



## << La retribución penal >>.

Manuel de Rivacoba y Rivacoba

DIREITO e CIUDADANIA

Ano IV, nº 14, 2002, pp. 9 - 42

Praia – Cabo Verde

<http://www.cienciaspenales.net>

[ [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net) ]



# LA RETRIBUCION PENAL

MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA †

*A la memoria de  
Don JOSÉ RUIZ SÁNCHEZ*

## PRÓLOGO

En el campo — bastante más circunscrito en sus posibilidades que lo que las innumerables contiendas que han debatido en él permiten suponer — de las concepciones acerca de la naturaleza y el sentido de la pena, que es decir del Derecho penal, la progresiva y arrolladora gravitación que ejercieron las teorías de la prevención general desde el iusnaturalismo clásico de los siglos XVII y XVIII hasta finales del XIX hubo de declararse entonces en crisis y ceder su predominio a una no menos amplia y tampoco muy meditada aceptación de la prevención especial, con su lógico complemento de la noción de tratamiento, igualmente criticada y desacreditada hoy que lo estuvo aquélla hace cien años. Lo más desalentador, empero, de tales fenómenos es que la declinación de una y otra de estas grandes maneras de entender la cuestión deriva principalmente, no de contemplar y discutir el problema, como corresponde, en sus raíces, o sea, en relación con una determinada concepción del hombre, y, con él, de la sociedad, sino de mirarlo sólo en el somero plano de la utilidad, desencantándose de las mencionadas orientaciones por su simple ineficacia para disminuir o siquiera contener la

---

\*Chile

Este trabalho foi-nos entregue pelo nosso malogrado colaborador por ocasião da sua memorável estada em Cabo Verde, a convite da DeC.

delincuencia, con olvido de que el Derecho punitivo no es, ni ha sido nunca ni puede ser, medio ni remedio de nada, sino una amarga necesidad, la de expresar y concretar apenas la desvaloración jurídica, o, en otras palabras, la desaprobación y el reproche, de los actos que, dentro de una determinada perspectiva cultural y con arreglo al sistema de valores que la informan, una sociedad estima los más graves para su propia existencia y organización y para el régimen de convivencia y los fines comunitarios que se ha propuesto y que constituyen su razón de ser. Todo lo demás son desfiguraciones de lo punitivo, y cuantas elucubraciones y expectativas se levanten sobre ellas se alzan sobre tierra friable y están de antemano condenadas al fracaso, a un fracaso que cualquier espíritu avisado puede avizorar.

Con el ademán de retroceso y el nuevo giro que en nuestros días se percibe hacia la prevención general, lo cual no sería sino volver a caminar por senderos ya trillados, y si, además, nos percatamos de que para algunos este retorno a aquélla va unido al rechazo o subordinación de la idea de culpabilidad, que durante milenios ha iluminado y atraído a la humanidad, la persistencia en una imagen naturalista del hombre, cuyo reflejos cabe condicionar, con la consiguiente oscilación en cuanto a las orientaciones y las soluciones del pensamiento y los ordenamientos penales entre sus inevitables Scila y Caribdis, se hace evidente, mas también con ella una ausencia total de originalidad y en el fondo una gran confusión.

Tal confusión se evidencia por otra parte en la notable inquietud políticocriminal que caracteriza estas décadas, más importante por lo que denota de insatisfacción que en el aspecto constructivo y por sus logros, y en las huídas de la realidad hacia actitudes o aserciones nihilistas, o, lo que viene a ser igual, abolicionistas, que poco tienen que ver con la experiencia histórica y la estructura actual de la sociedad, si no asimismo, más radicalmente, con la propia naturaleza humana. Lo peor de semejantes negaciones y sus insostenibles propuestas substitutivas no es acaso su absoluta carencia de factibilidad, sino cuánto, bajo la apariencia de alumbrarlas e incluso imbuyéndoles la presunción de estar iluminadas, obscurecen las mentes y les impiden conocer o reconocer las cosas; cuánto embarazan la reflexión desapasionada y serena; cuánto retrasan una auténtica renovación y mejora del Derecho penal, y cuánto, por último, dificultan la enseñanza y el aprendizaje de la dogmática, y con ello la aplicación racional del Derecho y, en definitiva, la certeza y la seguridad jurídica, base inexcusable de la libertad individual.

En esta situación, se hace preciso recordar la idea de retribución, en la aplicación a la pena y, tras ella, al Derecho penal en su conjunto. Por supuesto, tal idea posee un valor e interés permanente, lo cual, lejos de obstar, más

bien coadyuva a que traerla a capítulo en un panorama del que ha estado celosamente proscrita durante largo tiempo, y que, por lo demás, demuestra que otras concepciones que tenían de común su enconada hazaña contra ella han agotado sus posibilidades, contribuya a esclarecer cosas y desterrar prejuicios, a comprender la penalidad y sus supuestos, y a vivificar y humanizar la teoría, es decir, la doctrina, ya la práctica, o sea, la legislación y la jurisprudencia, así como su ejecución, en el doloroso mundo de los delitos y las punitones.

Ciertamente, la idea de retribución ha tenido en lo penal mala prensa, quizá por no haber sido objeto aún de una elaboración suficiente ni estar distinguida con claridad, por tanto, de otras que se le asemejen o con las que ha podido sostener contactos. Mas esto no le invalida; antes bien, hacen necesario caracterizarla con propiedad y exactitud, para, luego de la imprescindible referencia a sus orígenes, depurar su noción y contenido, distinguiéndola de aquellas con las que ha estado unida o guarda alguna afinidad, lo cual exige a continuación indagar su fundamentación, o sea, de dónde y por qué surge, y también las diversas formas como se la ha entendido, fundamentación que hace ver de inmediato y con limpidez su indudable significación política y asimismo su oposición a cualquier especie de prevención, sin que quepa omitir una rica serie de naturales o lógicas consecuencias. Tal es la tarea que se desarrolla en el presente volumen.

De ningún modo se trata en él de rehabilitar la idea preventiva. Simplemente, procura estudiarla con seriedad, lo que equivale a decir sin prejuicios ni tampoco propósitos ajenos al puro conocimiento; el conocimiento, que es fruto y gloria del hombre, pero que se destituye de su dignidad cuando se convierte en instrumento de dominio o de opresión sobre otros hombres, así como se mantiene en ella y se enaltece siempre que se pone al servicio de la libertad de cada uno, de la relación igualitaria con el otro, con los prójimos, y de la conveniencia solidaria, fraternal, de todos. El libro está escrito, pues, por un estudioso que completa o corona esta condición con un compromiso vital con la libertad y la democracia.

Es, entonces, no más que un acto de estricta justicia dedicarlo a la memoria de quien, junto con mis padres, me inculcó con mayor decisión y vigor que nadie estas ideas y principios durante mi infancia. Era un maestro, en uno de los Grupos escolares que inauguró el Presidente de la República en Madrid el 10 de Febrero de 1933\*. Innecesario es agregar que era republicano y que sufrió la persecución con que el franquismo se encarnizó contra el magisterio español y contra toda la vida intelectual de España.

En el capítulo de la gratitud, con sumo gusto cumplo el deber e reiterársela ahora públicamente a la señora Jéssica Juri Rubio, que con inteligencia, constancia y paciencia ha ordenado los originales.

Y, por fin, también debo expresarla aquí a la Universidade Federal do Rio Grande do Sul, en Porto Alegre (Brasil), bajo cuya hospitalidad, mientras explico en sus aulas un curso monográfico sobre la *Fundamentación filosófica del Derecho penal*, han sido escritas estas páginas proemiales.

---

\*Este Grupo escolar tiene su historia: Denominado desde su fundación con el nombre de un célebre dramaturgo español del siglo XVI, en el cambio de nombres de instituciones, calles, plazas, etc. que siguió a la victoria franquista le fue substituido el suyo (quizá por encontrarlo demasiado *rojo*, algo masónico o cosa por el estilo) por el de una advocación madrileña de la Virgen María, que, significativa y elocuentemente, conserva. Pero todavía hay cosas peores.

## CAPÍTULO I

### CARACTERIZACION GENERAL

En general, retribuir consiste en compensar, corresponder, y, en su sentido peyorativo, en desaprobador o desvalorar algo malo, perjudicial. Trayendo esta acepción al campo del Derecho y, más ceñidamente, al de lo punitivo, retribución es la desaprobación o desvaloración pública, que se expresa o, quizá mejor, concreta en la pena, de los actos de más grave transcendencia social, es decir, los actos de significación más grave para la comunidad por atentar de manera insoportable contra su existencia u organización o contra los bienes que con arreglo al desarrollo cultural y el sistema de valores dominantes en el cuerpo social estima más importantes y dignos, por ello, de la protección jurídica más eficaz. La retribución viene a ser, pues, como el alma de la pena, o, manifestado menos figurativamente, le proporciona su naturaleza.

Al punto se comprende, así, que no se trata de una noción ni de una actividad naturalísticas, esto es, que no se trata de un concepto ni de un hecho físico ni psíquico, sino de una entidad exclusiva y eminentemente axiológica, sujeta, por tanto, en sus manifestaciones, a los cambios estimativos, valorativos, de las diferentes sociedades en el tiempo. Tal índole axiológica, que hace de la pena una expresión y concreción de una valoración negativa, una desvaloración, de determinados actos, pertenece al mundo de la cultura y en consecuencia la opone de raíz a las concepciones y finalidades preventivas, netamente naturalística y refractarias o ajenas a los valores, que preconizan y se proponen por medio o como efecto de la pena un mero hecho, el simple provocar una conducta, se dé éste en el conjunto de la sociedad o en la persona del condenado, añadiéndose con ello una contradicción, acaso la más profunda de todas, a cuantas otras existen y se suele mencionar entre retribución y prevención.

## CAPÍTULO II

### ORIGENES

Siendo la retribución connatural a la pena, su origen coincide o se identifica con el de ésta y de consiguiente ni se puede ni tiene interés determinarlo. Otra cosa es el reconocimiento, más o menos nítido y pleno, de su existencia, y en este sentido dice Bettiol que “es una idea que ha

acompañado a la humanidad a lo largo de toda su historia”<sup>1</sup>. El mismo autor afirma que “el principio de la retribución es propio de todo tipo de civilización que no reniegue de los valores supremos y se adecue a las exigencias espirituales de la naturaleza humana”<sup>2</sup>, asintiendo a las conclusiones de Beling, “para quien la idea de retribución, como verdadero y propio ideal de justicia, puede considerarse universal”<sup>3</sup>.

Bettioli (1907-1982) protesta contra la aserción de Nowakowski de que la historia del Derecho penal represente, en su conjunto, “una retirada continua de la concepción retributiva”, y sostiene que “se trata, más bien, de su precisión y, por ende, de su delimitación, que es cosa diversa”<sup>4</sup>, o sea, de lo que nosotros preferimos denominar su depuración, lo cual implica la noción de distinción de otras afines, de separación de toda ganga que envuelva e impurifique su esencia y concepto, dando lugar a lamentables o interesadas confusiones<sup>5</sup>.

Con todo, y sin pretender que sea el primero en columbrar y exponer, siquiera fuese aún en términos muy oscuros y elementales, la idea de retribución, puede ser oportuno recordar a este respecto, en los comienzos de la Filosofía griega, a Anaximandro, a quien probablemente se deba la primera noción que sobre la injusticia (*ádikia*) se conoce en la historia del pensamiento, con su correlato de la pena. En efecto, hacia la mitad del siglo VI antes de nuestra era concibe la segregación de los seres finitos a partir del *ápeiron* (lo infinito, lo indeterminado) como una injusticia, que aquéllos penan y expían en el tiempo mediante su corrupción y la vuelta o reintegración al principio de que proceden. Hay en esta concepción un entendimiento de la individuación y la diferenciación del todo como injusticia, y de la reincorporación o sumisión a él como resarcimiento, muy agudo y fecundo.

La idea retributiva, empero, nace y se perfila y expande *pari passu* con la conciencia, más o menos lúcida y exigente, de la dignidad de la persona humana. “El hombre sólo se salva en el plano de lo penal como persona salvando la idea retributiva”<sup>6</sup>. Ella es una idea-fuerza de la civilización y constituye la idea central del Derecho punitivo<sup>7</sup>.

(1) *Diritto penale, Parte generale*, 12ª ed., riveduta e integrata, Cedam, Padova, 1986, pág. 801.

(2) *Ibidem*, pág. 797.

(3) *Ibidem*, pág. 801.

(4) *Ibidem*, pág. 797.

(5) Cfr. el capítulo siguiente.

(6) Bettioli, *ob. cit.*, pág. 814.

(7) Cfr. *ibidem*, pág. 797.

## CAPÍTULO III

## DEPURACIÓN Y DISTINCIÓN DE NOCIONES AFINES

Suele confundirse la retribución con y se la debe distinguir de la venganza, el sadismo, la expiación y el talión.

1. La inhesión de la retribución a la venganza es la más honda y ponderosa y no sólo tiene una larga historia, sino que conserva viva actualidad. No cabe duda de que tanto desde el punto de mira psicológico como desde el histórico la pena proviene de la venganza, pero de ahí a sostener que sean la misma cosa media una distancia insalvable. Ciertamente, Alexander y Staub aseveran que la raíz afectiva más profunda de la pena es la venganza<sup>8</sup>, mas poco después precisan que “toda la historia del Derecho penal está llena del impulso encaminado a que triunfe el principio de lo racional sobre los fundamentos irracionales e instintivos de la pena”<sup>9</sup>.

Para la tradición escolástica, el apetito irascible capta en todo ser vivo el bien sensible que conviene, no a los sentidos, sino a su naturaleza, y tiende hacia él, reaccionando pasionalmente en forma de ira, a la que pertenece o que comprende la venganza, ante un mal presente y grave, imposible de evitar, que le priva del bien o se lo impide. En el sutil análisis de Spinoza, la venganza se engendra en el odio que producen los males inferidos o los daños sospechados; y, con mayor concisión, en fin, Durkheim señala que no es más que el mismo instinto de conservación exasperado por el peligro<sup>10</sup>.

“La venganza es un mecanismo antiintelectual e incompatible con los progresos de la inteligencia, que es una fuente *psicológica* de la justicia. La venganza halla su terreno de predilección en la violencia. La violencia, ha dicho Guyau, ahoga toda la parte simpática e intelectual del ser humano; es decir, lo que hay en él de más complejo y elevado, desde el punto de vista de la evolución. Todo el que embrutece a los demás se embrutece a sí mismo, en mayor o menor escala. La violencia, agrega el filósofo francés, aunque aparezca superficialmente como una expresión victoriosa de la pujanza interna, acaba por ser una restricción”<sup>11</sup>.

---

(<sup>8</sup>) Cfr. Franz Alexander y Hugo Staub, *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*, traducción del alemán por Werner Goldschmidt y Víctor Conde, 2ª ed., Biblioteca Nueva, Madrid, 1961, pág. 239.

(<sup>9</sup>) *Ibidem*, pág. 244.

(<sup>10</sup>) Sobre estas y otras concepciones de la *venganza*, y su importancia histórica y actual en el Derecho punitivo, véase Mariano Ruiz-Funes, *Actualidad de la venganza (Tres ensayos de Criminología)*, Losada, Buenos Aires, 1944.

(<sup>11</sup>) Ruiz-Funes, *ibidem*, págs. 63-64.



La reacción vindicativa, por su naturaleza instintiva, es violenta, irracional y anómica, y, por serlo, no reconoce límites. Sea, según la clasificación de Ley, *homotrope* (la que acomete contra el ser odiado) o *heterotrope* (la que trata de atacarlo en otra persona)<sup>12</sup>, no se sacia ni cesa sino con la aniquilación del individuo o las cosas sobre que recae o una vez descargado el furor y exhaustas las energías de quien la ejerce, que sólo entonces empieza a recobrar su conciencia y personalidad, a escuchar las palabras de cordura que le dirijan los demás y a ser capaz de actos inteligentes.

La pena, en cambio, es obra de la razón y se halla plena de razones y estimaciones, está creada y reglada por normas y representa una ecuación o equilibrio de valoraciones, y se propone evitar la violencia, resolver conflictos y lograr la paz social, todo lo cual significa que se encuentra sujeta a límites y explica que se humanice conforme progresan la inteligencia y la sensibilidad.

Innegablemente, residuos de la venganza permanecen indelebles en el Derecho y la práctica punitivas de nuestros días<sup>13</sup>. Pertenecen a lo que, inspirándonos en Alimena (1861-1915)<sup>14</sup>, cabe denominar *supervivencias* penales<sup>15</sup>, es a saber, instituciones o expresiones en las que perviven rasgos o modalidades propios de otras etapas de la evolución jurídica, “verdaderos fósiles, que, si no son un capricho de la humanidad, como en un tiempo se creyó que los otros fósiles eran un capricho de la naturaleza, no son, ni pueden ser, más que los representantes del pasado”<sup>16</sup>. “La supervivencia abre, por decirlo así, una ventana sobre el pasado, y nos deja ver lo que, de otra manera, hubiésemos ignorado siempre”<sup>17</sup>. Y es que “toda forma tuvo una repercusión, aun después de parecer definitivamente olvidada, y hasta hoy no deja de tener algún dominio”<sup>18</sup>.

El propio Alimena recoge multitud de supervivencias de la venganza de la sangre, del talión y de la composición, así como de otras prácticas penales de los primitivos, en diversas legislaciones balcánicas y asiáticas<sup>19</sup>; mas, sin necesidad de ir tan allá en el espacio ni en el tiempo, el fondo vindicativo del Derecho penal aflora en invocaciones y expresiones que se escucha

(<sup>12</sup>) Cfr. *ibidem*, pág. 60.

(<sup>13</sup>) Cfr. *ibidem*, pág. 54.

(<sup>14</sup>) *Principii di Diritto penale*, 2 vols., Pierro, Napoli, 1910-1912, tomo I, pág. 77. Aunque hay traducción de la mayor parte de este tomo al castellano, por Eugenio Cuello Calón, en 2 vols., Victoriano Suárez, Madrid, 1915-1916, se citará por la edición italiana.

(<sup>15</sup>) En realidad, Alimena las llama sólo *supervivencias*, y hace notar (ob., vol. y pág. cit., nota) que el primero en aplicar esta palabra (*survivals*) a los fenómenos morales y jurídicos fue Tylor, en *Primitive culture*, I, London, 1891, pág. 16.

(<sup>16</sup>) Alimena, ob. y vol. cit., pág. 79.

(<sup>17</sup>) *Ibidem*, pág. 77.

(<sup>18</sup>) *Ibidem*, pág. 80.

(<sup>19</sup>) Cfr. *ibidem*, págs. 77-79.

cotidianamente en los tribunales, como la “sombra que pide venganza” o “la vindicta pública”<sup>20</sup>, y con más vigor en la atenuante. De responsabilidad criminal que existe en numerosos códigos para los casos en que se ha “ejecutado el hecho en vindicación próximo de una ofensa grave”<sup>21</sup>.

Que haya una continuidad entre la venganza y la pena y que subsistan pervivencias de la primera en la segunda no hace desaparecer las netas diferencias que las separan. “En definitiva, el momento en que con propiedad puede decirse que se pasa de la venganza a la pena es aquel en que el instinto se somete a la razón y, reconociéndose un hombre, o sea, un individuo racional y libre, en el delincuente, se infunde en la reacción social contra el delito un fondo ético y valorativo”<sup>22</sup>.

Es más, el afán vindicativo, consciente o no, puede constituir un poderoso impulso de la función punitiva, sin que dejen por ello de ser realidades distintas. “La sanción penal es a la venganza como el matrimonio al instinto sexual”, en el sentido de que “el Derecho penal regula, sanciona y ofrece legítima satisfacción a la pasión de la venganza”<sup>23</sup>; observación justísima que pone en evidencia la relación profunda y la clara diferencia que se dan entre venganza y pena. Lo sexual, como la venganza, son tendencias instintivas, que se mueven en el mundo de lo natural, mientras que, aunque en ciertos casos se trasmuten y satisfagan en el matrimonio o en la pena, éstas son instituciones jurídicas, que responden a valores y ha creado y regula la cultura.

Todavía cabe aducir que para algunos freudianos el afán de venganza es uno de los sustentos psíquicos, de carácter inconsciente, de la penalidad, fruto de la reacción contra un acto hostil, igual que la expiación, pero más antiguo que ésta, y encaminado, no como ella a contener los impulsos propios mediante el refuerzo del propio mecanismo de represión, del superyó, debilitado por el espectáculo del acto delictivo y la satisfacción que con tal acto han logrado las tendencias agresivas y antisociales de su autor y de la que cuantos ajustan su conducta a las normas se ven privados, sino contra la persona que causa dolor, contra el criminal<sup>24</sup>. Ahora bien, el castigo suele deparar ocasión de cometer en el delincuente un acto en sí idéntico o

<sup>(20)</sup> Recordadas a este respecto por Ruiz-Funes, ob. cit., pág. 54.

<sup>(21)</sup> Cfr. el Código Penal español, art. 9, circunstancia 6ª (hasta la reforma urgente y parcial por la ley orgánica 8/1983, de 25 de junio); chileno, art. 11, circunstancia 4ª, guatemalteco, art. 26, circunstancia 12ª, hondureño, art. 8, circunstancia 4ª, y nicaragüense, art. 29, circunstancia 4ª.

<sup>(22)</sup> Rivacoba, *Configuración y desfiguración de la pena*, discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, del Instituto de Chile, leído el 28 de mayo de 1980, pág. 16. En general, para cuanto antecede en relación con la venganza, cfr. en tal obra págs. 15-16.

<sup>(23)</sup> James Fitzjames Stephen, *General view of the criminal law of England*, Macmillan, London, 1863, pág. 99, cit. por Ferrajoli, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, prefazione di Norberto Bobbio, 2a ed., riveduta, Laterza, Roma-Bari, 1990, pág. 290.

<sup>(24)</sup> Cfr. Alexander y Staub, ob. cit., págs. 229-245. También, Jiménez de Asúa, *Psicoanálisis criminal*, 6ª ed.,

equivalente a aquel por el cual se le pune, éste con licitud, es decir, con la aprobación de la conciencia social, y por esta vía, identificándose con la sociedad que ejerce el *ius puniendi*, se subliman en él los respectivos impulsos agresivos y antisociales; con lo cual, lo que inicialmente es una fuerza instintiva, ciega, desconocida e indomeñable aun para el sujeto en cuya estructura psíquica late y se mueve, se eleva al plano de la razón y de la conciencia y los valores sociales.

“Con razón ha dicho Beling que la venganza es la retribución no sostenida por una idea moral, que se radica en un instinto<sup>25</sup>. O en otras palabras: la venganza es un hecho psíquico, instintivo, o sea, ciego y contradictorio en cuanto tal a cualquier limitación, que ha podido llevar en la evolución humana y el desarrollo de la civilización a la retribución, y que incluso puede animarla inconscientemente, pero distinto, por la respectiva entidad y naturaleza del uno y de la otra, de esta última, que es una actividad lúcida y valorativa.

2. Tampoco la retribución es, ni puede ser, crueldad que provoque dolor más o menos intenso y refinado en el delincuente y se complazca o recree en el espectáculo de su sufrimiento.

No puede serlo, porque, fundándose en el reconocimiento, en el penado, del hombre, y reconociendo también en éste como ser racional su dignidad, que impide sustituirle por otro y emplearle como medio e impone, en cambio, el deber de respetarle en su calidad de fin de sí mismo<sup>26</sup>, la inflicción de un padecimiento que satisficiera o deleitara, así fuere con el más levantado de los ánimos o propósitos, a quienes lo contemplasen, contradiría tales supuestos, pues objetivaría, cosificaría al reo, pretiriendo en el cumplimiento de la condena su humanidad y convirtiéndolo en medio para fines ajenos.

En este punto no es de olvidar que para un retribucionista tan importante y autorizado como Bettiol la pena tiene carácter aflictivo y se resuelve en la producción de un dolor, aunque el condenado no lo sienta efectivamente<sup>27</sup>. “Todas las tendencias y todas las concepciones que se esfuerzan por quitar a la pena su carácter aflictivo tratan de abrir brecha en la idea retributiva o la niegan abiertamente”<sup>28</sup>. Ni se ha de negar que a lo largo del tiempo han prevalecido el entendimiento y la práctica de la retribución como retorsión del delito mediante el dolor. Sin embargo<sup>29</sup>, es igualmente incontrastable la

Depalma, Buenos Aires, 1982, págs. 228-233, y Rivacoba, *Elementos de Criminología*, Edeval, Valparaíso, 1982, págs. 200-203.

<sup>(25)</sup> Bettiol, ob. cit., pág. 803.

<sup>(26)</sup> Cfr. el capítulo siguiente.

<sup>(27)</sup> Cfr. ob. cit., págs. 796-797 y 809-810.

<sup>(28)</sup> *Ibidem*, pág. 810.

<sup>(29)</sup> Y sin volver aquí sobre la cuestión, o sinsentido, de si la pena es un bien o un mal, acerca de lo cual nos

existencia y acción de una constante, a pesar de sus retrocesos, de sucesiva y cada día más pronunciada humanización de las sanciones, conforme a la cual se mantiene en vigor de la desaprobación y desvaloración social y jurídica de ciertas conductas, pero desaparecen las penalidades más crueles o adoptan formas de ejecución que reduzcan o acorten su contenido aflictivo, y, sobre todo, se instituyen, ensayan o recomiendan maneras originales de punir que eviten el sufrimiento al condenado, a sus parientes y otros allegados y a la misma comunidad. Como expresión y concreción de una severa desaprobación y desvalorización social e jurídica y, por tanto, como fenómeno de cultura que la penalidad es, reviste en la historia manifestaciones distintas que van acordándose a las pautas valorativas y, en particular, a la resistencia de cada época al dolor y a su sentido de la benignidad, y es un hecho indesmentible el de que desde la segunda mitad del siglo XVIII se han incrementado en general a velocidad progresivamente acelerada la sensibilidad y la humanidad, con el consiguiente desarrollo de la filantropía.

También hay que recordar que para algunos seguidores de Freud una de las fuentes o raíces psíquicas de la pena<sup>30</sup> es la compensación del sadismo renunciado<sup>31</sup>. "La pena así es el significado de una compensación por la renuncia al sadismo. La identificación con la sociedad que ejerce el *ius puniendi* permite al hombre justo la posibilidad de perpetrar agresiones en una forma legal. Y como esta vivencia merma el número de las agresiones a reprimir, se facilita con ella la tarea represiva. Todo procedimiento judicial, y especialmente la ejecución de la pena de muerte, tiene a menudo el carácter de un espectáculo y sirve de válvula de escape a las agresiones, lo mismo que las luchas de gladiadores en la antigua Roma o las corridas de toros españolas"<sup>32</sup>. Es decir, según poco ha se ha señalado, la imposición y la ejecución de la pena proporcionan en muchas ocasiones oportunidad de llevar a cabo en el delincuente un acto idéntico o semejante a aquel por el cual se le castiga, si bien ahora con el asenso de la conciencia social, y de esta manera, haciéndonos uno con la sociedad que es titular del *ius puniendi* y lo aplica, se subliman y satisfacen en su ejercicio nuestros respectivos impulsos agresivos y antisociales y somos resarcidos del sadismo que a título individual renunciamos en la colectividad y del daño que como personas no hacemos. Pero el propio fenómeno de la sublimación muestra con claridad

---

hemos extendido en nuestra obra *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires, 1993, al comienzo del capítulo II, apartado 3, págs. 19-20.

(<sup>30</sup>) Por supuesto, inconsciente.

(<sup>31</sup>) Cfr. Alexander y Staub, ob. cit., págs. 241-245; Jiménez de Asúa, ob. cit., págs. 232-233, y Rivacoba, *Elementos de Criminología*, cit., págs. 200-203.

(<sup>32</sup>) Alexander y Staub, ob. cit., págs. 241-242.

la diferencia entre lo que no pasa de ser una realidad inconsciente, puramente natural, y lo que es una valoración y, como tal, pertenece al orbe de lo racional y la cultura.

Por lo demás, la causación de dolor y el recreo en él, muy a la inversa de lo que ocurre con la pena, no han solido merecer ni obtener el beneplácito de la civilización. Y es que “el infligir dolor a otros, aun bajo la especie de retorsión, no puede ser un fin lícito por sí mismo a la luz del supremo ideal ético”<sup>33</sup>.

3. Más alejada aún, se encuentra la retribución, y cuanto le concierne, de la expiación.

Tiene esta última un significado o entidad moral o religiosa, referida a la interioridad del hombre y consistente en un sacrificio que lo purifica, eliminando o haciendo desaparecer de él toda reliquia o mácula de una maldad o un pecado que hayan recaído sobre los demás, pero también sobre Dios o sobre sí mismo, extraña desde cualquier punto de vista a la desvaloración jurídica en que consiste la primera y al carácter hace ya varias centurias secularizado y laico del Derecho, que toma en consideración primordialmente lo exterior, no el fuero de la conciencia, y regula sólo el obrar externo, no los actos internos, de los seres humanos que afecte a otros humanos. La expiación tiene mucho de purga o liberación interior; la retribución es un mero juicio de valor. La una tiende a lograr un mejoramiento de los hombres que los haga buenos o santos, según un modelo ideal de perfección, mientras que la otra apenas mira a facilitar o mantener las relaciones sociales y la convivencia humana.

De nuevo se debe recordar el pensamiento de ciertos discípulos de Freud, para quienes la expiación es otra de las fuentes psíquicas, e inconscientes, de la punición<sup>34</sup>. Ante el triunfo e imposición de los impulsos del ello en el delito y la correspondiente satisfacción de tales impulsos en el criminal, la reacción instintiva no va impelida sólo por un afán de venganza, sino igualmente por el afán de expiación, y, así como el primero se dirige contra el sujeto que ha causado el dolor, contra el transgresor, infligiéndole un padecimiento por el goce indebido que ha logrado y del que los restantes se ven privados, el segundo se dirige en cada uno contra sí mismo, contra las impulsiones propias, avivadas por el mal ejemplo y la virtud seductora de

<sup>(33)</sup> Giorgio del Vecchio, *Sobre el fundamento de la justicia penal* (Apéndice a su obra *La justicia*, traducción de la 3ª ed. Italiana por Francisco P. Laplaza, Buenos Aires, Depalma, 1952, págs. 217-248), págs. 225-226. De este estudio hay otra versión castellana por Manuel Rodríguez Ramos, publicada en Puerto Rico y en Méjico.

<sup>(34)</sup> Cfr. Alexander y Staub, ob. cit., págs. 229-245; Jiménez de Asúa, ob., cit., págs. 228-233, y Rivacobia, *Elementos de Criminología*, cit., págs. 200-203.

su éxito en otro, con la consiguiente relajación del poder inhibitor de la represión, como medio de robustecerlo y asegurar el imperio del superyó. La venganza es una represalia contra el ataque ajeno, que se dispara contra el delincuente; la expiación, un esfuerzo por reprimir y contener las pulsiones propias. En la una y en la otra se trata "del mismo procedimiento anímico, pero con un cambio de acento en cada caso, como dirigido a un destinatario diferente"<sup>35</sup>. Absteniéndonos, por de contado, de entrar aquí en disputa alguna acerca del acierto y la utilidad del psicoanálisis, mas sin desconocer que aclara y explica muchas cuestiones difíciles en relación con la delincuencia y la penalidad, lo indudable es que, aunque el mecanismo inconsciente que origina e sostiene ésta en las honduras del psiquismo humano sea como sus partidarios lo conciben, la sublimación sitúa la pena, y dentro de ella, animándola, la retribución, en un nivel diverso, Plenamente racional y valorativo.

Así, pues, la retribución y la expiación se mueven sobre suelos diferentes y con perspectivas distintas.

4. Por último, la retribución tampoco tiene nada que ver con el talión; ni siquiera una auténtica semejanza.

En los términos más simples y comunes, el talión es inferior al delincuente en concepto de pena un daño igual al que él produjo.

Aunque Jiménez de Asúa (1889-1970) piensa que Lardizábal (1739?-1820) lo concebía como un género de pena<sup>36</sup>, lo cierto es que este autor lo entendía, con entera corrección, como moderación y límite de la venganza<sup>37</sup>. Mucho antes lo había visto así San Isidoro (560?-636): "La similitud en la venganza, a fin de que cada uno padezca talmente como lo hizo"<sup>38</sup>; y mucho después precisa Sánchez-Tejerina (1873-1959) que "no es más que una medida penal que puede coexistir con fases más o menos modernas"<sup>39</sup>. En efecto, para las formas primitivas del Derecho penal "significó, indudablemente, un gran progreso en épocas en que los excesos de la reacción punitiva traían como consecuencia nuevos y más grandes crímenes que los que trataba de reprimir da sociedad"<sup>40</sup>. En plena segunda mitad del siglo XVIII Kant (1724-1804) justifica

(35) Alexandre y Staub, ob. cit., pág. 241.

(36) Cfr. *Tratado de Derecho penal* (publicados, 7 vols.), tomo I, 3ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964, págs. 244-245.

(37) Cfr. *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Joaquín Ibarra, Madrid, MDCCCLXXXII, págs. 153-154, basándose en San Agustín, *Contra Faustum Mánichaeum*, libro 19, capítulo 25.

(38) *Etymologiae*, libro V, capítulo 27, nº 24. Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado*, cit., tomo I, cit., pág. 245.

(39) *Derecho penal español*, 5ª ed., con la colaboración de José Antonio Sánchez-Tejerina y Sanjurjo, 2 vols., Madrid, 1950, tomo I, pág. 29. Y líneas después añade: "El talión es, por lo tanto, un límite, una medida, no una pena".

(40) *Ibidem*.

lo que llama *derecho del talión* (jus talionis) como único criterio para determinar en cada delito la especie y la cantidad de la pena<sup>41</sup>; Lardizábal lo halla “útil y conveniente” para el homicidio voluntario y malicioso y para la calumnia y el falso testimonio en juicio<sup>42</sup>, y Filangieri (1752-1788) lo propone asimismo para la calumnia<sup>43</sup>. Se encuentra en el castigo que establece para el falso testimonio contra el reo en causa criminal sobre delito grave el artículo 234, para el juez que hubiere dictado a sabiendas sentencia condenatoria manifiestamente injusta en causa asimismo criminal el 262<sup>44</sup> y para las amenazas con las que se exigiere alguna cantidad o se impusiere cualquier otra condición ilícita el 407, del Código español de 1848, y continúa para los propios delitos en los artículos 332, 361, 362 y 507 del de 1870<sup>45</sup>. Por el influjo de éste persiste en los artículos 322, 350, 351 y 491 del Código vigente en Honduras; y resplandece con todo su rigor en el 353, para la primera de semejantes infracciones, en el 354, para el soborno con objeto de que se cometa falso testimonio, si efectivamente se cometiere, y en el 356, para la denuncia o acusación falsa, así como con cierta atenuación en el 232, para las amenazas, del nicaraguense<sup>46</sup>. Y todavía cabe recordar al respecto su subsistencia, por acatamiento de prescripciones religiosas, en los países de Derecho musulmán. El talión, pues, ha tenido larguísima vida y de ninguna manera se puede decir que haya desaparecido del todo en el mundo contemporáneo.

Además del talión material, que es el talión en su manifestación primigenia y más propia y que consiste en la inflicción de un mal al infractor estrictamente igual al que ocasionó, existe el talión simbólico, que supone un notable progreso y en el cual ya no se le impone un mal idéntico, sino uno que guarde cierta relación o similitud con el que produjo; el principio y por lo general, la mutilación del órgano o miembro más significativo o

■

(41) Cfr. *Principios metafísicos del Derecho* (de 1797), traducción de Gabino Lizárraga, Madrid, Victoriano Suárez, 1873, págs. 196-200.

(42) Ob. cit., págs. 160-162.

(43) Scienza della legislazione, 4 vols., Napoli, 1780-1783, libro tercero, parte segunda, capítulo XXXV. Trad. Castellana por Jaime Rubio, en 10 vols., Madrid, 1787; 2ª ed., Madrid, 1813, tomo VI, pág. 145, nota 1.

(44) Ocupándose se estos artículos, lo justifica para ambos delitos don Cirilo Alvarez Martínez, en Alvarez y Vizmanos, Comentarios al Código Penal, 2 vols., Madrid, 1848, tomo II, págs. 191 y 238.

(45) Crítica el “sistema talional” de estos artículos la Exposición de motivos (IV, Reformas de errores materiales de técnica, e incorporación de leyes complementarias) del Código de 1932, que lo eliminó. Aunque la Exposición de motivos citada no hace mención de él, hay que añadir que también se sanciona con criterio talional al funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales e impusiere castigo equivalente a pena corporal, si la pena arbitrariamente impuesta se hubiere ejecutado, en el art. 205, que fue asimismo modificado a este respecto por el Código de 1932, en su art. 193.

(46) Lo que resulta tanto más extraño y es tanto más censurable, cuanto que se trata de un código nuevo, de 1974.

Por influjo asimismo español y aparte de los cuerpos legales de que se ha hecho mérito en el texto, un resto de punición talional se conserva también para el texto, un resto de punición talional se conserva también para el falso testimonio contra el reo en el art. 208 del viejo Código chileno de 1874.

importante para la comisión del delito, llegando en su evolución a formas mucho más espiritualizadas, como la punición del criminal, no en su persona, sino en la de un esclavo. Entre las explicaciones que se dan de él<sup>47</sup>, parece la más razonable la que lo atribuye a la imposibilidad de aplicar en muchos casos el verdadero talión; y las sanciones impuestas en su virtud suelen denominarse penalidades poéticas o también a veces expresivas<sup>48</sup>.

Ahora bien, por grande que sin duda la importancia de todo esto haya sido para la evolución de la penalidad, y por mucho que realmente vestigios del talión subsistan en la actualidad como supervivencias penales, no se ve qué genuino contacto ni aun leve parecido tengan con un juicio de valor, o sea, con la retribución, y se corrobora que son entidades y conceptos, no ya independientes, pero más bien, en el sentido de los lógicos, impertinentes, que ni se infieren ni se excluyen entre sí.

#### CAPITULO IV

#### FUNDAMENTACION

Que la idea y, en particular, el hecho de la retribución sean antiguos como el mundo no implica que siempre se haya tenido clara conciencia de una u otro, ni, menos, que se los haya podido razonar y fundamentar. Antes al contrario, en muchos puntos de carácter moral y social, y aun cabría extender el aserto a los dominios de la naturaleza, existen a las veces cosas u ocurren fenómenos que se ignoran o de los que sólo se alcanza una oscura noción y que no se pueden explicar o comprender, por no haberse dado todavía los supuestos intelectuales o de distinta índole que consientan hacer luz a su respecto e integrar tal realidad o su conocimiento en una concepción suficientemente amplia y racionalmente elaborada del mundo y de la vida.

Así sucedió con la retribución hasta muy avanzado el siglo XVIII, con su aplicación del racionalismo de los tiempos anteriores a los problemas del hombre y de su obrar, que hizo factible concebir al ser humano como, constitutiva y genuinamente, ser racional y, por ello, autónomo, o sea, que, en cuanto tal, es capaz de hacer y hace sólo de los dictados de su razón, como ley general de conducta, el motivo de sus actos, y por consiguiente es libre y responsable de éstos y no debe ser sometido a las imposiciones de otro, es decir, tomado, empleado como medio para fines ajenos.

(<sup>47</sup>) Cfr. Ruy da Costa Antunes, *Problemática da pena*, Recife, 1958, págs. 104-105.

(<sup>48</sup>) Acerca del talión es sumamente interesante Del Vecchio, *La justicia*, cit., *passim*.



Tanto es así, que, aunque, sin lugar a dudas, “fue, sobre todo, Kant quien más contribuyó a desarrollar el concepto de humanidad en el sentido de la dignidad humana, la idea de que todo hombre debe ser considerado como un fin en sí, de que no es lícito utilizar a nadie simplemente como un medio al servicio de fines ajenos”<sup>49</sup>, se ha señalado, con razón, que un utilitarista tan representativo como Beccaria (1738-1794)<sup>50</sup>, cuando asevera que la libertad no permite que “el hombre cese de ser *persona* y se convierta en *cosa*”<sup>51</sup>, se anticipó al imperativo categorico del filósofo Königsberg y al profundo respeto que envuelve de la persona humana en su inalienable entidad moral, exaltando y reverenciando de este modo la dignidad incomparable de lo humano<sup>52</sup>. Lo cual demuestra que bajo el utilitarismo que caracteriza a la centuria decimotercera latía “un indudable y no menos importante fondo ético”<sup>53</sup>.

Esto aparte, lo que aquí más interesa es la trascendencia del pensamiento kantiano para la cuestión<sup>54</sup>. Bien sabido es que para Kant “el hombre no es una cosa; no es, pues, algo que pueda usarse como simple medio; debe ser considerado, en todas las acciones, como *fin en sí*”<sup>55</sup>; “pues todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a los demás, *nunca como simple medio, sino siempre al mismo tiempo como fin en sí mismo*”<sup>56</sup>; o sea, que “el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada *equivalente*, eso tiene una *dignidad*”<sup>57</sup>. O en palabras de una de sus obras principales y más conocidas, la *Crítica de la razón práctica*, posterior en tres años<sup>58</sup>: “Todo lo que hay en la creación, y sobre la parte

(49) Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces, 3ª ed., México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pág. 154.

(50) Al que el propio Kant, *ob. cit.*, pág. 201, reprocha su “sentimiento de humanidad mal entendido (*compassibilitas*)”.

(51) *Dei delitti e delle pene*, 1764, & XXVII (según la ordenación de Morellet). La cursiva, en el original.

(52) Cfr. Guido de Reggiero, cit. por Piero Calamandrei, Prefacio a su edición de *De los delitos y de las penas*, de Beccaria, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, pág. 66. Un atismo semejante, en Lardizábal, *ob. cit.*, pág. 34.

En el mismo sentido que Guido de Reggiero, Rodolfo Mondolfo, *Cesare Beccaria y su obra* (de 1925), traducción por Oberdan Caletti, Depalma, Buenos Aires, 1946, págs. 45-49.

Sobre el particular, véase también Rivacoba, *La reforma penal de la Ilustración*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, 1988, pág. 23.

(53) Rivacoba, *ibidem*.

Por lo demás, sin ello resultarían inexplicables e incluso absurdos los radicales cambios que se produjeron a lo ancho de Europa y a lo largo de América hacia sus finales y en los lustros siguientes, y que elevaron el respeto al ser humano y ennoblecieron la vida pública.

(54) Cfr. Fausto Acosta, *El delito y la pena en la historia de la Filosofía*, traducción, prólogo y notas de Mariano Ruiz-Funes, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, D. F., 1953, págs. 129-134.

(55) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (de 1785), traducción de Manuel García Morente, 7ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1981, pág. 85.

(56) *Ibidem*, pág. 91.

(57) *Ibidem*, pág. 92.

(58) Traducción, prólogo y notas de V. E. Lollini, Perlado, Buenos Aires, 1939.

que se tenga el suficiente poder, puédesela usar como *simple medio*; únicamente el hombre, y con él toda criatura racional, es *fin en sí mismo*<sup>59</sup>; ya que, al darse el sujeto racional su propia ley y ser, así, su voluntad, autónoma, no cabe “someter a este ser a ningún propósito que no sea posible según una ley que pueda derivar del mismo sujeto pasivo”<sup>60</sup>, ni, por ende, usarle nunca “sólo como medio, sino que, y al mismo tiempo, como fin”<sup>61</sup>.

Sobre tales supuestos descansa y, a la par, de ellos deriva con la más sencilla, directa, rigurosa y contundente lógica la intelección de la pena como retribución. La pena “no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad, sino que debe siempre serlo contra el culpable por la *sola razón de que ha delinquido*, porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra tal ultraje, aun cuando pueda ser condenado a perder la personalidad civil. El malhechor debe ser juzgado *digno de castigo* antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos. La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que se puede sacar, descargase al culpable en todo o en parte de las penas que merece”<sup>62</sup>.

Al lado de esta sólida y severa construcción, las desafortunadas conclusiones o aplicaciones talionales que Kant extrae de dicho principio carecen de cualquier sustancia y tienen mucho de anecdótico<sup>63</sup>, sin que sea, por lo demás, de olvidar que no recurre al talión sino como criterio para determinar la especie y el grado del castigo, esto es, la calidad y la cantidad de la pena<sup>64</sup>, ni tampoco que se trataba de una idea que estaba en boga, o por lo menos era aceptada, en la época<sup>65</sup>.

Lo verdaderamente importante es que Kant insiere, en una longuísima secuencia de autores y en un panorama casi sin excepción utilitaristas y preventivistas, un momento y una teoría éticos y retribucionistas, de innegable, aunque retardada, fecundidad.

Agregando a la doctrina kantiana la noción de valor, que la Filosofía no

(59) *Ibidem*, pág. 116.

(60) *Ibidem*.

(61) *Ibidem*.

(62) Kant, *Principios metafísicos del Derecho*, cit., págs. 195-196. Las palabras o frases de los párrafos que preceden de Kant que aparecen en cursiva, figuran así en los respectivos originales.

(63) Cfr. Rivacoba, *La reforma penal de la Ilustración*, cit., pág. 23, nota 29.

(64) Cfr. *Principios metafísicos del Derecho*, cit., pág. 196.

(65) Cfr. el capítulo que antecede, apartado 4.

aportará hasta mucho después, resulta la concepción que de la retribución queda páginas atrás perfilada; y, si bien semejante doctrina tiene un indisimulable fondo moral, la retribución en la pena es, tiene que ser, jurídica, es decir, conforme o con arreglo a los valores que inspiran al Derecho, o, más concretamente, a un ordenamiento, y que éste consagra.

Para Bettioli, el principio retributivo se basa, no en la idea de libertad política, sino “sobre un positivo fundamento moral”<sup>66</sup>, lo cual, siendo sin duda cierto, puede, empero, en sí solo resultar peligroso, a menos que se precise en un sentido de reconocimiento y respeto de la dignidad del individuo humano.

## CAPITULO V

### CONSTRUCCIONES PRINCIPALES

Entre las teorías absolutas sobre la pena, y aparte de la de Kant, son clásicas las concepciones de aquélla como retribución divina, como retribución estética y como retribución jurídica.

1. Para Stahl (1802-1861), que es el más destacado representante de la primera, la justicia constituye la idea del mundo moral en cuanto tal, porque es “la inviolable conservación de un orden ético dado”, disponiendo del poder de reparación y el de castigo para anular al rebelde o hacerle sufrir y manifestar y restaurar así la eterna superioridad del orden ético. Por lo cual, es ley eterna de la justicia el que al mal siga inevitablemente la pena. Ahora bien, siendo el Estado el orden externo de Dios sobre la tierra, recibe de Él como una delegación el derecho de castigar y debe preservarlo, venciendo la voluntad antijurídica mediante su anulación o haciéndole padecer. Por lo demás, como miembro que es de la comunidad humana que el orden divino establece y gobierna, la propia personalidad del delincuente, desprovista de la concupiscencia que la desnaturaliza y hace extraña a sí misma, exige también la pena, como postulado de su naturaleza moral. En fin, la inmoralidad y el pecado no forman parte del concepto de delito, y por ello la pena no es un dolor moral ni una condena eterna, sino un sufrimiento corporal, cuya causa tampoco es la venganza, porque no se pena que sufre porque se le castiga. En esta línea figuran asimismo Jarcke (1801-1852), Bekker, De Maistre (1753-1821) y algún pensador más. Del último, o sea, de De Maistre, se puede ver

<sup>(66)</sup> Ob. cit., pág. 802.

al respecto, con menor profundidad filosófica, si bien con innegable sugestión o belleza literaria, sus conocidas *Veladas de San Petesburgo o coloquios sobre el gobierno temporal de la Providencia*, velada primera.

2. Aunque la idea de la retribución estética se remonta a Leibniz (1646-1716), fue desarrollada sobre todo por Herbart (1776-1841) y continuada por Geyer (1831-1885). El segundo dice que la justicia no es una ley de la conducta, sino un criterio para juzgar la conducta; no es una regla ética, sino un principio estético, que, como principio, tiene un valor teorético, no práctico, y como estético, un valor subjetivo, no objetivo. Esto hace que repugne todo acto que perdure sin retribución, y, aplicándolo al Derecho penal, que el desequilibrio moral producido por una acción nociva exija la debida sanción, y, por ende, la idea estética de la justicia compensadora exige la pena como una necesidad estética. En bellas expresiones había afirmado mucho antes Leibniz que existe una especie o clase de justicia que no tiene por objeto la enmienda, ni el ejemplo ni la reparación del mal, sino que, fundada en la mera conformidad, exige una cierta satisfacción que consista en la expiación de una acción mala y que satisface no sólo al ofendido, sino también a los sabios, al modo como contenta a los espíritus bien dispuestos un elegante conciento o una buena arquitectura<sup>67</sup>.

3. Hegel (1779-1831) alumbró en su *Filosofía del Derecho*, de 1821<sup>68</sup>, la teoría de la retribución jurídica, que “representa la *dirección dialéctica* de la retribución<sup>69</sup>. A su juicio, la teoría de la pena es una de las materias que la doctrina jurídica de los tiempos modernos peor ha ahondado, y todos los errores en ella derivan de considerar la pena como un mal o como un bien. Piensa, con Klein (1743-1810), que es “contrario a la razón querer un mal únicamente porque preexiste otro mal”; y también es erróneo considerarla un bien, porque de lo que en el fondo se trata no es de negar el delito como la producción de un mal, sino como lesión del Derecho en cuando Derecho. Ahora bien, “la vulneración del Derecho como tal es, ciertamente, una existencia positiva, exterior, que es en sí nula. La manifestación de su nulidad es el *anulamiento* de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la

---

(67) No obstante su concepción retributiva, tampoco falta el Leibniz una idea preventiva, en el sentido, sobre todo, de la prevención general, naturalmente, negativa. Véase, al respecto, *Elementos del Derecho y de la equidad* (en el volumen *Escritos de Filosofía jurídica y política*, traducción de José María Atencia Páez, edición preparada por Jaime de Salas Ortueta, Editora Nacional, Madrid, 1981, págs. 121-135), pág. 134.

(68) Traducción de Angélica Mendoza de Montero, 4ª ed., Claridad, Buenos Aires, 1955. Cfr. && 97-103, págs. 105-110.

(69) Jiménez de Asúa, *Tratado*, cit., tomo II, 3ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 43.

negación de su vulneración”<sup>70</sup>. La lesión del Derecho consiste en la voluntad individual del delincuente, y, por consiguiente, la lesión de esta voluntad es la anulación del delito, que de otro modo sería válido, y, en definitiva, así, la reintegración del Derecho. El delito es lesión o negación del Derecho, y la pena, negando el delito, lo supera y restablece el Derecho. La pena es, pues, justa en sí; pero lo es igualmente en relación con el delincuente, en cuya acción, como acción que es de un ser racional, hay implícito un universal, a saber, que aquélla crea por sí misma una ley que reclama la pena y que el delincuente reconoce como válida en sí, quedando comprendido en ella como bajo su propio Derecho. Por lo cual, al punirle, el delincuente, en tanto que ser racional, “es honrado con la pena”, que pertenece a su Derecho particular y le trata por lo mismo como persona. “Este honor no llega a él, si el concepto y la norma de su pena no se toman de su mismo acto y si es considerado el delincuente como un animal dañino al que habrá que hacer inofensivo, o a los fines de la intimidación y de la corrección”<sup>71</sup>.

En Alemania siguió a Hegel en esta materia, con mayor o menor fidelidad, multitud de autores. Albert Friedrich Berner (1818-1907) acaso haya sido su “más directo heredero”<sup>72</sup>, si bien, para él, la finalidad retributiva no excluía que la pena cumpla asimismo, como fines complementarios y subordinados, los de intimidación y corrección. Antes, Julius Heinrich Abegg (1796-1868) encontraba el lugar de la pena “simplemente al servicio de la justicia”, aunque tampoco dejaba de asignarle un sentido de satisfacción pública en relación con la colectividad y de expiación en referencia al delicto; para Christian Reinhold Köstlin (1813-1856), la pena se justifica en la necesidad de reparar objetivamente el Derecho, pero debe perseguir también el fin de intimidar y mejorar al delincuente, y, por último, Hugo Hälschener (1817-1889), partiendo siempre de la retribución que cancela el delito, admitía al propio tiempo, no como finalidad de la pena, sino como criterio complementario para su mensura, la corrección.

4. En Italia hay algo más tarde un hegeliano puro y notorio, Enrico Pessina (1828-1916), para quien “el delito es la *negación del Derecho*”, o, también, “*la acción de la libertad humana que infringe el Derecho*”<sup>73</sup>, y “la violación o negación del Derecho exige la reafirmación del mismo, lo cual significa que la fuerza del Derecho debe vencer a la actividad individual, sujetándola,

<sup>(70)</sup> Hegel, ob. cit., & 97, pág. 105.

<sup>(71)</sup> Hegel, ibídem, & 100, pág. 108.

<sup>(72)</sup> Jiménez de Asúa, *Tratado*, cit., tomo II, cit., pág. 44.

<sup>(73)</sup> *Elementos de Derecho penal*, traducción de Hilarión González del Castillo, prólogo y adiciones de Félix de Aramburu y Zuloaga, 2ª ed., anotada y adicionada por Eugenio Cuello Calón, Reus, Madrid, 1913, págs. 87 y 88.

subordinándola a sí misma. Es preciso, por tanto, que cierto sufrimiento represente la retorsión de la fuerza del Derecho contra la actividad rebelde. Al delito, pues, debe suceder una restricción de los derechos, que haga sufrir en nombre del Derecho violado y tenga por objeto reafirmar el Derecho en todo lo posible, tanto en la sociedad humana, en cuyo seno el delito aparece, como en la misma individualidad violadora [...]. El fin de la pena es anular el delito"<sup>74</sup>.

## CAPITULO VI

### SIGNIFICACIÓN POLÍTICA

Si, pues, en la retribución se reconoce y se respeta al hombre en el condenado; si es juzga desfavorablemente, con arreglo a los valores consagrados por la comunidad, uno o varios actos aislados en la línea de su conducta, sin inmiscuirse en el sagrado de su conciencia y sin desconocer su entidad de sujeto de razón, que se da normas y propone fines, que obra conforme a las unas para alcanzar los otros y que es capaz de resistirse u oponerse a cooperar en la consecución de fines ajenos, una tal concepción en lo penal no puede en buena lógica avenirse con ninguna concepción que en lo político contemple la sociedad como una realidad substantiva, cuyos componentes no pasan de súbditos si son más que elementos, miembros u órganos, sometidos, en una posición de plena subordinación instrumental, a sus dictados y al servicio de sus designios o los de quienes la gobiernen, sino sólo con una que la entienda como un conjunto pluralista de seres libres y diversos, que, no obstante, se consideran iguales en dignidad y prójimos o hermanos en la tarea de vivir, que se guardan celosamente de cualquier intromisión en la interioridad del otro y coartan el mínimo de la libertad de cada uno para hacer compatibles entre sí las de todos, y que coordinan su acción y sus esfuerzos para multiplicar las posibilidades y la eficacia y elevar la vida de cada cual; una sociedad, en suma, donde el individuo se sienta y sea ciudadano, esto es, dentro de los límites de lo factible, a la vez que obligado autolegislator. O en pocas palabras: sólo se compadece y concuerda con una concepción y una organización liberales, y, por ello, democráticas, de la vida pública.

En verdad, esto se comprende con facilidad y no contiene ninguna novedad después de lo que, versando en general sobre *la concepción política*

(<sup>74</sup>) *Ibidem*, pág. 88.

y la función de la pena, hemos dicho en otro lugar<sup>75</sup>, y lo corrobora. Por lo demás, tanto, en un plano, el liberalismo, cuanto, en otro, el retribucionismo, proceden del racionalismo, de la exaltación de la razón, común e igual en todos los hombres, como única facultad que puede conocer de manera clara y distinta las cosas, juzgando y discerniendo lo verdadero de la falso, y también conocerse a sí misma, analizando y criticando sus supuestos y tomando conciencia de sus limitaciones. Semejante exaltación de la razón lleva a la exaltación, asimismo, del sujeto de tal razón, del ser humano, lo cual, por lo que hace a la textura de la sociedad, se proyecta en el individualismo, y, por lo que toca a su estructura y mecanismo de gobierno, en el liberalismo, esto es, en situaciones, sean de carácter social o político, de realce del hombre en su entidad y prestancia y en la exención de trabas e imposiciones. Mas, por otro lado, considerando al ser humano como ser de razón, autónomo y fin en sí, lleva igualmente a que se le pueda desaprobado su actuar, pero no se le pueda domeñar ni manipular, o sea, al retribucionismo penal.

Bettioli dice que la teoría de la retribución “no se halla necesariamente ligada a ninguna concepción política determinada”<sup>76</sup>; y tiene razón, en cuanto de hecho se ha retribuido en tiempos muy diversas e incluso contrapuestas, pero no refiriendo la cuestión al aspecto ideal o de los principios, en el cual, así como se concilia con ciertas ideas y formas políticas, es incompatible con otras. Lo que acontece es que la vida humana, la social, la política y la jurídica suelen no configurarse y discurrir con entera pureza y coherencia.

También dice, recordando a Maggiore, que, si se le quiere atribuir un fondo político, “antes se encuentra referida a una concepción autoritaria del Estado que a una concepción liberal”<sup>77</sup>; aserción poco explicable y muy difícil de admitir. Casi contradiciéndose, y aun sin mencionar el liberalismo, el propio Bettioli reconoce, a renglón seguido, que “el individuo está tutelado del mejor modo en el campo de la penalidad mediante la teoría de la retribución”<sup>78</sup>; y concluye, algo mas adelante, “que la idea retributiva es la expresión más exacta de un pensamiento penal orientado hacia los valores éticos de la vida”<sup>79</sup>.

(75) Cfr. Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*, cit., capítulo III, apartado 2, págs. 32-43.

(76) Ob. cit., pág. 805.

(77) *Ibidem*, págs. 805-806.

(78) *Ibidem*, pág. 806.

(79) *Ibidem*, pág. 813.

El las ediciones precedentes (1ª 12ª, cit., ha sido revisada y actualizada por Luciano Pettoello Mantovani) concluía que “la idea de la retribución es lo mejor que el pensamiento penal, orientado hacia los valores éticos de la vida, ha sabido encontrar y expresar”.

## CAPITULO VII

## RETRIBUCIÓN Y PREVENCIÓN

Los conceptos de retribución y de prevención constituyen una verdadera y perfecta antítesis, y, por tanto, no admiten ningún grado de conciliación entre sí. Sus respectivos contenidos, la imagen del hombre y de la sociedad que uno y otro suponen, y los correspondientes fundamentos y condicionamientos políticos que los sustentan y envuelven, son por completo contradictorios, o sea, recíprocamente excluyentes; todo lo cual los hace incompatibles, y, con ello, hace, también, que en sus efectos y consecuencias resulten antitéticos<sup>80</sup>. Y esto vale igual para la idea de prevención general que para la de prevención especial.

La retribución fluye de una concepción del hombre como ser capaz de conocimiento y voluntad, de autodeterminarse y obrar conforme a valores, y, por ende, de dar cuenta, es decir, de responder de sus actos, fundando y justificando así, entre la variedad de sanciones para ellos la sanción penal<sup>81</sup>. En los antípodas, la prevención concibe que por procedimientos que en el fondo no difieren de los que se puede aplicar a los demás entes es factible, como en éstos, determinar su obrar (prevención general) e incluso su ser o manera de ser (prevención especial), incurriendo al cabo en el contrasentido de considerarlo determinado y a la vez exigirle que responda de lo que hace y sancionarle por ello hasta con la pena.

Por otra parte, es un hecho que, cuando bien se examina, resulta innegable el "de que toda concepción de la pena como medio para fines extrínsecos a su propia entidad termina siempre, se quiera o no se quiera y por más vueltas que se dá al problema, en la utilización del individuo como medio para fines ajenos a sí mismo, con el consiguiente desconocimiento o menosprecio de la dignidad humana. Lo cual, por lo demás, no puede dejar de ser así, pues la pena es nada, un vano pronunciamiento, un flatus vocis, si no se cumple, si no se ejecuta, pero, al cumplirla, determinado, de carne y hueso, en quien se cumple, en quien se ejecuta, y, si se la mira, se la toma, se la emplea y manipula como un instrumento, ese instrumento, ese instrumento es nada menos que el hombre a quien se le ha impuesto y que la sufre, con toda su rica y doliente humanidad. De esta manera, cuando se desfigura la pena, se desfigura la pena, se desfigura al hombre<sup>82</sup>"; y "la

(80) Cfr. Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*, cit., págs. 32-43.

(81) Todo esto, al margen de la cuestión del libre albedrío. Véase Rivacoba, *Configuración y desfiguración de la pena*, cit., págs. 13-14.

(82) *Ibidem*, pág. 18.



utilización del ser humano para fines extraños, que resplandece con evidencia en la concepción de la pena como medio de prevención general, no resulta menos cierta, aunque no se advierte con la misma nitidez, en su concepción como medio de prevención especial. A diferencia de aquélla, en que el penado funciona como un instrumento que ha de suscitar sus consecuencias en otros, en ésta los fines deben alcanzarse dentro del propio sujeto, pero no dejan por ello de serle ajenos, porque no los ha escogido y se los ha propuesto en ejercicio libérrimo de su voluntad; y, por consiguiente, por más elevados que sean, tampoco de esta suerte deja de destituírsele o degradársele de la eminencia de fin en sí a la categoría de medio para fines fijados por otros”<sup>83</sup>.

La idea retributiva ha de llevar por sus pasos contados a la humanización del sistema penal<sup>84</sup>, mientras que la preventiva culmina necesariamente en el rigor punitivo: entendida como prevención general, porque “es la doctrina favorita de los caracteres y los gobiernos autoritarios o totalitarios, y aun en los regímenes democráticos la tentación que no falta en los momentos de inseguridad colectiva, cuando la mente se ofusca y la serenidad se pierde”<sup>85</sup>, y en su versión de prevención especial, que es la que con distintos nombres ha prevalecido y continúa prevaleciendo con el imperio de una moda en el penalismo y el penitenciario contemporáneos, porque, con su sofisticada apariencia de altruismo y filantropía y un seductor ademán de solidaridad social, constituye el atentado más directo e implacable contra la intimidad humana y “el peligro más temible y refinado de nuestros días en el ámbito de lo penal para la libertad y la dignidad del hombre”<sup>86</sup>.

Con esto no se excluye que la pena, retributiva, pueda provocar efectos preventivos, ya de prevención especial, ya, más comúnmente y con mayor eficacia, sobre todo, en algunos períodos, de prevención general. Aclaremos que al decir “en algunos períodos” nos referimos a aquellos de acusado rigorismo que, por responder a un súbito cambio político que necesite imponerse a una resistencia muy extendida y convierta la pena en un arma de sometimiento, neutralización o aniquilamiento, o, dentro de situaciones más o menos democráticas, a una reacción incontrolada contra el aumento de la criminalidad o de determinadas especies delictivas, agravan y encruelecen sin medida las penalidades, no durando, empero, dichos efectos preventivos sino, en el primer caso, hasta que la normalidad ciudadana se recobra o, en el segundo, hasta que la sensatez vuelve por sus fueros y

(<sup>83</sup>) *Ibidem*, págs. 18-19.

(<sup>84</sup>) Cfr. El capítulo siguiente, corolario o consecuencia 6ª.

(<sup>85</sup>) Rivacoba, *Configuración y desfiguración de la pena*, cit., pág. 17.

(<sup>86</sup>) *Ibidem*.

tales excesos se derogan, o bien, en cualquier hipótesis, hasta que se produce en una comunidad el acostumbramiento social que haga de la violencia y la dureza su forma habitual de vida, con la consiguiente pérdida, en semejantes puniciones, de su carácter de extraordinaria severidad y de su vigor refrenante y contentivo.

Estas exageraciones aparte, de la entidad retributiva de la pena pueden sin duda derivarse consecuencias preventivas, pero no necesariamente; sólo al modo del *proprio* de la tradición escolástica, como cualidad que, sin constituir la esencia de la cosa, se sigue, no siempre, de ella. En tal sentido, con la modestia y las limitaciones que le son naturales, subordinada en todo caso a la índole y función retributiva y como posibilidad de libre aceptación y aprovechamiento por el condenado sin ninguna presión directa ni indirecta, análogamente a como se le puede proponer que mejore su cultura o asista a un espectáculo, nada obsta a que la pena ofrezca y que se provean los medios para que ejerza una acción preventiva, de cualquier forma y en cualquier momento, y en particular dentro de la etapa capital que es su ejecución.

Por lo que se viene razonando, sólo con muchas reservas parece que quepa asentir a la opinión de Luigi Ferrajoli, para quien, recordando a Christian Thomasius en el pasado (1655-1728) y Alf Ross en la actualidad (1889-1979), "hay un lazo evidente entre la naturaleza retributiva de la pena y su función de prevención general de los delitos"<sup>87</sup>.

Corroborara, en fin, el criterio que en estas páginas se sustenta la simple observación de que en aquellas personas en las que por su cultura, su sensibilidad e incluso su posición social, como son la mayoría de los delincuentes políticos y por convicción en general, mayor impresión han de causar las privaciones y los padecimientos, poco o ningún efecto disuasivo logran el exacerbamiento de las penalidades ni los tratamientos y las penas extremadamente crueles que con frecuencia se les hace sufrir; antes bien, suelen suministrarles más razones que les refuerzan y obstinan en sus ideas, sus propósitos y su conducta. Y aun cabría agregar y de ningún modo es de desdeñar a este propósito el aleccionador espectáculo de que la mantenida prohibición de ciertos actos y su castigo por lo común nada benigno durante siglos y milenios no han servido para hacerlos desaparecer, ni siquiera para que disminuyan o permanezcan constantes en su intensidad o cantidad.

---

(87) Ob. cit., pág. 363, y en relación con ella cfr. pág. 422.

## CAPÍTULO VIII

## COROLARIOS

Del planteamiento que se ha trazado de la retribución fluye una serie de consecuencias.

1ª) Que, como quiera que el Derecho regula el obrar humano y que, en congruencia, los valores jurídicos se acatan y realizan o se niegan en este obrar, lo único que se puede desaprobar, desvalorar, juzgar negativamente, lo único sobre que puede recaer la retribución y que, de consiguiente, puede ser objeto de pena, es un acto del hombre, o varios actos o una repetición de ellos, no el ser del hombre ni su manera de ser<sup>88</sup>. O en otros términos: que sólo cabe retribuir lo que se hace o cómo se hace, no lo que se sea ni cómo se sea, el obrar y no el ser.

Dada, por otra parte, la índole del Derecho, tales actos no han de quedarse en la interioridad del sujeto, en su conciencia o en su voluntad, sino que tienen que exteriorizarse y ponerse en ejecución, y, además, que referires a otros hombres.

De donde inmediatamente se sigue que son de todo punto ajenos a la retribución y permanecen, por ende, fuera de un auténtico Derecho penal cuanto realicen los llamados seres inferiores y, en otro aspecto, cualquier concepción o modalidad del denominado Derecho penal de autor, así como, en fin, los meros pensamientos, creencias y voliciones. En la perspectiva del Derecho penal de autor, lo que en realidad hay es una discriminación y una defensa frente a un peligro, o, mejor, frente a grupos, categorías o individuos a quienes se considera distintos y peligrosos, no una valoración, siquiera sea negativa, de actuación alguna.

“La retribución importa que el individuo que debe ser punido haya cometido antes una acción. No se da retribución fuera de la acción. Así, una concepción sintomática del Derecho penal, para la cual lo que cuenta a fines preventivos es un *status* del sujeto que se deduzca de su acción, se encuentra en inevitable contraste con la idea retributiva. En efecto, no se puede ser llamado a responder penalmente de lo que se es, a menos que este modo de ser dependa de la consideración de un obrar”<sup>89</sup>.

---

(88) Igual o semejantemente en todo esto, como es lógico, que en las restantes normatividades de la actividad humana.

(89) Bettiol, ob. cit., pág. 808.

2ª) La retribución exige, o supone, la antijuridicidad, es decir, que la acción sea contraria al Derecho, que lo haya violado<sup>90</sup>. Ahora bien, una acción es en rigor antijurídica, no porque contravenga una prescripción formal del Derecho, sino porque vulnera lo que íntima y verdaderamente, materialmente, lo constituye, su contenido, esto es, los principios que lo informan, los valores en que se inspira y que trata de realizar y los fines a que tiende y que procura alcanzar.

De lo cual se desprende con claridad, y no admite duda, que sin ofensa de un bien jurídico, sea tal ofensa por su efectiva destrucción, su lesión o menoscabo, su puesta en peligro o una compresión que impida o restrinja su goce o ejercicio, no hay antijuridicidad<sup>91</sup>, y que, por tanto, no pueden ser objeto de retribución y de pena, además de los actos justificados legalmente, los delitos de desobediencia ni los de peligro abstracto, ni tampoco aquellos actos de apariencia criminosa que, sin estar amparados por una causa de justificación, no atenten contra ningún bien que el Derecho proteja<sup>92</sup>.

3ª) Asimismo, la retribución requiere, o supone, la culpabilidad. "Más substancial aún aparece la idea retributiva, cuando se piensa que la retribución implica la presencia del carácter *culpable* en la acción antijurídica que se toma en consideración"<sup>93</sup>.

La desvaloración en que consiste carecería de posibilidad e incluso de sentido, si el acto, además de ser opuesto al Derecho, no fuese conocido y querido o aceptado, tanto en su entidad propia como en su calidad de antijurídico, por su autor<sup>94</sup>, y si éste no se hubiese hallado, al perpetrarlo, en una situación en la que hubiera podido razonablemente determinarse con arreglo a la representación del deber jurídico y se le hubiera podido exigir que obrara conforme a él. Sólo un acto de esta naturaleza puede ser sometido a un juicio de valor y ser retribuido. Que tal concepción envuelva o no la afirmación de la libertad psíquica en el ser humano es cuestión en la que no nos engolfaremos aquí<sup>95</sup>. En cambio, una imagen del hombre que prescindiera de su aptitud para los valores y concibiera que su actuar se determina en todo caso por estímulos, mecanismos y reacciones naturalistas,

(90) Del mismo modo, Bettiol, *ibidem*.

(91) Principio de ofensividad.

(92) Justificación supralegal.

(93) Bettiol, *ob. cit.*, pág. 809.

En distinto sentido lógico, mas coincidiendo en el fondo, los hermanos Julio y Jorge Armaza Galdos, *Estudios sobre la pena*, Hiparquia, Arequipa (Perú), 1994, págs. 41-42, razonan que "no es posible fundar la pena en algo diferente a la culpabilidad, y de allí, guste o no guste, aparece la pena como retributiva".

(94) Lo cual, naturalmente, supone, a su vez, en tal autor la correspondiente capacidad (imputabilidad).

(95) Sin embargo, el pensamiento del autor sobre el particular se puede ver en *Configuración y desconfiguración de la pena*, *cit.*, págs. 13-14.

resultando así factible evitar la delincuencia, bien puede prescindir igualmente de la noción y exigencia de culpabilidad. Es más, ésta no tiene razón de ser ni significado profundo como elemento o carácter esencial del delito sino en orden a y para fundamentar la retribución en la pena<sup>96</sup>.

En resumen, la retribución, como juicio de valor, juicio desaprobativo, y, por lo mismo, graduable, que es, necesita asentarse en los dos elementos o caracteres valorativos y consiguientemente también graduables de la infracción criminal, a saber, la reprobación objetiva de ésta en sí, o antijuridicidad, y su reproche subjetivo, tomando en cuenta la relación con el autor, o culpabilidad.

4ª) La naturaleza retributiva de la pena hace que ésta pueda conmensurarse en cada caso a la gravedad del respectivo delito. Como escribió Bettiol, “es sobre la base de la idea de la retribución sobre la que hizo su ingreso en el Derecho penal el criterio de la *proporcionalidad*, ya que la pena retributiva es “naturalmente” proporcionada al comportamiento efectuado”<sup>97</sup>.

Se logra así lo que ha constituido una antiquísima aspiración de la humanidad y fue particularmente caballo de batalla en la doctrina del siglo XVIII. Recordemos como hitos más sobresalientes en ella a Beccaria, para quien “la verdadera medida de los delitos”, a la que deben proporcionarse las penas, es “*el daño a la sociedad*”<sup>98,99</sup>, criterio al que se adhiere sin vacilaciones su traductor y anotador alemán Karl Ferdinand Hommel (1722-1781) y se opone con viveza en España Lardizábal, que lo considera demasiado simple y combina al respecto el daño producido por el delito con una complicada serie de circunstancias<sup>100</sup>, entre las cuales predominan o se destacan las relativas al complejo concepto que hoy denominamos culpabilidad; y también a Filangieri, quien, inspirado en Rousseau, parte, para resolver el problema de la verdadera medida o gravedad de los delitos, de lo que llama su cualidad, o sea, la influencia que en la conservación del orden social tenga el pacto “al que falta el delincente”, y completa la solución con lo que denomina el

(96) Por esto, más que por su insuficiencia en la dogmática del delito, resultaba insatisfactoria la teoría psicológica de la culpabilidad, completamente exenta de cualquier connotación axiológica y que, por tanto, no podía explicar su graduabilidad ni ver en ella un criterio mensurador de la pena.

(97) Ob. cit., pág. 813.

No obstante, es de advertir que en las ediciones anteriores (cfr. supra, capítulo VI, nota 79) decía: “[...] ya que la pena retributiva debe ser estrictamente proporcionada al comportamiento precedente”.

(98) “Ésta es una de aquellas palpables verdades que, aunque no tengan necesidad ni de cuadrantes ni de telescopios para ser descubiertas, sino que están al alcance de cualquier mediocre inteligencia, por una maravillosa combinación de circunstancias no son conocidas con decidida seguridad más que por algunos pocos pensadores, hombres de todas las naciones y de todos los siglos”, prosigue.

(99) Cfr. ob. cit., §§ XXIII y XXIV (según la ordenación de Morellet).

(100) Cfr. especialmente sobre este punto ob. cit., págs. 103-104.

grado, esto es, el del dolo o la culpa que se dé en el singular suceso criminal, cualidad y grado a los que es preciso proporcionar la pena<sup>101</sup>. Y semejante preocupación continúa siendo capital durante gran parte del siglo XIX<sup>102</sup>.

Con todo, la aspiración de que la pena fuera proporcional al delito era inalcanzable, mientras no cupiese concebir a uno y otra como conceptos realmente graduables, lo cual requería captar su entidad valorativa, y esto, a su vez, la aparición de la Filosofía de los valores y su aplicación a tales materias. Sin duda, para establecer la proporción entre sí de las respectivas concreciones de dos entidades abstractas, como ciertamente lo son el delito y la pena, estas entidades han de ser susceptibles de un más o de un menos, o lo que es igual, han de ser graduables; y sólo dos valores, con su característica de la polaridad, que ofrece y permite recorrer una gradación continua de su intensidad desde su plenitud absoluta hasta su ausencia total, hacen posible dicha graduación y, con ella, la comparación y proporcionalidad de los objetos o actos referidos a un mismo valor.

Esta equiparación se verifica en distintos niveles; principalmente, en el legislativo y en el judicial, y en el primero a través de dos pasos sucesivos. Ante todo, seleccionando de las realidades o entidades a las que en la perspectiva de valores e intereses de una sociedad se reconoce o atribuye tanta importancia que se considera necesario o conveniente resguardarlas mediante regulaciones jurídicas de conducta que les dispensen una efectiva protección y logren o refuercen su incolumidad, algunas cuya lesión<sup>103</sup> se disvalora y sanciona penalmente; y, luego, estableciendo, con un delicado equilibrio o armonía axiológica, para los diversos atentados contra cada una, las condignas penalidades, según la relativa importancia de aquéllas y la gravedad de éstas. Y, en cuanto a la judicatura, dando actualidad, es decir, concretando, ajustando y aplicando a la peculiaridad de un caso criminal la previsión penal que la ley señala en abstracto para todos los de la misma categoría delictuosa<sup>104</sup>. Así se cumple el viejo apotegma de Papiniano<sup>105</sup>, según el cual<sup>106</sup> *poena est aestimatio delicti*.

(101) Cfr. ob., trad., ed. y vol. cit., págs. 241-260, y en particular la 254.

(102) Por ejemplo, en Romagnosi, Rossi, Pacheco, Carmignani, Carrara, etc.

(103) En sentido amplio, comprensivo de su destrucción total o parcial, el colocarlas en peligro o una comprensión que impida o reduzca su normal goce o ejercicio.

(104) La determinación, o, mejor, graduación judicial de la pena, es de naturaleza valorativa y, por tanto, con la enorme e innegable dificultad de todo juicio y todo cometido axiológicos, no puede aspirar a identidades, sino a equivalencias, y mediante ella se logra, conmensurándolos racionalmente, una verdadera proporcionalidad (valorativa) entre el delito y su punición. Acerca de esta cuestión, véase Rivacoba, *Cuantificación de la pena y discrecionalidad judicial*, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, de Madrid, número 3, 1993, págs. 621-639, y la *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, de São Paulo, año 2, número 7, julio-septiembre de 1994, págs. 52-64.

(105) Dig., XLVIII, 19, 41: *Papinianus libro II Definitionum*.

(106) En la libre versión que le da Carrara, ob. cit., parágrafo 696. Poco más adelante, parágrafo 702, insiste en la idea y dice por su cuenta que la pena "es el precio con que la sociedad paga el delito".

Pues bien, en la actualidad apenas se discute que de los elementos que componen a las notas que caracterizan el concepto de delito la antijuridicidad y la culpabilidad son de índole valorativa y se expresan en los diferentes casos por sendos juicios de valor; con lo cual, y sin perjuicio de su sustrato naturalístico, como fenómeno individual y social, halla su lugar adecuado y se sitúa en el mundo de los valores, y más definidamente en la región que circunscriben en él los valores jurídicos. De consiguiente, es graduable<sup>107</sup>. Por otra parte, la retribución también es valorativa y está animada por los valores jurídicos, siendo, pues, asimismo graduable. Sobre esta base y sin desconocer las innegables dificultades de parangonar, no datos de hecho ni magnitudes ideales, sino realidades axiológicas, la proporción entre delito y pena adquiere plena significación, resulta perfectamente asequible e incluso viene postulada por el propio ser de uno y otra y por la complementariedad que guardan entre así.

Lo injusto de una actuación punible siempre puede ser mayor o menor y es, por ende, graduable, tanto en los tipos especiales en relación al básico<sup>108</sup>, como en los singulares acaecimientos criminosos dentro de la misma especie delictiva<sup>109</sup>, y la culpabilidad lo es en uno u otro sentido sin excepciones<sup>110</sup>. En correspondencia, y descartando las de muerte, perpetuas y de confiscación, que hoy no constituyen sino reminiscencias teratológicas son divisibles, elásticas adaptables a la individualidad de cada delito particularizado y concreto, graduables. De ahí se deriva que la antijuridicidad y la culpabilidad no son únicamente, en su calidad de elementos o caracteres esenciales del delito, fundamentos de la pena, sino a la vez criterios para su mensura y determinación, y que la pena que precisa e impone el juez no es sólo consecuencia, sino asimismo medida de lo injusto y la culpabilidad<sup>111</sup>, y con ello de la gravedad, del delito que está juzgando, dentro de los de su respectiva categoría.

(107) "El concepto de delito es un "concepto graduable"., Mezger, *Tratado de Derecho penal*, traducción de la 2ª ed. alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, nueva ed., revisada y puesta al día, 2 vols., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, tomo II, pág. 423.

(108) Puede ser mayor o menor, a) por representar una lesión o un peligro mayores o menores para el bien jurídico de que se trate, o b) por comprimirlo más o más prolongadamente, o viceversa, cuando se trate de bienes jurídicos indestructibles, respecto a los cuales sólo es factible impedir o restringir su goce o ejercicio, y puede ser mayor, a) por configurar un ataque al bien jurídico en situaciones en que su defensa o protección es inferior a la normal, o b) por entrañar la afectación concomitante de otro bien jurídico, además del característico del delito; con la salvedad, en la primera de tales hipótesis, de aquellas trasgresiones criminales cuyo resultado consiste en la destrucción, no parcial, sino total, la aniquilación, del correspondiente bien jurídico, pues en semejantes casos, obviamente, no cabe un injusto mayor o menor que otro.

(109) Con la salvedad, también, acabada de señalar al final de la nota anterior.

(110) Bien por una mayor o menor intensidad del dolo o la culpa o por un mayor o menor disvalor social de los motivos. En los delitos que lo admitan o lo exijan, puede aumentar asimismo en aquellos casos que exterioricen una personalidad particularmente adversa al Derecho y jurídicamente desaprobada.

(111) "La graduación de la pena es medida del injusto [...]. La graduación de la pena es medida de la culpabilidad". Mezger, ob. y vol. cit., pág. 424.

Conmensurar dos entes, esto es, fijar la proporción entre ellos, constituye una fina operación racional, que involucra otra no menor de determinar el contenido y los límites de cada uno. Al plantearse la crítica del concepto contemporáneo de retribución, Zaffaroni sostiene que para las modernas teorías retributivas de la pena aquélla no es un concepto con contenido real, sino más bien un recurso o construcción mental que procura poner un límite a la coerción punitiva del Estado mediante la proporción entre la cuantía de la pena y dejar por esta vía a salvo la seguridad jurídica<sup>112</sup>. Dejando a un lado aquí la pretendida falta de contenido<sup>113</sup>, el orden del discurso acaso debiera invertirse: precisamente porque el delito y la pena se reclaman y complementan, y porque ambos están colomos de significación valorativa de la misma índole, la gravedad del uno, dada por su injusto y su culpabilidad, se proporciona con la de la otra y así la limita, con su lógica secuela para la seguridad jurídica y la libertad individual en lo punitivo.

Conmensurar o proporcionar la pena, medirla, determinarla (y nada hay más determinado, más medido en las legislaciones, ni que éstas procuren proporcionar o conmensurar más a los respectivos delitos, que las penas), supone siempre partir, y es inteligible sólo partiendo, de reconocerle naturaleza retributiva, de una concepción retributiva de ella, conforme con su habitual sagacidad advirtió Dorado Montero (1861-1919) en 1909<sup>114</sup>.

De manera muy diversa deben en buenos principios entenderse y ocurrir las cosas en cualquier concepción preventivista, donde la pena no tiene por qué sujetarse a, ni reconocer, límites en la gravedad del delito pasado, sino que orientarse a, y detenerse en, la evitación de otros nuevos.

5ª) Siendo el objeto de la retribución un acto antijurídico y culpable, la pena no puede recaer más que sobre el individuo cuyo es dicho acto, que lo perpetró, y tiene que ser, así, eminentemente personal.

La personalidad de las penas ocluye toda posibilidad lógica, por un lado, de la transcendencia que las caracterizó en el pasado, cuando se las aplicaba a individuos distintos del delincuente, más o menos próximos o relacionados a él<sup>115</sup>, y, por otro, de la reepursión que suelen provocar en la actualidad,

---

(112) Cfr. su *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 5 vols., Ediar, Buenos Aires, 1980-1983, tomo I, págs. 88-91.

(113) Cuestión sobre la cual, después de cuanto se viene razonando en esta obra, parece ocioso insistir.

(114) Cfr. *El Derecho protector de los criminales*, 2 vols., Victoriano Suárez, Madrid, 1915 (según las respectivas portadas, pues en el prospecto editorial de las páginas finales del tomo II, ya sin numerar, se lee "1916"), tomo II, pág. 26.

(115) "Trascendencia que encontramos en el antiguo régimen como medio de intensificar el poder intimidante". Antón, *Derecho penal*, 2ª ed., anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Benéitez Merino, Akal, Madrid, 1986, pág. 514.

Acerca del tema, recuérdese el notable *Discours* que premiaron a Robespierre en Met en año 1785 y que



surtiendo efectos que no por ser indirectos dejan de tener en muchas ocasiones considerable y aun extrema gravedad sobre sus allegados.

6ª) En fin, tratando en ella al hombre como hombre, es decir, reconociendo y respetando su dignidad, la retribución tiene que suscitar la humanización de las penas y hacer que éstas sean radical y completamente humanas, o lo que es igual, compatibles con la noción de dignidad y sus exigencias, proscribiendo y evitando la inflicción de cualquier dolor o sufrimiento, ya físico, ya moral. Como proclama la Declaración Universal de Derechos del Hombre, del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 5º, “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

No puede sino sorprender, hasta cierto punto, que Bettiol, a pesar de admitir el carácter humanitario que debe tener la pena, lo someta a límites, y sostenga su naturaleza aflictiva y que en la pena deba haber siempre algo que la conciencia individual y la social sientan como dolor. “Todas las tendencias y todas las concepciones que se esfuerzan por quitar a la pena su carácter aflictivo tratan de abrir brecha en la idea retributiva o la niegan abiertamente”. Y sin rodeos afirma que la pena debe producir en su ejecución un sufrimiento<sup>116</sup>. Todo lo cual se halla en los antípodas y en franca pugna con la necesidad que la retribución impone de humanizar las penalidades y ver en el condenado un semejante.

Hasta la saciedad hemos razonado que en la retribución no hay más que un juicio negativo de valor acerca de, o en referencia a, ciertas acciones, desaprobación que se manifiesta y concreta, se hace sensible y comunica, en la pena. Que esta última haya revestido a través del tiempo y revista en nuestros días formas sumamente dolorosas no es sino la consecuencia de imposiciones culturales, de muy diverso género, que desfiguran y desvirtúan lo único que en realidad son y pueden ser la retribución y la pena. Ahora bien, un juicio de valor y una desaprobación, y su expresión y concreción, son cosas por entero extrañas e incluso poco conciliables con la causación de dolor.

Se pueden y debe buscar, y hacer que funcione la imaginación para encontrar, inéditas maneras de penar que combinen la retribución con el sentido de humanidad y las posibilidades con la eficacia, resultando factibles para las condiciones y los recursos y aceptables para la conciencia de nuestras sociedades.

---

publicó en Ámsterdam el mismo año (reproducido en las *Mémoires* de la Real Academia de Metz, año XX, 1838-1839, págs. 389-416.

(116) Cfr. ob. cit., págs. 809-812.

En el texto se ha dicho que este pensamiento de Bettiol sorprende *hasta cierto punto*, porque sus convicciones religiosas lo hacen muy explicable.

Entretanto, como una especie de consigna que ilumine la aplicación del Derecho penal que es y que oriente para conformar otro mejor puede servir el propósito de **retribuir cuanto sea preciso y hacer sufrir sólo lo mínimo indispensable.**

Un iusfilósofo individualista y liberal, Stammler, vincula los principios del Derecho justo al respeto y la solidaridad hacia el prójimo. No cabe duda de que en toda sanción jurídica, y más en la máxima, que es la pena, hay una exigencia para el condenado y una exclusión de él en ciertos aspectos de la comunidad; pero, según su pensamiento, a nadie se debe obligar ni excluir sin seguir viendo en él al prójimo, esto es, al próximo<sup>117</sup>. Y un iuspenalista también neokantiano, Radbruch, recuerda la frase, muy oportuna, de Goethe: "Tanto si se ha de castigar como si se ha de tratar con dulzura, debe mirarse a los hombres humanamente"<sup>118</sup>.

7ª) Añadamos, para concluir, que, acaso por todo lo anterior y resulte o no atractiva y deseable la entidad retributiva de la pena<sup>119</sup>, "es un hecho cierto que para gran número de ordenamientos jurídicos y para una parte no despreciable de la doctrina de muy diversos países a la pena le es inherente la finalidad retributiva, sea como fundamento o fin único, sea como componente de una más amplia gama de funciones", y que la generalidad de la doctrina española "parte de premisas retributivas"<sup>120</sup>.

## CAPÍTULO IX

### RETRIBUCIÓN Y SIGNIFICADO SIMBOLICO DE LA PENA

Depurada, restaurada y perfilada, como se ha procurado en los capítulos precedentes, la idea de retribución, se percibe bien en ella el fuerte carácter simbólico que presenta el Derecho punitivo. Más que de infligir dolor y provocar sufrimiento a nadie por el delito que haya ejecutado, se trata de

(<sup>117</sup>) Cfr. *Tratado de Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces, Reus, 1930, pág. 258, y *La esencia del Derecho y de la ciencia del Derecho*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba, 1958, págs. 121-122.

(<sup>118</sup>) *Filosofía del Derecho*, traducción de José Medina Echavarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, pág. 212.

(<sup>119</sup>) "En principio, se puede decir que es inevitable sostener que la pena tiene su esencia retributiva". Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena*, I, Teoría de la pena y la culpabilidad, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 30.

(<sup>120</sup>) Marino Barbero Santos, La división en dos fases del proceso penal, (en su libro misceláneo *Estudios de Criminología y Derecho penal*, Universidad de Valladolid, 1972, págs. 191-209), pág. 202, texto y nota. Este artículo se había publicado en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, de Madrid, 1969, págs. 269-281.

desaprobarlo y significar y dar realidad a semejante desaprobación en la pena. Frente a la negación que el delito representa de los valores consagrados por una comunidad y a cuya preservación considera ésta ligadas su razón de ser y su organización y acción política y jurídica, el Derecho penal los reafirma mediante la reprobación y el reproche de los actos que los niegan, expresando y concretando tal reafirmación en su punición, es decir, denotando de manera simbólica con ella la permanencia, en la sociedad, de sus aspiraciones valorativas y sus ideales de vida.

Repárese, por otra parte, en el volumen y la importancia de la cifra negra, existente en toda especie de delitos y abundante e inclusive abrumadora en algunas, tanto, que no hay exageración en aseverar que sólo por excepción se castigan. Todavía más: no hace falta gran imaginación para percatarse de que el conocimiento y la sanción de absolutamente todos los delitos resultaría agobiadora para cualquier sociedad y es algo, de hecho, inviable; y se comprenderá mejor el mencionado carácter simbólico. Los casos que se condenan y la pena en muchos de ellos casi no constituyen sino índice del notable aprecio en que una comunidad tiene ciertas cosas y la severa desaprobación que le merecen los actos que las conculquen.

Este simbolismo no resta la más mínima autoridad y prestancia al Derecho penal; antes bien, lo realiza, pues hace que constituya representación operativa de lo que una sociedad estima más entrañable e importante, genuino y elevado<sup>121</sup>.

---

(121) Sobre esta materia, cfr. Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*, cit., págs. 83-84.