

CRÍTICA A LA RETRIBUCIÓN COMO FIN DE LA PENA*

Review on Retribution as Punishment Purpose

EDUARDO DEMETRIO CRESPO**

Fecha de recepción: 12/01/2021
Fecha de aceptación: 27/03/2021

acfs, Protocolo I (2021), 107-129
ISSN: 0008-7750; ISSN-e 2530-3716
<http://dx.doi.org/10.30827/acfs.vi1.17980>

RESUMEN El trabajo tiene por objeto reflexionar críticamente sobre el retribucionismo como fin de la pena en el Estado constitucional de Derecho. Tomando como punto de partida el idealismo alemán (Kant y Hegel), se analizan las reformulaciones más recientes de esta corriente de pensamiento aparentemente superada. Se plantea una primera aproximación a la distinción metodológica entre los términos retribución, reprobación y venganza, en orden a la defensa de una teoría de la pena secularizada.

Palabras clave: fines de la pena, retribución, prevención general, prevención especial, culpabilidad, determinismo.

ABSTRACT The aim of the work is to critically reflect on retributionism as the end of punishment in the constitutional state of law. Taking German idealism (Kant and Hegel) as a starting point, the most recent reformulations of this apparently outdated current of thought are analyzed. A first approach to the methodological distinction between the terms retribution, reprobation and revenge is proposed in order to defend a secularised theory of punishment.

Keywords: aims of punishment, retribution, general prevention, special prevention, guilt, determinism.

1. RETRIBUCIONISMO EN EL IDEALISMO ALEMÁN Y SU (¿PRECIPITADA?) DESPEDIDA

Como es sabido, el retribucionismo está vinculado en origen al pensamiento de Kant (1724-1804) y Hegel (1770-1831), a quienes se atribuye las dos principales formulaciones filosóficas del mismo (Demetrio, 1999, pp. 58 y ss.; Zaibert, 2006, pp. 69 y ss.; Escamilla, 2010, pp. 460 y ss.; White, 2011,

* Para citar/citation: Demetrio Crespo, E. (2021). Crítica a la retribución como fin de la pena. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, pp. 107-129.

** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cobertizo San Pedro Mártir s/n. 45071-Toledo (España). Correo electrónico: Eduardo.Demetrio@uclm.es

passim; Donna, 2019, *passim*). Pese a lo mucho que se ha escrito al respecto, se sigue especulando acerca de lo verdaderamente específico y concreto alcance de lo “absoluto” en las teorías retribucionistas, al tiempo que se busca una “restauración” de este pensamiento legitimador del castigo (Pérez del Valle, 2020) o se le confiere una dimensión consecuencialista como programa de “ideología” punitiva (Mañalich, 2015). Según algunas interpretaciones, la célebre “despedida” de Kant y Hegel anticipada por Klug en un muy conocido artículo (Klug, 1968, pp. 36 y ss.), habría resultado ser, no solo desafortunada, sino además fallida (Mañalich, 2015, p. 3; Texeira, 2018, p. 37; Bruckmann, 2019, pp. 105 y ss.), lo cual ha sido argumentado con especial vehemencia por Hruschka (Hruschka, 2010, pp. 493 y ss.). Pero vayamos con algo más de detalle a los argumentos esgrimidos por ambos.

El ensayo de Klug, citado aquí por una versión traducida al español (Klug, 2002, pp. 31 y ss.), comienza constatando que los tribunales penales alemanes expresan casi a diario su concepción de la pena a la hora de justificar por qué el castigo impuesto les parece adecuado en el sentido de que vendría a “compensar el daño causado por el delito”. Dicha teoría se basaría en las tesis filosóficas de Kant y Hegel, que se invocan de modo tal que pareciera lesionarse un tabú cada vez que se pretende sostener que sus argumentos son insuficientes o están equivocados. En su opinión, sin embargo, lo que había que hacer es “decir adiós a Kant y Hegel en el campo de la teoría penal”. En particular, respecto a la teoría de la pena de Kant, afirma que sus reflexiones al respecto en la *Metafísica de las costumbres* (1797) “constituyen un preludio desesperanzado, resignado y condicionado por el espíritu de la época” (Klug, 2002, p. 32). De los diferentes pasajes de esta obra, resalta Klug aquellos en los que Kant define la ley penal como un imperativo categórico y se refiere al *ius talionis* como principio y criterio para determinar el monto y tipo de pena¹.

-
1. Vale la pena reproducirlos aquí (Kant, 1989, pp. 165 y ss.): “El *derecho penal* es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido, de imponerle una pena por su delito. (...) La *pena judicial* (*poena forensis*), distinta de la *natural* (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como un medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido* (...). Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*. La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encofrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica «es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo»! Porque si parece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra. (...).

Con respecto a Hegel, Klug destaca que su teoría de la pena expuesta en su *Filosofía del Derecho*, publicada en 1821 diez años después de su muerte, se basa también en la represalia. La famosa consideración de la pena como “negación de la negación”, no obstante, habría sido transmitida más bien a través de su discípulo Eduard Gans en las *Notas adicionales a las lecciones de Hegel*. En esa versión del retribucionismo, propia del idealismo alemán, se honra al delincuente en tanto que ser racional, cosa que no sucedería si la medida de la pena no fuese extraída de su propio acto, sino atendiendo a consideraciones de otra índole como la intimidación o la mejora (Klug, 2002, p. 34)².

Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en un pueblo, te lo haces a ti mismo (...). Sólo la *ley del talión* (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones (...). Pero si ha cometido un asesinato, tiene que *morir* (...)

Esta igualdad de las penas, que solo es posible por la condena a muerte por parte del juez, según la estricta ley del talión, se manifiesta en el hecho de que solo de este modo la sentencia de muerte se pronuncia sobre todos de forma proporcionada a la *maldad interna* de los criminales (aunque no se tratara de un homicidio, sino de otro crimen de Estado que sólo la muerte puede borrar)³.

2. También aquí, entendemos útil reproducir unos pasajes extraídos de la obra mencionada (Hegel, 1968, pág. 107 y ss.): “En la ciencia jurídica positiva de los tiempos modernos, la teoría de la pena es una de las materias que peor se ha ahondado, puesto que en ella no es suficiente el intelecto, ya que se trata esencialmente del concepto.

Si el delito y su superación, como lo que ulteriormente se determina como pena, se considera en general sólo como *mal*, se puede, ciertamente, juzgar como irracional *querer un mal* meramente *porque ya existe otro mal*.

En las distintas teorías sobre la pena, ese carácter superficial de *mal* se presupone como el principal elemento: teoría de la prevención, de la intimidación, del escarmiento, de la corrección, etcétera, y lo que, por el contrario, debe resultar como bien, se determina justamente de un modo superficial. (...).

En esta discusión lo que interesa únicamente es que el delito debe negarse no como la producción de un mal, sino como la vulneración del Derecho como Derecho, y luego, cuál es la *existencia* que tiene el delito, y qué se debe anular; aquélla es el verdadero mal que debe arrancarse y el punto esencial es dónde dicha existencia esté. En tanto que los conceptos sobre este punto no sean terminantemente reconocidos, debe dominar el desorden en la consideración de la pena.

La vulneración que afecta al delincuente no sólo es justa en sí —como justa es, a la vez, su voluntad, que es en sí y la existencia de su libertad, el Derecho—, sino que también es un *Derecho impuesto en el delincuente* mismo, esto es, en su voluntad existente, en su acción. Porque en su acción, como acción de un ente *racional*, está implícito un *universal*: (...)

Con razón advertía Klug que estos modelos de pensamiento podían ser criticados al menos desde los siguientes puntos de vista (Klug, 2002, pp. 34 y ss.). El primero tiene que ver con la *teoría del conocimiento*, pues en ningún momento se demuestra, sino que solo se postula, que el sentido de la pena sea la represalia, que no pasaría de ser una convicción que nadie está obligado a compartir. El segundo apunta a que el *concepto de igualdad* que se maneja carece de base puesto que el hecho delictivo y la pena no son magnitudes comparables. El tercero, derivado del anterior, lo sitúa en el *campo de la lógica*, puesto que el imperativo categórico no sería sino una fórmula vacía, de la que no sería posible inferir conclusión alguna con contenido. La misma crítica valdría respecto a la “pseudológica” hegeliana consistente en la *aplicación de un concepto a sí mismo*. Como bien dice Klug, “de ninguna manera es necesario que «la coacción sea superada con la coacción»” e igualmente podría decirse que la coacción aumenta la coacción. A todo lo dicho añade este autor que la argumentación en contra de una fundamentación funcional y utilitaria es simplemente una falacia. Por último, y no menos interesante, este renombrado filósofo del derecho apunta hacia la posibilidad de una *crítica moral*, ya que la (pura) represalia que no persigue ningún fin, sea para el autor del delito o para la sociedad, lesiona la dignidad del hombre; y no solo en el sentido de reconocidas normas morales, sino también de la Constitución. Finalmente, sentencia, “es ya tiempo de decir definitivamente adiós a las teorías penales de Kant y Hegel, con todos sus excesos líricos e irracionales y todo lo dudoso que ellas encierran desde el punto de vista epistémico, lógico y moral” (Klug, 2002, p. 36).

Pues bien, Joachim Hruschka reacciona más de cuatro décadas después (Hruschka, 2010, pp. 494 y ss.) de un modo bastante abrupto. Este autor reconoce que el artículo de Klug ha ejercido una gran influencia, pero inmediatamente empieza a criticarlo, empezando por aspectos formales tales como carecer de notas a pie de página. Su primera reflexión se centra en la interpretación de la fórmula *porque él ha delinquido* en Kant y la inexacta transcripción que de la misma hace Klug.

En concreto, Kant señala (Kant, 1989, p. 165):

La pena judicial (poena forensis), distinta de la natural (poena naturalis), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no

La superación del delito es el *castigo*, pues según el concepto *es la vulneración de la vulneración* y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia, tiene otra existencia. Empero, esa identidad que se funda sobre el concepto no es la *igualdad* en la naturaleza específica, externa, de la vulneración, sino en la que es en sí de acuerdo al valor de la misma”.

tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como un medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*).

Mientras que Klug reproduce este pasaje del siguiente modo (Klug, 1981, p. 150)³:

Según Kant, la pena no puede nunca ser utilizada simplemente como un medio para promover algún otro bien, sea para el propio delincuente, sea para la sociedad. Más bien, en todo caso, 'se le puede imponer, porque él ha delinquido'. Pues el hombre no puede nunca ser tratado como un medio para los fines de otro. Cuando se impone una pena no puede nunca pensarse si con ella ha de obtenerse alguna ventaja para el condenado o para alguno de sus conciudadanos.

Según Hruschka, Klug tergiversa casi todo lo que dice Kant, empezando por el hecho de que Kant habla de la *pena judicial*, impuesta por un juez, mientras que Klug deja este aspecto fuera de consideración, lo que cambiaría el sentido por completo en la medida en que requisito imprescindible para castigar en un Estado de Derecho es que sea un juez quien lo haga. A esto añade Hruschka que Klug no aporta, en realidad, ningún argumento acerca de por qué Kant debería ser considerado un teórico de la retribución (Hruschka, 2010, p. 495). Desde luego, sorprende esta objeción de Hruschka en un, a su vez, breve artículo que pretende descalificar por completo el de Klug, teniendo en cuenta que no parece muy probable que este último quisiera pasar por alto algo tan obvio, sino más bien poner el acento en que la finalidad de la pena en Kant se agota en que la fundamentación del castigo obedece exclusivamente al hecho de que el autor ha delinquido, sin que las finalidades preventivas jueguen papel alguno. Esta es la razón, por lo demás, de que tanto Ulrich Klug como gran parte de la doctrina viera en él, entonces como ahora, un teórico prototípico del retribucionismo.

Por esta senda interpretativa continúa Hruschka (2010) al analizar otros puntos tales como el principio según el cual el juez solo puede imponer la pena establecida en la ley, etc., para terminar concluyendo que el manejo arrogante de Klug de los textos de Kant convierte su famoso artí-

3. Nos apartamos aquí ligeramente de la traducción por la que se viene citando el artículo, motivo por el cual el pasaje se extrae de la versión alemana aparecida en 1981.

culo en un panfleto que queda muy por detrás de las exigencias mínimas requeridas a un trabajo científico. Más allá del valor que uno y otro texto puedan tener por sí mismos, es interesante observar que desde las filas del retribucionismo se acuda al artículo de Hruschka para desautorizar a Klug, máxime teniendo en cuenta que los argumentos que aquél emplea no sean, como se ha visto, convincentes.

2. EL AUGE DEL RETRIBUCIONISMO

2.1. Introducción

Son muchas y variadas las nuevas “caras” que está adoptando el retribucionismo, si bien no todas se pueden considerar como retributivas en sentido estricto en la medida en que de manera indirecta o mediata buscan obtener algún tipo de utilidad. A este repunte hace alusión Feijoo, distinguiendo entre una línea liberal anglosajona y otra más comunitarista de raíces hegelianas (Feijoo, 2014, pp. 110 y ss.). Dentro del *neo-retribucionismo liberal*, menciona *la teoría de la ventaja injustificada o injusta*, según la cual la pena vendría a compensar la situación de ventaja injusta producida por el delito, no sobre la base de un criterio estricto de justicia al estilo kantiano, sino de equidad. Por su lado, el *neo-retribucionismo comunitarista* vendría representado, en su opinión, por autores como Günther Jakobs —quien habría terminado manteniendo una teoría de la pena que combina elementos retributivos de la pena como contradicción comunicativa del delito con efectos de psicología social— y Michael Pawlik⁴. Resultan en extremo interesantes las reflexiones críticas de Feijoo acerca de aquellas teorías retributivas que no presentan una respuesta satisfactoria a las objeciones de las que resulta, con buenas razones, que la pena no es solo una cuestión de filosofía moral, sino una estrategia de pervivencia de la sociedad. Ni las teorías retributivas ni sus variantes habrían podido resolver adecuadamente la cuestión acerca de por qué el Estado debe renunciar a la pena por no ser necesaria a pesar de ser merecida (Feijoo, 2014, p. 117). En todo caso, advierte, las aportaciones de estas nuevas versiones del retribucionismo se canalizan mejor a través de la prevención general positiva de acuerdo con una racionalidad moderna (Feijoo, 2014, p. 118).

4. Cfr. Duff, 2015, pp. 151 y ss. acerca del “sueño comunitarista o la pesadilla de Macintyre”.

2.2. La teoría del deber de colaboración al mantenimiento de lo común

Paradigmático en este sentido es Michael Pawlik, quien tomando como punto de partida el *ideal de la autodeterminación del ser humano* vinculado al desarrollo de las sociedades modernas que tiene lugar entre los siglos XVII y XIX, y la protección de la libertad como tarea del Derecho penal, habla de la *cooperación al mantenimiento de un Estado de Derecho de libertades* como deber del ciudadano (Pawlik, 2016, pp. 33 y ss.). Argumenta que “los costes de coacción de un ordenamiento jurídico solamente se pueden mantener en un marco aceptable desde el punto de vista de la teoría de las libertades bajo el presupuesto de que, por regla general, el comportamiento fiel al Derecho sea algo evidente para los sujetos de Derecho” (Pawlik, 2016, p. 43). Esto le lleva a considerar que el reconocimiento de esta corresponsabilidad es, en definitiva, un mandato de *fairness*. Admite abiertamente, a su vez, que la interpretación esbozada por él concuerda ampliamente en cuanto a las conclusiones con la caracterización hegeliana del delito como lesión del derecho en cuanto Derecho (Pawlik, 2016, p. 46). No obstante, su estrategia de fundamentación sería más bien *filosófico-trascendental* y, en este sentido, con rasgos más kantianos que hegelianos (Pawlik, 2016, p. 50).

En lo que toca a la fundamentación de la pena en sí, entiende Pawlik que de las pocas consideraciones de Kant no es posible deducir una justificación convincente de la pena retributiva (Pawlik, 2016, p. 51), citando en este punto la decisiva crítica de Schopenhauer: “toda retribución mediante la causación de un dolor, sin finalidad de cara al futuro, es venganza, y no puede tener otro fin que no sea el de consolarse del sufrimiento que uno mismo padece viendo el sufrimiento ajeno que uno mismo ha causado. Eso es maldad y crueldad y no se puede justificar desde el punto de vista ético”. Según Pawlik, las fundamentaciones retributivas solo son aceptables si logran adscribir a la pena un sentido *positivo* compatible con la definición previa de tareas que permite disfrutar a cada uno de su derecho y sin tener que recurrir al arsenal de las tradicionales teorías de la prevención, cosa que Kant no habría logrado (Pawlik, 2016, p. 52). Para este autor, se trataría más bien de trasladar al ámbito de la pena la idea procedente del Derecho de daños acerca del deber de restablecer el estado destruido, de tal modo que “debido a que el delincuente ha contravenido el axioma fundamental de toda juricidad [*Rechtlichkeit*] —el principio de que solamente hay libertad asegurada al precio del cumplimiento del deber—, tiene que soportar que se confirme a su costa la indisolubilidad del vínculo entre disfrute de la libertad y cumplimiento del deber de cooperación” (Pawlik, 2016, pp. 56-57). También Pawlik reconoce la proximidad entre su planteamiento y la pre-

vección general positiva, dado que una teoría de la pena en sentido literal, desvinculada de fines humanos y sociales, sería ciertamente insoportable desde el punto de vista jurídico-constitucional y de la moral cotidiana, tal y como señalara Hassemer en su momento (Pawlik, 2016, p. 57).

2.3. *Las teorías expresivas de la pena*

Las llamadas teorías expresivas ponen el foco en el aspecto comunicativo del castigo, lo que genera dificultades para ofrecer una justificación frente al autor del delito (Demko, 2017, pp. 277 y ss.). Según Hörnle (2015, pp. 33 y ss.), las teorías expresivas compartirían con las preventivas la búsqueda de un fin fundado en intereses legítimos de las personas, con la particularidad de que para ellas lo relevante no es influir en la frecuencia de delitos en el futuro, sino un adecuado tratamiento del comportamiento pasado. En su opinión, cabe distinguir entre tres tipos de teorías expresivas de la pena: a) orientadas a la norma, que buscan p. ej. el afianzamiento de valoraciones y exigencias morales o bien el restablecimiento de la vigencia de la norma; b) orientadas a la persona en sentido amplio (todos aquellos que hayan tenido conocimiento del delito), que persiguen la mitigación de los sentimientos de indignación; c) orientadas a la persona en sentido estricto, esta vez con relación a los intereses de la víctima en el castigo del autor.

La pena se compondría por un “elemento descriptivo” o de *desaprobación* y, junto a él, por un elemento normativo o de *mercedimiento*. Pues bien, según Pérez Barberá (2014, p. 3) el primer elemento forma parte del *concepto de pena*, mientras que el segundo pertenece más bien a su *justificación*; de modo que, si falta este, la retribución sería caracterizable como venganza. Tras hacer esta distinción, este autor señala, sin embargo, que ambos elementos conforman el concepto de pena, que pasaría a definirse como una *respuesta institucionalizada que se manifiesta desaprobatoriamente a través de la irrogación de un mal*.

Como veremos, todo esto deja realmente intacto el problema básico, los *fines de la pena*, que en este tipo de razonamiento pretende legitimarse mediante una vuelta a la retribución como fin; ya que *una cosa es lo que la pena es y otra aquello para lo que sirve*. No por casualidad el retribucionismo termina presentándose como una *teoría mixta de la justificación de la pena estatal* debido a la corrección moral de ambos principios, retributivo y preventivo, sobre la base de la distinción entre *razones deontológicas* (la pena como acto individual) y *consecuencialistas* (la pena como institu-

ción general)⁵, ya que ambas entrarían en juego para la justificación moral de la pena frente al autor y frente a la sociedad (Pérez Barberá, 2014, p. 6).

Tiene razón Pérez Barberá al advertir acerca de la aceptabilidad en términos generales del principio deontológico a la hora de limitar la prevención, en el sentido de que solo *cuando* sea cometido un delito el Estado puede reaccionar con una pena de acuerdo con la gravedad del hecho lesivo; lo que no implica, a mi juicio, asunción alguna del principio retributivo según el cual “es simplemente *justo* —y por tanto correcto— que sólo aquel que merece ser penado reciba una pena y que ésta se corresponda con la medida de su merecimiento” (Pérez Barberá, 2014, p. 6)⁶. Es evidente que el Estado de Derecho no castiga, por principio, si no se ha cometido un delito y que tampoco debe hacerlo más allá de la gravedad del hecho. Pero esto no quiere decir que, en concreto, el castigo sea merecido —al menos en el sentido de la teoría moral subyacente al retribucionismo—, sin perjuicio de que siempre hay que contar con la posibilidad, estadísticamente innegable, de condenas a inocentes. Por ese motivo, a pesar de las muchas críticas que tradicionalmente se han vertido sobre el carácter limitador y no fundamentador de la culpabilidad, es claro que dicha distinción tiene razón de ser más allá de los intentos de privarla de sentido para defender puntos de vista retribucionistas bajo el manto de las teorías mixtas de la pena, invocando, por otro lado, de manera cuando menos confusa el modelo defendido por Roxin⁷.

Pérez Barberá (2014, p. 10), opta por el principio retributivo para la justificación deontológica de la pena como acto particular —esto es, frente al autor del delito— entendida “de forma completamente independiente de valoraciones relacionadas con las consecuencias de la pena”. Crítica, de hecho, a Pawlik, a quien atribuye el [dudoso] “gran mérito de haber logrado que en la discusión alemana el principio retributivo haya vuelto a estar en primer plano”, debido a su consideración de que la retribución tiene un fin extrínseco consistente en el “mantenimiento del orden social”. Es decir, Pérez Barberá se mantiene de manera consecuente en una funda-

-
5. Sobre la distinción en el ya clásico artículo de Rawls (Rawls, 1955, pp. 3 ss.), *vid.*, entre otras referencias, Demetrio, 1999, pp. 48-50; Grosse-Wilde, 2017, pp. 21-31 y Texeira, 2018, pp. 44 y ss.
 6. *Cfr.*, entre otras referencias, Robinson, 2012, pp. 40-41 sobre los términos “merecimiento deontológico” y “merecimiento empírico”; von Hirsch, 1993, pp. 31 y ss. sobre la relación entre “censura y proporcionalidad”; y Sánchez Lázaro, 2016, pp. 48 y ss. sobre la “estructura normativa de la proporcionalidad”.
 7. Así, Pérez Barberá, 2014, p. 5, citando a Pawlik. Con detalle sobre la relación entre culpabilidad y fines de la pena en el pensamiento de Claus Roxin, *vid.*: Demetrio, 2011, pp. 689 y ss.

mentación deontológica de la retribución —podría decirse, en expresión algo enrevesada, en una concepción puramente retribucionista de la retribución— frente a los intentos de buscar un anclaje consecuencialista de la misma.

2.4. La retribución como satisfacción de necesidades psicosociales de castigo

Hasta donde alcanzo, no se había llegado tan lejos hasta la fecha en los intentos por situar a la retribución en el centro de las teorías de los fines de la pena como lo ha hecho Walter (2016, pp. 7 y ss.). Hay que agradecer, de todos modos, que haya puesto sobre la mesa, sin tapujos, que al principio retributivo subyace en primera línea, “la necesidad humana de hacer justicia”, nada más y nada menos. Es muy significativo que comience su ensayo exponiendo el caso de Oskar Gröning, condenado en el año 2015 a cuatro años de pena privativa de libertad por complicidad en el asesinato de 300.000 personas como contable en Auschwitz a pesar de tener 94 años, haber llevado una vida tranquila desde el final de la guerra y haber atestado la crueldad de aquel lugar frente a los negacionistas. Los querellantes no estuvieron dispuestos a perdonarle, sino que reclamaban justicia. Walter entiende que la razón que explica que el proceso se llevara a cabo más de 70 años después de los hechos no es otro que la necesidad de retribución de los seres humanos, con excepción de unos pocos que o bien han aprendido a deshacerse de sus deseos en este sentido en el momento de su aparición o bien les es posible perdonar.

Walter (2016, pp. 8 y ss.) atribuye la posición paradigmáticamente representada por Claus Roxin —según la cual la retribución no entra en consideración como fin de la pena y que la teoría de la retribución no es hoy científicamente sostenible— a un tremendo malentendido. Partiendo del análisis del clásico conflicto o antinomias sobre los fines de la pena⁸ y de los supuestos errores de los detractores de la retribución —tales como que la retribución exige penas duras e inhumanas, la creencia de que la retribución requiere en todo caso pena como única reacción posible y que exige siempre una “plena” retribución, así como que solo puede fundamentarse metafísicamente y no a través de una legítima ventaja para la sociedad— propone

8. En detalle, como problema científico e ideológico, *Vid.* Demetrio, 1999, pp. 73 ss. [2016, pp. 70 y ss.].

una teoría de la retribución con *fundamentación puramente empírica* que, en todo caso, debería distinguirse de la idea de venganza.

La pregunta clave es, sin embargo, *qué permite considerar a la retribución como un fin de la pena*. Pues bien, aunque Walter reconoce que cabe afrontar esta cuestión desde dos enfoques diferentes; a saber, el filosófico-jurídico y el empírico-sociológico, en su ensayo solo se ocupa de este último, hecho al que resta importancia diciendo que aquel en todo caso solo vendría a complementarlo (Walter, 2016, p. 10). Es este, en mi opinión, un primer punto crítico, ya que cabe dudar de la fiabilidad de una teoría de la pena formulada sobre la base de consideraciones empíricas que deja para mejor ocasión el aspecto filosófico-jurídico subyacente.

El concepto de pena conlleva según este autor la irrogación de un mal que el delincuente puede y debe sufrir, de modo tal que el punto de partida de una teoría empírica de fundamentación de la retribución es el hallazgo de que en todo ser humano existe una necesidad de retribución: si esta necesidad social básica no se viera satisfecha generaría inestabilidad, dando lugar a la venganza privada. Para apoyar su argumento aduce, por un lado, estudios de psicología del comportamiento según los cuales los seres humanos determinan la pena en el caso concreto, no solo de forma principal y en el primer momento, sino a largo plazo y de forma exclusiva, de acuerdo con su necesidad de retribución. Frente a esto cabe decir preliminarmente que lo que importa, sin embargo, no es que estos sentimientos sean humanamente comprensibles, sino cuál es la valoración y alcance de los mismos desde el punto de vista jurídico-penal⁹. Por otro lado, añade que el propio derecho positivo —ya que, en su opinión, el § 46 (1) inciso 1. StGB según el cual “*Die Schuld des Täters ist die Grundlage für die Zumessung der Strafe*” debe interpretarse como “compensación de la culpabilidad”, esto es, como retribución justa— y la praxis de los tribunales penales apoyarían sus conclusiones (Walter, 2016, p. 12). Pero tampoco este argumento parece decisivo, pues ni el tenor literal de una norma puede considerarse sin más un “hallazgo” empírico, ni la interpretación que se ha hecho del precepto citado es uniforme en su alcance y consecuencias¹⁰.

A su vez, el intento teórico consistente en considerar la retribución como la esencia de la pena, pero no su fin, a pesar de ser correcto desde el punto de vista lógico-conceptual, no resultaría convincente según Walter al carecer de sentido que la esencia de la pena no esté relacionada consecuen-

9. Sobre sentimientos y castigo, *Cfr.*, por todos, Rodríguez Horcajo, 2016, pp. 134 y ss.

10. *Vid.*, al respecto, con múltiples referencias, Demetrio, 1999, pp. 187 y ss.; 215 y ss. [(2016), pp. 225 y ss., 273 y ss.].

temente con su fin (Walter, 2016, p. 12). Para explicarlo acude al siguiente ejemplo procaz; a saber, sería como si se pusiera una vaca lechera frente a la casa a modo de perro guardián y se dijera: sí, su esencia es dar leche, pero tal vez se pueda emplear para fines del todo distintos. Sucede aquí, sin embargo, que la argumentación de este autor sigue sin ser consistente; como él bien indica, se trata de una distinción correcta en el plano lógico-conceptual, que es imprescindible por razones de orden incluso constitucional. Por seguir con su comparación, nadie pondría una vaca lechera para vigilar la casa ya que sería algo completamente absurdo por lo que no tiene sentido alguno plantearse, sino que una vez fijada la necesidad (vigilar la casa; en nuestro caso, hacer posible la convivencia), se trataría de elegir el medio más adecuado y al mismo tiempo menos lesivo (principio de necesidad) atendiendo al fin que se quiere conseguir (en nuestro caso, evitar hechos delictivos en el futuro). La discusión se centraría entonces en saber qué perro puede cumplir mejor con esa función, pero sucede que para una teoría retributiva consecuente no hay fin que lograr más allá del castigo mismo. Esto es, la cuestión de los fines de la pena, aunque resulte paradójico, es realmente ajena a la retribución, salvo que se la desnaturalice. Por eso entendemos que la construcción de Walter resulta muy endeble incluso desde este ángulo porque su teoría sí se propone conseguir un fin, el de la satisfacción de las necesidades de retribución, lo que, a pesar de su radicalidad, no le sitúa tan lejos de algunas versiones de la prevención general positiva.

Aún menos consistente y a todas luces rechazable aparece su argumentación acerca de la falacia naturalista según la cual no se puede dar el salto al plano del “deber ser” (*sollen*) directamente desde el plano del “ser” (*sein*). Aunque reconoce que este paralogismo es cierto, cree que tampoco sería correcto deducir el “deber ser” del “deber ser”, si no se quiere incurrir en el problema del regreso al infinito. Indica a su vez que, aunque la jurisprudencia no puede vulnerar las reglas lógicas de deducción, tampoco le está permitido detenerse en ellas, tal y como ya hace, de forma que la elección de las premisas de las que parte no se guían por las reglas de la lógica, sino por las pretensiones de un público que anhela verlas satisfechas. Así pues, concluye Walter, las premisas de una teoría de la retribución de carácter empírico-sociológico vendrían dadas por el valor existencial (*Daseinswert*) de nuestra sociedad (Walter, 2016, p. 13).

Verdaderamente el texto de Walter deja al descubierto lo peor del moderno repunte de la concepción retribucionista; no solo hace una presunción de tipo empírico sobre lo que verdaderamente importa a la sociedad y presagia lo que sucedería de no aceptar ese punto de partida —lo que recuerda al modo en el que se ha defendido el malhadado “derecho

penal del enemigo” como formulación descriptiva y no prescriptiva¹¹—, sino que se le otorga un alcance absoluto y libre *ex ante* de cualquier reproche filosófico o lógico-jurídico. No resulta difícil imaginar el escenario al que una argumentación de este tipo aboca, por lo que resulta inaceptable desde las premisas que informan la teoría del derecho en el Estado democrático de Derecho¹².

3. ALEGATO POR UNA “TEORÍA DE LA PENA SECULARIZADA”

3.1. Subordinación de los fines de la pena

Ni las modernas “lecturas” de las teorías retribucionistas, ni las reformulaciones que de estas se han hecho por parte de los llamados “neoretribucionismos”, y mucho menos la propuesta de conferir al retribucionismo el estatus de único fin válido de la pena, resultan convincentes desde la perspectiva de una *teoría de la pena secularizada*. Se entiende por tal una que viene condicionada por el modelo del Estado constitucional de Derecho, en el que los principios y garantías que le son propios (tales como la legalidad, la proporcionalidad y la culpabilidad) constituyen el marco en el que aquella se desenvuelve tanto en el plano de la Filosofía política como en el de la dogmática (Demetrio, 2020, esp. pp. 109 y ss., 187 y ss.). Los fines de la pena aparecen así subordinados, en un segundo nivel, a una finalidad superior que los limita, *proteger bienes jurídicos para posibilitar la convivencia*, lo que deja fuera de juego cualquier extralimitación de carácter preventivo (Greco, 2009, pp. 303 y ss.). La reacción estatal a través de la pena solo entra en consideración cuando se ha cometido una conducta tipificada como delictiva y siempre en proporción a la gravedad de la misma¹³.

Schünemann ha expresado la misma idea de una manera lúcida; se trataría de algo básico, pero enterrado durante miles de años bajo los escombros ideológicos de diversas teorías de la retribución: “A saber, el conocimiento

11. Al respecto, con múltiples referencias, Demetrio, 2020, pp. 65 y ss.

12. En esta dirección, p. ej., Roxin / Greco: “Am deutlichsten werden diese Gefahren bei *Walter*: Geht es bei der Vergeltung um ein Urbedürfnis des Menschen, das deshalb, weil “die wenigsten die Kraft haben, ihren Drang nach Vergeltung aufzulösen (unterdrücken nützt nichts)”, von der Gesellschaft abgefangen und kontrolliert werden muss, gibt es keinen Grund, weshalb einen Schuldunfähigen in gewissen Sonderfällen von Strafe verschonen sollte” (Roxin & Greco, 2020, pp. 133-134).

13. Sobre las críticas a una consideración de este tipo en el marco de las teorías mixtas y la distinción entre retribucionismo positivo (a favor del autor en tanto que limitador) y negativo (fundamentador del castigo), *Vid.* Teixeira, 2018, pp. 43 y ss.; Chiesa, 2020, p. 120.

de que la pena, en la gran mayoría de los casos, no es de ningún modo mera retribución, sino que representa un *exceso* o abuso (*Overkill*) que no se puede justificar mediante una teoría —filosóficamente pretenciosa, pero en realidad primitiva— del restablecimiento del Derecho, sino sólo según reglas del estado de necesidad, precisamente como *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos” (Schünemann, 2019, p. 15).

Roxin/Greco entienden, a su vez, que hay que diferenciar entre la función del Derecho penal y el fin de la pena, ya que la protección subsidiaria de bienes jurídicos y, con ella, el libre desarrollo del individuo y el mantenimiento de un orden social basado en este principio, solo conlleva la determinación de qué comportamientos puede el Estado amenazar con pena para la consecución de ese fin último. Sin embargo, con ello no está dicho todavía de qué modo debería el Estado tratar de realizarlo, aspecto que concierne a la teoría de los fines de la pena, sobre la que se discute desde la antigüedad básicamente en torno a tres grandes puntos de vista, que en muy diversas combinaciones dominan la discusión hasta el día de hoy (Roxin y Greco, 2020, p. 128).

3.2. Concepto, función y fines de la pena

La pena estatal es un castigo, un mal que ciertamente expresa *reprobación* del hecho cometido, pero que no se impone para restablecer la justicia material como tampoco la vigencia del ordenamiento jurídico y, mucho menos, para satisfacer instintos de venganza, sino por una amarga necesidad de orden puramente terrenal, que consiste en la protección de bienes jurídicos mediante la aspiración legítima en cualquier sociedad avanzada de que en el futuro tales hechos no vuelvan a producirse. Una cosa es, por tanto, lo que la pena es (*concepto de pena estatal*), otra lo que expresa (*funciones que cumple o se le asignan*) y otra lo que con su imposición se quiere legítimamente alcanzar (*teoría de los fines de la pena como teoría marco del Derecho penal*). Tal distinción, más allá de reduccionismos niveladores y prosaicos, es posible y necesaria en el Derecho penal del Estado de Derecho, esto es, en un Derecho penal secularizado y no teocrático.

Respecto al concepto de pena, cuestión nada sencilla, cabe distinguir entre un concepto formal y uno material. En el primer sentido, pena es todo aquello que el legislador designa como tal. Sin embargo, la pregunta decisiva se refiere al concepto material de pena, lo que remite a las propiedades o características en virtud de las cuales solo bajo determinadas condiciones aquella puede ser impuesta. En este sentido arguyen Roxin y Greco que la consideración de la pena como un mal que se impone como

consecuencia de la realización de un comportamiento erróneo (*malum passionis propter malum actionis*) tiene la ventaja de no bagatelizar la seriedad de la pena, pero no es suficiente, ya que cualquier otra reacción estatal puede reunir esta característica. Por ello apelan más bien a la “especial gravedad del mal”, lo que tampoco parece ayudar demasiado, ya que otro tipo de sanciones pueden ser consideradas por los afectados asimismo como extraordinariamente duras (Roxin y Greco, 2020, pp. 21-22). Así pues, entienden Roxin y Greco que es preciso acudir complementariamente al elemento no “corporal”, sino comunicativo, de la “desaprobación”, de modo que el concepto de pena resultaría de la correspondiente vinculación entre irrogación de un mal y desaprobación (Roxin y Greco, 2020, pp. 22-23)¹⁴.

Los fines de la pena, en cambio, cobran relevancia en el *plano de la justificación*, lo que puede ser planteado según Roxin y Greco como un diálogo en el que es preciso ofrecer razones: por un lado frente a la sociedad y, por otro, frente al directamente afectado, apareciendo las primeras con un carácter consecuencialista —de modo que se puedan apreciar las ventajas para ella de soportar el actual sistema de justicia penal— y las segundas más bien de tipo deontológico —de forma que sea posible argumentar por qué no es injusto que la sociedad se beneficie a costa del afectado— (Roxin y Greco, 2020, pp. 128-129).

3.3. Niveles explicativos

Es preciso acudir, al menos, a tres niveles explicativos. El de la teoría del Estado, que requiere establecer determinadas convergencias con el Derecho penal en coherencia con el momento histórico en el que estas se formulan (Frisch, 2017, pp. 575 y ss.; Blom, 2010, pp. 265 y ss.). El de la teoría del derecho, en la que no se puede obviar la distinción metodológica clave entre ser y deber ser, que Ferrajoli ha hecho fructífera para explicar con mucha claridad a qué preguntas se responde en cada caso (Ferrajoli, 1995, pp. 27, 354 y ss.). Y, por último, en el de la dogmática (teoría de la norma y teoría del delito), para lograr una aplicación del Derecho penal de acuerdo con ciertas premisas lógicas a partir del diseño de una política criminal racional (Corcoy, 2017, p. 297).

En cuanto a la *teoría del Estado*, es claro que el modelo justificativo del Derecho penal y de la pena en el Estado constitucional de Derecho

14. Sobre el problema de la “barrera deficiente” en la discusión filosófica según la cual cualquier definición preteórica del concepto de pena lleva aparejado el riesgo de prejuzgar cuál haya de ser el espectro de las teorías justificatorias pertinentes, *vid.*, Mañalich, 2015, p. 8 y nota 25.

tiene que ajustarse a una misión puramente terrenal y esta no es otra que la de hacer posible la convivencia mediante la protección subsidiaria de bienes jurídicos. En términos históricos supone captar el tránsito desde un Derecho penal teocrático a un Derecho penal secular concebido mediante la conexión entre teoría del Estado y Derecho penal. Si nos preguntamos por los fines de la pena, estos deben enmarcarse necesariamente en su contexto histórico-político, puesto que en gran medida dependen del modelo de Estado y la función que el Derecho penal tiene dentro del mismo. Se puede decir, con Frisch, que el *Estado terrenal* no está llamado y tampoco autorizado desde la perspectiva actual a la sanción del ataque a la autoridad de Dios o la lesión de la voluntad o los mandatos divinos, sino que su cometido está terrenalmente delimitado y consiste en posibilitar la convivencia pacífica y próspera de sus ciudadanos (Frisch, 2017, p. 580).

Por lo que concierne a la *teoría del Derecho*, resulta clave en esta materia la separación entre el derecho y la moral, algo que hoy en día se pierde de vista con frecuencia. De hecho, ya resulta habitual la invocación de razones de carácter moralizante envueltas en programas de pura ideología (en el peor sentido de la palabra) punitiva de uno u otro signo de acuerdo con las máximas populistas que gobiernan el destino de las sociedades contemporáneas¹⁵. Frente a esta evolución, debe seguir rigiendo la separación entre derecho y moral, la cual ha servido, según Ferrajoli, para promover el desarrollo de una ciencia penal iuspositivista basada en el principio de legalidad y la elaboración de gran parte de las garantías de libertad del ciudadano y de las formas de gobierno del moderno «Estado de Derecho» como sistema político sometido a reglas, límites y controles (Ferrajoli, 1995, p. 225). Frente a ello, las doctrinas absolutas de la pena o retribucionistas parten de la máxima cuyo origen remite a la vetusta «venganza de la sangre» de que es justo «devolver mal por mal». Como explica el iusfilósofo italiano, esta idea, presente en forma de precepto divino en la tradición hebraica, fue transmitida, a pesar del precepto evangélico del perdón, a la tradición cristiana y católica, y gira en torno a tres ideas elementales de corte religioso: la de la venganza, la de la expiación y la del reequilibrio entre pena y delito (Ferrajoli, 1995, p. 254)¹⁶.

15. *Vid.*, por todos, Rosanvallon, quien explica que el populismo es un fenómeno que revoluciona la política del siglo XXI sin que todavía hayamos apreciado en su justa medida la transformación a que ha dado lugar y sin que dispongamos de una teoría del fenómeno (Rosanvallon, 2020, Introducción).

16. También Mir Puig en su célebre *Introducción a las Bases* (aparecido en 1976) explicaba lo siguiente “El hecho de que las teorías *absolutas* no hayan encontrado acogida en el derecho penal, y sí en cambio en la *ética cristiana*, resulta perfectamente adecuado a las distintas

En tercer lugar, hemos señalado la existencia de un nivel discursivo en el que las teorías preventivas cobran sentido frente a una visión retribucionista y es el que se refiere a la propia dinámica interna de la *teoría de la norma y la teoría del delito* asociada a esta. En efecto, de acuerdo con el planteamiento expuesto en su día por Callies, la función de la pena no puede ser sino consecuencia de la función del derecho penal positivo sin incurrir en la inversión metódica consistente en buscar el sentido de aquella fuera del derecho positivo con base en presupuestos “metafísicos o especulativos”, “meta- o extrajurídicos” (Callies, 1974, pp. 35 y ss.). Pues bien, todavía hoy se pueden hacer valer a este respecto las afirmaciones efectuadas por Mir Puig, según las cuales el análisis del derecho positivo desde el plano de la función preventiva de la pena en orden a la protección de bienes jurídicos “lleva a la conclusión de que no es la realización de la justicia la función que se asigna a la pena en derecho penal español”, y ello porque “el planteamiento retribucionista no podría explicar que el derecho penal renuncie a hacer justicia más allá de los hechos castigados por la ley” y, sobre todo, porque “es absolutamente opuesto a la función retributiva de la pena el contenido que le asigna *expresamente* la normativa vigente en materia de ejecución de las penas privativas de libertad” (Mir Puig, 2003, pp. 80 y ss.)¹⁷.

4. CONCLUSIONES

4.1. Las teorías retributivas antiguas o modernas siguen sin superar, en mi opinión, la mayoría de las críticas que, con buenas razones, se le habían formulado hace tiempo por Roxin (1976, pp. 12 y ss.) y otros autores (sobre ello, Demetrio: 1999, pp. 61 y ss.):

a) Se puede decir, en primer lugar, que presuponen la necesidad de la pena que deberían fundamentar, por lo que carecen curiosamente de la posibilidad de imponer un límite a la potestad penal estatal que generalmente se atribuyen a sí mismas, como se observa p.ej., desde la perspectiva kantiana, al intentar introducir relativizaciones al *ius talionis* cuando se trata de la

funciones de ambos órdenes. El derecho penal, como todo sector del derecho, no puede pretender establecer la justicia absoluta sobre la tierra, y lo contrario sería confundir sus fronteras con las de la moral” (Mir Puig, 2003, p. 52).

17. Más detalles sobre la *conexión entre la función del Derecho penal y teoría de la norma* sobre los que no es posible extenderse en este breve artículo, en Demetrio, 2017, pp. 55 y ss.

pena de muerte¹⁸. En las tesis de Kant, que ciertamente hay que examinar en su contexto, se encuentra el paradigma de las teorías absolutas de la pena, puesto que el sentido de esta última se agota en la sanción como fin en sí mismo (*quia peccatum est*), de acuerdo con una medida de equivalencia con el delito (Pérez del Valle, 2020, pp. 220 y ss.). Así lo estima Pérez del Valle, quien ha puesto de relieve, por otro lado, que las presuntas “excepciones” a la pena como retribución en Kant, tales como los supuestos de *ius necessitatis*, tanto en el famoso caso del naufragio como en el de multitud de autores ante el riesgo de que la situación se convierta en un “estado de naturaleza carente de justicia externa”, son del todo irrelevantes y no se concilian bien con el pensamiento de Kant interpretado en su conjunto (Pérez del Valle, 2020, pp. 224 y ss.).

b) En segundo lugar, su fundamento filosófico último basado en el indeterminismo o posibilidad de actuar de otro modo (el llamado alternativismo) es indemostrable. Es más, en la actualidad, se sitúan completamente al margen de lo que los conocimientos científicos que provienen de la investigación sobre el cerebro parecen indicar (Demetrio Crespo, 2017, pp. 19 y ss.), los cuales han llevado incluso a sugerir cambios de notable importancia en la configuración actual de la teoría del delito y el Derecho penal (Hörnle, 2013, pp. 49 y ss.). La sugerencia de prescindir de la culpabilidad me parece, sin embargo, completamente desacertada debido al papel fundamental que esta cumple en el Derecho penal democrático (Demetrio Crespo, 2011, pp. 694 y ss.) y que es plenamente conjugable con una visión compatibilista entre determinismo y libertad que se ve concernida, al mismo tiempo, por la dignidad humana como valor irrenunciable (Demetrio Crespo, 2017, pp. 75 y ss.). Lo que el retribucionismo llama “merecimiento” es, según lo que he defendido en otros trabajos, imputación personal de lo injusto a su autor de conformidad con un silogismo no librearbitrista, lo que tiene implicaciones importantes desde el punto de vista de la carga de la prueba de la libertad (Demetrio Crespo, 2017, pp. 90-91).

c) Por último, la idea misma de la retribución exige un acto de fe, puesto que no es posible comprender racionalmente hacer desaparecer un mal añadiendo un segundo mal equivalente; al tiempo que se ha dicho que las doctrinas que la sostienen resultan idóneas para justificar modelos auto-

18. Así, p. ej. Mañalich aclara lo siguiente: “en tal medida, el carácter categórico de la ley penal en virtud de cuya aplicación la pena es judicialmente impuesta determina que ella tenga que ser necesariamente ejecutada, sin que esta necesidad práctica pueda verse relativizada por consideraciones prudenciales de utilidad” (Mañalich, 2018, p. 512). En el mismo sentido se pronuncian Byrd y Hruschka: “Kant accepts no utilitarian calculus when it comes to the criminal law as a categorical imperative” (Byrd y Hruschka, 2010, p. 268).

ritarios de Derecho penal máximo (Ferrajoli, 1995, pp. 257-258). En este sentido no deja de llamar la atención el esfuerzo empleado para argumentar que retribución no equivale a venganza (García Amado, 2018, pp. 323 y ss.), aunque sirva, según parece, para que esta no se produzca, lo que alimenta la sospecha que ambas guardan bastante relación ente sí¹⁹.

4.2. Es verdad que las llamadas “teorías mixtas” o “teorías de la unión” no han contribuido precisamente a esclarecer el debate, sino más bien a todo lo contrario. Tanto es así, que en ocasiones se tiene la sensación de que estas incurren en el defecto de afirmar una cosa y la contraria a la vez de tal modo que uno podría estar en perfecto acuerdo o/y desacuerdo con ellas según el pasaje, lo que, en mi opinión, trae causa de no distinguir adecuadamente los distintos planos discursivos que están involucrados, algo que se percibe ya en la propia definición de la pena como retributivo-preventiva (Alonso Álamo, 2019, pp. 1302 y ss.; Chiesa, 2020, pp. 119 y ss.). Pero lo que en las mayoritarias “teorías de la unión” se presenta, en principio, como un problema metodológico, en las renovadas defensas del retribucionismo aparece ya a las claras como un mero “programa de ideología punitiva” o, aún peor, como una “interpretación sociológica” desprovista de cualquier base filosófica o humanista²⁰.

4.3. Debido a la subordinación de los fines de la pena como teoría marco del Derecho penal a la función que este está llamado a cumplir en el Estado constitucional de Derecho y, por tanto, a su sujeción a los principios y garantías propios del mismo, la retribución puede quedar, como tal, al margen de los *finés* de la pena²¹. Ello encuentra reflejo tanto en el nivel explicativo de la propia teoría del Estado y las convergencias que han de establecerse con el modelo de Derecho penal que le corresponde en un momento histórico determinado, como en el de la teoría del derecho y, finalmente, en el de la dogmática.

19. De “venganza institucionalizada”, aun cuando se la denomine “justicia”, habla p. ej. Corcoy, 2017, p. 285.

20. Este argumento, en el presente texto tan solo esbozado debido a las limitaciones de espacio, deberá ser objeto, sin embargo, de un desarrollo ulterior, debido a la complejidad de este tipo de teorías, que van desde las llamadas teorías retributivas de la unión, pasando por los nuevos enfoques de las teorías expresivas arriba mencionadas, hasta las teorías preventivas de la unión (*Vid.* Roxin y Greco, 2020, pp. 145-160).

21. *Vid.*, sin embargo, entre otras muchas referencias, Strantenwerth, 1995, p. 20.

4.4. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, habría que diferenciar entre retribución, reprobación y venganza. La *pena estatal es un castigo*, un mal, y sobre esto no caben “medias tintas”. Si se dice que la pena es un mal, pero que no necesariamente ha de serlo, porque se quiere defender la retribución como fin de la pena sin cargar con sus inconvenientes, se incurre en una flagrante contradicción. Con ella el Estado expresa una *reprobación* de aquellos comportamientos que, debido a su capacidad lesiva para los bienes jurídicos más importantes, han sido previstos previamente como delictivos. Pero, como se ha tratado de argumentar, la finalidad del castigo es una bien distinta y esta es de carácter preventivo. Desde luego, la pena estatal no es ni una venganza ni un sustitutivo de la venganza, sino que viene justamente a cortar el paso. Se impone más bien para la consecución de una *doble finalidad práctica*, ambas completamente comprensibles: prevenir que tales hechos vuelvan a producirse en la medida de lo posible y evitar la venganza privada. En la medida en que ello se hace porque no queda otro remedio y de acuerdo con los principios, garantías y límites que configuran la prevención general y especial en las distintas fases de intervención delictiva (y, dentro de cada una de ellas, siempre atendiendo a ciertas pautas axiológicas, metodológicas y dogmáticas), difícilmente se puede decir que con ello se vulnera la dignidad humana.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso Álamo, M. (2019): “Polisemia del término retribución y pena retributivo-preventiva”, M. Cancio Meliá *et al.* (ed.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro* (pp. 1291-1307). Madrid: Servicio de Publicaciones UAM.
- Blom, P. (2010): *Böse Philosophen*, München: Carl Hanser.
- Bruckmann, P. (2019): “Sinn und Unsinn gegenwärtiger Vergeltungstheorien – überholt, hilfreich oder notwendig zur Legitimation staatlicher Strafe?”, *KriPoZ*, 2, 105-118.
- Byrd, S. y Hruschka, J. (2010): *Kant’s Doctrine of Right. A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Callies, R. P. (1974): *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch.
- Chiesa, L. E. (2020): “Selective Incompatibilism, Free Will, and the (limited) Role of Retribution in Punishment Theory”, *RULR*, Vol. 71-4, 101-125.
- Corcoy Bidasolo, M. (2017): “Prevención limitada vs. neoretribucionismo”, J. M^a Silva Sánchez *et al.* (coord.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (pp. 285-297). Montevideo-Buenos Aires: BdeF.

- Demetrio Crespo, E. (1999): *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1ª ed. Salamanca: Ediciones USAL [(2016), 2ª ed. Buenos Aires-Montevideo: BdeF].
- Demetrio Crespo, E. (2011): “Schuld und Strafzwecke”, M. Heinrich *et al.* (Hg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* (pp. 689-703). Berlin/New York: Walter de Gruyter.
- Demetrio Crespo, E. (2017): “Algunas reflexiones sobre la conexión entre la función/legitimación del Derecho Penal y teoría de la norma en el pensamiento metodológico de Santiago Mir Puig”, J. Mª Silva Sánchez *et al.* (coord.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig* (pp. 55-65). Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Demetrio Crespo, E. (2017): *Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Demetrio Crespo, E. (2020): *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución*, Madrid: Reus.
- Demko, D. (2017): “Hegels Straftheorie im Lichte gegenwärtiger expressiver Straftheorien”, M. Kubiciel *et al.* (Hg.), *Hegel’s Erben?* (pp. 277-300). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Donna, E. A. (2019): *Persona y Derecho*, Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Duff, A. (2015), *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Escamilla Castillo, M. (2010): “The Purposes of Legal Punishment”, *Ratio Juris*, Vol. 23, nº 4, 460-478.
- Feijoo Sánchez, B. (2007): *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Feijoo Sánchez, B. (2014): *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena estatal*, Madrid: Iustel.
- Ferrajoli, L. (1995): *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- Frisch, W. (2017): “Von theokratischem zu säkularem Strafrecht. Zum Zusammenhang von Staatstheorie und Strafrecht”, F. Saliger *et al.* (Hg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag* (pp. 575-586). Heidelberg: C.F. Müller.
- García Amado, J. A. (2018): “Retribución y justificación del castigo”, G. Portilla Contreras *et al.* (dir.), *Un juez para la democracia: Libro Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez* (pp. 323-340). Madrid: Dykinson.
- Greco, L. (2009): *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Grosse-Wilde, T. (2017): *Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hegel, G. F. (1968): *Filosofía del Derecho*, Prólogo de Carlos Marx, 5ª ed., Buenos Aires: Editorial Claridad.

- Hörnle, T. (2013): *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenlehre*, Baden-Baden: Nomos.
- Hörnle, T. (2015): *Teorías de la pena*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hruschka, J. (2010): “Die ‘Verabschiedung’ Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen”, *ZStW*, Vol. 122, Heft 3, 494-503.
- Kant, I. (1989): *La Metafísica de las Costumbres*, traducción y notas de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Madrid: Tecnos.
- Klug, U. (1968): “Abschied von Kant und Hegel”, J. Baumann (Hg.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch* (pp. 36-41). Frankfurt am Main: Fischer [también en: *Id.* (1981), *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, Band 2. Materielle und formelle Strafrechtsprobleme (pp. 149-154). Berlin. Heidelberg. New York: Springer-Verlag [(2002), “Despedida de Kant y Hegel (Una crítica jusfilosófica básica)”, en *Id.*, *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*, 2ª reimp. (pp. 31-36). México D.F.: Fontamara (trad. Jorge M^a Seña)].
- Mañalich, J.P. (2015): “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva”, *InDret* (2), 1-32.
- Mañalich, J.P. (2018): “Respeto y retribución: la pena jurídica en *La metafísica de las costumbres*”, *Revista de Ciencia Política*, Vol. 38, n° 3, 507-526.
- Mir Puig, S. (2003): *Introducción a las bases del Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF.
- Pawlik, M. (2016): *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona: Atelier.
- Pérez Barberá, G. (2014): “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, *InDret* (4), 1-43.
- Pérez del Valle, C. (2020): “*Poena forensis* y retribución. Propuesta para la restauración de una teoría”, *InDret* (3), 214-259.
- Rawls, J. (1955): “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, Vol. 64, n° 1, 3-32.
- Rodríguez Horcajo, D. (2016): *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons.
- Rosanvallon, P. (2020): *El siglo del populismo*, Barcelona: Galaxia Gutenberg.
- Roxin, C. & Greco, L. (2020): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5. Auflage, München: C.H.Beck.
- Roxin, C. (1976): “Sentido y límites de la pena estatal”, *Id.*, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid: Reus, 11-36.
- Sánchez Lázaro, F. G. (2016): *Una teoría principialista de la pena*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons.
- Schünemann, B. (2019): *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de su dogmática*, Madrid: Reus / Montevideo-Buenos Aires: BdeF.

- Stratenwerth, G. (1995): *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin-New York: Walter de Gruyter.
- Teixeira, A. (2018): “Las teorías retributivas en el pensamiento angloamericano contemporáneo”, *En Letra: Derecho Penal*, Año IV, nº 7, 35-77.
- von Hirsch, A. (1998): *Censurar y castigar*, Madrid: Trotta.
- Walter, T. (2016): *Strafe und Vergeltung - Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Baden-Baden: Nomos.
- White, M. D. (ed.) (2011): *Retributivism. Essays on Theory and Policy*, Oxford: Oxford University Press.
- Zaibert, L. (2006): *Punishment and Retribution*, Aldershot: Ashgate.

