

InDret
REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

Para este viaje, ¿hacen falta estas (empíricas) alforjas?

Recensión a ROBINSON, P. H.; *Distributive principles of Criminal Law. Who should be punished how much?*, Nueva York (Oxford University Press), 2008, 267 pp.

Daniel Rodríguez Horcajo

Universidad Autónoma de Madrid

*1. En su libro publicado en el año 2008 (y recientemente traducido al castellano¹), el Profesor Paul H. ROBINSON se embarca en una tarea compleja, pero, a la vez, convenientemente acotada (p. 1). Dejando de lado la gran cuestión de la justificación del castigo estatal, el autor pretende, con una "*notable modestia*"², construir una regla que permita distribuir el castigo estatal (por otro lado, una institución vigente y no cuestionada al menos en lo relativo a su propia existencia -p. 1) de tal manera que se alcance eficientemente el objetivo que él mismo otorga, aunque implícitamente (o no tanto -p. 87-), a la pena: el control del delito. Y se plantea esta cuestión porque, a su parecer, hasta ahora no se ha conseguido articular un criterio distributivo que no sea acreedor de posibles críticas y que, en el fondo, no dé amparo a la impredecibilidad y la arbitrariedad (p. 18).

De la multitud de ideas que se recogen en el libro, esta reseña se centrará en cuatro grandes bloques, para cerrar con unas conclusiones, siempre modestas en comparación con la obra de las que traen causa.

2. El primer conjunto de ideas relevantes se acumulan en torno a la idea de disuasión (*deterrence*). Para ROBINSON, tomando como base las conclusiones de diversos estudios de las ciencias del comportamiento, el Derecho Penal no disuade, o, cuanto menos, no disuade como tradicionalmente se había entendido (pp. 21-22). Esta falta de consecución del objetivo tiene unas causas y una consecuencia. Empezando por ésta última, un principio distributivo que no consigue aquello que pretende no puede ser, sin más, utilizado como argumento para justificar una concreta distribución del castigo, porque de otro modo se aceptaría un medio para alcanzar un fin aun a sabiendas de su incapacidad para lograrlo (p. 87). Es aún más interesante el analizar las causas de este fracaso, que pueden ser contabilizadas como tres, una por cada requisito exigido para que la disuasión funcione (requisitos que son cumulativos y sucesivos) (p. 22-23).

Que una norma disuada de un determinado comportamiento exige, en primer lugar, que ésta sea conocida por el sujeto a disuadir y que éste al menos se represente las implicaciones que tiene para él el incumplimiento (p. 24). Sin embargo, los estudios empíricos nos demuestran cómo los individuos no tienen un conocimiento de las normas penales (tampoco aquellos que ya han sido condenados por un delito previo) y, lo que es más importante, predicen el contenido de las normas a partir de sus intuiciones morales (p. 25).

En segundo lugar, si se salva lo anterior, la efectividad de la *deterrence* precisa que la norma sancionadora sea tenida en cuenta a la hora de tomar la decisión sobre si delinquir o no (que se

* La presente reseña se corresponde en gran medida con la ponencia que presenté el 18 de abril de 2012 en el Seminario de Profesores del Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. Sin embargo, el resultado final no sería el que es si no hubiese podido gozar del debate posterior a dicha ponencia. Por el mismo, y por tantas otras cosas, agradezco a todos mis compañeros del Área de Derecho Penal de la UAM. También agradezco al Ministerio de Educación, que, a través de una beca FPU, me permite dedicar mi tiempo a cuestiones como las que ahora me ocupan.

¹ ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, (trad. CANCIO MELIÁ/ORTIZ DE URBINA GIMENO), Marcial Pons, Madrid, 2012, 286 pp.

² CANCIO MELIÁ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Introducción» en ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, 2012, p. 25.

conozca que un elemento es relevante para una decisión concreta no implica necesariamente que se evalúe de cara a la toma de esa decisión -p. 28-). En cualquier caso, los potenciales delincuentes suelen obviar el castigo como elemento relevante a la hora de tomar la decisión delictiva, pues se trata de sujetos con menor aversión al riesgo y con una mayor impulsividad que la media de la población (p. 28). Estas cuestiones individuales además se ven potenciadas en el caso, habitual en la práctica, de que dicha decisión se tome en un contexto grupal, donde distintos individuos se retroalimentan en su toma de decisiones apartada de las consecuencias y donde los mismos sienten que su responsabilidad individual se diluye en el grupo (p. 30).

Por último, si los dos requisitos anteriores se cumplen, la prevención general negativa exige que en el análisis coste-beneficio el delincuente potencial encuentre el primer factor superior al segundo. Por desgracia para este principio distributivo, la situación normalmente es la inversa. En particular, y teniendo en cuenta que estas magnitudes siempre deben ser consideradas desde el punto de vista subjetivo, los problemas surgen en el análisis del coste derivado del delito (el beneficio percibido y el que se obtiene realmente suelen ser, para este autor, similares -p. 47-). Siguiendo a BENTHAM, ROBINSON acepta que el coste percibido de una pena es función de la probabilidad de su imposición, de su magnitud, y del retraso con que se imponga en relación con el momento de la comisión del delito (p. 32). Sin embargo, la función no es de proporcionalidad directa estricta, sino un tanto más compleja. Porque la probabilidad de detección y sanción del crimen es, salvo en los delitos de homicidio, inferior al 10% (p. 34); porque el incremento de la cuantía de la pena, aunque disuasorio, tiene límites que no se pueden superar sin producir un efecto inverso al pretendido³ (pp. 36-45); y porque no existe, por ahora, una manera de calcular la relación entre la dilación del castigo y la disuasión producida (pp. 45-47), nos encontramos lejos de, en aras de una mayor prevención, poder manipular racionalmente el coste derivado del delito que percibe el delincuente potencial.

Estamos tan lejos de conseguir entender las dinámicas disuasorias y, aunque esto se produjese, se necesitaría tal cantidad de información empírica (p. 88), que, a pesar de ser la justificación habitual en la política criminal de hoy en día⁴, distribuir el castigo conforme al principio disuasor no puede ser más que un argumento que esconde otros fundamentos⁵.

3. El segundo punto de la obra que nos gustaría destacar es el relativo al principio distributivo de la incapacitación. Mientras que este criterio no se encuentra con el problema de su ausencia de

³ Los límites que arguye ROBINSON son de lo más variopinto. Desde límites económicos (la sanción implica un coste -p. 36-), o "deontológicos" (en el sentido de que las sanciones deben guardar una proporcionalidad con la actuación que castigan, de modo que se desincentiven más las conductas más graves -p. 36-), hasta límites empíricos (relacionados con distintos efectos demostrados por las ciencias del comportamiento, como la "adaptación a la intensidad" -p. 37-, la "rutina hedónica" -pp. 39-40-, o el "recuerdo más benigno" -pp. 41-42-).

⁴ Criterios de disuasión son los principalmente utilizados para decidir si se castiga o no una determinada conducta (p. 76), para definir elementos centrales del sistema de imputación de responsabilidad (pp. 77-80) o para determinar la concreta condena asociada a un hecho delictivo (pp. 82-83).

⁵ Siguiendo a KAHAN (KAHAN, «The Secret Ambition of Deterrence», *Harv. L. Rev.*, (113), 1999, pp. 413-500), ROBINSON plantea, de una manera más moderada que su fuente, la posibilidad de que el recurso al principio distributivo de la *deterrence* (y a su vocabulario) sea simplemente un manera de justificar determinadas medidas de política criminal que quizá no serían aceptadas (o se aceptarían con mayor dificultad) si se justificaran con base en el verdadero principio distributivo del que traen causa (por ejemplo, la incapacitación) (p. 84).

efectividad práctica, si que choca frontalmente con un obstáculo difícil de salvar: la predicción de la peligrosidad futura (p. 109). Éste, que es el único requisito necesario para conseguir una distribución eficaz conforme a este principio (que no sea ni infrainclusiva ni suprainclusiva -p. 109-), se enfrenta a los resultados de las ciencias del comportamiento sobre este particular, que hablan de una posibilidad muy reducida de predicción fiable (p. 126). En todo caso, obviando estos problemas, el ordenamiento actual recoge cada vez más medidas que sólo tienen una finalidad inocuidadora mientras que, sin embargo, se sigue recurriendo a los criterios tradicionales de 'justicia' o 'pena' (pp. 112-113). A ojos de ROBINSON, estos dos fenómenos son incompatibles, ya que la pena, entendida como " *el hacer que una persona experimente un dolor, una pérdida o un sufrimiento por la comisión de un delito*" (p. 113) no cabe frente a la peligrosidad, que supone la probabilidad de la comisión futura de un hecho de estas características.

Ahora bien, frente a ésta sí que caben medidas de incapacitación o restricción que deben, siguiendo las ideas de esta obra, ser gestionadas por un sistema civil posterior al cumplimiento de la pena, que se guíe únicamente por el criterio de mayor protección de la sociedad, mientras que el sistema del Derecho Penal pueda seguir diciendo sin faltar a la verdad que su concepto central es la responsabilidad merecida por el hecho pasado (pp. 130-131). En otras palabras, se debe evitar el conflicto entre estos dos criterios distributivos simplemente segregándolos en dos sistemas distintos, de tal forma que se articule un sistema global que simultáneamente minimice los riesgos sociales y otorgue mayor seguridad jurídica a los potenciales delincuentes (p. 131).

4. Pese a todo lo anterior, el núcleo duro de la obra, y su gran aportación, es el análisis del concepto de merecimiento. ROBINSON, distingue tres conceptos específicos asociados a esta idea: el merecimiento de la venganza (*vengeful desert*), el merecimiento deontológico (*deontological desert*), y el merecimiento empírico (*empirical desert*) (p. 136). Mientras que el primero fija como parámetro de proporcionalidad de la pena el daño causado por el delito desde la perspectiva de la víctima (p. 137), los otros dos parten de una visión más rica, asociando la cuantía de pena con la reprochabilidad al autor por la comisión del concreto delito (reprochabilidad que tiene en cuenta, por supuesto, el daño causado por el mismo, pero también otros elementos, como, por ejemplo, la capacidad de culpabilidad o las posibles justificaciones) (pp. 138-140). Entre merecimiento deontológico y merecimiento empírico existen, a su vez, dos diferencias fundamentales: en cuanto a la concreción del concepto de reprochabilidad (mientras que el *deontological desert* parte de una visión abstracta y trascendente, de un criterio filosófico de Justicia -p. 139-, el *empirical desert* parte de las intuiciones de justicia socialmente compartidas -p. 139-, es decir, reprochabilidad en sentido trascendente y reprochabilidad en sentido sociológico, respectivamente) y en cuanto a su fundamento último (el merecimiento deontológico aspira a alcanzar la Justicia, y el empírico se compromete con una tarea menor pero con mayor incidencia práctica, el control del delito, su prevención -p. 143-).

Todo este panorama le hace optar, aunque ya veremos que con restricciones, por el merecimiento empírico como principio distributivo fundamental (p. 175), debido a que éste es el criterio que genera una mayor utilidad social (p. 176).

¿Por qué? Porque el castigo así distribuido influye sobre los motivos que para el cumplimiento de la ley por parte de los individuos han sido identificados por las ciencias sociales. Éstos son, a grandes rasgos, dos: el individuo cumple la ley porque considera que representa las creencias morales de la sociedad en la que ha sido socializado, y, por tanto, las que él mismo ha interiorizado como correctas; y porque, a falta de lo anterior, el individuo considera que los demás miembros de la sociedad aceptan la ley como correcta, de tal modo que en caso de incumplimiento se vería sometidos a la desaprobación del grupo del que forma parte (p. 176).

¿Cómo? Una norma penal que representa una distribución del castigo acorde con las intuiciones compartidas de justicia, consigue: que la estigmatización social funcione (si la sociedad no se siente representada en los valores que recoge la ley, no reprocha informalmente al sujeto que incumple -pp. 176-178-); que se minimice la resistencia social que aparecería si la norma castiga una conducta que la sociedad considera como no reprochable o castiga por encima de la intuición de merecimiento (pp. 178-184); que desaparezca el efecto "*vigilantismo*" (*patrullas vecinales*⁶) que surgiría si la norma no castiga una conducta que la sociedad considera reprochable o la castiga por debajo de las expectativas comunes (pp. 184-186); y que la norma penal sirva de criterio de decisión en los casos en que los individuos no tienen clara la calificación moral de una acción concreta (en caso de duda se tiende a aceptar como correcta una visión externa siempre que provenga de una fuente creíble y digna de confianza -pp. 187-189-). Como corolario de estos efectos parciales, el autor entiende que una ley penal apegada a los sentimientos sociales de justicia gana en fuerza persuasiva (pp. 186-187) y, para ello, solo tiene que ser moralmente creíble a los ojos de la sociedad (es decir, castigar a aquel que lo merece bajo reglas percibidas como justas, evitar el castigo de aquellos que no lo merecen conforme a esas mismas reglas, y, cuando el castigo es merecido, imponer la cuantía de la pena proporcional al merecimiento -pp. 189-190-).

En todo caso, la efectividad de este principio distributivo pasa por el conocimiento de las percepciones de justicia compartidas por la sociedad (p. 201). Para ROBINSON esto no plantea mayores problemas pues entiende que, partiendo de que la sociedad realiza valoraciones intuitivas en relación con el castigo basándose en un criterio de merecimiento y no en otros, como por ejemplo la disuasión o la incapacitación (p. 204 y 206), sólo se trata de llevar a cabo estudios empíricos que, mediante el planteamiento de casos en abstracto (rechaza, por tanto la legislación que se basa en decisiones sobre casos concretos -pp. 139 y 206-) permitan conocer las intuiciones sobre los principios que guían, para una sociedad concreta, la justa distribución de responsabilidad (pp. 206-207). Esto sería, además y simplemente, la materia prima con la que deberían trabajar los legisladores, en todo caso, a través de un debate abierto y profundo, y con una exigencia de justificación mayor en los casos en los que decidieran separarse de la visión compartida (p. 207).

Con todo esto, se llega al centro de la obra de ROBINSON que a nuestro parecer queda condensado en el siguiente párrafo:

⁶ ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, 2012, pp. 206 y ss.

"Has the utilitarian won the battle if empirical desert is adopted as the system's distributive principle? In one sense, yes; utilitarian arguments are used to justify desert-based liability and sentencing. However, the results of that analysis install the kind of liability distribution system that the utilitarians have argued against for decades. Worse, from their point of view, they cannot reject the empirical desert distribution, as they have rejected deontological desert arguments in the past. If the power claimed here for the law's moral credibility is confirmed, it makes a compelling utilitarian argument for the adoption of a desert-based criminal law"^{7/8}

5. Pese a todo lo dicho en el bloque anterior, nuestro autor considera que el principio del *empirical desert* también plantea problemas. Fundamentalmente, dos. Por un lado, encierra en sí mismo la potencialidad de realizar la injusticia, porque no existe la seguridad de que los sentimientos compartidos por la sociedad sean correctos en un sentido deontológico (pp. 144 y 228-229). Por otro, el aferrarse a la exclusiva articulación de este principio hace posible que se pierdan oportunidades de un mayor control del delito, que se dejen de implementar normas que, aun separándose del merecimiento empírico obtengan un beneficio en control del delito superior a los costes asociados a la pérdida de prevención causada por dicha separación (p. 229).

La solución pasa por implementar un principio distributivo híbrido, una suerte de, diríamos, teoría de integración (p. 230). Para ello, y previamente, hay que distinguir tres cuestiones diferentes a responder a la hora de imponer una pena: quién debe ser castigado, cuánto debe serlo, y cómo debe ser impuesto dicho castigo (pp. 238-239). Las dos primeras preguntas, formarían parte de lo que ROBINSON denomina *distribución cuantitativa*, mientras que la última conformaría la denominada *distribución cualitativa*. Estos dos momentos diferenciados pueden, siempre dentro de un único sistema global, guiarse por principios distributivos distintos (p. 239).

La *distribución cualitativa* se debe basar en el merecimiento empírico como criterio principal (¿A quién y cuánto castigamos? A quien lo merezca y cuanto merezca conforme a las intuiciones de justicia compartidas por la sociedad). Sin embargo, se deben aceptar excepciones a esta regla en tres casos: En caso de (1) desviaciones discretas que permitan alcanzar cualquier interés social importante siempre que sean tan nimias que pasen desapercibidas y, por tanto, no afecten a la credibilidad moral del sistema; (2) desviaciones que permitan alcanzar un mayor control del delito, es decir, desviaciones que supongan un beneficio medido en prevención superior a la pérdida de prevención que sufre un sistema que se separa del merecimiento empírico, y siempre que dicho objetivo no se pudiese alcanzar con una norma respetuosa con las intuiciones colectivas; y (3) desviaciones que permitan alcanzar otro interés social importante, siempre que se considere más importante que la pérdida de control del delito que se produce por la desviación, y

⁷ ROBINSON, *Distributive principles of Criminal Law*, 2008, pp. 211-212.

⁸ "¿Ha ganado el utilitarista la batalla si el merecimiento empírico es adoptado como el principio de asignación de responsabilidad del sistema? En un sentido, la respuesta es afirmativa; los argumentos que se usan para justificar una responsabilidad y una determinación de la pena basada en el merecimiento son utilitaristas. A pesar de ello, los resultados de este análisis instalan la clase de sistema de atribución de responsabilidad contra la que los utilitaristas han argumentado durante décadas. Peor: desde su punto de vista no pueden rechazar la asignación de responsabilidad con base en el merecimiento empírico de la misma forma que han rechazado en el pasado los argumentos propios del merecimiento deontológico. Si se confirma el poder que aquí se ha reivindicado para la credibilidad moral de la ley, el mismo constituye un poderoso argumento utilitarista a favor de la adopción de un Derecho penal basado en el merecimiento" (ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, 2012, p. 234).

siempre que no se pudiese alcanzar con una norma sin desviaciones (p. 248). En todo caso, y como mal menor, ROBINSON acepta que su proposición sigue teniendo el problema de la *ceguera de la comunidad ante la injusticia*, es decir, la posibilidad de que las intuiciones compartidas de justicia sean erróneas (p. 254).

De una manera más sencilla, la *distribución cualitativa* debe regirse por un criterio puramente utilitarista, es decir, debe usarse el método de castigo que permita una mayor prevención del delito futuro (p. 249).

6. Una vez expuesto, a trazos gruesos, las ideas fundamentales de la monografía del autor norteamericano, procede responder a la pregunta que da título a esta recensión: para este viaje, ¿hacían falta estas (empíricas) alforjas?

- Técnica de tejido de las alforjas. Si algo hay que destacar de la obra que nos ocupa es, al margen de su conclusión concreta, la aproximación que realiza a un tema que gran parte de la doctrina ha convertido en un "enorme monstruo" separado de su objeto de estudio. El recurrir a estudios empíricos para justificar una concreta distribución del castigo penal (o, incluso, su justificación última) es, y debe ser, la única manera posible de hacerlo, salvo incoherencia e inconsistencia permanente de las sucesivas respuestas ofrecidas. Como dicen CANCIO MELIÁ y ORTIZ DE URBINA GIMENO, esto es aún más exigible cuando nos encontramos con una doctrina mayoritaria que se reconoce como consecuencialista pero que ignora el estudio de las consecuencias reales de la pena, lo que, a juicio de estos autores, "*resulta paradójico (cuando no sospechoso)*"⁹. Un tema como este, que, desde hace siglos se encuentra encallado sin una solución única aceptable, necesita tejer alforjas usando la patente de ROBINSON.

- Alforjas de segunda mano. Sin embargo, las soluciones concretas que se nos aportan huelen a viejo. Por un lado, la posibilidad de unir retribución y prevención, de levantar las fronteras entre teorías consecuencialistas y no consecuencialistas, es un pensamiento que, desde hace décadas, parece ser una solución muy mayoritaria en la doctrina continental¹⁰. Por otro, la idea que

⁹ CANCIO MELIÁ/ORTIZ DE URBINA GIMENO en ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, 2012, p. 20.

¹⁰ Aquí las citas y comentarios podrían ser interminables, de modo que, sin ánimo de exhaustividad, haremos una reflexión breve a este respecto. Quien probablemente primero rompió esta barrera fue HEGEL, que, con su visión de la pena como síntesis entre afirmación de la voluntad social y negación de la misma a través de una voluntad particular divergente, introduciría en una teoría absoluta criterios marcadamente consecuencialistas (siempre que se entienda, como a nosotros nos parece evidente, que la propia reafirmación del Derecho a costa del infractor, es ya una visión a futuro, una visión preventiva al fin –de otra opinión, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, §21-) (vid. HEGEL, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (trad. DÍAZ, C.), 1993, §100 y 104). Esta idea de evidenciar la existencia de fronteras difusas (o la inexistencia de fronteras) entre las dos grandes concepciones de la pena (*quia peccatum est et ne peccetur*) llega hasta nuestros días (vid. a modo de ejemplo HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, p. 3). Ante este fenómeno, una gran parte de la doctrina ha optado por conjugar las distintas visiones bajo el manto de una teoría unitaria (por todos, vid. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, 4ª ed., 2006, §3/37-62). No es esto lo que nos interesa ahora, sino el destacar cómo la visión de ROBINSON de alcanzar la prevención a través de la pena merecida ya estaba sobre la mesa en Europa. Quizá el autor que ha desarrollado esta idea en una teoría más sistemática, aún con muchas variaciones y complejidades, haya sido JAKOBS (a nuestro parecer, especialmente en JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 1999, pp. 98-109). En todo caso, la retribución de JAKOBS (o más bien, su visión absoluta de la pena centrada en el mantenimiento del orden social como fin en sí mismo, pero también como mantenimiento de expectativas futuras) y la retribución de ROBINSON (pena ajustada al merecimiento empírico como mejor forma de controlar el crimen) son tremendamente divergentes, por no decir, inconexas. Sin

subyace al principio que ROBINSON usa como núcleo de su regla distributiva (el acercamiento a las intuiciones sociales compartidas), no es una novedad en la historia de la teoría de la pena. Sirva de ejemplo esta cita:

"Consultemos el corazón humano y encontraremos en él los principios fundamentales del verdadero derecho que tiene el soberano para castigar los delitos, porque no debe esperarse ventaja durable de la política moral cuando no está fundada sobre los sentimientos indelebles del hombre. Cualquiera ley que se separe de éstos encontrará siempre una resistencia opuesta que vence al fin; del mismo modo que una fuerza, aunque pequeña, siendo continuamente aplicada, vence cualquier violento impulso comunicado a un cuerpo"¹¹.

Las alforjas de ROBINSON son de segunda mano, en el sentido de que ya habían sido puestas sobre la mesa por otros autores (por ejemplo, como se ha visto, con mayores o menores diferencias, por BECCARIA allí por 1764). Ahora bien, esto no desmerece la obra de nuestro autor, pues, por un lado, éste realiza un esfuerzo importante por dar apoyo empírico a su conclusión (es decir, incorpora mucho valor añadido a las alforjas de segunda mano); y, por otro, las respuestas actuales no tienen por qué (creemos que en este tema, no pueden) ser totalmente novedosas. El actualizar las ideas pasadas, consciente o inconscientemente, supone reconocer su valor y, por tanto, avanzar en el camino del método de las ciencias sociales (son preferibles alforjas útiles, aunque antiguas y pasadas por el taller de costura, que alforjas novedosas que no sirvan para lo que las queremos).

- Alforjas con agujeros. La conclusión final de la monografía, el principio distributivo híbrido que nos ofrece ROBINSON, tiene en todo caso errores que no se pueden salvar. Si dedica gran parte de su libro a criticar aquellas teorías que no se demuestran en la práctica¹², debe reconocer por la misma vía que al merecimiento empírico como principio distributivo preventivo todavía le queda recorrido para ser probado fehacientemente. Es cierto que parece desarrollar ideas que resultan muy intuitivas, pero eso no implica que expliquen *per se* el funcionamiento real de esta institución (además, el intuicionismo, creemos, también juega a favor de la teoría de la disuasión). Si pasamos esto por alto, es decir, si aceptamos como demostrada una teoría que presenta una dificultad de demostración tan alta o más que la teoría disuasoria, podemos entrar también en la

embargo, tienen en común el afirmar que la prevención del delito se puede alcanzar mediante una pena concebida en términos absolutos (mucho más en JAKOBS que en ROBINSON, todo sea dicho de paso). Un estudio específico sobre este fenómeno se encuentra en KALOUS, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, 2000, *passim*. En la doctrina española este problema fue tratado con profundidad por PÉREZ MANZANO, que puso sobre la mesa una idea que a día de hoy no se puede abandonar: la capacidad preventiva de la pena adecuada a la culpabilidad, siendo esta adecuación también el límite valorativo a las conclusiones que nos ofrezca el empirismo (vid. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1990, *passim*). Una teoría más actual que expresamente funde prevención general y retribución, aunque de una manera mucho más compleja que la de ROBINSON, es la de FEIJOO SÁNCHEZ (vid. FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, 2007, en especial pp. 515-675).

¹¹ BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (trad. DE LAS CASAS, J. A.), 2008, pp. 16-17.

¹² En este punto, el gran objetivo de sus críticas es la teoría de la disuasión. Sin embargo, en el fondo tiene que acabar aceptando una posición intermedia que no se compadece bien con su negación rotunda: tiene que reconocer que no se puede decir tanto como que la disuasión no se demuestre empíricamente, sino que hay que aceptar que las dinámicas disuasorias tienen una complejidad y son influenciadas por tantos elementos externos que todavía no podemos llegar a comprenderlas (ROBINSON, *Distributive principles of Criminal Law*, 2008, p. 88).

crítica de la solución concreta. Aunque un criterio distributivo que se base en un principio general que acepte excepciones en tres casos muy concretos, parece, sobre el papel, muy coherente, hay que aceptar que, si se pudiese llevar a la práctica sin ninguna complejidad, las respuestas que aportaría serían tan rígidas que generarían un sistema sin ninguna vía de escape. La realidad es, a nuestro parecer y sin embargo, otra. Lo que sucedería en el día a día de la aplicación de la pena bajo este criterio distributivo es que nada cambiaría, es decir, que seguiríamos encontrándonos con los problemas que llevaron a ROBINSON a iniciar esta investigación: la impredecibilidad y la arbitrariedad. Las posibilidades de exceptuar un principio general que, de por sí, es difícil de cuantificar en términos de prevención, pasan por analizar costes de pérdida de prevención y beneficios en forma también de prevención de delitos o de otros intereses importantes. Como esto no aparece en la pantalla de nuestra calculadora, ni en nuestra probeta, ni es la solución a las incógnitas de nuestro sistema de ecuaciones, el decisionismo tiene un campo abonado donde crecer, además bajo el invernadero del acuerdo dogmático.

- Alforjas a precio de oro. Si todo lo anterior no fuese como es y, por tanto, resultase aceptable, tendríamos que mirar a la etiqueta de las alforjas y reconocer que las mismas nos están saliendo muy caras. El tolerar un sistema civil posterior al cumplimiento de la pena como gestión de la peligrosidad futura¹³, el bendecir los sentimientos sociales comunes aún cuando estos se puedan separar de un criterio universal de justicia¹⁴ o el dar preferencia a los sentimientos mayoritarios en los temas en que la sociedad se encuentre moralmente dividida¹⁵, solo se puede pagar con un cargo en cuenta que acumule muchos dígitos y cuya divisa sea la libertad individual. Si se permite el juego de palabras, ni éstas ni cualesquiera otras alforjas que tengan este precio merecen la pena.

¹³ Que, hay que reconocer, aporta ventajas frente al, por ejemplo, sistema español (centrado en la medida de seguridad de nueva creación de libertad vigilada -art. 106 CP, en relación con los arts. 192 y 579.3 del mismo Código-). Fundamentalmente, no contamina el sistema de justicia penal con criterios securitarios y, por tanto, es más respetuoso con el Derecho Penal liberal que defendían autores como, por ejemplo, el antes citado por cuestiones distintas, Cesare BECCARIA. No se puede estar aquí sino con CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ que, al hilo de las críticas a la idea del Derecho Penal del enemigo (uno de los máximos exponentes de la labor incoquizadora del Derecho Penal) afirman certeramente: "*La gracia del Derecho penal moderno, precisamente (y de una teoría que lo describa adecuadamente), está en que la pena no reacciona ni frente a la maldad (contra pecadores) ni frente a la nuda peligrosidad (contra enfermos), sino frente a manifestaciones de sujetos culpables que ponen en cuestión las características (esenciales) de la configuración de la sociedad (si así se quiere: contra ciudadanos equivocados)*" (vid. CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ, «¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar» en JAKOBS, *La pena estatal: Significado y finalidad*, 2006, p. 68). En este sentido son muy interesantes las reflexiones que realiza el propio ROBINSON en el libro, donde manifiesta que 'justicia' y 'peligro' son conceptos que no caben en un mismo sistema (vid. ROBINSON, *Distributive principles of Criminal Law*, 2008, pp. 110-120).

¹⁴ Quede aquí claro que esta crítica no se realiza por el miedo a que la sociedad abogue por penas de mayor dureza a las establecidas normalmente por el Código Penal. Ante el desconocimiento real de esta posibilidad (la intuición y la lectura diaria de prensa parece decir que la sociedad reclama una intervención estatal más dura en relación con la delincuencia, pero la irracionalidad que inunda la actuación política actual también puede hacer pensar que el punitivismo y la expansión del Derecho Penal traen sólo causa de una gestión política, como en tantas otras cosas, nefasta), el problema que se vislumbra es simplemente de disparidad entre una decisión concreta y una decisión justa, fuese por el motivo que fuese.

¹⁵ ROBINSON, *Distributive principles of Criminal Law*, 2008, p. 161.

Por todo ello hay que concluir diciendo que no necesitamos estas alforjas para recorrer el camino que lleva hasta la justificación de la institución de la pena y que, por tanto, no debemos comprarlas. Necesitamos unas alforjas que, siguiendo, como sigue ROBINSON, un análisis empírico del fenómeno, reivindiquen la prevención como fundamento del castigo pero también la justicia en sí misma (y eso implica introducir criterios normativos o deontológicos que sirvan como límite a los resultados empíricos¹⁶ -que, además, pueden ser cambiantes-). Cómo conseguir esto probablemente no sea una tarea fácil, pero en todo caso es una tarea que estamos en la obligación de realizar.

¹⁶ Es curioso ver cómo el propio ROBINSON introduce excepciones al merecimiento empírico que, en gran medida, recogen límites deontológicos al mismo. Es más, cuando desarrolla la tercera desviación del merecimiento empírico permitida, él mismo habla de la justicia como valor que puede servir para su activación (vid. ROBINSON, *Distributive principles of Criminal Law*, 2008, p. 248).