía puede superar a la realidad<sup>131</sup>.

A igual conclusión podemos llegar si advertimos que el legislador penal pretende castigar en el art. 187 CP al proxeneta, incluso en aquellos casos en los cuales la persona prostituida sea mayor de edad y preste su consentimiento<sup>132</sup>. La idea de persecución del delincuente sexual peligroso también se puso de manifiesto cuando en 2010 se incorporara la posibilidad de aplicar a estos delitos la medida de seguridad de libertad vigilada (junto a los delitos de terrorismo) antes de que el legislador decidiera en 2015 extender la aplicación de esta medida a un mayor número de supuestos. La decisión de 2010 supuso una clara manifestación de la recepción de un “Derecho penal de autor”, sistema que a estas alturas y luego de los nefastos resultados que esta visión político criminal tuviera debería estar más que superado.

#### d) El Derecho penal como instrumento de solución de los males sociales

La irrupción de la perspectiva de la víctima en la política criminal española ha ocasionado una completa distorsión de los objetivos de las normas penales. De tal forma, es posible sostener que son numerosos los ámbitos del Derecho penal en los que se ha recurrido a la reforma de las leyes sólo para dar satisfacción a demandas sociales. En ocasiones, la desconfianza en el sistema judicial, ha llevado a proponer reformas innecesarias incorporando expresamente conductas que ya podían ser subsumidas en otros tipos penales o bien se ha procedido a limitar la interpretación judicial.

Es el caso de la reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que se proyecta en la actualidad. Así, los problemas originados por el caso de “La Manada” responden a dificultades interpretativas que deben ser abordadas por el Juez. Cuando el legislador de 1995 decide clasificar las conductas en agresiones y abusos sexuales de acuerdo a si concurren violencia o intimidación o, bien, si dichos medios comisivos no están presentes, pero tampoco existe un consentimiento válido, lo hace teniendo presente que (tal como ya se ha decidido en el ámbito de los delitos contra la libertad) la violencia y la intimidación son los medios comisivos que con mayor dureza lesionan a este bien jurídico. Esta es una realidad incontestable. Cuestión distinta será la interpretación del término “intimidación” que se lleve a cabo en el ámbito judicial. Si bien nuestro legislador de acuerdo a los mandatos del principio de legalidad debe ser taxativo a la hora de

<sup>131</sup> Al respecto: GONZÁLEZ, S. A.: “Pornografía, simulación: la lógica del fetiche”, en *Cuadernos de Música, Artes Visuales y Artes Escénica*, vol. 3 nº 1, Bogotá, pág. 95.

<sup>132</sup> En la reforma operada en 2015 el legislador decide agregar la siguiente cláusula: “*En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica. b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.*” Entendemos que este agregado resulta ambiguo ya que no excluye expresamente la tipificación del proxenetismo consentido.

redactar las normas penales, ello no implica que no deba dejar un margen para la interpretación judicial. Sería fácticamente inviable volcar en el Código penal todas las sutilezas de la conducta humana. De tal forma, si lo jueces que juzgan el caso de la Manada, o cualquier otro supuesto de características similares, llegan a la conclusión de que se ha llevado a cabo un delito de abusos sexuales, no están sosteniendo que la conducta no sea grave, ni con su decisión están juzgando a la víctima, simplemente están indicando que la pena impuesta es la adecuada a la lesión causada al bien jurídico. En este sentido no parece una buena decisión político-criminal que se excluya este margen de interpretación, especialmente si la reforma planteada decide meter en un mismo “saco” toda conducta que se lleve a cabo sobre el cuerpo de la víctima sin su consentimiento.

Como se ha indicado, la creación de tipos penales específicos también suele estar motivada por una falta de confianza en el poder judicial. Es lo que sucedió con la creación del delito de acoso sexual en 1995, conducta que podía quedar subsumida perfectamente en el tipo de las amenazas condicionales. En este caso, se dio la paradoja de que el legislador de 1995 incorporó este tipo específico y le asoció una pena de menor entidad que la que correspondía a las amenazas condicionales, creando de esta forma un innecesario conflicto a resolver por las normas del concurso aparente. A una conclusión muy similar se puede llegar con respecto a la reforma que introduce la figura de abandono del lugar del accidente, en el actual art. 382 bis CP (Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar de accidente).

Al respecto, la Exposición de Motivos de la LO 2/2019 señala que “lo que se quiere sancionar en este caso es la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido, la falta de solidaridad con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa en el accidente previo al abandono, y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico. Se busca evitar el concurso de normas entre este tipo penal y el delito de omisión del deber de socorro del artículo 195.3 del Código Penal para los casos de lesiones a través de la previsión contenida en el texto, de subsidiariedad de este delito respecto del aquél, refiriéndolo a los casos de personas que sufran lesiones graves, pero en las que no concurren los requisitos del peligro manifiesto y grave que exige la omisión del deber de socorro.”

Como indica BUSTOS RUBIO, en este caso asistimos a una reforma en la que el legislador entiende que el Código Penal debe sancionar valores o actitudes morales como la «maldad intrínseca» en el abandono de la persona lesionada o incluso ya fallecida, o la «falta de solidaridad» con las víctimas de un accidente de circula-

ción<sup>133</sup>. A esto hay que añadir que el propio legislador admite que con esta incorporación pretende evitar la aplicación de un concurso de delitos entre las lesiones y el delito de omisión del deber de socorro, cuando precisamente la aplicación de estas normas es la que posibilita la adecuada graduación de la pena a la efectiva lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. El nuevo delito implica como novedad que se va a sancionar con hasta cuatro años de prisión, según los casos, al sujeto que abandona el lugar en el que yace un cadáver que, desgraciadamente, ha dejado de ser titular de bienes jurídicamente protegibles<sup>134</sup>. Sin duda se trata de una previsión que pretende satisfacer los deseos de venganza de las víctimas, lo que no es más que la recepción legal de una retribución “mal entendida”.

Como se puede observar, en los últimos tiempos la cantidad de ejemplos en los que se ha procurado dar satisfacción a problemas sociales a través de la reforma del Código penal son numerosos. Una política criminal responsable no puede dar crédito a percepciones populares ficticias y exageradas que se han formado gracias a la imagen sesgada que ofrecen los medios de comunicación sobre la criminalidad. Entendemos que la constatación de la realización de este peligro entorpece la asunción de los criterios de las teorías expresivas de la pena y hace ilusorios sus planteamientos. Para que fuera posible que mejoráramos la obediencia a las normas basándonos en los estándares comunitarios respecto al castigo sería preciso que dichos estándares estuvieran formados por datos empíricamente contrastados. Esta condición no se cumple a día de hoy y parece difícil que vaya a cumplirse en un futuro próximo, por lo cual una política criminal que tome este punto como referencia principal está abocada a ser una política criminal injusta.

#### IV. Conclusiones

Puede afirmarse que, durante la evolución de las teorías de la pena, la retribución ha tenido “mala prensa” ya que ha sido identificada, casi con exclusividad, a la idea de lo irremediable, esto es, a la concepción de que las penas deben aplicarse incluso en aquellos casos en los que se manifiesten como abiertamente inútiles<sup>135</sup>. En este sentido se ha sostenido que en un Estado que reconoce al individuo como portador de derechos fundamentales en los que puede injerirse cuando ello resulte indispensable para el mantenimiento de las funciones estatales no queda ya espacio alguno

<sup>133</sup> BUSTOS RUBIO, M.: “Aproximación crítica al nuevo delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis del Código Penal)”, en *LA LEY Penal* n° 138, mayo-junio 2019, N° 138, pág. 13.

<sup>134</sup> BUSTOS RUBIO, M.: “Aproximación crítica al nuevo delito de abandono...”, ob. cit., pág. 13.

<sup>135</sup> En esta línea se ha expresado también García Amado quien de forma contundente ha señalado que “a la mayoría de los penalistas españoles se les eriza la piel cuando oyen hablar de justificaciones retributivas de la pena”, ya que “el retribucionismo es contemplado como reaccionario y poco digno de consideración teórica”, mientras que en el mundo anglosajón muchos autores que “se proclaman retribucionistas están en las filas de lo que aquí se llama progresismo”. GARCÍA AMADO, J. A.: “Sin retribución no hay pena justa”, en *Almacén de Derecho*, disponible en <https://almacenederecho.org/sin-retribucion-no-hay-pena-justa/> (visto 31-10-2019).

para una teoría de la pena como la de la retribución, en la medida en que infligir a una persona sufrimiento única y exclusivamente para que con ello sufra queda extramuros de las funciones estatales legítimas<sup>136</sup>.

Por otro lado, la prevención especial ha gozado de la suerte contraria ya que se ha resaltado su aspecto de resocialización y recuperación del delincuente. Pero ni la retribución implica solo inevitabilidad de la pena, ni la prevención especial consiste únicamente en procurar la recuperación del individuo. Lejos de ello la prevención especial encierra peligros evidentes como la maximización de la defensa social y la degradación del sujeto en un ser irresponsable necesitado de protección, mientras que la retribución propicia defender, en todo caso, la proporcionalidad de las penas.

En opinión de PAWLIK, la retribución “bien entendida” no carece de fines ni es “absoluta” en el sentido de “desligada de finalidades asociadas al ser humano y a la sociedad”, sino que lejos de ello, la retribución tiene un fin extrínseco que consiste en el mantenimiento del orden social<sup>137</sup>. Tal como ha sostenido MAÑALICH, una concepción retribucionista de la pena se ajusta en buena medida a una serie de características que tradicionalmente se asocian a la imagen de un ejercicio legítimo de la potestad punitiva y además cuenta con un profundo potencial crítico de cara al funcionamiento efectivo de los sistemas penales contemporáneos<sup>138</sup>. En este sentido, el autor señala como ejemplos a la institución de la medida cautelar personal, la cual desde el punto de vista de la justicia retributiva constituye una contradicción. La razón de ello se encuentra en que se trata de una reducción de la persona a cosa, en cuanto la prisión preventiva sólo puede ser compatible con una concepción de la pena que pretende neutralizar la peligrosidad del individuo. A igual conclusión se llegaría en relación a la pena de muerte, que es incompatible con el principio moral de la retribución<sup>139</sup>.

Tal como ha destacado GIL GIL, el ser humano, por lo general, posee un sentimiento de justicia que le lleva a reclamar un castigo cuando se ha sentido ilegítimamente lesionado. Se trata de un instinto natural que no debe ser demonizado, aunque tampoco debe ser erigido en un fin en sí mismo<sup>140</sup>. En este sentido, enten-

<sup>136</sup> FRISCH, W.: “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en *Indret*, julio de 2004, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1065.pdf> (visto 19-3-2019), pág. 8.

<sup>137</sup> PAWLIK, M.: *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, Tübingen, pág. 109.

<sup>138</sup> MAÑALICH, J. P.: “La pena como retribución. Segunda parte: La retribución...”, ob. cit., pág. 75.

<sup>139</sup> MAÑALICH, J. P.: “La pena como retribución. Segunda parte...”, ob. cit., pág. 94 y ss. En similar sentido sostiene que nuestro Derecho penal es incompatible con un entendimiento retributivo de la pena y los presupuestos de legitimidad de la retribución están ausentes de nuestras prácticas políticas. SZCZARANSKI VARGAS, F. L.: “El rol de la retribución en una teoría de la pena...”, ob. cit., pág. 202.

<sup>140</sup> GIL GIL, A.: “Sobre la satisfacción de la víctima como...”, ob. cit., pág. 28. La autora sostiene que la venganza ha sido históricamente algo más que un instinto para convertirse en una institución con fines preventivos. De tal forma, la venganza no sería un fin en sí misma, sino que buscaría conseguir un fin superior procurando la educación del ofensor señalándole el valor de la víctima y lo inaceptable de su hecho. En contra de este criterio, Pérez Barberá argumenta sobre la incorrección de todas las interpretaciones que intentan vincular a la retribución con consecuencias extrínsecas. PÉREZ BARBERÁ, G.: “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena...”, ob. cit., pág. 10.



demos que un excesivo protagonismo de la idea de prevención en un sistema de consecuencias jurídicas del delito resulta ser sencillamente un arma de doble filo. Tal como ha sostenido HASSEMER, en la actualidad el concepto de prevención tiende a convertirse en un modelo de intervención que supera y descalifica como obstáculos para una orientación social efectiva los principios de proporcionalidad, igualdad de trato o legalidad, de forma que ya no es suficiente una justificación deontológica, sino que el Derecho penal debe ser eficaz<sup>141</sup>.

Este nuevo Derecho penal demagógico no aporta nada al debido respeto a las garantías de los ciudadanos ni a las del delincuente, ni tampoco supone el advenimiento de un régimen jurídico más humanitario.

## Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M.: “Medición de la Respuesta Punitiva y Estado de Derecho”, *Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal*, núm. 24.
- ÁLVAREZ GARCÍA, J.: *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001.
- AMBOS, K.: “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 12, 2003, págs. 191-211.
- BACIGALUPO, E.: “Sobre la ideología de las teorías de la pena”, en *Circunstancia: Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, nº 16, 2008.
- BERISTAIN, A.: “La reforma del Código penal alemán”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 22 nº2, Madrid, 1969, págs. 371-390.
- BOCKELMANN, P.: “Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des allgemeinen Teils”, en *ZStW*, nº 81, págs. 597-612.
- BUSTOS RUBIO, M.: “Aproximación crítica al nuevo delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis del Código Penal)”, en *LA LEY Penal* nº 138, mayo-junio 2019, nº 138, págs. 1-18.
- CARUSO FONTÁN, M. V., “Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual ‘peligroso’”, en *Revista Penal*, nº 31, Valencia, 2013, págs. 3-21.
- CASTRO MORENO, A.: *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Madrid, 2008.
- CUELLO, J.: “La ‘Ideología’ de los fines de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 33, fasc. 2, 1980, Madrid, págs. 423-440.
- DAGGER, R.: “Jean Hampton’s Theory of Punishment: A Critical Appreciation”, en *Richmond Scholl of Arts & Sciences. Political Science Faculty Publications*, 2011, disponible en <https://scholarship.richmond.edu/polisci-faculty-publications/156/> (visto 31-10-2019).
- DEMETRIO CRESPO, E.: “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, 2007, págs. 1-38.

<sup>141</sup> HASSEMER, W.: “Derecho penal y Filosofía del derecho en la República Federal de Alemania”, ob. cit., pág. 184.

- DURÁN MIGLIARDI, M.: “Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional”, en *Política Criminal*, vol. 4, n° 8, diciembre 2009, (disp. en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992009000200001&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992009000200001&script=sci_abstract) (visto 4/3/2019), págs.266-291.
- DURÁN MIGLIARDI, M.: “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Inmanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual”, en *Revista de Filosofía*, vol. 67, 2011, págs. 123-144.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2007.
- FERRI, E.: *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y Delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia*, 1ª edición, traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1933.
- FEUERBACH, A. V.: *Tratado de Derecho penal*, traducción al castellano de la 14ª edición alemana por E. R. Zaffaroni e I. Hagemeyer, Buenos Aires, 1989.
- FRISCH, W.: “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en *Indret*, julio de 2004, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1065.pdf> (visto 19-3-2019), págs. 1-30.
- FUENTES OSORIO, J. L., “¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente, el modelo vigente y la propuesta de reforma”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 11, núm. 21, enero-junio 2014, págs. 309-345.
- GALLO, H.: “Apareamiento y sexualidad humana”, en *Revista Virtual de Ciencias Sociales y Humanas “PSICOESPACIOS”*, vol. 4, n° 4, enero-junio 2010, p. 63-80.
- GARCÍA AMADO, J. A.: “Sin retribución no hay pena justa”, en *Almacén de Derecho*, disponible en <https://almacenederecho.org/sin-retribucion-no-hay-pena-justa/> (visto 31-10-2019).
- GARCÍA NOGUERA, I.: “Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 19, 2014, pp. 105-116.
- GIL GIL, A.: “Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, págs. 9-36.
- GIL GIL, A.: “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, en *Indret*, octubre de 2016, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1254.pdf> (visto 19-3-2019), págs. 1-39.
- GONZÁLEZ, S. A.: “Pornografía, simulación: la lógica del fetiche”, en *Cuadernos de Música, Artes Visuales y Artes Escénica*, vol. 3 n° 1, Bogotá, pp. 68-104.
- HAMPTON, J.: “An Expressive Theory of Retribution”, en CRAGG, W. (ed.): *Retributivism and its Critics*, Wiesbaden, 1992, págs. 1-25.
- HANACK, E. W. en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, T. III, 10ª. ed. 185.
- HART, H.: *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed., Oxford, 2008, págs. 1-27.
- HASSEMER, W.: “Derecho penal y Filosofía del derecho en la República Federal de Alemania”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 8, 1990, Alicante, págs. 172-186.
- HASSEMER, W.: “La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 46 n°1, Madrid, 1993, págs. 35-80.

- HASSEMER, W.: “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 45, fasc. 1, 1992, págs. 235-250.
- HASSEMER, W.: “Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal”, en *Indret*, Barcelona, abril 2011, págs. 1-14. Disponible en <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/241335> (visto 4/3/2019).
- INGELHART, R.: *The silent revolution. Charging values and political styles among western publics*, Princetown, 1977.
- JAKOBS, G.: *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976.
- JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996.
- JAKOBS, G.: “Zur gegenwärtigen Straftheorie”, en Kodalle, K. M. *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, Würzburg, 1998.
- JESCHECK, H. H.: “La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos, resultados”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 25, fasc. 3, págs. 629-642.
- JESCHECK, H. H.: “Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 39, fasc. 1, 1986, págs. 9-32.
- JESCHECK, H. H.: “El principio de culpabilidad como fundamento y límite de punibilidad en el Derecho alemán y español”, en *Eguzkilore. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 9, 1995, págs. 25-38.
- JESCHECK, H. H.: “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-01, 2003, págs. 1-22.
- KANT, I.: *La metafísica de las costumbres*, (traducción y notas de Adela Cortina y Jesús Canal Sancho), Madrid, 1989.
- KÖHLER, M.: *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., “Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015, ¿Derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-20, 2015, págs. 1-42.
- LESCH, H. H.: *La función de la pena*, (traducción de Javier Sánchez Vera Gómez-Trelles), Madrid, 1999.
- LÖSCHE, P.: *Kleine Geschichte der deutschen Parteien*, Stuttgart, 1993.
- MAÑALICH, J. P.: “La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría del Derecho penal”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 28, nº 83, 2007, págs. 75-120.
- MAURACH, R. y ZIPF, H.: *Derecho Penal. Parte General*, vol.1 (traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibsen), Buenos Aires, 1994.
- MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal*, T. II, traducido por Rodríguez Muños, Madrid, 1957.
- MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª edición, Buenos Aires, 2002.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Barcelona, 2015.
- MIRÓ LLINARES, F.: “La función de la pena ante «el paso empírico» del Derecho penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 27, 2017, págs. 1-45.
- MOORE, M.: *Placing Blame*, Oxford, 1997.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*, 2ª edición, Buenos Aires, 2001.

- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Valencia, 2015.
- NÚÑEZ, R. C.: *Derecho Penal Argentino. Parte General (I)*, Buenos Aires, 1959.
- OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J.: “Las consecuencias jurídicas del delito”, en Molina Blázquez, M. C. (coord.): *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 2005.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981.
- PASTOR MUÑOZ, N. y GARCÍA DE LA TORRE, H.: “Informe sobre la discusión”, en PAWLIK, M.: *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, 2016, págs. 148-164.
- PAVÓN HERRANDÓN, D.: “Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena. Elementos retributivos en el Ordenamiento jurídico español”, *Revista Penal México*, nº 9, septiembre de 2015-febrero de 2016, págs. 131-157.
- PAWLIK, M.: “Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation vom Strafe”, en *Schriften zum Strafrecht*, cuaderno 153, Berlín, 2004.
- PAWLIK, M.: *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Madrid, 2010.
- PAWLIK, M.: “¿Pena o combate de peligros? Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena” en *Indret*, 4/2011, págs. 1-42.
- PAWLIK, M.: *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, Tübingen.
- PAWLIK, M.: “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática”, en *Indret*, 4/2015, págs. 1-33.
- PAWLIK, M.: *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, 2016.
- PÉREZ BARBERÁ, G.: “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, en *Indret*, octubre de 2014, <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf> (visto 19-3-2019), págs. 1-43.
- PÉREZ MANZANO, M.: *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990.
- PÉREZ MANZANO, M.: “Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Barcelona, 1997, págs. 73-83.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “La ideología expiatoria y la cadena perpetua”, en Arroyo Zapatero, L., Lascuraín Sánchez, J. A. y Pérez Manzano, M. (eds.): *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, 2016, págs. 83-86.
- ROBINSON, P. H.: *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Madrid, 2012.
- ROMEO CASABONA, C. M.: *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*, Madrid, 1986.
- ROXIN, C.: “Sentido y límites de la pena estatal” en *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, 1976, págs. 11-36.
- ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, T I, (traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid, 1997.

- RUBIO LARA, P. A.: *Teoría de la pena y consecuencias jurídicas del delito. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Valencia, 2017.
- SANZ MULAS, N.: “De las libertades del Marqués de Beccaria, al todo vale de Günter Jakobs. El fantasma del enemigo en la legislación penal española”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14-10, 2012, págs. 1-29.
- SCHÖCH, H.: en Satzger, H., Schmitt, B. Y Widmaier, G. (ed.): *StGB. Strafgesetzbuch Kommentar*, (Introducción al § 66) 1, 2009.
- SCHÜNEMANN, B.: “La función en el principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo” (Traducción de Jesús Silva Sánchez), en: Bernd Schünemann (ed.): *El sistema moderno de derecho penal. Cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 147-178.
- SCHÜNEMANN, B.: “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía”, en *Indret*, Barcelona 2008 (Disponible en <http://www.indret.com/pdf/531.pdf> (visto 8/3/2019), págs. 1-17.
- SERRANO MAILLO, A.: “Actitudes hacia la pena de muerte en un país abolicionista. Un test de la teoría de los sentimientos de inseguridad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, págs. 1-36.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Del Derecho abstracto al Derecho Real”, en *Indret*, Barcelona, octubre de 2006, disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/Indret/article/view/122214>. (visto: 19-03-2019), págs. 1-6.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “¿Es la custodia de seguridad una pena?”, en *Indret*, nº 2, 2010, págs. 1- 3.
- SOLA RECHE, E.: “Por una teoría “propia” de la pena. Recensión a Michael Pawlik, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, 124 págs.”, en *Indret*, 3/2007, págs. 1-8.
- SOLER, S.: *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1963.
- STÄCKER, T.: *Die Franz von Liszt-Schule und Ihre Auswirkungen auf die deutsche Strafrechtsentwicklung*, Baden-Baden, 2012.
- STRATENWERTH, G.: *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg 1977.
- SZCZARANSKI VARGAS, F. L.: “El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa”, en *Revista Ius et Praxis*, año 21, nº1, 2005, págs. 171-216.
- TEIXEIRA, A.: “Las teorías retributivas en el pensamiento angloamericano contemporáneo”, en *Revista Pensamiento Penal*, Año IV, número 7, 2019, págs. 35-77.
- VON LISZT, F.: *La idea del fin en Derecho penal, Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*, (introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, Traducción de Carlos Pérez del Valle), Granada, 1995.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?”, en *La idea del fin en Derecho Penal*, (nota introductoria), Granada, 1995.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: Prólogo a la obra de Elena B. Marín de Espinosa Ceballos: *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada 1999, pág. XXII.