

Principios limitadores del Derecho penal y prevención vs. neo-retribucionismo

~Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo~

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Barcelona. Patrona de la FICP.

Sumario.- I. Introducción: ¿hacia un neo-retribucionismo? II. Prevención limitada como finalidad de la pena. III. Prevención limitada y concepción de la teoría del delito a partir del merecimiento y necesidad de pena.

I. Introducción: ¿hacia un neo-retribucionismo?

1. Abordar la cuestión de cuál es y cuál debe de ser la finalidad del Derecho penal puede parecer reiterativo en cuanto es un tema que ha ocupado a la ciencia penal desde sus orígenes. No obstante, entiendo que es importante volver sobre ello porque no puede ser casualidad que, en un momento de avance imparable del punitivismo, resurjan posturas retribucionistas, en las que, como veremos, podrían incluirse las relacionadas con la afirmación de la vigencia de la norma. La relación entre punitivismo y retribución es innegable y por mucho que en estas teorías se trate de limitar el alcance de la retribución aludiendo, como veremos, esencialmente, a la proporcionalidad, lo cierto es que la fuerza simbólica de los términos no puede obviarse. El Derecho es un lenguaje y las palabras son determinantes, tienen una función simbólica que trasciende el mero simbolismo y la retribución sienta sus orígenes en las legislaciones más antiguas y en la religión.

2. La retribución, por mucho que se desarrolle a partir de conceptos filosóficos y se trate de convertirla en algo trascendente, atendiendo a la dignidad de la persona..., no es otra cosa que venganza, institucionalizada pero venganza. Simplificando o yendo al fondo, se parte de que a quién ha lesionado los bienes de otro se le debe de infligir un sufrimiento de modo que padezca el mal que ha causado a la víctima¹. Es decir el equivalente a “ojo por ojo, diente por diente o vida por vida”, aunque actualmente la prohibición de este tipo de penas lleve a que sean sustituidas por otras, la idea que subyace es la misma. El problema de las teorías retribucionistas no puede solucionarse, como pretenden los neoretribucionistas, con establecer límites porque el fallo está en la propia fundamentación, aun cuando, como una de las consecuencias de la retribución, se refieran a los efectos preventivos a la pena, lo que supone

¹ En este sentido, FRISCH, Pena, delito y sistema del delito en transformación, InDret 3/2004, p. 7.

atribuirle funciones que son ajenas a la retribución. Un Estado social y democrático de Derecho y laico no puede tener como función castigar sino, exclusivamente, proteger bienes jurídico-penales, es decir, valores esenciales de una determinada comunidad². La función de la pena como castigo es característica de las religiones, muy especialmente en las de raíz judeo-cristiana, y de los estados absolutos, pero no puede serlo en un Estado moderno³. Infligir un sufrimiento a un ciudadano titular de derechos fundamentales, no puede ser una función del Estado y ello no cambia, cuando desde el neoretribucionismo, pero también desde KANT⁴, se afirma que infligir un sufrimiento es una exigencia de la justicia. Desde el neoretribucionismo se define la pena como “un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en tanto en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche”⁵.

3. Esta idea de justicia en ciertos neoretribucionistas, más cercanos a Hegel, se acerca a las teorías de la pena entendidas como confirmación de la vigencia de la norma o el restablecimiento del derecho⁶. En Alemania, en el siglo pasado, especialmente a partir de JAKOBS, adquieren una gran relevancia las teorías relacionadas con el restablecimiento de la vigencia de la norma⁷. La finalidad de la pena como afirmación de la vigencia de la norma es una concepción formal que únicamente podría ser legítima si se parte de que esa norma responde a los valores esenciales de una determinada sociedad⁸. Ciertamente si partimos de la ficción de que, en cuanto estamos en un Estado democrático, las normas emanadas del Parlamento responden a esos intereses prioritarios de los ciudadanos y se ha seguido una correcta técnica legislativa, podría deducirse lógicamente que esa norma es legítima y debe respetarse sin necesidad de ser interpretada, en atención al bien jurídico-penal que pretende proteger. La idea de la afirmación de la vigencia de la norma como finalidad de la pena,

² ROBINSON, *The Proper Role of the Community in Determining Criminal Liability and Punishment*, Faculty Scholarship. University of Pennsylvania Law School, 2014, pp. 54 ss.

³ ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished How Much*, Oxford University Press, 2008, pp. 10-11, señala que desde las teorías retribucionistas en aras de la justicia la responsabilidad moral del delincuente se define por los filósofos morales.

⁴ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 2ª ed., pp. 227-230.

⁵ LESCH, *La función de la pena*, Ed. Dykinson, 1999, p. 4.

⁶ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 240, relaciona la teoría retributiva con la vigencia de la norma, llegando a lo que sería una forma de retribución que también se advierte en los neo-retribucionistas.

⁷ FRISCH, *Pena, delito y sistema del delito...*, pp. 11-12, se muestra muy crítico con las tradicionales teorías de la pena y entiende que la única finalidad legítima de la pena es garantizar un determinado estado del derecho, su vigencia y su carácter inquebrantable.

entendida como fundamentación de la legitimidad de ésta, aun cuando se sitúa en la prevención general positiva, nos conduce a la retribución por dos razones. En primer lugar, se trata también de una respuesta fundamentada en la idea de justicia, aun cuando en este caso en lugar de basarla en el resarcimiento a la víctima se fundamenta en el resarcimiento al Estado. En segundo lugar, de no limitarse con contenidos materiales⁹, finalmente las consecuencias son idénticas a las que se llegaría defendiendo una teoría retribucionista, asentada en el causalismo. Es cierto que se elimina la referencia expresa a “infligir un mal”, pero ello se sustituye por la idea de que respecto de cualquier norma que se infringa hay que responder con una pena. Materialmente es otra forma de la realización o exigencia de justicia.

4. Consideraciones similares se pueden plantear respecto del posicionamiento de Pawlik que considera conciliables las teorías retributivas con las preventivas, que él entiende que actualmente pueden defenderse, finalmente llega a la conclusión que el deber primario del ciudadano del cumplimiento de las normas se convierte en un deber secundario de tolerancia, por lo que *“tiene que soportar que se confirme a su costa la indisolubilidad del vínculo entre disfrute de la libertad y cumplimiento del deber de cooperación”*¹⁰. Es decir, justifica la pena en los deberes del ciudadano de cooperación con el Estado, sin establecer límites a esos deberes, por lo que su pretensión inicial de que su teoría pretende proteger la libertad del ciudadano queda totalmente desfigurada.

5. Cuestión diferente es la necesidad de diferenciar la función de la pena del concepto de pena que no es otro que el de castigo¹¹ y ello también es relevante, en cuanto debería de tomarse en consideración en las clases de pena que se prevén para los diferentes delitos. Así, por ejemplo, en los delitos socioeconómicos la pena de multa puede, en muchos casos, no significar un castigo, máxime cuando respecto de la ejecución de la pena de multa se olvida el principio de responsabilidad personal y su pago es asumido por terceros o por la empresa. Por

⁸ ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law...*, pp. 32-46.

⁹ FRISCH, *Pena, delito y sistema del delito...*, p. 12, defiende la teoría de la vigencia de la norma como única válida pero, como veremos, lo complementa introduciendo requisitos cercanos al merecimiento y necesidad de pena.

¹⁰ PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Ed. Atelier, 2016, pp. 55-57.

¹¹ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Ed. Reppertor, 2016, p. 45.

consequente, no puede ser una solución para limitar la expansión del Derecho penal limitar la pena privativa de libertad al llamado Derecho penal nuclear¹².

II. Prevención limitada como finalidad de la pena

1. Pese a las críticas que se han vertido contra ellas, siguen siendo válidas las teorías preventivas aun cuando algunas de ellas, al menos individualmente consideradas, no puedan legitimar la interevención del Derecho penal. La prevención general negativa o intimidación ha sido criticada, ya desde Kant, en cuanto supone tratar a la persona como cosa. No obstante, ello sólo sería cierto si la finalidad de la pena fuera exclusivamente la de intimidar, la idea de coerción, pero no si se conjuga con la prevención general positiva y se limita por los diversos principios propios del Derecho penal, esencialmente, como veremos, el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales. No obstante, un amplio sector de la doctrina, es muy crítico con las teorías de la prevención general negativa, en base a que se considera insostenible por razones jurídico-constitucionales¹³, lo que no es sino otra forma de plantear la crítica tradicional de afectación de la dignidad de la persona al utilizar la imposición de una pena con la finalidad de intimidar a terceros.

2. La prevención general positiva, que por supuesto también tiene sus detractores, es complementaria de la negativa y, en cierta medida, está relacionada con la teoría de la vigencia de la norma. La diferencia esencial es que, en la concepción de MIR PUIG, no se trata de restablecer la vigencia de la norma sino como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales¹⁴. A ello se suma que la afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho, supondrá tener que limitar la prevención general por una serie de principios que deben limitar el Derecho penal¹⁵. La prevención general será legítima si es limitada y, muy especialmente, si no es contraria a las valoraciones sociales predominantes en una determinada comunidad.

3. Una visión diferente a la que tradicionalmente se ha defendido en España o en Alemania acerca de la prevención general positiva, que entronca en cierta medida con la

¹² En otro sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Expansión del Derecho penal*, 2ª ed., B de F, en aras a limitar la expansión del Derecho penal, propone que en los delitos socioeconómicos no se impongan penas privativas de libertad.

¹³ FRISCH, *Pena, delito y sistema del delito...*, p. 10.

¹⁴ MIR PUIG, *Función de la pena...*, p. 31.

¹⁵ MIR PUIG, *ADPCP 1986*, p. 58.

expuesta en el apartado anterior, es la que plantea ROBINSON, desde la perspectiva de la sociología y la criminología, aun cuando no utilice esta terminología¹⁶. Este autor, a partir de estudios empíricos, considera que el retribucionismo y el utilitarismo no son incompatibles. La idea nuclear de su trabajo es que, los estudios empíricos demuestran que si la justicia criminal responde a los valores esenciales compartidos de una sociedad su aplicación es lo que mejor sirve al efectivo control del crimen¹⁷. Es cierto que la prevención general positiva no es exactamente lo mismo que refiere el autor como justicia pero no es menos cierto que existe una relación directa entre ello y el sentido de la prevención general positiva de convencer a los ciudadanos de que los valores que defiende la ley penal son los valores compartidos de la comunidad. La diferencia esencial estriba en que la prevención general no trata de que la política criminal se ajuste a los valores de los ciudadanos, que muchas veces son difusos y poco razonados, sino que pretende una labor didáctica de convencerles de su relevancia. No obstante, en un Estado democráticos, si la política criminal se desarrollase correctamente debería de darse una gran coincidencia entre los valores compartidos por los ciudadanos y los que se expresan en la ley penal. Es más pienso que es más adecuado que no sea directamente el ciudadano quién exprese su opinión acerca de qué y cómo se debe de castigar, sino que debería ser el legislador democrático quien recogiera en la ley esos valores comunes, en la forma y medida que entienda más adecuada para su eficaz protección. Como pone de relieve Robinson los ciudadanos tienen ideas muy vagas y ni tan siquiera saben definir esos valores¹⁸.

4. La teoría preventiva más controvertida es la de la prevención especial ya que no sólo se ponen en duda las posibilidades, o incluso la legitimidad, de reinserción o rehabilitación del autor a través de la imposición de una pena sino que también fracasa en los casos en los que el autor ya no podrá cometer ese delito, por ejemplo, porque ya no es autoridad o porque atendiendo a las circunstancias ya no puede repetirse.

5. Sin entrar con mayor profundidad en los aspectos enunciados de las teorías de la pena habría que concluir que ninguna ofrece una respuesta completa sino que es necesario ponerlas

¹⁶ ROBINSON, *The Proper Role of the Community ...*, p. 10.

¹⁷ ROBINSON, *The Proper Role of the Community ...*, p. 11.

¹⁸ ROBINSON, *The Proper Role of the Community ...*, p. 55, pone de manifiesto que, como sucedía en la antigua Unión Soviética, cuando se produce un uso arbitrario y corrupto, sin credibilidad moral, de la justicia penal, sólo puede mantenerse con por el poder brutal de la policía y cuando la coerción baja el crimen crece de forma dramática.

en relación con, desde mi perspectiva, el núcleo de la cuestión la obligación del Estado de proteger los bienes jurídico-penales¹⁹. El bien jurídico-penal, entendido como los intereses sociales que por su importancia merecen protección del Derecho penal, es su función nuclear y el límite de la intervención penal. Pese a las críticas que actualmente se han vertido en su contra²⁰, la referencia al bien jurídico-penal sigue siendo esencial y posibilita el respeto de la antijuridicidad material y la exclusión de una interpretación formal de los tipos penales. La pregunta a continuación debería ser ¿cómo se pueden proteger mejor esos bienes jurídico-penales? La respuesta es clara a través de la prevención. Evidentemente la idea de justicia y de la vigencia de la norma es relevante porque si el Derecho penal no responde a los valores más relevantes comunes de una sociedad y/o no se aplica se deslegitima. Al respecto sólo es necesario recordar una vez más a BECCARIA²¹ o desde la sociología a ROBINSON²². Pero es que también la aplicación de la pena, se quiera o no, tiene en si misma una clara función preventivo-intimidatoria. En consecuencia habría que señalar que la finalidad de prevención general positiva y negativa se complementan y que ninguna de ellas es válida sin la otra.

III. Prevención limitada y concepción de la teoría del delito a partir del merecimiento y necesidad de pena

1. El abandono de las teorías de la retribución y la adopción de teorías preventivas, conlleva el abandono del concepto fáctico-objetivo del delito por lo que, independientemente de la teoría de la pena que se adopte, la legitimación de la conminación penal sólo será legítima cuando se cumplan dos condiciones. En primer lugar, el merecimiento de pena presupone que el hecho constituye una injerencia relevante en cuanto afecta a bienes jurídico-penales. De esta forma la pena no se legitima tanto por la confirmación de la vigencia de la norma o el restablecimiento del derecho sino por la función de protección de bienes jurídico-penales. La diferencia, desde mi punto de vista esencial, entre la confirmación de la vigencia de la norma y la función de protección de bienes jurídico-penales estriba en que la norma debe de ser interpretada teleológicamente de forma que se compruebe en el caso concreto que

¹⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, pp. 130-131, mantiene que en un Estado social el Derecho penal ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad.

²⁰ Entre otros, APPEL, *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht*, KritV 99, pp. 297 ss; FEIJOO SÁNCHEZ, *Funcionalismo y teoría del delito*, en *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales* (Mir Puig/Queralt Jiménez, Dirs.), Ed. Tirant lo Blanch 2010, pp. 161 ss

²¹ BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), Alianza Editorial, 2004, Cap. XII.

²² ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law...*, p. 33.

los hechos son idóneos *ex post* para lesionar los bienes jurídico-penales que esa norma pretende proteger.

2. Consecuencia lógica de lo anterior es que el fundamento del castigo se encuentra en la conducta no en el resultado. No se trata de castigar para restablecer la situación previa a la lesión del derecho subjetivo de una persona o la vigencia de la norma, sino de castigar conductas que sean idóneas para afectar bienes jurídico-penales. La finalidad es motivar al ciudadano a no realizar esas conductas lesivas, ello con independencia de que se haya producido o no un resultado lesivo. El injusto típico se consuma con que *ex post*, atendiendo todas las circunstancias concurrentes *ex ante*, se pruebe que la conducta era idónea para lesionar el bien jurídico-penal protegido. Este planteamiento no obsta a que, por razones político-criminales, se castigue más cuando se ha producido un resultado imputable objetivamente a esa conducta. El planteamiento adecuado sería afirmar que no es que se castigue más sino que se rebaja la pena cuando no se produce ese resultado.

3. La segunda condición para la legitimación de la intervención penal la necesidad de pena, requiere que, en el caso concreto, sea necesaria la imposición de la pena. Este segundo momento enlaza con dos cuestiones esenciales, de muy diferente significado: la responsabilidad personal o culpabilidad y el principio de oportunidad. Respecto de la necesidad de pena se puede atender tanto a cuestiones de prevención especial, estrechamente relacionadas con la responsabilidad personal o culpabilidad, como a cuestiones político-criminales en atención a la búsqueda de un mejor funcionamiento de la Administración de justicia. La imposición de una pena en concreto o su sustitución o complementación con una medida de seguridad deberá concretarse atendiendo a la responsabilidad personal del imputado.

IV. Principios limitadores del Derecho penal

1. Las críticas a las teorías preventivas se centran en dos aspectos, el primero la utilización del individuo con finalidades de intimidación, ya enunciado, y el segundo, en la imposibilidad de limitar la intervención del Derecho penal, en base a que cuanto más dura sea la pena mayor eficacia preventiva tendrá. Esta segunda crítica ha sido reiteradamente contestada (desde BECCARIA hasta ROBINSON), en cuanto la dureza de las penas no asegura la

intimidación, sino que lo necesario es que la Administración de Justicia funcione de forma eficaz y ágil.

2. No obstante, es esencial que la finalidad de prevención se ajuste a través de los principios limitadores del Derecho penal derivados de un Estado social y democrático de Derecho. Me referiré exclusivamente, y de forma muy sintética, a tres: el principio de culpabilidad, el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos y el de *ultima ratio*, que abarca los de subsidiariedad y fragmentariedad. La razón de esta selección es porque considero que son los más afectados por la actual política criminal, aun cuando, ciertamente, también están siendo seriamente afectados, tanto el principio de legalidad, entendido materialmente por la no-técnica legislativa que se sigue, como el de proporcionalidad, con el establecimiento de penas muy graves para hechos poco lesivos o estableciendo la misma pena para conductas con desvalor muy diferente.

3. En relación con el principio de culpabilidad es necesario llamar la atención tanto sobre la responsabilidad subjetiva como sobre la responsabilidad por el hecho. En relación con la responsabilidad subjetiva las nuevas concepciones sobre el dolo van mucho más allá de las teorías de conocimiento o la representación ya que, apartándose de los aspectos subjetivos, proponen una total normativización del dolo. Partiendo de coincidir en la necesidad de excluir las intenciones y los móviles del sujeto del concepto de dolo, creo que, en el caso concreto, el principio de responsabilidad subjetiva unido al de presunción de inocencia, obliga a probar que el sujeto conocía el riesgo exacto que estaba creando con su conducta. Ello no supone negar que la llamada ignorancia deliberada, si se exigen todos los requisitos (esencialmente estar en situación de tener el deber de informarse, tener acceso muy sencillo a la información y no hacerlo), pueda ser calificada como dolo y ello porque el pretendido desconocimiento no es tal ya que el hecho de haberlo buscado “deliberadamente” implica, desde un razonamiento lógico, que el sujeto conocía los hechos previamente, aunque desconociera exactamente cómo se iban a producir. En realidad se suscita una forma de comisión por omisión, centrada en este caso, en el tipo subjetivo, porque concurre la situación típica, unida a la posición de garante junto a la posibilidad de conocer esa situación típica.

4. Respecto del principio de responsabilidad por el hecho, el llamado Derecho penal del enemigo, en un sentido amplio, lleva a castigar no por el hecho cometido sino por las intenciones del autor o por su peligrosidad. Ello sucede, por ejemplo, en los delitos de

violencia de género, en la interpretación del constitucional que no requiere constatar el significado machista de la conducta, en el caso concreto, o en los nuevos delitos de odio y discriminación, así como en los de terrorismo o de organización criminal. Reproche que debe extenderse a la cada vez mayor importancia que se otorga a la reincidencia, ya que en ese caso la agravación de la pena tampoco responde al desvalor del hecho²³.

5. En relación con el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos conviene hacer referencia a la actual tendencia de la jurisprudencia, por una parte, a interpretar determinados delitos como de peligro hipotético, así como por el legislador a crear preceptos idénticos a las infracciones administrativas que se pretende sean aplicadas formalmente por el legislador sin tomar en consideración que realmente, en el caso concreto haya sido afectado el bien jurídico-penal que teóricamente debería protegerse. Un ejemplo paradigmático, es la legislación en materia de seguridad vial y de medio ambiente. No en todos los preceptos pero sí en algunos de ellos configurados estrictamente como normas administrativas.

6. Defendiendo la legitimidad de la intervención penal en nuevos ámbitos que se subsumen en la llamada sociedad del riesgo ello no puede suponer la infracción de los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad. A partir de lo que denomino “Derecho penal medio” considero que se pueden y deben proteger bienes jurídico-penales supraindividuales y al mismo tiempo respetar los referidos principios. Las críticas vertidas por los defensores del Derecho penal mínimo olvidan, muchas veces, que esos principios se infringen también en la protección de bienes jurídico-penales individuales. El respeto del principio de *ultima ratio*, en relación con los bienes jurídico-penales supraindividuales, presupone que la intervención penal es legítima cuando ese bien jurídico representa un valor compartido en una determinada sociedad y que por su relevancia no sea suficiente una sanción administrativa o civil. Ciertamente ello debe conjugarse con el de subsidiariedad en el sentido de que la intervención penal sea accesoria de la civil o administrativa, es decir, que el hecho suponga como mínimo la infracción de una norma de esa naturaleza. La fragmentariedad implica que no sea necesario ni legítimo castigar todas las conductas que puedan afectar un bien jurídico-penal, tanto individual como supraindividual, sino

²³ MIR PUIG, La reincidencia en el Código Penal, Ed. Bosch, 1974, *passim*, con críticas muy acertadas contra la reincidencia, aun cuando en esos momentos no había adquirido la importancia actual.

únicamente aquéllas especialmente lesivas. En ese sentido, es contrario a ese principio, por ejemplo, la tipificación generalizada de los actos preparatorios o la equiparación de autoría y complicidad. Ciertamente, en el caso de los bienes jurídico-penales supraindividuales, la fragmentariedad adquiere una especial relevancia ya que la inexistencia de delito no implica una laguna de punibilidad, por coexistir la intervención penal con la administrativa o civil.