RETRIBUCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO PENAL.

Juan Antonio García Amado*

1. Retribución no es venganza

En la dogmática europea de influencia alemana, en particular en la española, la justificación retributiva de la pena tiene mala prensa y escaso crédito. Sin embargo, en la filosofía penal anglosajona, en especial la norteamericana, se ha producido a partir de los años setenta u ochenta un renacer del retribucionismo[1]. Curiosamente, en ese ámbito teórico el retribucionismo no se asocia a planteamientos punitivistas y de Derecho penal autoritario, sino más bien al contrario.

Es muy común que la justificación retributiva de la pena se asocie a la venganza. Asumido que el delincuente ha ejecutado una acción reprochable, se entiende que el retribucionismo habilita la pena como venganza. La diferencia estaría en que la venganza privada, de mano de la víctima, sus deudos o su clan, es reemplazada por el Estado. Al castigar al delincuente, el Estado venga a las víctimas y, de esa manera, les brinda satisfacción moral. Una acción moralmente rechazable quedaría moralmente compensada haciendo pagar a su autor según el patrón del ojo por ojo, obligándolo a sufrir un daño equiparable al que con su conducta provocó en la víctima.

Ese tipo de retribucionismo[2] es muy difícilmente defendible. Como tantas veces se ha dicho, agregar a un mal otro mal no equivale a suprimir o dejar sin efecto o sanado el mal primero, mediante una extraña operación de sustracción o resta, sino que estamos ante la suma de dos males. Si A hirió a B y, como pena, herimos a A de la misma manera, hay dos lesiones de igual valor, no una "sanación" de la lesión primera. Pero el defecto de ese modo de razonar está en la asociación con la idea de venganza como acción moralmente justificada. La venganza es vista como restablecimiento de un equilibrio roto, de manera que es dicho equilibrio previo entre los sujetos lo que resulta moralmente privilegiado. Hay en eso restos de algún tipo de pensamiento primitivo.

Ahora bien, aplicar a un delincuente la pena que se pueda considerar racional o razonablemente merecida no equivale a vengarse de ese delincuente. Obligar a que alguien pague por lo que indebidamente hizo no equivale necesariamente a darle un tratamiento vengativo. Cuando en derecho privado se permite que se fuerce al cumplimiento de la prestación contractual incumplida, no decimos que está el sistema jurídico permitiendo la venganza de la parte contratante defraudada, sino que admitimos con facilidad que caben razones que fundamenten infligirle ese mal al incumplidor. Más claramente todavía, pues falta el elemento consensual inmanente al contrato, lo vemos en el caso de la responsabilidad por daño extracontractual. Cuando con su acción negligente A causa a B un daño indemnizable y se le condena a indemnizarlo, no se nos ocurre pensar que el derecho está habilitando una venganza del dañado contra el dañador. Fijémonos, además, en la responsabilidad civil por delito. A, como autor de una conducta delictiva que dañó a B, es condenado, supongamos, a una multa de mil euros y a pagar a B una indemnización de diez mil euros, en razón de la demanda de compensación de

---

* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León.

[1] Entre los muchos que lo señalan, véase, por ejemplo, Lucia Zedner, "Reparation and Retribution: Are They Reconciliable?", *The Modern Law Review*, 57, 1994, p. 229.

[22] Tengo la impression de que es esa clase el retribucionismo que tiene en mente la doctrina alemana, tan influyente entre nosotros, cuando critica las que llama teorías absolutas de la pena y las liga ante todo a la idea de venganza.

B. ¿Dónde estaría el componente de venganza, en la pena, en la indemnización o en ambas? Me parece que lo más razonable es sostener que ni en lo uno ni en lo otro.

Considerar las sanciones negativas como aplicación de un principio de venganza es tan impropio como estimar que los incentivos responden a un principio de alabanza. Cuando, por ejemplo, a las familias numerosas se les aplican desgravaciones fiscales o descuentos en los precios públicos no se les está reconociendo una especie de mérito moral por tener más de dos hijos, sino que se les otorga ese incentivo justificado por razones de política social. Tener tres o más hijos no es moralmente más digno de loa que tener uno solo o preferir no tener hijos. En consecuencia, ni la pena es respuesta vengativa a un demérito moral frente a la víctima del delito, ni la sanción positiva es, en el ejemplo anterior, respuesta laudatoria a una acción moral de los padres frente a los hijos, los vecinos o la sociedad entera.

En manos del Estado, una sanción negativa o positiva se desubjetiviza, por así decir. Si un vecino me hace un favor o me procura un beneficio, yo puedo tener razones personales para recompensarlo. Si, por ejemplo, ese vecino salva a mi perro de morir ahogado, yo puedo sentir ahí una buena razón para invitarlo a cenar un día, pero esa no sería una razón para que el Estado asumiera los costes de tal invitación. De la misma manera, si el vecino mata a mi perro a posta, yo puedo encontrar buenas razones en su conducta para castigarlo de alguna manera en lo que tiene que ver con nuestra relación interpersonal; por ejemplo, negándole el saludo en el futuro. Pero esas razones mías tampoco son razones que, por sí, sirvan para que el Estado lo castigue. Cuando el Estado ofrece un incentivo positivo al que realiza determinada conducta colectivamente beneficiosa, las razones se refieren al beneficio colectivo de la conducta en cuestión. Igualmente, si el Estado castiga al que mata animales en ciertas circunstancias, será porque se considera socialmente inconveniente dicho comportamiento y sólo muy secundariamente contará el dolor del dueño del animal muerto, si acaso.

La idea de venganza posee un componente personal y subjetivo que no tienen por qué estar presente en la pena, aunque se admita un fundamento retributivo para la pena. No es que el Estado se vengue por mí y en mi nombre del delincuente que me dañó. Pero eso no quita para que en el castigo penal pueda razonablemente verse un elemento importante de merecimiento, de retribución por la realización de una acción reprochable. Cuando un profesor puntúa con una nota muy baja al estudiante que ha hecho un pésimo examen porque no estudió nada, no se está vengando de él, sino dándole la nota que merece[3]. Decir que esa nota retribuye el escaso esfuerzo del estudiante nada tiene que ver con venganzas ni sentimientos subjetivos del profesor. De igual manera que si eliminamos todo componente de retribución ligado al mérito y mantenemos que el suspender al alumno no tiene más función que la de incentivar a él y a sus compañeros para que estudien más, perdemos de vista una de las fundamentaciones de la calificación, la que liga estrictamente la calidad del examen con la nota merecida. Porque, sin ese dato, estaría justificada la injusticia de aprobar al que no estudió o de suspender al que no lo hizo mal, pero puede rendir más.

Lo anterior no quita para que la tipificación de determinadas conductas como delictivas no deba estar sujeta a razones que pueden y deben ser también razones morales. Razones morales son las que permiten elevar determinados bienes o intereses a la condición de bienes penales, de bienes o intereses merecedores de protección penal. Y razones atinentes a la idea de acción moral del sujeto son las que llevan igualmente a exonerar de responsabilidad penal a quien no actuó culpablemente. Pero que sean razones morales las que justifican que una conducta se tipifique como merecedora de pena y que sean razones morales las que exoneren del castigo al que no obró con libertad y siendo

[3] Y cuando califica con la máxima nota su excelente examen, también. No así si le pone un uno a un buen examen o un nueve a uno rematadamente malo.

dueño de sus actos no tiene nada que ver con entender que la aplicación de la pena implique venganza. Que, según parámetros no meramente jurídico-positivos, sino también morales, un sujeto merezca la pena que se le aplica no equivale a decir que al recibir la pena esté padeciendo una venganza por su mal hacer.

2. Retribución vs. prevención.

Aceptemos que, bajo múltiples puntos de vista, la pena supone un mal, un daño que se le inflige al reo. Entonces, ante ese mal que la pena implica, las posturas que caben son tres: rechazar la pena como mal carente de justificación, fundamentar la pena en razones utilitarias, de conveniencia social, y justificar dicho mal, la pena, en razones de merecimiento, como retribución (no sinónimo de venganza, por las razones que se acaban de exponer)

La primera opción lleva al abolicionismo penal. El abolicionismo rechaza la pena por carente de justificación aceptable, ni de tipo retributivo, como merecimiento, ni de tipo utilitarista o por sus efectos posibles o deseables. Aquí no voy a detenerme en los problemas, pormenores y variantes del abolicionismo y nada más que haré algunas sumarias consideraciones.

Analíticamente, podríamos diferenciar variantes del abolicionismo:

a) No se justifica la pena porque no tiene sentido hablar de delito como acción reprochable en ningún sentido. No debería haber penas porque no debería haber comportamientos tildables de delito bajo ninguna variante de tal concepto. Así vistas las cosas, el estado social adecuado sería algo así como el estado de naturaleza.

b) Hay conductas reprobables y que no deberían darse, pero no es la pena lo que se les debe aplicar, en el sentido de pena jurídica e institucionalmente organizada y aplicada por el Estado. No se trata, pues, de abolir cualquier tipo de castigo o consecuencia negativa, sino de eliminar el tratamiento y monopolio estatal de dichas medidas de respuesta al hacer reprochable. Probablemente lo que se propugna, entonces, es que el tipo de sanción y presión sobre el que obra indebidamente se desinstitucionalice y consista en algo similar a lo que en sociedades con una densa moral positiva grupal o comunitaria se hace con quien desatiende esos patrones de moral colectiva. Aquí no se cuestiona cualquier forma de castigo o de reacción social al comportamiento normativamente disonante, sino que se rechaza nada más el castigo estatal basado en la norma jurídica positiva.

La pregunta capital ante el abolicionismo, en cualquiera de sus formas, sería la de en qué tipo de sociedad preferiríamos vivir y en cuál nos sentiremos más libres y seguros[4]. Como ampliamente ha expuesto Ferrajoli, entre tantos otros, sentado que hay males que todos querremos evitar, sean esos males resultado de la acción del prójimo, sean provenientes de la acción del poder político o grupal y a modo de castigos ¿estaremos menos expuestos a ese tipo de males y daños en una sociedad sin derecho penal institucionalizado o en una sociedad con alguna forma de regulación e institucionalización de los castigos por nuestras conductas tipificadas como indebidas?

[4] Como explica Michael Baurmann, "Si se quisiera cumplir sin límite con la exigencia de protección contra las accione del Estado, sería necesario abolir por completo la pena aplicada por el Estado y la persecución penal de los delitos. La consecuencia sería la anarquía, en el sentido de una sociedad sin protección estatal de bienes jurídicos" (Michael Baurmann, "Strafe im Rechtsstaat", Michael Baurmann/Hartmut Kliemt (eds.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, Freiburg-München, Karl Alber, 1990, p. 112).

Las doctrinas penales de tipo consecuencialista o instrumental justifican la pena por sus efectos o fines sociales[5]. En cualquiera de sus variantes, el delito es visto negativamente, como conducta que se debe evitar. Y se debe evitar porque socialmente es perjudicial que dichas conductas delictivas acontezcan[6]. A partir de ese dato común, aparecen las variantes del consecuencialismo penal como justificación de la pena: la pena está justificada como acicate o móvil para que el mismo delincuente no reincida, no vuelva a hacer lo que hizo y es socialmente perjudicial (prevención especial negativa), para que los demás ciudadanos escarmienten en cabeza ajena y no cedan a la tentación de incurrir en esa conducta indebida por socialmente perjudicial (prevención general negativa), para que el delincuente aprenda o se acostumbre a tomar en cuenta y respetar la norma que sanciona ese comportamiento socialmente indebido que es el delito (prevención especial positiva) o para que los demás ciudadanos, al ver cómo al delincuente se le aplica la norma, asimilen la norma y se habitúen a respetarla (prevención general positiva).

Examinemos lo que esas variantes implican cuando la justificación instrumental o preventiva no va unida a ningún género de consideración retributiva de la pena.

- Prevención especial negativa. La razón de ser de la pena se halla en que el delincuente no reincida en el delito. El delito consiste en una conducta reprobable, pero el motivo de que al autor se le condene no es que merezca el castigo por haber hecho lo que hizo, sino que no vuelva a hacer lo que socialmente no conviene que haga alguien como él, que ya ha mostrado una vez que sí es capaz de hacerlo y puede estar dispuesto a hacerlo. Porque si sostenemos que se le castiga porque por su acción lo merece y, además, se quiere que no reincida, en la primera parte de esa justificación compleja de la pena ya hemos introducido un elemento de retribución, en el sentido de merecimiento personal: se le hace pagar por lo que hizo, como primera condición u objetivo, a lo que luego se añade la otra función, la de prevención especial negativa.

Sin ese componente de retribución o justo merecido, nace algún grave problema más. En primer lugar, y como luego veremos más sistemáticamente, no hay un patrón para la medida de la pena. Al contrario, a más pena, mayor efecto preventivo, porque más espantarán al reo, para el futuro, las consecuencias de su acción socialmente indeseable. En segundo lugar, si el castigo no obedece a ninguna consideración de merecimiento, se podrá justificar también un cierto uso preventivo del castigo: por el hecho de que usted, dada su forma de ser y su estilo general de vida, supone una seria amenaza para determinados bienes, le castigamos por anticipado y a modo de advertencia, para indicarle que más grave pena le puede caer si acaba haciendo lo que tememos que haga. En tercer lugar, y extremando un tanto el razonamiento, podemos llegar a pensar que si el objetivo exclusivo es evitar la reincidencia en el delito, la máxima eficacia se conseguirá incapacitando al sujeto para volver a delinquir, sea con penas ilimitadas, sea mediante alguna técnica de inocuización. ¿Con qué razones podemos librarnos de esas consecuencias extremas? Seguramente, introduciendo algún elemento de

---

[5] Julios Schälike las define así: "la pena está justificada si produce más utilidad que perjuicios y no hay alternativa que genere más utilidad; cuando, por tanto, maximiza la utilidad" (Julius Schälike, "Retributionstheorien der Strafe", en B. Gesang/J. Schälike (eds.), *Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie*, Paderborn, Mentis 2011, p. 179).

[6] Este matiz es decisivo, pues, sin él, también el retribucionismo se podría contemplar como una forma de cosecuencialismo, ya que lo que para el retribucionismo justifica la pena es el merecimiento moral de la misma por el delincuente, y cabría decir que esa es la consecuencia que da sentido a la pena. El consecuencialiso o instrumentalismo penal, en cambio, fundamenta la razón de la pena en un efecto positivo para la sociedad, en su utilidad para procurar efectos sociales que, por una vía u otra (disuasión o adoctrinamiento), terminan en un descenso de los delitos.

retribución: sólo se le puede castigar por lo que merezca y en la medida merecida, aunque, así, con esos límites, los efectos preventivos sean menores.

- Prevención general negativa. Si el efecto que justifica la pena es el aleccionamiento general sobre lo que no se debe hacer, a base de mostrar las consecuencias de hacerlo, valen la mayoría de las consideraciones anteriores, puesto que más contundente será la lección para todos cuanto más duras y aflictivas sean las penas para el que cayó en el delito. Aquí el reo tiene algo de chivo expiatorio. Si no se le castiga como expiación por su reprobable conducta y con base en su personal merecimiento, sino buscando aquel efecto de reducción de la delincuencia general por temor al castigo, tampoco importará mucho que su merecimiento de la sanción sea grande o pequeño y mejor o peor fundado, sino que bastará con que los ciudadanos en general crean que se le pune por hacer lo que a todos ellos les está por igual prohibido. Y, en última instancia, lo que se trata de propagar mediante el castigo penal es el temor al incumplimiento de las normas en cuanto que normas, como mandatos a los que estamos colectivamente sometidos. Porque en el instante en que introducimos consideraciones de merecimiento o justicia "retributiva" para atenuar esos riesgos de exceso punitivo o autoritarismo, nos las habemos con un componente de retribucionismo.

- Prevención especial positiva. El lema podría ser el de que la letra con sangre entra. No parece muy moderno ni demasiado ilustrado este planteamiento. El castigo está justificado como medio para que el sujeto acepte la norma, la asimile y se anime a obedecerla, ya no por temor (eso sería prevención negativa), sino por convicción. La norma me prohíbe hacer X, bajo amenaza de pena, pero solamente cuando he hecho X y me han castigado, descubro lo que la norma en sí vale y cuán merecedora es de mi aceptación y obediencia. El ladrón que no respetaba ni quería la norma que prohíbe el robo va a ver con buenos ojos esa norma después de pagar cárcel por robar, y evitará la reincidencia por haber descubierto en prisión las virtudes positivas de la propiedad privada y del precepto penal que la protege. Es como si del niño que se niega a aprender a leer esperáramos que, después de recibir unos buenos azotes, se convirtiera en amante de la literatura y animoso degustador de Joyce o Proust. Una quimera.

Si lo que con la pena se persigue es que el autor del ilícito tome conocimiento de la norma y la asuma como digna de obediencia y si no cuentan consideraciones retributivas o de merecimiento, parece claro que puede haber mejores medios para esa promoción de los preceptos penales y, sobre todo, que no impliquen el infligirle a alguien un mal que no estaría justificado como pago, respuestas o compensación por otro mal equivalente o proporcional causado por esa misma persona con su conducta culpable.

- Prevención especial positiva. De nuevo sirven en buena parte las apreciaciones sobre prevención especial negativa, pero también algo de lo dicho sobre prevención general negativa. Salvando las distancias y con ejemplos que llevan al absurdo la lógica subyacente, es como si a fin de convencer a la gente para que no fume se sacrificara a un fumador consumado para mostrar a todos sus pulmones ennegrecidos; o como si para que los ciudadanos se animen a respetar una dieta saludable, se tomara a un obeso comedor de bollería industrial y se lo sometiera a público escarnio y a exhibición vergonzante de sus adiposidades. Similarmente, si lo que se busca con el castigo penal para el que comete un delito contra la libertad sexual no es que los demás que puedan verse tentados se repriman por el temor a la cárcel, sino que aprecien en lo que vale la norma protectora de dicha libertad y la cumplan por convicción, no se comprende bien por qué no hay menos cárceles y más pedagogía, o menos fiscales y jueces de lo penal y más expertos en márquetin normativo. De esa manera se evitaría que tuviera que pagar pena el reo al que no se castiga con la justificación de que por su acción lo merece (de nuevo, eso sería un razonamiento retributivo), sino para que los demás aprendan lo que él olvidó.

Pero, ante todo, la justificación utilitarista o puramente preventiva y carente de componente retributivo choca con la gravísima objeción de qué hacer con los delincuentes irreductibles o irreformables o con las sociedades impermeables al mensaje preventivo. Una justificación basada en la eficacia depende de los resultados reales, no puede quedarse en una genérica y no contrastada mención de objetivos. Una campaña de publicidad del producto de una empresa se justifica si aumentan las ventas, y deberá ser suprimida rápidamente si no las mejora o, incluso, disminuyen. Si una política pública que supone fuerte inversión presupuestaria para que descienda la tasa de paro no logra tal descenso o lleva al incremento del número de desempleados, pierde su fundamento la inversión y deberá ser suprimida o radicalmente alterada. Si usted asume todas las labores hogareñas para que sus hijos tengan todo su tiempo para estudiar y labrarse un buen porvenir, pero ellos aprovechan todas esas horas disponibles para dormir a pierna suelta quince horas diarias o para chatear con los amiguetes, su política familiar carecerá de sentido y mejor será que cambie de estrategia. Por lo mismo, una política criminal y de justificación del castigo que se ampare nada más que en las consecuencias tendrá que atender a los efectos reales de las penas y se quedará sin fundamento si dichos efectos no son los que para justificarlas se invocaron.

Si el argumento justificatorio es de prevención especial, sea positiva o negativa, la dificultad la plantea el delincuente pertinaz, el que ni se atemoriza por todas las veces que ha sido condenado y purgó las correspondientes penas, ni se convence de que mejor está acatar la norma penal que vulnerarla. Con el sujeto que una y otra vez reincide en el delito y que ningún signo da de que vaya a reformar su plan de vida, el argumento preventivo especial pierde sustento. Si somos radicales enemigos de todo planteamiento retribucionista y no admitimos que, aparte o además de para que se reforme y deje de desobedecer los preceptos penales, lo penamos porque lo merece, porque con su acción se hace moralmente acreedor de la sanción penal, con ese delincuente nuestra justificación utilitarista pierde pie, se estrella sin remisión. Con el irreformable no tienen sentido las acciones reformadoras. Entonces, en casos así, o bien asumimos que no hay fundamento para castigar y que deben las acciones de tales individuos quedar impunes (cosa que en realidad no deberá provocar desgarro moral al antiretribucionista consecuente), o bien llevamos a su límite natural el razonamiento consecuencialista o utilitarista y pensamos que con esos ciudadanos irreformables tienen justificación las políticas de inocuización. Si lo que importa son los efectos sociales negativos del delito y la pena no previene el delito futuro de algunos delincuentes, evitemos esos delitos con penas más duras, aunque no parezcan las moralmente merecidas por el disvalor moral de las acciones, o con medidas alternativas a la pena que saquen de la circulación a esas personas. El derecho penal del enemigo no parece, pues, sino una radicalización de cierto componente antikantiano, antideontológico y puramente consecuencialista que está latente en el utilitarismo penal puro y duro.

Cuando la justificación instrumentalista es de prevención general, es la ineficacia preventiva general de la pena para determinado delito lo que se queda sin apoyo racional. Si los índices de comisión de cierto delito no menguan pese a las abundantes condenas, o incluso si crecen, suena evidente que está justificado el aumento de la pena para el delito en cuestión. La desproporción o falta de proporcionalidad entre el disvalor moral de la acción y la pena que así crece no podrá usarla el consecuencialista pleno que no deje espacio ninguno para el argumento retributivo. Si, aun con penas que suban y suban, las tasas de ese delito no van a menos, también aquí el fin utilitario absolutamente prevalente nos abocará o bien a propugnar la despenalización, ya que la pena nada logra de lo que la justifica, o bien, más comúnmente, a dar el paso a planteamientos de “guerra” como alternativa a las políticas punitivas ordinarias, garantistas e ineficaces. De nuevo surge cierta coherencia instrumentalista y antideontológica del Jakobs del derecho penal del enemigo. Cuanto más convencido el que delinque o cuanto menos sensible al “mensaje” de la pena y, por ello, mayor propagador del mensaje social antinormativo e indomable, mejor justificación para quitarlo de en medio sin

contemplaciones. Si las consecuencias sociales del delito son las que justifican el castigo penal y nada más que a la prevención de dichas consecuencias se dedica la pena, y si no hay concesiones que hacer al merecimiento individual ni existen valores del sujeto que se antepongan al valor de la vida colectiva en orden y eficiente, lo jurídico es, antes que otra cosa, ingeniería social, y el derecho, en especial el derecho penal, en realidad no aplica sanciones, sino que maneja resortes conductuales, como incentivos negativos o positivos que únicamente por sus efectos se justifican y se valoran.

3. Mal frente a mal. Sobre la relación entre retribución y los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Los abundantes críticos de todo rastro de retribucionismo en la justificación de la pena insisten en que penar a alguien es causarle deliberadamente un mal, un daño en algún bien muy básico de la persona. En especial, así se ve cuando hablamos de penas privativas de libertad. Volvamos, pues, a asumir que, efectivamente, la aplicación de la pena implica infligirle deliberadamente un mal o importante daño al reo.

La pena estaría justificada como reacción ante una acción del delincuente que también se considera dañina o mala desde un punto de vista moral. Sin duda, el delito es ilícito jurídico, en cuanto conducta típica y, por tanto, vulneradora de la prohibición contenida en la norma jurídica correspondiente. Pero quedamos en que el derecho penal no puede o debe castigar cualquier conducta, sino nada más que la que socialmente y fundadamente se pueda considerar atentatoria contra bienes muy importantes, de manera que quepa entender perfectamente que tales conductas antijurídicas son también y fundamentalmente conductas moralmente muy reprochables. Ahí está (o debe estar) la diferencia entre el ilícito penal y otro tipo de comportamientos antijurídicos, y ahí tenemos la base para la particular justificación que buscamos para las sanciones jurídicas más duras o más afrentosas, que son las sanciones penales.

Así puestas las cosas, la acción delictiva es un mal, en el sentido de que provoca un daño a algún bien individual o colectivo que moralmente se estima merecedor de suma protección. Y la pena es también un mal, ya que daña al reo en algún fundamental bien suyo, como la libertad, la propiedad, etc., además de señalarlo o etiquetarlo socialmente de modo negativo, con descrédito para su imagen o su honor.

¿Qué relación existe o debe existir entre esos dos males? El retribucionista tiene la respuesta más fácil, en mi opinión. Para él, la pena es, antes que nada y en el fondo, retribución, pago o compensación para el autor del delito por lo reprochable de su acción. No se trata de que un mal anule otro ni de reverdecer atávicas maneras del pensamiento mágico o animista. Pero poner esa idea de merecimiento o de justicia retributiva como base de la pena es la mejor manera de dar sentido a un principio que de otro modo no lo tiene, el principio de proporcionalidad de la pena. El valor de la retribución no puede ser superior al valor de lo retribuido, lo que es tanto como decir que el castigo que el reo sufra tiene que ser proporcional o equiparable al mal o daño que con su conducta provocó.

Pongamos un ejemplo. Imaginemos que yo no arrojo la basura de mi casa en los recipientes o contenedores que el municipio habilita al efecto, sino que la esparzo por el suelo. Es rechazable ese proceder mío y no sería raro que estuviera incurriendo en un ilícito administrativo o en un ilícito penal de tipo leve. Es fácil que estemos de acuerdo en que esta conducta ha de ser sancionable, pero no se nos ocurrirá demandar penas de diez o doce años de cárcel para el que sea sorprendido regando su basura por el pavimento de la calle. Ahora supongamos que eso se ha convertido en una moda o en una forma de protesta. Miles y miles de personas en cada ciudad obran así un día y otro y eso aumenta

considerablemente los gastos que la administración pública ha de aplicar a limpieza de las vías públicas. ¿Estaría justificado que se impusieran penas de cárcel de diez o doce años para ese comportamiento, en razón de tan perniciosos efectos sociales y para disuadir de tan reiterados comportamientos? El retribucionista dirá que no; el consecuencialista no tiene especial razón para no decir que sí, salvo que tome en cuenta una pauta de proporcionalidad entre gravedad de la acción y gravedad de la pena, de equivalencia entre esos dos males. Pero aquí está la cuestión: ¿cómo establecer esa pauta si no es acogiendo algún elemento de retribución?

Ahora trabajemos con el ejemplo sencillo de un delito de resultado y comisión por acción. Un sujeto, S, causa con su acción lesiones a otra persona; concretamente, le provoca heridas en una pierna que tardan treinta días en curar. Para empezar, reparemos en que no toda causación de un daño así por la acción de S conllevará responsabilidad penal y pena. El Derecho penal requiere alguna forma de culpabilidad, culpabilidad que se asocia a la efectiva autonomía del sujeto, a que haya producido ese resultado mediante una acción libre, autónoma. El que esa acción dañosa acarree responsabilidad penal presupone que la acción es propiamente una acción de S, es suya[7]. Por eso, por ejemplo, si las lesiones provienen de un disparo efectuado por un niño de cinco años, no habrá pena. Si para condenar penalmente a S se le presupone libertad de acción, que pueda ser dueño de la acción dañosa, estamos entendiendo que la pena ha de ser merecida por ser el daño por S causado fruto de su acción libre[8]. Entonces, ¿no estamos presuponiendo que la pena nada más que se le puede imponer a quien por tal razón la merece?

A los niños también se les ponen en la vida ordinaria castigos o sanciones diversas a fin de hacerles ver la conveniencia de respetar determinadas pautas de conducta y de que padezcan ciertas consecuencias negativas por sus comportamientos inapropiados. Si al derecho penal le importaran solamente los efectos preventivos de las penas y si nada más que le importaran estrategias de incentivación de conductas debidas, no habría objeción para el castigo penal a menores o inimputables en general. Hasta a los perros se les educa mediante castigos para que no muerdan o no ataquen a los viandantes. Si el principio de culpabilidad no se asocia al merecimiento del castigo por ser la acción delictiva producto de la libre elección del delincuente, dicho principio pierde buena parte de su razón de ser. Pues, repito, el puro efecto disuasorio y preventivo se puede cumplir también con muchas personas de las que jurídico-penalmente calificamos de inimputables.

Volvamos al principio de proporcionalidad de las penas. Tal principio impone que debe haber una equivalencia entre el daño que el delito supone y el mal que para el delincuente la pena implica. Sin ese límite y si nada más que se atiende a la eficacia preventiva de la pena, nada obstaría a que a S se le aplicara por aquellas lesiones una pena de cadena perpetua o de treinta años de cárcel. Bastaría que hubiera datos empíricos que confirmaran la tesis de que habrá menos delitos de lesiones si el castigo es de esa magnitud que si es de uno o dos años de pena privativa de libertad. Dicho de otro modo, si el grado de daño o mal que la pena significa no puede ser mayor que el mal o daño que supone la acción del delincuente, es por una pura cuestión de merecimiento, porque nadie debe pagar

---

[7] Pero con un fundamento meramente preventivo y al margen de ese límite de la culpabilidad personal, podría verse justificado el que el Estado penara a un hijo del autor, si con eso aumenta el efecto disuasivo sobre los autores potenciales. Vid. Julian “, Retributionstheorien der Strafe”, cit., p. 180.

[8] Como explica Zedner, “Usando nociones clásicas de libre albedrío, responsabilidad moral y culpabilidad, las teorías del merecimiento [*desert theories*] han refinado las correspondientes nociones de reproche y sanción como la respuesta ´justa` a la conducta delictiva. Dentro de ese marco, se pretende graduar la gravedad de los delitos a fin de que se puedan aplicar sanciones de severidad comparable” (Lucia Zedner, “Reparation and Retribution: Are They Reconciliable?”, cit., p. 229).

un castigo de valor superior al daño que produjo, por mucho que un castigo más “caro” conllevara un efecto preventivo mayor, más eficaz. ¿No es ese un argumento de corte retributivo?

La comparación con la responsabilidad civil por daño es nuevamente ilustrativa. Una acción de un sujeto puede verse como dañosa para la víctima o como dañosa para la colectividad. Si la perspectiva que se privilegia es la del daño para la víctima, la compensación o el “pago” ha de ser para la víctima. Así ocurre en el derecho de la responsabilidad civil, donde la obligación de indemnizar rige frente a la víctima y por el monto o equivalencia del daño por la víctima sufrido. Por eso quienes cultivan la filosofía del Derecho de daños invocan muy a menudo la justicia correctiva y niegan que se aplique la justicia retributiva, y de ahí también las dificultades teóricas para la justificación de los llamados daños punitivos.

Pensemos ahora en los delitos de resultado con víctima individualizada, como el homicidio o las lesiones. La específica compensación para la víctima (o sus deudos) no se organiza mediante la pena, sino a través de la responsabilidad civil por delito. Cuando en los sistemas sociales primitivos se admite y se regula la venganza privada, se piensa que la venganza provoca en el que la ejerce una satisfacción moral que de alguna manera compensa la desazón o el dolor del delito. Los sistemas jurídicos avanzados y modernos excluyen la venganza privada, la convierten a ella misma en delito y regulan las compensaciones materiales del daño por la vía de la responsabilidad civil. Pero podemos todavía preguntarnos si acaso la pena no tiene también la función, entre otras, de otorgar una forma de satisfacción moral a la víctima. ¿Es acaso moralmente rechazable que la víctima desee que, mediante el castigo, el reo “pague” por la maldad de su acción?

Se podrá aducir que con una justificación meramente preventiva de la pena dicha satisfacción moral, en lo que cuente, queda también satisfecha, aun cuando no sea ese un elemento que deba contar. Es más, si por razones preventivas se aplica una pena desproporcionadamente alta, podría hasta pensarse que la satisfacción de la víctima “vengativa” es todavía mayor; a no ser que un cierto sentido de justicia de la víctima la lleve a rechazar un castigo desproporcionado para el que la dañó. Lo que sucede es que si está claro que la pena para un determinado delito carece de eficacia preventiva y, por tanto, es inútil para tal función, tendremos que plantear si, no obstante, la imposición de la pena proporcionada para ese delito puede estar justificada. En ese caso no queda más justificación posible que la justificación retributiva.

Pero ¿qué o a quién retribuye, si acaso, esa pena? Si existe el doble sistema de responsabilidad penal y responsabilidad civil para un mismo delito, la víctima será materialmente compensada con la indemnización por el daño. Fuera de eso, materialmente la pena no compensa a la víctima, salvo que concedamos una forma de adicional compensación moral. No entraré en si puede estar moralmente justificada esa demanda de compensación moral para la víctima mediante la pena, aunque opino que sí puede haber razones aceptables que la amparen. Pero también me parece que esa constituiría una justificación secundaria o puramente complementaria de la pena, no su razón de ser. Entonces, nos queda la opción de sostener que la pena como retribución o compensación lo es frente a la sociedad. ¿Cómo se puede fundamentar? Repito que si el fundamento de la pena fuera meramente preventivo y se acreditara que el castigo de un determinado delito es ineficaz, decaería la razón de ser de esa sanción.

4. El riesgo de la pena como precio de la libertad.

La idea de la pena como retribución o compensación a la sociedad puede adoptar perfiles autoritarios o perfiles liberales. Bajo una faz autoritaria, la pena es retribución por la pura

desobediencia, por significar el delito una rebelión intolerable contras las pautas supremas de la convivencia colectiva. Bajo tal punto de vista, el retribucionismo acaba justificando el mismo tratamiento penal que un utilitarismo penal exento de elementos retributivos liberales que frenen la búsqueda a cualquier precio de efectos preventivos. Para el retribucionismo autoritario, el mal por el que con la pena se paga no es tanto el daño a un determinado bien o interés personal o social, sino la desobediencia como tal, la falta de respeto a la norma, al orden social constituido, sea el que sea. Para el instrumentalismo penal puro, lo que justifica la pena es también la búsqueda de un efecto de orden social, la prevención de determinadas acciones que se consideran dañinas al margen o por encima del merecimiento subjetivo del delincuente o del disvalor objetivo de la acción delictiva. O, si acaso, ese disvalor de la acción delictiva se mide por los efectos sociales solamente.

Un retribucionismo liberal presenta la pena como precio que el ciudadano que delinque abona por el disfrute de la libertad. Hay procedimientos de dirección de conductas alternativos a la pena y más eficaces que ella. Y cabe imponer castigos que supriman en el delincuente (y hasta el que aún no delinquió pero amenaza con delinquir) la posibilidad de volver a delinquir o que la restrinjan grandemente. Frente a esas dos alternativas funcionalmente superiores o más eficaces, el retribucionismo liberal pone límites. El sistema penal contempla el delito como opción libre que la sociedad reconoce al ciudadano, el cual normativamente no debe delinquir, pero materialmente sí puede, y dicha posibilidad no se quiere suprimir.

Todo ciudadano en una sociedad de seres libres y con su libertad normativamente protegida asume que puede ser víctima del delito ajeno. Desde ese punto de vista, el riesgo de padecer delito es el precio que todos pagamos por ser todos libres, a cambio de que ninguno de los que puedan ser vistos como potenciales o probables delincuentes sea apartado de la vida social, inocuizado, y a cambio de que al que delinquió no se le vuelva definitivamente imposible el retorno a la vida social en libertad. Y, por lo mismo, la tasa que se cobra al que en uso de su reconocida libertad delinque es la de la pena. Existe, así, una especie de compensación de riesgos entre la sociedad y el ciudadano libre. Yo me arriesgo a la pena si delinco, a cambio del riesgo que mis conciudadanos asumen de que yo pueda delinquir en uso de la libertad que socialmente se me reconoce y se me garantiza. De ahí que el principio de culpabilidad implique que nada más que sea penado el que obró con libertad y siendo dueño de sus actos, y de ahí también que, en virtud del principio de proporcionalidad, la pena tenga que ser equivalente al daño concreto que con mi acción causé, y no homenaje desmedido a la vigencia de la norma prohibitiva y pura secuela de la búsqueda del orden por el orden.

Por lo mismo, el principio de resocialización no se concibe como excusa para una manipulación de la conducta o la conciencia individual que impida la futura libertad para delinquir, sino como oferta de medios para la reintegración social en libertad y de acuerdo con los requerimientos de la libertad de todos. El delincuente, entonces, no es un enemigo al que exterminar, sino un conciudadano cuyo uso de la libertad se respeta en el fondo, pero no se puede asumir, porque con su acción pone en peligro el disfrute igual de la libertad por cada uno. El culpable paga por haberse aprovechado de su libertad en detrimento de la libertad de otro u otros, y porque si todos pudieran hacer como él no cabría la convivencia de todos en libertad. La retribución no es venganza por su maldad intrínseca ni precio de una ofensa personal o grupal, es, a la postre, compensación porque se le reconoce libre y él, en cambio, no ha respetado los fundamentos de la libertad ajena o los bienes con los que cada conciudadano suyo puede ser libre también.

5. ¿Por qué se merece la pena?

En lo hasta aquí expuesto se está asumiendo que la pena justificada es la pena merecida y que el que recibe pena ve retribuido su merecimiento de la misma. Se ha dado por sentado que la base de ese merecimiento está en la reprochabilidad de la conducta y que esa reprochabilidad es, en su base, reprochabilidad moral. Por supuesto, se asume también el principio de legalidad penal, lo que quiere decir que con el delito se vulnera una norma jurídica prohibitiva. Mas la fuente de la reprochabilidad no está en el mero incumplimiento de la norma penal, sino en el atentado contra el bien que la norma penal protege. Con todo esto estoy dando por sentado que la pena justificada no es meramente la pena jurídico-formalmente justificada. Ya que al hablar de justificación de la pena nos movemos en el campo de las razones morales y no en el de la pura técnica penal, se está presuponiendo la diferencia entre pena legítima y pena ilegítima, distinción que no se corresponde con la diferencia entre pena legal y pena ilegal. Una pena legal puede ser una pena ilegítima. En otras palabras, si de justificación hablamos, debemos referirnos a las razones para penar como razones para que la ley legítimamente tipifique delitos y penas. Si parto de que las razones puramente preventivas o instrumentalistas pueden dar pie a penas ilegítimas, la pregunta es sobre qué razones morales pueden justificar la pena legítima.

Bajo una óptica liberal como la que aquí subyace, sólo podrá ser legítima la previsión legal de pena y sólo será legítimo, por merecido, el castigo penal de un sujeto bajo ciertas condiciones:

- La libertad, como principio rector, presupone el pluralismo de ideas, creencias y concepciones del bien y del mal, así como la posibilidad genérica de que cada cual viva y se comporte de acuerdo con sus ideas y preferencias.

- En ese contexto de libertad y pluralismo, los límites a la libertad sólo podrán legitimarse mediante acuerdos en un marco de deliberación.

- Tales acuerdos nada más que podrán ser acuerdos mayoritarios, acuerdos de mínimos y acuerdos sobre la protección de bienes e intereses que todos o la grandísima mayoría puedan considerar como irrenunciables. Por ejemplo, que haya personas que disfruten matando o que piensen que es moralmente aceptable matar a determinadas personas o en ciertas situaciones no quita para que pueda razonablemente suponerse que nadie quiere que lo maten y que, como pauta general, todos apreciamos el valor supremo de la vida. Por eso parece fácil la justificación de la pena por homicidio y acordar que el que culpablemente mata a otro merece el castigo.

- Por lo mismo, no resulta sencillo justificar la pena para conductas atentatorias contra bienes que raramente serán vistos por todos como acreedores de tan contundente y coactiva protección. Podemos fácilmente asumir que ni a ricos ni a pobres les parecerá bien que les roben lo que es suyo y, si acaso, que el pobre considerará aún más afrentoso que otro le arrebate algo de lo poco que tiene; pero no es nada fácil justificar como razonable un acuerdo sobre la punibilidad de la blasfemia y sobre el merecimiento del castigo por el blasfemo. Tal vez otro tanto se pueda decir, por dar otro ejemplo, sobre los delitos consistentes en atentados contra los símbolos del Estado. Sin duda que la cohesión social se acrecienta con la protección de ciertos símbolos de la organización colectiva, pero las razones de mera cohesión social raramente valdrán como razones de merecimiento personal de castigo.

En resumidas cuentas, este retribucionismo liberal y mínimo que propugno nada tiene que ver con la apología del punitivismo, sino muy al contrario. La idea de pena como merecimiento personal, en un contexto de libertad y pluralismo, vale para poner coto a un posible punitivismo consecuencialista. Ninguna consecuencia social positiva justifica racionalmente la aplicación de penas al que no las merece y por aquello que en un ámbito social libre y deliberativo no pueda razonablemente fundarse como merecedor de tan sanción. Al fin y al cabo, me parece que cuando muchos de nuestros penalistas críticos del retribucionismo y partidarios de las justificaciones

preventivas se alarman, aquí y ahora, por la ola de punitivismo que padecemos y porque se penan tantos comportamientos que no deberían castigarse así, están brindando razones de corte retributivo, aunque no se den cuenta o no lo les guste reconocerlo.

6. Retribución y prevención. Una combinación posible y necesaria.

El sustrato retributivo en modo alguno excluye los fines preventivos. Sin un fundamento adicional o complementario de prevención, las penas serían, en general, socialmente inútiles. Si por definición todo delincuente penado fuera reacio a la reconsideración del uso de su libertad y a la valoración positiva de la libertad de todos, no habría razón para el coste social del sistema penal. En un sistema penal liberal no es ni puede ser esa la presunción, sino al contrario.

Cuando justificamos una práctica señalamos las condiciones para que esa práctica pueda estar justificada y, con ello, indicamos también cuándo carece de justificación. Esas condiciones justificadoras pueden ser condiciones suficientes o condiciones necesarias. Veamos cómo pueden jugar a este respecto la retribución y la prevención. No perdamos de vista que la idea de retribución que aquí se maneja está ligada a la idea de merecimiento con arreglo a pautas sociales atinentes a la reprochabilidad o disvalor moral de una conducta, no a la mera desobediencia a una norma de cualquier contenido o en cualquier tipo de Estado.

Se suele apuntar que el retribucionismo es "backward-looking" y las otras justificaciones son "forward-looking"[9]. Esto quiere decir que para el retributivismo el que un comportamiento sea delito y tenga pena se justifica por algo que sucedió y, por tanto, se hace referencia al valor negativo de algo que sucedió. Mientras que las doctrinas consecuencialistas justifican el delito y su pena por algo que se quiere conseguir, por el efecto que de la pena se ha de seguir. En mi opinión, esto hace que para el retributivismo lo fácil, en teoría, es explicar por qué algo es delito, mientras que la dificultad se encuentra en justificar la pena como respuesta a esa valoración negativa de una conducta que lleva a calificarla de delito. Los retribucionistas se ven, así, abocados a señalar el de merecimiento como patrón de medida de la pena, de la mano también de la idea de proporcionalidad entre disvalor del delito y disvalor de la pena. Por su parte, el consecuencialismo puro y sin componente retribucionista tendría que razonar de este modo: delito debe ser aquella conducta cuyo castigo acarree las consecuencias positivas que se buscan y la pena adecuada será aquella que permita maximizar dichas consecuencias.

Imaginemos que una consecuencia deseada fuera la de que las personas que midan menos de uno cincuenta de altura tengan puestos de trabajo en igual proporción que los que miden más. Si castigar al que no contrata en su empresa a personas de menos de uno cincuenta se estima un medio empíricamente eficiente para lograr dicho propósito, el castigo de los empresarios que no contraten a trabajadores con esa característica estaría justificado, y la pena justificada sería la que permitiera la más eficiente consecución de dicha finalidad. En cambio, el retribucionista dirá que no cabe dicho delito y su castigo si la acción en sí del empresario no es moralmente merecedora de tal tratamiento, por ejemplo porque hay razones que excluyen su reprochabilidad moral. Para el retribucionista ese es el dato del que depende el merecimiento de la pena, mientras que para el consecuencialista que quiera

[9] "As such, retributivism is a fundamentally *backward-looking* justification of blame and punishment. It insists that the justification of these responses is historical. This contrasts with *forward-looking* rationales for blame and punishment that appeal to various goods -such as deterrrence, rehabilitation, and the expression of community values- that these responses promote or bring about. Indeed, while there are potentially many different kinds of forward-looking justifications of blame and punishment, retributivism is the only serious backward-looking justification" (David O. Brink, "Retributivism and Legal Moralism", *Ratio Iuris*, 25, 2012 (pp. 496-512), p. 497).

hablar de merecimiento sin introducir elementos retributivos, la pena la merece el que no hace todo lo que está en su mano para contribuir al logro de un objetivo socialmente beneficioso.

Que hay diferentes grados de gravedad o aflicción en delitos y penas parece algo intuitivamente evidente, más allá de puntuales discusiones y matices. Nadie objetará a que matar dolosamente a alguien es más grave que robar cien euros. Y también habrá acuerdo obvio en que una pena de diez años de cárcel es más grave y "dolorosa" que una de un año o que una multa de mil euros. Ahora, con fines teóricos, demos por sentado que la eficacia preventiva de una pena (en cualquiera de las variantes de prevención) fuera claramente medible y pudiéramos tener datos fiables al respecto y de todas las penas[10]. Supongamos también que hubiera algún patrón ciertamente utilizable para hacer valer el principio de proporcionalidad entre delitos y penas con algo de objetividad y al menos dentro de ciertos límites. Sentado lo anterior, examinemos las posibles situaciones resultantes, combinando gravedad del delito y eficacia preventiva. Llamemos D al delito y P a la pena que para D se plantea.

(1) Para D, P es proporcionada y tiene plena eficacia preventiva. Tanto para retribucionistas como para consecuencialistas, estaría justificado imponer P a D.

(2) Para D, P es proporcionada, pero carece de eficacia preventiva. El retribucionista puro dirá que está justificado imponer P, ya que es merecida por el delincuente como consecuencia de la reprochabilidad de su conducta. El consecuencialista puro tendrá que sostener que no hay tal justificación. Las alternativas, en clave de prevención, serán o bien la impunidad, o bien la sustitución de la pena por otro tipo de medidas que sí resulten preventivamente eficaces. La pregunta para el prevencionista, entonces, sería esta: ¿qué sucede si la única medida preventivamente eficaz es más "dolorosa" o "dañina" para el sujeto que la pena en cuestión? Por ejemplo, una terapia que anule su voluntad (en plan *La Naranja Mecánica*), o una medida de seguridad que lo aísle del trato social.

(3) Para D, P es proporcionada, pero no tiene eficacia preventiva. Sin embargo, un aumento de P (P+1) sí alcanzaría efecto preventivo, pero ya no habría proporción entre D y P+1. El retribucionista puro dirá que esa pena es injustificada, en lo relativo al grado 1 de exceso, pero el consecuencialista puro pensará que sí hay justificación para P+1. Para el retribucionista, la pena justificada es solamente la pena proporcional a la gravedad del delito.

(4) Para D, P es proporcionada, pero la imposición de una pena al tipo de comportamientos en que D consiste tiene efectos antipreventivos, tiene consecuencias de aumento de tales comportamientos; por ejemplo porque se produce un efecto imitación o se fomenta una imagen heroica de esos delincuentes. El retribucionista puro insistirá en que está justificada la aplicación de P, en cuanto merecida, mientras que el consecuencialista tendrá una fuerte razón para la despenalización de D. Queda abierta la cuestión de si el consecuencialista se inclinaría por medidas no penales de algún tipo, si las hay preventivamente eficientes.

(5) Similarmente, para D, P es proporcionada, pero el efecto preventivo solamente se consigue con una pena más suave (P-1). El retribuicionista puro dirá que la pena correcta es P, por merecida y

[10] Si cualquiera adujera que, por lo común y respecto de muchos delitos, carecemos casi por completo de información empírica contrastada y fiable sobre el efecto preventivo real, se estaría atacando una de las bases del consecuencialismo o instrumentalismo. Pues un efecto preventivo o disuasorio meramente querido o imaginado por el legislador es tan quimérico como quimérica se dice que es la idea de mérito o de proporcionalidad que manejan los retribucionistas. Aunque nada más que fuera por esa razón, los dogmáticos penales que se apuntan a la justificación preventiva de la pena deberían ser los primeros interesados en el buen desarrollo de una criminología o una sociología criminal que aportase esos datos en cantidad suficiente y creíble.

proporcionada. El consecuencialista estimará que la pena adecuada es P-1, por debajo del merecimiento por D.

Esa escala de supuestos me sirve para sostener *dos tesis*. La primera, que sin la idea de proporción como merecimiento resulta sumamente difícil y extraño el razonamiento sobre las penas para los delitos. El legislador normal y ordinario opera con una idea de proporción, y por eso castiga más duramente el homicidio que la injuria, por ejemplo. A lo que se añade que en un contexto social como el nuestro, aquí y ahora, los ciudadanos se escandalizarían y rechazarían un castigo mayor de la injuria que del homicidio, aun cuando esa "desproporción" se justificara con datos tangibles sobre eficiencia preventiva de las respectivas penas. Además, no podemos negar que muchas veces el legislador tipifica delitos y penas sin contar con datos mínimamente fiables sobre el efecto preventivo de cualquier tipo. Podemos agregar que cuando un profesor o tratadista se indigna por lo excesivo de alguna pena y no argumenta su oposición mostrando que dicha gravedad de la pena no supone ventajas preventivas, está presuponiendo, al menos en parte, un enfoque de merecimiento y proporcionalidad, tal como se configura por el retribucionismo actual. Un consecuencialista puro o bien no debe hablar del principio de proporcionalidad o bien debe vincularlo nada más que a la eficacia, entendiendo proporcionada la pena que maximiza el efecto preventivo y desproporcionada la que no lo maximiza o lo aminora.

La segunda tesis, que es la que quiero específicamente tratar ahora (del principio de proporcionalidad diré algo en otro lugar), es que solo parecen razonables las doctrinas mixtas. La doctrina mixta a la que me apunto, sin prescindir del elemento de merecimiento ligado al nivel de reprochabilidad de la conducta delictiva de que se trate, admite excepciones a la exacta correspondencia o proporción entre delito y pena, pero bajo una clara condición: *que la excepción no perjudique al reo haciéndole pagar en más de lo que merece, aunque pueda beneficiarlo imponiéndole pena más baja que la merecida y proporcional*. Bajo dicha condición, y curiosamente, el argumento consecuencialista sólo opera con efectos despenalizadores o de atenuación de pena. Veamos esto al hilo de los cinco supuestos que hace un momento enumeré.

El supuesto (1) no es problemático, obviamente, respecto de él no habría desacuerdos.

En el supuesto (2), el argumento retribucionista para mantener la pena allí donde constara su falta de eficacia preventiva sería del tipo del de Kant en aquel famoso pasaje donde dice que si una comunidad política fuera a disolverse, habría un imperativo moral insoslayable para, previamente, ejecutar la pena prevista para el delincuente condenado y que aguardaba tal ejecución. O podríamos ver que se trata de una razón de deontologismo extremo asociada a aquella idea de *fiat iustitia, pereat mundus*. Una pena merecida pero socialmente inútil se parecería demasiado a algo así como una venganza social sin más móvil que la venganza misma. Con todo esto estoy sentando que el merecimiento de la pena debe ser condición necesaria, pero no siempre es condición suficiente.

Ahora bien, puesto que, en el planteamiento de teoría penal liberal que mantengo, la pena, como merecimiento, se asocia a una determinada imagen del ciudadano como persona libre e igual en su titularidad básica de derechos, sin que el delincuente pueda ser tratado como enemigo o inferior, esa misma idea que subyace al planteamiento retributivo veda cualquier alternativa a la pena que, siendo eficaz, se oponga a tal idea de merecimiento. En eso el retribucionismo sigue limitando los riesgos mayores del consecuencialismo preventivista.

Aquí conviene hacer alguna apreciación más, pues pareciera que estoy dejando sin considerar una razón que muchas veces se trae a colación para defender el retribucionismo puro. Se aduce que cómo podría resultar asumible que delitos gravísimos, de extrema reprochabilidad moral, quedaran impunes o menos castigados de lo merecido si se demostrara que no tiene ni la más mínima virtualidad

preventiva la pena. Sería el caso del asesinato, la violación o el robo con violencia, por ejemplo. Planteado el asunto como hipótesis teórica, tiene su miga y puede hacer que se recapacite sobre la concesión que acabo de hacer al consecuencialismo al comentar este supuesto (2). Sin embargo, es muy dudoso que precisamente en delitos del tipo de los citados se pueda pensar que la pena carece efecto preventivo, al menos en términos de prevención general negativa o, incluso, positiva. Por eso creo que no es imaginable que, en sociedades y estados como los nuestros, se disponga un día de datos científicos que hagan ver que el castigo del asesinato o la violación en nada disuade a nadie de tales acciones y que sería el mismo el número de las mismas si fueran impunes.

Me parece que esa es una ventaja de la prevención general sobre la especial. De algunos delincuentes por convicción, como muchos terroristas con móvil religioso o político, a lo mejor no tiene mucho sentido esperar efectos reformadores de la pena; aunque a veces los hay, ciertamente, si bien no es posible saber si de resultas de la vida en la cárcel o de un proceso de reflexión que hubiera acontecido igualmente en esa persona estando en libertad. Pero no me cabe duda de que más de cuatro de los que comparten las mismas ideas religiosas o políticas se tientan la ropa y se abstienen de dar el paso a la acción terrorista, justamente por el temor a las consecuencias penales. Que en muchos el temor a la pena no influya no implica, en modo alguno, que no influya en nadie.

En el supuesto (3), y por lo que ya sabemos, las nociones de merecimiento y proporcionalidad también ponen barreras frente al exceso posible del consecuencialismo penal. No resultaría aceptable ese plus de castigo que rebasa el merecimiento y hace desproporcionada la pena, y sí cabría la despenalización de D si con suficiente rigor consta que P es socialmente inútil.

En cuanto al supuesto (4), la solución es, lógicamente la misma, pero con más razón. Si la pena merecida tiene efectos antipreventivos, ya no es meramente inútil socialmente, sino socialmente dañina. Por tanto, estaría justificada la supresión de la pena.

En lo que al supuesto (5) se refiere, las razones constatables de utilidad social pueden hacer admisible la rebaja de pena respecto al merecimiento y la proporcionalidad con el mal que el delito implica.

Queda así de manifiesto lo que antes sostuve: que con este planteamiento *la referencia de la pena justa en principio la da la idea retribucionista de merecimiento, unida a la noción de proporcionalidad, pero que no se excluye la toma en cuenta de las consecuencias de la pena cuando llevan, y únicamente si llevan, a una imposición de una pena menor y nunca a la de una más aflictiva que la que cuadre con el merecimiento*. Y añado ahora un matiz, tal vez discutible, pero que me parece adecuado y defendible: *esas excepciones al merecimiento en la gradación de la pena*, que, repito, solo pueden ser excepciones favorables y nunca contrarias al delincuente, *sólo son admisibles si se dispone de datos mínimamente acreditados en cuanto a la eficacia de la pena, datos que fiablemente muestren que la pena, en su en principio debida proporcionalidad, es una pena socialmente inútil o, incluso, socialmente perjudicial*.

Todo queda, pues, a merced de la idea de gradación de la pena en proporción al merecimiento por la reprochabilidad de la conducta delictiva. Se puede afirmar que sin una teoría consistente y aplicable de la *proporcionalidad* la doctrina del retribucionismo liberal y mínimo que estoy defendiendo se viene abajo o queda en vacías declaraciones de intención. Pero no es menos necesaria esa teoría para las doctrinas consecuencialistas, pues sin ella no podrá el consecuencialista propiamente criticar por desproporcionada la pena que sea preventivamente eficaz y, además,

quedará expuesto a cualesquiera excesos y desmanes el sistema penal que nada más que por las consecuencias justifique los castigos.

7. **Algunos supuestos problemáticos.**

Del enfoque mixto al que me acojo se desprenden dos tesis principales: una, que nunca las puras consecuencias socialmente positivas pueden justificar la imposición de pena sin merecimiento ni el aumento de pena más allá de lo proporcionado al merecimiento. La otra, que sí son admisibles rebajas en la pena proporcionada al merecimiento cuando del castigo penal no sean esperables consecuencias sociales positivas o se sigan consecuencias sociales negativas. Cuando digo consecuencias sociales positivas me refiero al índice de perpetración del delito de que se trate, sin que ahora nos importe si ese efecto preventivo es por vía de prevención negativa o positiva. Igualmente dicha consecuencia social positiva opera tanto si el delincuente en cuestión no vuelve a perpetrar ese delito como si se produce un efecto disuasorio de alcance más general.

Podemos poner a prueba las dos tesis mencionadas a la luz de dos situaciones extremas, pero no inimaginables o imposibles. Por una parte, aquello casos en que la reprochabilidad del comportamiento delictivo enjuiciado es extrema, siendo también máximo el merecimiento negativo del autor. Por otra parte, las situaciones en que la situación social de emergencia por causa de un delito da razones muy fuertes para acentuar el efecto disuasorio mediante penas superiores al merecimiento subjetivo del concreto autor del ilícito penal.

a) Para la primera de esas dos situaciones, tomemos un ejemplo que más de una vez se ha usado en la doctrina. Imaginemos que Hitler[11] (y, si se quiere, Goebbels, Himmler, Heydrich, Goering y demás gigantescos criminales) sigue vivo después de los crímenes del nazismo y del final de la Segunda Guerra Mundial. No resultará inverosímil dar algún crédito a un segundo elemento del caso, el de que se pudiera entender que su castigo penal tuviera nulos o escasísimos efectos preventivos. Basta pensar que alguien como Hitler probablemente fuera constitutivamente incapaz de asimilar efectos de prevención negativa o positiva derivados de la pena y que, en lo que a la prevención general se refiere, poco puede añadir el castigo de tal culpable al escarmiento y la lección que la sociedad alemana o la de cualquier país ha recibido de los desastres provocados por el régimen nazi y su locura asesina. Sea como sea, acéptese a título de hipótesis teórica que nadie con dos dedo de frente negara, en un caso tal, la enormidad de los crímenes y su merecimiento de castigo severo, y que contáramos con indicios científicos claros de que ningún efecto preventivo tendrá el castigo penalmente infligido a ese individuo. Podríamos construir otros ejemplos similares y no del todo descabellados.

Si seguimos diferenciando entre retribucionistas puros, consecuencialistas puros y partidarios de una teoría mixta como la que he defendido, vemos enseguida que el único que lo tiene fácil aquí es el retribucionista puro, que mantendría que a Hitler hay que penarlo duramente, en proporción a su grandísima responsabilidad por tantísimos crímenes atroces y sean cuales sean las consecuencias socialmente derivadas de su castigo. El consecuencialista puro, si es congruente, tendría que asumir que, bajo las condiciones del caso tal como lo he presentado y asumiendo que los datos expuestos son verdaderos, no estaría justificada la pena para Hitler. ¿Cuántos antiretribucionistas y plenamente preventivistas estarían dispuestos a mantener esa coherencia en su respuesta? Desde luego, y nuevamente, si el consecuencialista puro dice que no puede haber excusa para no castigar a Hitler, o bien pierde es pureza o bien se despreocupa de la coherencia teórica. Porque si mantiene que a Hitler

[11] Tomo buena parte del ejemplo y de su tratamiento de Douglas Husak, "What Do Criminals Deserve" http://www.upf.edu/dret/_pdf/seminaris/SumInstitute2014.pdf , p. 6.

hay que castigarlo y sabe que no tendría eficacia preventiva ese castigo[12], solamente se me ocurre una base para su postura: que a Hitler hay que castigarlo porque lo merece y porque, por merecerlo, sería una gravísima injusticia que quedaran sus crímenes impunes. Pero ese es un argumento retribucionista, se reconozca o no.

¿Y qué decimos desde una teoría mixta como la que he expuesto? Antes di una respuesta que no me parece irrazonable en sus términos generales, pero que no se enfrenta con este problema de ahora mismo. Dije que era muy extraño y difícil imaginar que el castigo de delitos como homicidio, robo o violación no tuviera efectos disuasorios. Pero para algunos delitos muy específicos sí son concebibles situaciones como la que estoy ilustrando con el rebuscado ejemplo de Hitler.

Para esta teoría mixta que suscribo, la regla general es que si faltan las consecuencias preventivas decae la justificación para penar, aun cuando tampoco quepa penar por las puras consecuencias y sin el componente de merecimiento. Mantenida a rajatabla esa primera parte de la teoría mixta, no habría justificación para el castigo de Hitler, en el ejemplo y tal como se asume el ejemplo.

Me resulta extraordinariamente difícil asumir esa conclusión. Se me ocurren algunas posibles salidas. La primera consistiría en insertar una excepción en la excepción. Esto es, sostener que la regla de que no se justifica el castigo merecido que carezca de efectos sociales deseables o los tenga indeseables nada más que se puede aplicar en los casos en que el disvalor del crimen no sea elevadísimo, de forma que no deben importar las consecuencias de la pena cuando esta se impone a los más reprochabilísimos e infames crímenes. Es una vía de escape que no carece de sentido, pero que inserta más indeterminación allí donde ya hay que asumir un grado de indeterminación considerable. Si ya la idea de merecimiento es vaga y discutible, aunque la consideremos insoslayable, la idea de merecimiento extremo y que hace que esté justificado prescindir de las consecuencias sociales de la pena aumenta un tanto la oscuridad. No obstante, me parece que es una vía que se podría explorar y concretar mejor, aunque aquí no voy a intentarlo. Téngase en cuenta también que, si admitimos, sin más, jugar a meter excepciones cuando un caso pone a prueba la teoría, abrimos la misma puerta al consecuencialista puro para que tranquilamente la franquee. Le bastaría decir que, en un caso, así el también hace una excepción al consecuencialismo; si el "mixto" puede, por qué no ha de poder el "puro".

La otra vía, que me parece más fértil y razonable, es la de atacar el ejemplo, pero no por inverosímil (hemos quedado en que, a efectos teóricos, lo aceptábamos en los términos en los que lo he expuesto), sino porque hay en él un desenfoque grave. A Hitler no se le juzgaría por ser Hitler ni por ser el cabecilla de un régimen asesino que, entre otras muchas cosas, quitó la vida a millones de inocentes. Habría ahí factores que tendrían que ver con el número de delitos y con la gravedad de la comisión de correspondientes delitos. A Hitler, en nuestro ejemplo, lo estaríamos juzgando por delitos

[12] Evidentemente, no doy consideración al argumento de que toda pena de cárcel tiene eficacia en términos de prevención especial negativa, y más si esa pena es de cadena perpetua, ya que mientras el delincuente está encerrado, ciertamente no volverá a cometer su delito (salvo, si acaso y dependiendo del delito, contra sus compañeros de prisión o el personal de la misma o salvo en caso de fuga, etc.). Ese es un argumento especioso e inválido, ya que cuando normalmente y con sentido se habla de prevención especial se hace referencia al efecto motivador y de disuasión que la pena tiene a partir del momento en que el delincuente propiamente vuelve a tener la opción de delinquir; es decir, cuando ya ha cumplido su pena. Si no lo vemos así, arribamos a una conclusión tan evidente como descorazonadora: el pleno efecto de prevención especial negativa lo tiene la cadena perpetua, y si lo que se busca es maximizar la prevención negativa, aplíquese cadena perpetua a cualquier delito que se quiera prevenir. Por estos motivos es tan importante que vinculemos prevención negativa a disuasión y no a incapacitación para delinquir. La disuasión presupone la libertad de elegir, mientras que la incapacitación o "inocuzación" la elimina.

como homicidio[13]. Y en este punto es donde cobra sentido la introducción de una distinción importante.

Cuando se castiga por un delito, como homicidio o asesinato, se castiga al concreto homicida por sus concretos homicidios y en sus concretas circunstancias. Pero el efecto preventivo o disuasorio del castigo no es meramente por el penar tales homicidios concretos, sino por penar el homicidio en general. Al castigar a terrorista que, por su móviles ideológicos, mató, no solamente penamos el homicidio por móviles terroristas, sino que estamos ante un supuesto particular de algo más general: el castigo por matar. Si, en un supuesto específico, podemos concluir que la pena para el terrorista carece de efectos disuasorios para los demás terroristas existentes o posibles, de ahí no se sigue que el castigo del homicidio carezca de efectos disuasorios generales. Que nada añada a la prevención de los homicidio el concreto castigo de un homicida nazi no quiere decir que no tenga efecto antipreventivos perfectamente razonables el que dejemos sin castigo al nazi homicida; que socialmente haya quedado de sobra aprendida la lección negativa del nazismo y que al castigar a Hitler no evitemos que haya más homicidas nazis, ya que la sociedad ya habrá quedado suficientemente prevenida por lo que antes ocurrió, no implica que no siga estando justificada por sus consecuencias preventivas (además de retributivas), la pena del homicidio por ser homicidio. Precisamente serían negativas las consecuencias sociales de un mensaje como este: se castiga al homicida normal por razón de merecimiento y de prevención, pero si se trata de un homicidio particularmente odioso y cuya pena carece de efectos preventivos específicos, está justificado no castigar. En otras palabras, la sociedad estaría "aprendiendo" que los crímenes más espantosos y que ya tienen rechazo social bastante sin necesidad de pena pueden quedar impunes. Tendríamos previsiblemente, de esa manera, un efecto antipreventivo.

Dejando de lado las obvias consideraciones sobre justicia retributiva y merecimiento y razonando nada más que en clave consecuencialista y preventiva, se puede con buen fundamento sostener que una de las condicione de eficacia preventiva del sistema penal es su interna congruencia valorativa. Cuanto más valorativamente coherente vea una sociedad su sistema pena, mejores condiciones se darán para que socialmente provoque ese sistema los efectos buscados y que, al menos en parte, lo justifican. Una congruencia tal falta si el homicidio ordinario es punible, pero se deja impune un homicidio particularmente horrible porque en ese caso puntual no son esperables efectos preventivos o son esperables efectos contrarios.

Por lo antedicho, importa mucho diferenciar entre la justificación de la pena de un delito y la justificación de la pena de un delincuente por su concreta acción delictiva. Por razones bien evidentes y atinentes a la estructura diversa de los sistemas jurídicos, esta diferencia suelen pasarla por alto muchos de los filósofo anglosajones del Derecho penal. Al menos en lo sistemas continentales, con su muy estricto principio de legalidad penal, la justificación teórica primera y que más importa es la justificación de la pena tal como para el delito en abstracto se tipifica en la ley penal. Y, por lo mismo, el efecto preventivo que cuenta es el de la tipificación de ese delito, con su pena, no el de tal o cual caso de aplicación. Y entre las razones que para esa tipificación abstracta puede y debe tomar en consideración el legislador está la de la posible eficacia preventiva de la punición de tal o cual delito. En cambio, el juez no puede ni debe considerar los efectos preventivos o no que tenga la condena del concreto delincuente que sea enjuiciado en cada caso por el delito en cuestión.

[13] Dejamos al margen aquí las cuestiones de autoría, aunque sabemos que durante bastante tiempo la jurisprudencia penal alemana, al juzgar a otros de los que bajo el nazismo mataron inocentes, asumió que Hitler era el verdadero autor, como autor mediato.

b) Pasemos al segundo tipo de casos problemáticos y que ponen a prueba la teoría mixta que defiendo. Podría valer aquí algún ejemplo que ya manejé antes, como el de la basura, pero vamos a jugar con un supuesto hipotético más extremo. Pongamos que, por misteriosas razones, en nuestro país se extiende una ola de tremenda violencia machista de los esposos contra sus esposas. En los últimos cinco años, en el diez por ciento de los matrimonios el marido ha matado dolosamente a su mujer. El legislador ha respondido con agravamientos de la pena para esos concretos homicidios matrimoniales y machistas, pero la tasa anual no baja e incluso sigue creciendo. En dicha tesitura, se llega a la convicción de que solamente tendrá efecto disuasorio sobre los potenciales maridos homicidas la pena de cadena perpetua para tales conductas[14]. Se hacen las pertinentes reformas legales y, en su caso, constitucionales y se prescribe dicha pena. Únicamente para los homicidios perpetrados por maridos contra esposas se prevé la cadena perpetua, y el resto de homicidios y asesinatos tienen, todos, penas limitadas de privación de libertad. Para completar este supuesto teórico, añadamos que pasan cinco años y que, en efecto, se comprueba que hay una rebaja muy notable de esos homicidios en concreto. El efecto preventivo, por tanto, se ha logrado con éxito.

El consecuencialista puro dirá que muy bien y que nada que objetar, que ese es el camino y que el fin justifica dichos medios penales. El retribucionista puro argumentará que hay una desproporción en tal pena, al menos en lo que al sentido ordinal de la proporcionalidad se refiere.

De la proporcionalidad de la pena se habla en sentido ordinal y en sentido cardinal. En sentido cardinal una pena es proporcionada cuando la intensidad del mal que con la pena se impone es equivalente al mal que el delito implica, sea como sea el baremo que se emplee para sentar tales equivalencias. Cuando mantenemos que es desproporcionada la pena de diez año de cárcel para un delito lesiones leves o para un delito de injuria, estamos empleando de modo intuitivo o primario esta noción de proporcionalidad cardinal. En cambio, el significado ordinal de la proporcionalidad es comparativo. Es el que aplicamos cuando, por ejemplo, afirmamos que hay desproporción si matar un perro se castiga con veinte años de cárcel y matar a una persona, con cinco; o que existe desproporción si robar sin violencia cien euros tiene pena más dura que violar a una persona.

En el supuesto que hace un instante propuse, y tomado en sus puros términos, nos encontraríamos con que tiene pena muchísimo más grave el homicidio simple de una esposa que el asesinato de un niño, incluso que el más violento y cruel asesinato de un hijo. Pero la justificación consecuencialista estaba en que la pena por matar esposas solamente alcanza efecto preventivo si se elevan a cadena perpetua y en que no son tan frecuentes ni tan inmumes a las penas “normales” los asesinatos de otras personas.

Con la teoría mixta no queda más vía que la de mantenerse en la pena no desproporcionada. En primer lugar, porque la cadena perpetua para esos casos rompe por completo la proporcionalidad, en su sentido ordinal. Por muy grave y reprochable que sea y se considere el homicidio de la esposa[15], no puede verse como más reprochable que el asesinato de un niño, por ejemplo. En segundo lugar, porque, si para delitos ciertamente graves y muy reprochables, pero que no son ciertamente los más graves y reprochables que podemos imaginar y que acontecen realmente, sentamos una pena tan enorme como la cadena perpetua, la única manera de dejar a salvo un resquicio de proporcionalidad ordinal (para que una conducta igual de reprochable no sea menos castigada que otra) sería prever

[14] Dejo de lado la mi idea de que la cadena perpetua es incompatible con la fundamentación liberal del Derecho penal que antes he sostenido sucintamente.

[15] Quien se inquiete por cuestiones de género solamente tiene que cambiar los géneros en el ejemplo y poner que la ola homicida que se quiere combatir es la de esposas contra esposos. Nada cambia al modificar de esa manera el supuesto.

ese mismo castigo para todo delito de gravedad equivalente o superior, con lo que todos los asesinatos y todos los homicidios (o casi) tendrían que penarse con cadena perpetua. En tercer lugar, porque, en verdad, no sólo no se salva de aquella manera la proporcionalidad ordinal, sino que se destruye todo rastro de proporcionalidad cardinal, ya que no se aplica a tal o cual delito la pena proporcionada a su gravedad. Dicho de otra manera, quizá más clara: si para que tenga eficacia preventiva la pena del delito D la elevamos al máximo imaginable y hay otros delito todavía más graves que D, entonces o bien salvamos algo (poco) de proporcionalidad haciendo que los delitos más graves que D no tengan menos pena, sino la misma, o bien nos olvidamos por completo de proporciones y merecimientos y nada más que le damos a cada delito la pena que lo prevenga con éxito cierto. Francamente, yo no quisiera vivir en un Estado de esa calaña.

Pregunto: quién, sino el retribucionista del merecimiento y la proporcionalidad, está, en casos así, argumentando contra y resistiendo frente a la desmesura de las penas y la punición a ultranza de ciertos delitos? Y más, aun a riesgo de resultar repetitivo: cuando nuestros penalistas se echan las manos a la cabeza porque el matar un perro pueda tener pena tan o más grave que ciertas lesiones no leves a las personas, ¿se escandalizan y critican porque creen que no se evitarán de esa manera las muertes de animales a menos de tipos con mala entraña? ¿No será más bien que sienten que hay una desproporción entre esas penas y sea cual sea el resultado preventivo de una y otra? Pues, si tengo razón al presumir esto último, será indicio de que hay mucho penalista que, como mínimo, es retribucionista en el sentido en que el retribucionismo está presente en la teoría mixta que he defendido, aunque esos penalistas no se quieran reconocer de tal manera, al precio de algo de inconsecuencia y quizá por temor a que los señalen como vengativos adalides de teorías absolutas de la pena poco apreciadas por los maestros alemanes.

8. ¿Qué se merece?

(i) Con las ideas asociadas de merecimiento y proporcionalidad de la pena nos vienen dos sensaciones bastante contradictorias. Por un lado, intuitivamente podemos estar la inmensa mayoría muy de acuerdo en que, para muchos delitos, determinadas penas son desproporcionadas, ya sea por exceso o por defecto. Además, coincidiéremos en que es injusto o muy inapropiado que ciertos delitos, que tenemos por menos graves, lleven pena mayor que otros que valoramos como considerablemente más graves. Pero, por otro lado, la pauta aplicable para merecimientos y proporción no parece suficientemente concreta y tangible, manejable, como para que se eviten profundos desacuerdos sobre si tal o cual delito merece castigo más o menos severo o si uno merece castigo mayor o menor que otro. Por eso insisten muchos en que "aunque el justo merecimiento provee un marco para el orden interno y la consistencia, la escala en sí es susceptible de presiones externas de tipo político, moral y económico" y que, por esa razón "existe el peligro de que el justo merecimiento, lejos de introducir objetividad y justicia en el castigo, cree un marco de decisiones muy a merced del clima político predominante"[16].

Esa idea de merecimiento y proporción, como base de la pena justificada, puede tratar de articularse sobre tres bases principales. La primera, la idea de una moral de alguna manera objetiva y cognoscible, anterior e independiente tanto de la moral social positiva como de la concreta legalidad vigente. La segunda, la moral social positiva, la moral socialmente vigente y generalmente compartida. La tercera, la moral subyacente a las decisiones del legislativo, en particular del legislador penal democrático. Si nos apoyamos en una moral objetiva, seguramente podemos elaborar sistemas

[16] Lucia Zedner, "Reparation and Retribution: Are They Reconciliable?", cit., p. 231.

bastante completos y precisos, pero nos damos de bruces con los cuestionamientos teóricos del objetivismo moral y, además, es difícilmente justificable la imposición de una determinada moral con pretensiones de verdad objetiva en una sociedad plural y pluralista en la que esos contenidos morales presuntamente objetivos pueden ser cuestionados por muchos ciudadanos que tal vez tienen iguales aspiraciones de objetividad para sus concepciones morales discrepantes y alternativas. Si tomamos como base la moral social positiva, caemos en un cierto relativismo social o cultural y además, en democracia, quizá tengamos que conceder que, en un sistema democrático bien perfilado y con adecuado funcionamiento, dicha moral ya se refleja en la ley penal positiva, con lo que las críticas serán la propias de las minorías moralmente discrepantes y, aun legítimas y merecedoras de libre expresión, tendrán menos legitimidad social y política que la ley misma. Si lo que tomamos como referencia es el contenido mismo de la ley, podemos concluir que el baremo más legítimo y justificado es el que en la legislación penal se aplica, con lo que la pretensión de legitimidad y razonabilidad de cualquier crítica a la justicia de las penas será débil, frente a la pretensión fuerte que yace en la ley misma.

(ii). Pero los problemas no acaban ahí, ni mucho menos, ya que tampoco es claro cuáles sean los datos o aspectos que han de tomarse en cuenta al establecer las escalas de merecimiento y pena proporcional. Candidatos a ese propósito son:

- El mal o daño sufrido por las víctimas concretas del delito en sus intereses, bienes o derechos merecedores de protección penal y una vez que se haya decidido cuáles son los que, en principio, merecen protección penal. Pero no todos los delitos tienen víctimas individuales o individualizadas, no en todo lo que penalmente se castiga se ha llegado a producir un daño para la víctima posible, como sucede con el castigo de la tentativa, y no todo delito de consuma por la producción de un daño tangible para las víctimas potenciales, como ocurre en los delito de peligro.

- El mal o daño que se hace a bienes o intereses abstractos, como pueda ser, por ejemplo, la seguridad del tráfico rodado.

- El mal o daño que se produce para bienes colectivos o puramente grupales erigidos en los bienes protegidos con la tipificación de determinados delitos.

- El grado de culpabilidad del ofensor; es decir, el elemento estrictamente personal de reprochabilidad del autor.

- Tal vez, los costes económicos que para el erario público o la sociedad conllevan los delitos. Me refiero aquí a los costes de reparar determinados daños o de prevenirlos.

(iii). La comparación con la responsabilidad civil por daño extracontractual puede sernos de alguna utilidad. En la responsabilidad civil está muy presente la idea de proporcionalidad, aunque no es determinante en todo caso la de merecimiento, como reflejo de una forma de reprochabilidad de la conducta. Se requiere una víctima individualizable que haya sufrido un daño mensurable sobre un bien suyo. El principio de reparación integral del daño exige que o bien se repone en su estado el bien dañado, o bien se compensa ese daño por equivalencia dineraria. En los casos de responsabilidad objetiva la obligación de reparación equivalente al daño se impone sin que concurra un elemento de culpabilidad, de reprochabilidad en la conducta del dañador. También se da en lo civil la responsabilidad por el daño producida por la conducta de otro, de la que se responde por imperativo legal. Por consiguiente, la equivalencia determinante es la que se presenta entre el daño para la víctima

y la compensación o indemnización, lo que excluye responsabilidad civil sin daño consumado para una víctima o víctimas individualizables, y esa equivalencia es material (cosa por cosa) o económica.

El Derecho penal es otro mundo. No cabe la responsabilidad objetiva, no cabe la responsabilidad penal por conducta ajena, hay responsabilidad penal sin daño consumado, en grado de tentativa, no se exige víctima individualizada y, cuando la hay, la reparación del daño concreto que ha padecido no se asigna a la pena, sino que se articula por la vía de la acción por responsabilidad civil por delito. Consecuentemente, aunque el daño para la víctima se considere a efectos de merecimiento y proporcionalidad y aunque se cuente con que la pena puede brindar también alguna forma de satisfacción moral a la víctima, no es el daño para la víctima lo que determina principalmente el merecimiento de la pena y su alcance debido.

No resulta nada descabellado sostener que un componente crucial de la justificación del castigo penal está en la dimensión social del daño que la conducta provoca. Se pena por razón de que el delito no solo daña a la víctima directa, si la hay, y a sus deudos o seres cercanos, sino porque el delito produce un daño al conjunto social, a las bases centrales de la convivencia y de acuerdo con un modelo de convivencia moralmente deseable. Por eso se pena la tentativa, por eso hay delitos de peligro y por eso se protegen también bienes abstractos y bienes grupales. Pero incluso en los delitos con daño concreto para víctima individualizada, como el homicidio, la justificación última o un elemento ineludible de la justificación está en el grave perjuicio social o convivencial que causa el obrar culpablemente. Si de reparar a los concretos perjudicados se tratara, la pena no haría falta y bastarían formas de responsabilidad civil que asegurasen la compensación material. Si solo hubiera que dar cierta satisfacción moral a las víctimas, servirá la venganza privada bien regulada. Pero la pena estatal no es venganza porque, entre otras cosas, da cuenta de un daño social por el que no se responde ante nadie el concreto, sino ante el Estado como representación o encarnación jurídico-política de la comunidad social[17].

Esa parte social en la justificación de la pena repercute como factor limitador de lo que pueda ser justificadamente delito. El retribucionismo exige reprochabilidad y esa reprochabilidad es moral. Es la reprochabilidad moral de la conducta lo que hace al delincuente merecer el castigo. Pero no toda inmoralidad, no toda reprochabilidad moral da razonable pie a un delito. Se exige que una razón de peso que haga la conducta punible rechazable sean sus consecuencias sociales bien claramente

[17] Por cierto, las doctrinas tan en boga que propugnan un modelo penal de justicia restaurativa implican cambios esenciales en esos esquemas. Concretamente, a) quieren desestatalizar o desinstitucionalizar, delitos y penas; b) ponen el énfasis en el daño para la víctima como único patrón inicial de medida; c) quieren cambiar el castigo por la reparación para la víctima; d) dejan el alcance concreto de la reparación al resultado de la negociación y los acuerdos entre el ofensor y la víctima, si acaso bajo la mediación informal de un tercero; e) ponen el patrón del "delito" en el atentado del ofensor contra una norma comunitaria no necesaria ni preferentemente tipificada, sino meramente presente en esa moral comunitaria, con lo que asumen una especie de "legalismo" sui generis y ven en la "sanción" acordada un modo de reconciliación también del ofensor con la comunidad. De ahí que, a fin de cuentas, no importe la proporcionalidad de la "sanción", sino lo que esta representa de vuelta al redil del ofensor que ahora la consiente. Mediante esa "restauración" sui generis el ofensor da muestra simbólica de asunción de los valores comunitarios y, por eso, la reparación de la víctima no es esencial ni se requiere equivalente al daño por ella padecido. Por mucho que los partidarios digan, no es la víctima la que está en el centro de la justicia restaurativa, sino que la víctima, con el papel que se le pide, es un instrumento más en esa reconciliación del ofensor con la comunidad.

negativas. Por tal razón tiene pleno sentido independizar el retribucionismo que aquí mantengo del llamado legalismo moral[18].

(iv). Se repite hasta la saciedad y con acierto que la pena es administración deliberada de un mal, producción intencional al delincuente de un daño en un bien básico y limitación de algún derecho muy fundamental, como la libertad o la propiedad, entre otros. Pero también se ha resaltado muchas veces que igualmente los impuestos significan restar coactivamente a alguien dinero que es suyo[19]. Y también en los impuestos suele aparecer una idea de proporcionalidad. Así, al menos en los impuestos directos se reclama que sean progresivos, que haya una cierta proporción o adecuada escala ordinal entre lo que cada uno tiene y lo que paga. ¿Cuál es la diferencia entre impuestos y penas, o, más en concreto, entre impuesto y pena dineraria, como multa?

El impuesto no se justifica como consecuencia debida por lo que alguien ha hecho[20]. Los impuestos se fundamentan como medios para dotar al erario público de los medios económicos con los que hacer frente a gastos que no tienen una justificación en un deseo individual de contar con medios para su uso particular, sino como medios para hacer frente a determinadas prestaciones públicas y justificadas por fines sociales, colectivos. No se recauda de alguien un impuesto para compensar por su daño a alguna concreta víctima, como pasaría en la responsabilidad civil. Tampoco para que alguien "pague" por su conducta reprochable o dañosa. Y la pauta de la proporcionalidad no la presta un merecimiento personal del que paga, sino un criterio de distribución social de costes y beneficios que tradicionalmente se dice que representa algún parámetro de justicia distributiva.

Si afirmamos que también la pena se justifica por un objetivo social, establecemos algún parentesco entre impuestos y penas. Podríamos pensar en un sistema en el que impuesto y pena se confundieran. Por ejemplo (y como parece que insinúan algunos en el lenguaje político de hoy), podríamos plantear que con un alto impuesto sobre la renta o el patrimonio se castiga a los ricos por su maldad congénita al ser ricos; o podríamos pensar en multar, con propósito recaudatorio, a todo el que, al margen de cualquier culpabilidad, tuviera determinadas características (como ser pelirrojo) o realizara ciertas acciones no culpables en modo alguno.

Opino que la única vía para poder diferenciar entre esos dos males para el sujeto pasivo, el impuesto y la pena, es insistir en la ligazón entre pena y merecimiento personal por una acción pasada culpable, aunque admitamos que la pena se justifica, al menos en buena parte, por razones sociales. Esto es, la finalidad social que da sentido a la pena no puede ocluir la base retributiva como condición para que una pena se pueda imponer justificadamente. Porque, si no es así, la pena aparece como una carga que se puede asignar a cualquiera, culpable o inocente, y en cualquier proporción, con el objetivo de producir efectos sociales deseables, sean de recaudación económica, sean de mayor seguridad de las personas o sea de mejor cohesión del grupo.

Lo que nos ponen de relieve ejemplos como el de los impuestos, los de ciertas sanciones civiles, los de las sancione administrativas y tantos otros es que la limitación de derechos e intereses básicos por parte del Estado y con base en normas jurídicas no es, ni con mucho, peculiaridad exclusiva del Derecho penal. Y también en esos otros ámbitos se puede contemplar cómo al ciudadano se le inflige

---

[18] Tal como lo caracteriza David Brink, el moralismo legal "es la tesis de que el Estado puede y debe criminalizar la inmoralidad como tal, independientemente de que esa inmoralidad produzca daño o no" (David O. Brink, "Retributivism and Legal Moralism", *Ratio Iuris*, 25, 2012, p. 496.

[19] Entre muchos, véase, por ejemplo, Julios Schälike, "Retributionstheorien der Strafe", cit., p. 177.

[20] Aunque en los impuestos indirectos, como el IVA, un hacer, como el comprar cierto bien, pueda ser el hecho desencadenante de la obligación de pagar. Pero falta, desde luego, el elemento retributivo o de merecimiento.

intencionadamente un mal o daño, siempre con una justificación que no tiene su eje en una maldad intrínseca o constitutiva del sujeto, sino en razones sociales, aunque siempre también, con algún elemento limitador del peso u operatividad de esas razones sociales como motivo para dicha limitación de derechos. Hay autores que, con buena razón, han indicado que los elementos definitorios de la pena son el infligir un mar al sujeto pasivo y el componente de reproche o estigmatización[21]. Posiblemente lo más característico y específico es ese componente estigmatizador o de alto reproche social, lo cual no se da así en cosas tales como los impuestos o, incluso, en las sanciones administrativas (que son a veces más severas que las penas para muchos delitos). Es por tal razón por lo que la pena sin su parte de retribución por (un grado de) merecimiento equivale a reproche sin atender a la base y grado de la reprochabilidad. Y nada más que desde ahí recibe explicación la doble dirección en que transcurre la protección del sistema penal: como protección mediante la pena y, también y no con menor importancia, como protección frente a la pena[22].

(v). El retribucionismo puede presentarse con muy distintas configuraciones. Acogerse a algún fundamento retribucionismo no significa estar de acuerdo con cualquier forma o presentación del retribucionismo.

Una versión fuerte del retribucionismo indica que la pena tiene un valor intrínseco, un valor moral en sí y al margen de cualquier condicionamiento unido a fines sociales. Por ejemplo, Julius Schälike escribe que lo que define el retribucionismo es el suscribir al menos una de estas dos tesis: a) que los culpables tienen que ser castigados; b) que los inocentes no pueden ser castigados. Según el mismo autor, "el castigo de culpables presenta un *valor intrínseco*, y el castigo de inocentes supone una *intrínseca injusticia*"[23]. La primera parte no es aceptada por todos los retribucionistas y, desde luego, no casa con la teoría mixta que defiendo. Para este otro retribucionismo, menos radical, la pena para el culpable no tiene un valor intrínseco, en el sentido de que se vulnere patentemente una norma de justicia o suprema e incuestionable norma moral si, por la razón que sea, se renuncia a penar al culpable. La pena, en efecto, no puede ser independiente del merecimiento correspondiente, pero este no es un imperativo absoluto. El merecimiento y, con él, el elemento de retribución, es condición ineludible, pero no es condición suficiente. La pena justificada tiene que justificarse, además, por algún beneficio social moralmente admisible, aunque ese beneficio nunca es por sí condición bastante para la admisibilidad de la pena. Por eso sí es característico de todo retribucionismo la interdicción de pena para el inocente, pues, por definición, inocente es el que no hizo algo que sea merecedor del castigo.

Así pues, las críticas al retribucionismo absoluto no valen como críticas para cualquier retribucionismo posible. Y las críticas a este otro retribucionismo de condición necesaria acaban, quiéranlo o no, siendo críticas a básicos principios limitadores de la pena en el Estado de Derecho: el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad.

También Victor Tadros asocia el retribucionismo a la proclamación del valor intrínseco de la pena. Mantiene que los retribucionistas consideran que el criminal merece sufrir y que ese sufrimiento

---

[21] Vid., por ejemplo, Douglas Husak, "What Do Criminals Deserve?", cit., p. 2.

[22] Cfr. Michael Baurmann, "Strafe im Rechtsstaat", cit., p. 114.

[23] Julios Schälike, "Rechtstheorien der Strafe", cit., p. 178. Cuando muchos tratadistas alemanas contraponen teorías relativas y teorías absolutas de la pena y encajan como teoría absoluta el retribucionismo, emplean una versión extrema de este, muy cercana a la pura venganza sin más razones. Por ejemplo, Baurmann explica que para las teorías absolutasla pena es fin en sí mismo y se justifica por ese valor en sí y que, además, para dichas teorías la pena no es más que "justa venganza" por una acción antijurídica y que vale para equilibrar la acción culpable del autor (Michal Baurmann, "Strafe im Rechtsstaat", citl, p. 119-120).

es intrínsecamente valioso[24]. Para el retribucionismo, mientras que el sufrimiento inmerecido es intrínsecamente disvalioso, el sufrimiento merecido es intrínsecamente valioso[25]. Pero no para todo el que acepte una parte de retribucionismo en la justificación del castigo es intrínsecamente valioso el sufrimiento el culpable mediante la pena, y se requiere algo más para justificarla, aunque el merecimiento sea imprescindible[26]. Es en el otro punto donde la coincidencia de los retribucionistas ocurre y donde los consecuencialistas puros tienen problemas: al subrayar que el sufrimiento de la pena es intrínsecamente disvalioso e injustificable sin merecimiento o en proporción más alta que el merecimiento. Porque, como destaca Husak, "la razón para *no* castigar a los que no merecen ser castigados es mucho más contundente que la rezón para *sí* castigar a los que *sí* merecen ser castigados"[27]

Otros, como Russ Shafer-Landau, han escrito agudamente que si el retribucionismo exige que al criminal se le dé su merecido, no habrá, en el retribucionismo, justificación para perdones, amnistías o cualquier forma de clemencia[28]. Pero tampoco ese argumento vale si no es para el retribucionismo puro[29]; desde luego, no plantea problema para una teoría mixta de base retribucionista. Las mismas razones que en esta teoría sirven para justificar que no se castigue la acción mala cuando del castigo ningún beneficio social se va a desprender o van a salir consecuencias sociales negativas avalan que pueda haber buenos motivos de ventaja social para aquel género de medidas puntuales[30].

(vi). Merecimiento y proporcionalidad van en el mismo paquete o son las dos caras de la misma moneda. La única proporcionalidad posible de la pena es la proporcionalidad o equivalencia al merecimiento como reprochabilidad. Cosa diferente es que, como se ha visto antes, en el cálculo del grado de reprochabilidad y merecimiento entren, para el Derecho penal, factores diversos (nivel de culpabilidad del autor, grado de sufrimiento o perjuicio de la víctima, daño social del tipo de conducta, etc.). Pero, nos pongamos como nos pongamos, se tiene que usar alguna escala; más o menos precisa, pero una escala o baremo.

Paul Robinson ha propuesto diferenciar entre merecimiento como venganza, merecimiento deontológico y merecimiento empírico. Descarto aquí y no entro en considerar el merecimiento como venganza. Nos quedan los otros dos. El merecimiento deontológico viene establecido por la escala que ofrezca una moral racional. El merecimiento empírico está en función de la escala de valores presente

---

[24] Victor Tadros, *The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford Unversity Press, 2011, p. 26.

[25] Ibid., p. 25.

[26] En palabras de Husak, "Los teóricos que reservan un lugar para el merecimiento, pero incluyen consecuencias en la justificación racional de la pena defienden teorías ´mixtas` que se apartan del retribucionismo ´puro`" (Douglas Husak, "Retributivism *in extremis*", *Law and Philosophy*, 32, 2013, p. 5). Y agrega este autor que Kant, entre los clásicos, y Michael Moore, entre los contemporáneos, son prácticamente los únicos retribucionistas puros y que prescinden por completo de las consecuencias en la justificación de la pena (ibid., p. 6).

[27] Douglas Husak, "Retributivism *in extremis*", cit., p. 15. Para Husak, "El Estado necesita razones adicionales para castigar a los criminales como merecen", y la principal de esas razones es la de disuasión, la de prevención negativa, aunque también quepan otras más (ibid., p. 16). Similarmente, Douglas Husak, "Holistic Retributivism", *California Law Review*, 88, 2000, p. 995.

[28] Russ Shafer-Landau, "Retributivism and Desert", *Pacific Philosophical Quarterly*, 81, 2000, p. 189.

[29] Similarmente, David Brink, "Retributivism and Legal Moralism", cit., p. 500.

[30] Hoy está en boga la llamada justicia transicional. Con medidas de justicia transicional, en el contexto correspondiente, sería incompatible el retribucionismo puro, pero encajarían perfectamente con el retribucionismo atenuable de la teoría mixta.

en la moral positiva de la sociedad determinada de que se trate[31]. La idea de moral que late bajo el merecimiento deontológico trasciende las concretas sociedades[32], mientras que el merecimiento positivo es enteramente relativo a cada una. Robinson aboga por la concepción empírica, por la razón principal de que aumentará la efectividad utilitaria de los delitos con esa mayor correspondencia entre Derecho penal y convicciones sociales[33] y porque las concepciones de la moral correcta que base el merecimiento deontológico pueden ser muy diferentes y dar origen a serios desacuerdos[34]. Según Robinson, los estudios empíricos demuestran que para la mayoría de los delitos el grado de acuerdo social sobre su nivel de merecimiento de pena es considerable[35].

Es llamativo que Robinson objeta solamente que la pena apoyada en la moral social positiva puede no tener suficiente eficacia preventiva y que cabe que en ocasiones se requieran castigos más duros para lograr el deseable efecto de disuasión y prevención[36]. De esa manera, se aleja Robinson definitivamente del retribucionismo, aunque haya estado usando la idea de merecimiento.

Traigo a colación la clasificación de Robinson para intentar apuntar alguna tesis final sobre la escala de merecimiento. No serán más que eso, unos apuntes muy elementales que habré de desarrollar en otro momento.

Entre una moral racional puramente abstracta o que se quiera intemporal o nada relativa a determinaciones provenientes de la concreta sociedad de que se trate y la pura moral positiva de cada sociedad, podemos buscar un punto medio. Lo que propongo es que, aquí y ahora, asumamos las normas básicas y los valores constitucionales del Estado democrático de Derecho. En ellos está implícita una clara concepción sobre la prioridad del individuo frente a los grupos, de la libertad, junto con su base en la vida y la integridad física y psíquica, como suprema pauta limitadora de las normas y la organización de la convivencia, del igual valor esencial de cada ciudadano o cada ser humano y de que hay límites absolutos a lo que el Estado o los conciudadanos pueden hacer a un sujeto sin exponerse a castigos. Con esto se marcan tanto unos límites contundentes a lo que se pueda penar, cómo y en qué grado, como a los modos o métodos posibles de aplicación de las penas. El ciudadano libre y autónomo es el axioma moral primero, para protegerlo se justifica el Derecho penal y por protegerlo se limita el Derecho penal. Y esa primacía del individuo pone una escala dentro de la punibilidad de los delitos, al mismo tiempo que la escala de su gravedad también tiene que depender del grado de importancia de los bienes en cuestión para la vida del ciudadano en libertad y dignamente.

Más allá de ahí, y no es poco, no es la simple moral positiva, si tal hay, la que debe dar la pauta que concrete más los merecimientos de castigo, sino la ley democrática, tanto más legítima cuanto más respetuosa con esos bienes primeros de dignidad y libertad y cuanto más sea el resultado de un proceso social democrático auténticamente deliberativo y bajo condiciones que hagan de cada partícipe un auténtico dueño de sí mismo y condueño del destino común. La de legitimidad es una escala, a partir de un modelo ideal y contrafáctico que late bajo nuestras normas constitucionales. Y la

---

[31] Cfr. Paul H. Robinson, "Competing Conceptions of Modern Desert: Vengeful, Deontological, and Empirical", *Cambridge Law Journal*, 67, 2008, pp. 146ss. "Un aspecto clave de la concepción deontológica del merecimiento, que la distingue del merecimiento empírico (…) es que trasciende el concreto pueblo y la concreta situación e incluye un conjunto de principios derivados de valores fundamentales, principios sobre el bien y el mal, y de ese modo produce justica sin consideración a la respectiva situación política o social o a otra peculiaridades de la situación en cuestión" (ibid., p. 148).
[32] Ibid., p. 148.
[33] Cfr. ibid., p. 153ss.
[34] Cfr. ibid., p. 163.
[35] Cfr. ibid., p. 164.
[36] Cfr. ibid., p. 166.

de proporcionalidad penal es otra escala que se puede componer de maneras muy diversas, pero que deberá ser tanto más admisible y vista como razonable cuanto más esté ligada a esa escala anterior de legitimidad constitucional y política de la ley. No es la ley por la ley, es la ley por la libertad y la dignidad.

Visto desde ahí el Derecho penal actual de países como España, la conclusión es la de una abundancia de desproporciones fuertemente irracionales que acríticamente se legitiman en un juego democrático muy poco deferente con sus mismos fundamentos morales como fuente de legitimidad. Vivimos inmersos en un punitivismo absurdo e incongruente, donde muchos de los que se dicen no retribucionistas piden penas enormes para cualquier cosa y sin tomarse en serio ningún dato sobre prevención y muchos de lo que se quieren defensores de la prevención dan como argumento primero el del escándalo moral. Un sindiós.