

© del texto, las/os autoras/es, 2019
© de la edición, UAM Ediciones, 2019

Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid
Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid
www.uam.es/publicaciones // servicio.publicaciones@uam.es

Reservados todos los derechos. Está prohibido, bajo las sanciones penales y el resarcimiento civil previsto en las leyes, reproducir, registrar o transmitir esta publicación, íntegra o parcialmente (salvo en este último caso, para su cita expresa en un texto diferente, mencionando su procedencia), por cualquier sistema de recuperación y por cualquier medio, sea mecánico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin la autorización prevista por escrito de Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.

Diseño de cubierta: Ana Palomo Ramos

ISBN (Volumen II): 978-84-8344-723-9
ISBN: 978-84-8344-721-5

Depósito Legal: M-33673-2019

Imprime: Solana e Hijos, A.G. S.A.U.

**LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
DR. AGUSTÍN JORGE BARREIRO**

EDITORES

**MANUEL CANCIO MELIÁ
MARIO MARAVER GÓMEZ
YAMILA FAKHOURI GÓMEZ
PABLO GUÉREZ TRICARICO
DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO
GONZALO J. BASSO**

VOL. II

POLISEMIA DEL TÉRMINO RETRIBUCIÓN Y PENA RETRIBUTIVO-PREVENTIVA

MERCEDES ALONSO ÁLAMO*

I. PLANTEAMIENTO

El auge de las teorías preventivas de la pena, la aproximación de penas y medidas en su contenido y fines, la introducción en el código penal de un híbrido de pena y medida, la prisión permanente revisable, o de la controvertida medida de libertad vigilada aplicable no solo en supuestos de inimputabilidad o de imputabilidad reducida sino también a sujetos imputables para su cumplimiento posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad, pueden hacer pensar en la conveniencia de un sistema penal unificado en torno a las medidas, en un “solo medidas”. Sin embargo, como señalaba A. Jorge Barreiro en su estudio pionero sobre las medidas de seguridad, la unificación de penas y medidas puede ser peligrosa¹. Incluso quienes se manifiestan partidarios de la pena preventiva y sostienen que penas y medidas se aproximan en sus fines² reconocen la conveniencia del sistema de doble vía. Roxin lo expresa así: “la pena constituye por su vínculo con la culpabilidad, en comparación con la medida, la intervención menor en la libertad del ciudadano”³. En sentido semejante, señala Mir Puig: “...es preferible la pena a la medida de seguridad, la cual solo es lícita cuando aquélla no es posible. Solo en este caso, y por absoluta necesidad, puede someterse al ciudadano a una privación o limitación de derechos por

* Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Valladolid.

¹ JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Madrid (Civitas), 1976, p. 182.

² Así dice Roxin que “pena y medida tienen el mismo fin y se distinguen en el tipo de su delimitación”, lo que significa “un acercamiento a la vía única”, ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, T. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Luzón Peña, D.-M. / Díaz y García Conlledo, M. / De Vicente Remesal, J., Madrid (Thomson / Civitas), 2008, p. 106.

³ ROXIN, C., 2008, p. 107.

algo que no ha decidido culpablemente”⁴. No entraremos aquí en el debate sobre la pérdida de garantías inherente a la acumulación de penas y medidas ni en la cuestión del fraude de etiquetas que suscita la medida de libertad vigilada así como la prisión permanente revisable. Queremos fijar la atención en el concepto y fin de la pena y en la procedencia del mantenimiento de la pena en atención a la culpabilidad frente al auge del Derecho penal de la peligrosidad y las medidas. En homenaje a Agustín Jorge Barreiro, quien ha dedicado buena parte de su trabajo científico al estudio del sistema de sanciones en la legislación penal española, vamos a tratar del vínculo de la pena con la culpabilidad y, al hilo del mismo, de la pena retributivo-preventiva.

La culpabilidad jurídica se halla en el centro de la discusión sobre el fundamento de la pena. La pérdida del carácter personal, individual, de la culpabilidad y su intelección en términos sociales, funcionales, comunicativos, o, incluso, como reglas de imputación al ciudadano que lesiona la norma de conducta, posibilita el auge de las teorías preventivas. Pero, en tanto exigen que la pena no sobrepase la medida de la culpabilidad o reconstruyen la culpabilidad normativa y preventivamente y hacen de la culpabilidad medida de la pena, estas teorías no se desprenden del todo del pensamiento de la retribución, siquiera la retribución haya de ser entendida en términos nuevos. Pues de retribución se puede hablar en muy diversos sentidos. La idea de retribución está implícita en el Derecho penal de la prevención⁵, aunque su significado no coincida con el de las viejas nociones de retribución.

La distinción entre concepto, fin y función de la pena ha oscurecido la cuestión a lo largo del tiempo⁶. Según Roxin, “las instituciones jurídicas no tienen “esencia” alguna independiente de sus fines, sino que esa “esencia” se determina mediante el fin que con ellas quiere alcanzarse”⁷. Esto es válido si se sostiene que la pena se dirige a la prevención, pero también si se sostiene que *es simultáneamente* retribución por la actuación culpable; y

⁴ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona (Bosch), 1976, p. 157.

⁵ Más adelante nos referiremos a estas cuestiones diferenciadamente distinguiendo entre las concepciones preventivas que rechazan la retribución y el nuevo retribucionismo asociado a la prevención general positiva y a posiciones normativistas. Por otra parte, como luego se dirá, no puede trazarse una separación radical entre la culpabilidad como fundamento de la pena, de un lado, y retribución como fin de la pena, de otro. Cuando se rechaza la correlación entre culpabilidad y retribución, ello se hace partiendo de las concepciones tradicionales sobre la retribución; así, partiendo de la retribución como “realización de la justicia”, SANZ MORÁN, A. J., “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. / GRACIA MARTÍN, L. / HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (ed.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo*, Madrid (Tecnos), 2002, pp. 152 y 156.

⁶ Sobre ello, infra, IV, y nota 43.

⁷ ROXIN, C., 2008, pp. 98 y s.

tanto si se entiende que la culpabilidad es fundamento de la pena, como si se sostiene que la culpabilidad limita la pena, o que es la medida de la pena. La pena dirigida a la prevención es a la vez esencialmente retribución —que no castigo, como luego veremos, ni expresión de actitud punitiva— pues cumple una “función” retributiva aunque el fin retributivo coexista con otros y no sea siquiera el primordial.

II. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL Y PREVENCIÓN

En un Estado social y democrático de Derecho, el Derecho penal se justifica por su necesidad para mantener el orden y la paz social. Al Derecho penal se recurre cuando es imprescindible para proteger la convivencia pacífica y solo frente a las conductas más intolerables que atentan contra bienes jurídicos fundamentales. El principio de intervención mínima exige que no se acuda al Derecho penal si son suficientes los recursos menos graves de otras ramas del ordenamiento jurídico. Cuando se parte de tales presupuestos, tanto la amenaza de la pena criminal como su imposición y cumplimiento se dirigen en sus respectivos ámbitos (legislativo, judicial y de ejecución) a prevenir el comportamiento delictivo. Dicho en otros términos, el Derecho penal tiene una función de protección de bienes jurídicos y para ello se sirve de la pena (o de las medidas, en su caso) dirigida a la prevención del comportamiento criminal.

Sin embargo, de aquí no se deriva necesariamente que solo la pena preventiva es adecuada al fin de protección de los bienes jurídico penales y que solo una concepción preventivo general o especial de la pena es compatible con el Estado social y democrático de derecho y con un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos. Quienes así lo entienden, o bien parten de acepciones del término retribución que hoy hay que entender superadas, como vincular la retribución al talión, al castigo, a la expiación, o a teorías absolutas que ven en la pena la realización de la Justicia o la reafirmación del orden violado⁸; o bien parten de que la retribución exigiría la imposición de una pena también allí donde esta no fuera necesaria a los fines de protección de un bien jurídico⁹.

Las mencionadas acepciones del término retribución, así como la consideración de que la retribución exige siempre la pena, son hoy inacep-

⁸ Sobre ello, ROXIN, C., 2008, p. 82; CORCOY BIDASOLO, M., “Prevención limitada vs. neo-retribucionismo”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. / QUERALT JIMÉNEZ, J. J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (coord.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo / Buenos Aires (B de F), 2017, p. 286.

⁹ Al respecto, ROXIN, C., 2008, pp. 84 y ss.

tables. Quede esto afirmado con rotundidad. Sin embargo, las teorías puramente preventivas de la pena, que tienen el mérito de mostrar los fines preventivos que la pena cumple, no agotan el espectro de sus posibles fines o funciones; y, de otro lado, las teorías de la retribución admiten una lectura compatible con el Estado social y democrático de derecho en el marco de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos.

Las teorías preventivas no responden de forma satisfactoria a la cuestión de la legitimación de la pena. En tanto teorías consecuencialistas, atienden a razones de conveniencia o utilidad y a la necesidad de la pena para preservar los bienes jurídicos, pero estas razones son por sí solas insuficientes para justificar materialmente la pena. Si la pena se desconecta de la realización culpable del hecho, no hay razón para que no se desorbite por razones de conveniencia, motivo por el que los partidarios de la pena preventiva se ven abocados a acudir a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad a fin de limitar la pena preventiva o de establecer su medida.

La *prevención general negativa* entendida, ya como intimidación, ya como disuasión, implica que se impone una pena al sujeto sobre quien la amenaza de la pena no ha tenido eficacia contra-motivadora o disuasoria con la finalidad de que otros no delincan. Al fracasado efecto intimidatorio y/o disuasorio de la pena prevista legislativamente, puesto de relieve con la comisión del delito, se añade la fuerza ejemplarizante de la pena impuesta: que otros vean que las penas se imponen... y se cumplen, para que de esta manera se abstengan de delinquir. Llevada a sus últimas consecuencias, la prevención general negativa puede conducir a imponer por razones de utilidad penas desproporcionadas y a sujetos no culpables. Como esto no es aceptable en un Estado de Derecho, los partidarios de la pena preventiva se apresuran a invocar los principios de proporcionalidad y de culpabilidad como *límites* de la pena estatal¹⁰. Pero lo que se presenta como límite pasa a formar parte interna del concepto: por las puertas de la culpabilidad y de la proporcionalidad entra en el sistema penal el pensamiento (renovado) de la retribución.

Al aceptar que la pena se impone en atención al hecho culpablemente realizado, la pena es retribución, retribución entendida no en el sentido de las teorías absolutas, ni como venganza, ni como expiación, ni como castigo, sino como respuesta al hecho culpable. Ello es compatible con que la pena se establezca en atención a necesidades preventivas y con que la pena pueda dejar de imponerse si no hay razones preventivas que aconsejen su imposición o su cumplimiento. Por tanto, en un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, la prevención general negativa no puede sustentarse al margen del pensamiento (renovado) de la retribución.

¹⁰ Al respecto, ROXIN, C., 2008, pp. 102 y s.

Asimismo, la referencia al hecho culpable permite también sostener que la retribución, entendida como queda dicho, es indispensable a los fines de la *prevención especial*. La orientación del cumplimiento de la pena privativa de libertad a la reinserción social, rehabilitación o reeducación del penado requiere que la pena sea adecuada al hecho culpablemente realizado. Pues el primer paso para que la pena avance hacia la reeducación y reinserción es que el autor la perciba como “justa”, en el sentido de adecuada a su actuación culpable.

Por otro lado, cuando se parte de que el Derecho penal se orienta, no a la protección de bienes jurídicos, sino al mantenimiento de la norma, el pensamiento de la retribución se manifiesta en la *prevención general positiva*. Si el Derecho penal se legitima atendiendo a que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado, o si se afirma que no existe ningún contenido genuino de las normas penales sino que los posibles contenidos se rigen por el respectivo contexto de la regulación¹¹ (con la consiguiente formalización del concepto de bien jurídico), el fin o los fines de la pena se sitúan en un territorio normativizado o, como dicen Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, “en un plano simbólico y comunicativo y no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos”¹². En dicho ámbito opera la prevención general positiva. La pena es reacción frente a la infracción de la norma, muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable que la ha infringido, un bien antes que un mal, estabilización de la norma lesionada, reconocimiento de la norma¹³.

También la pena preventivo general positiva así entendida tiene que estar sujeta a limitaciones. La culpabilidad (funcional) es fundamento y medida (más que límite) de la pena. Pero se trata ahora de una culpabilidad normativizada, acorde con una concepción funcional (mediante la atribución

¹¹ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. Cuello Contreras, J. / Serrano González de Murillo, J. L., Madrid (Marcial Pons), 1997, pp. 44 y s.

¹² CANCIO MELIÁ, M. / FEJOO SÁNCHEZ, B., *Estudio preliminar*, en JAKOBS, G., *La pena estatal: Significado y Finalidad*, trad. Cancio Meliá, M. / Feijoo Sánchez, B., Navarra (Thomson / Civitas), 2006, p. 24.

¹³ Así, JAKOBS, G., 1997, pp. 8 y s. y 26. Un importante esfuerzo por contrarrestar las críticas a las teorías preventivo generales de tipo comunicativo que denuncian su incapacidad para justificar que se imponga la pena una vez declarada la culpabilidad, destacando la eficacia real de la imposición de la pena para la estabilización de la norma, entendida como recuperación “de la funcionalidad de la norma”, así como su posible “encuentro” con las nuevas teorías retributivas, en FEJOO SÁNCHEZ, B., “La estabilización normativa como fin de la pena: ¿Puro teatro?”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. / QUERALT JIMÉNEZ, J. J. / CORCOY BIDASOLO, M. / CASTIÑEIRA PALOU, M. T. (coord.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo / Buenos Aires (B de F), 2017, pp. 317 y ss.

de culpabilidad se restablece la confianza en la corrección de las normas), una culpabilidad cuyo contenido lo decide el Derecho, donde concepto material y formal se identifican, concebida con relación a fines, limitada con arreglo a criterios preventivos, y cuyo significado, como principio de culpabilidad para la fundamentación de la pena y su medida, no va más allá de exigir proporcionalidad y de prohibir la arbitrariedad¹⁴.

Según Jakobs, “una pena preventiva, limitada por una pena adecuada a la culpabilidad, si acaso solo por casualidad seguiría siendo preventivamente idónea si prevención y culpabilidad fuesen dos magnitudes independientes una de otra; pues si no se le da a la prevención lo que necesita, desaparece”¹⁵. En coherencia con estas premisas, la pena adecuada a la culpabilidad es la pena necesaria para la estabilización de la norma y, consecuentemente, nunca puede quedar por debajo de la culpabilidad —por ejemplo, por razones de prevención especial— a no ser que la propia ley lo contemple expresamente para dar paso a otros efectos¹⁶.

La coherencia del sistema, sin embargo, no impide ver su debilidad desde una perspectiva material. El principio de culpabilidad y la culpabilidad como categoría dogmática se normativiza girando todo en torno a la estabilización de las normas. La culpabilidad como categoría dogmática no tiene como referencia el individuo y sus circunstancias y capacidades, no es culpabilidad personal, en cabeza propia, sino culpabilidad en cabeza ajena. Mediante la atribución de culpabilidad al sujeto (para lo cual basta libertad de conducta) se restablece la confianza en la corrección de las normas. En este marco interno al sistema, la prevención general positiva no tiene más límites que los que derivan de la exigencia de proporcionalidad y de prohibición de la arbitrariedad.

La prevención general positiva así entendida conecta con un aparentemente nuevo retribucionismo. En la medida en que se presenta como afirmación y estabilización de la norma¹⁷, participa, sí, del pensamiento de la retribución. Pero no es, en rigor, *nuevo* retribucionismo, sino más bien nueva manifestación del retribucionismo propio de las teorías absolutas de raíz hegeliana.

En la concepción de Pawlik, por otra parte, la amenaza de la pena no persigue la protección de bienes jurídicos previniendo su lesión, sino el mantenimiento del estado de libertades. Al Derecho penal se le asigna la tarea de proteger la libertad (“asegurar la aspiración de que todos puedan conducir su vida según su propia visión de las cosas”)¹⁸. De acuerdo con ello, la pena se

¹⁴ JAKOBS, G., 1997, pp. 588 y ss.

¹⁵ JAKOBS, G., 1997, p. 24.

¹⁶ JAKOBS, G., 1997, pp. 589 y s.

¹⁷ No toda prevención estabilizadora responde a la concepción estricta expuesta en el texto. Más matizadamente, sobre la necesidad de la estabilización normativa, FEIJÓ SÁNCHEZ, B., 2017, pp. 313 y ss. y 317 y ss.

vincula al delito entendido como infracción del deber primario de cooperación al mantenimiento del estado de libertades, esto es, como agresión al estado de libertades configurado jurídicamente. Normativizada la función del Derecho penal, vinculada al mantenimiento del estado de libertades, se abre paso un nuevo retribucionismo que el propio Pawlik considera próximo a la prevención general positiva: el deber del infractor de soportar “que se confirme a su costa la indisolubilidad del vínculo entre disfrute de la libertad y cumplimiento del deber de cooperación”, por su significado para el conjunto de la colectividad¹⁹. La culpabilidad se normativiza también, disolviéndose en un conjunto de reglas “que ofrecen información a los aplicadores del derecho, especialmente a los jueces, sobre en qué condiciones puede imputarse a un ciudadano un determinado hecho como lesión de la norma de conducta”. Para decidir sobre la inimputabilidad o sobre la evitabilidad del error decisivas son “consideraciones de carácter normativo”²⁰. No parece que tales “reglas”, en las que no son prioritarias las capacidades cognitivas, valorativas y de autocontrol del sujeto concreto sino la “exigibilidad funcional a la libertad” del ciudadano²¹, estén en condiciones de limitar la pena retributiva vinculada a la prevención general positiva, sino que a lo sumo proporcionan su medida.

III. INCORPORACIÓN DE FINALIDADES PREVENTIVAS A LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS

El cumplimiento de finalidades preventivas se traslada de manera anticipada a las categorías dogmáticas, al injusto y a la culpabilidad²². La prevención

¹⁸ PAWLIK, M., “Delito y pena en el Derecho penal del ciudadano”, en PAWLIK, M., *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, edición a cargo de SILVA SÁNCHEZ, J. M. / ROBLES PLANAS, R. / PASTOR MUÑOZ, N., Barcelona (Atelier), 2016a, p. 36.

¹⁹ PAWLIK, M., 2016a, pp. 56 y s.

²⁰ PAWLIK, M., “La lesión del deber ciudadano de cooperación”, en PAWLIK, M., *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, edición a cargo de SILVA SÁNCHEZ, J. M. / ROBLES PLANAS, R. / PASTOR MUÑOZ, N., Barcelona (Atelier), 2016b, pp. 126 y ss.

²¹ “La capacidad de rendimiento psíquico del concreto autor-individuo no decide acerca de los límites de lo imputable, sino que lo hace un baremo de exigibilidad funcional a la libertad concretado mediante el rol de ciudadano del afectado”, PAWLIK, M., 2016b, p. 130.

²² Sobre ello, ya en ROXIN, C., “Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad. Sobre la relación entre culpabilidad y prevención en la dogmática jurídico-penal”, en ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, F., Madrid (Reus), 1981, pp. 190 y ss. Sobre prevención e imputación subjetiva, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid (Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid), 1990, pp. 143 y ss. y 160 y ss.

opera internamente a las categorías de injusto y de culpabilidad. Lo vamos a ver partiendo de las concepciones que sostienen que función del Derecho penal es proteger bienes jurídicos y que las normas jurídicas son normas objetivas de valoración²³, contraponiéndolas, en su caso, a otros planteamientos dogmáticos.

1. Injusto y prevención

Desde una perspectiva de política legislativa, la incorporación de finalidades preventivas en el injusto material se enmarca dentro de las exigencias que derivan de la naturaleza subsidiaria del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos (en tanto *ultima ratio* del ordenamiento jurídico) y de su carácter fragmentario (en virtud del cual los bienes jurídicos solo se protegen frente a los ataques más intolerables). Se trata de criterios hoy reconducibles al principio de proporcionalidad en sentido amplio o de prohibición de exceso, acogido en la jurisprudencia constitucional, que requiere limitar la intervención penal exigiendo, además de la efectiva presencia de un bien jurídico, la idoneidad y la necesidad de la intervención²⁴. De no cumplirse con tales exigencias, el Derecho penal incurriría en exceso de prevención general y se extralimitaría, lo que se traduciría en invasión de otras ramas del ordenamiento jurídico. El reconocimiento de finalidades preventivo-generales en el ámbito del injusto produce efectos restrictivos: el injusto penal está sujeto a criterios materiales de legitimación, singularmente al criterio del bien jurídico y a la necesidad de su protección penal. Esto es exigible en un escenario de legitimación democrática de las normas. El acuerdo o consenso sobre la presencia de un bien jurídico y sobre la necesidad y conveniencia de su protección penal debe moverse dentro de los límites del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

En el plano estrictamente dogmático, el juicio de antijuricidad acarrea la afirmación de la norma violada²⁵, por lo que la prevención general positiva

²³ En este sentido, señala Mir Puig que “ni la categoría de antijuricidad penal, ni ninguna otra de la teoría del delito puede comprenderse adecuadamente solo desde su relación con la norma imperativa, sino solamente desde el reconocimiento de que las diferentes categorías del delito suponen valoraciones jurídicas específicas distintas a la de infracción de aquella norma”, MIR PUIG, S., “Valoraciones, normas y antijuricidad penal”, en Díez Ripollés, J. L. / Romeo Casabona, C. / Gracia Martín, L. / Higuera Guimerá, J. F. (ed.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo*, Madrid (Tecnos), 2002, pp. 73 y s. y 87.

²⁴ Sobre ello, con amplias referencias bibliográficas, Navarro Frías, I., *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada (Comares), 2010, pp. 55 y ss. y nota 25.

²⁵ Así, Kindhäuser, U., “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, en Kindhäuser, U. / Mañalich, J. P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo / Buenos Aires (B de F), 2011, pp. 110 y s.

entendida como estabilización de la norma se produce ya en esta categoría dogmática antepuesta a la culpabilidad²⁶. Si el juicio de antijuricidad supone la afirmación de la norma, la imposición ulterior de la pena viene a visibilizar o a hacer patente ante los ojos de la colectividad la afirmación del Derecho, fortaleciéndose con ello la lealtad normativa de los ciudadanos. Por su parte, también la prevención general negativa se materializa en diferentes momentos. A nivel legislativo, la amenaza de la pena cumple una función intimidatoria y/o disuasoria. La realización del injusto es un fracaso de aquella función. La ulterior imposición de la pena procura de nuevo cumplir la función intimidatoria y/o disuasoria, esto es, que otros no delincan. El análisis en ningún caso prejuzga la respuesta a la cuestión, en la que no entramos ahora, de si se puede dejar de ejecutar la pena impuesta.

2. Culpabilidad y prevención

Hace ya décadas hizo crisis la concepción bilateral de la culpabilidad según la cual no solo la pena se impone en atención a la culpabilidad del sujeto sino que la culpabilidad exige la imposición de una pena²⁷. El paso hacia la concepción unilateral de la culpabilidad (la pena presupone la culpabilidad pero la culpabilidad no siempre acarrea la pena) es de enorme importancia en la evolución del Derecho penal. Al mismo contribuyó la secularización del Derecho penal iniciada con la Ilustración, la distinción entre culpabilidad jurídica y culpabilidad moral, y el abandono progresivo de la pena retributiva entendida como talión, como compensación del delito, como expiación, o, en el sentido de las teorías absolutas del idealismo alemán, como realización de la Justicia (Kant) o como afirmación dialéctica del Derecho (Hegel). Pero también contribuyó la creciente comprensión de la pena criminal en el marco del Estado de Derecho como pena necesaria para la preservación de bienes jurídicos fundamentales, el correlativo auge de la pena preventiva, y la incorporación de finalidades preventivas en la dogmática. Cuando la pena deja de mirar exclusivamente al hecho pasado

²⁶ Se puede afirmar que con el juicio de antijuricidad se produce ya la estabilización de la norma tanto si se parte de un concepto personal de culpabilidad o culpabilidad en cabeza propia, como si se parte de un concepto social o comunicativo, por ejemplo, si se refiere la culpabilidad a la autonomía y a la lealtad comunicativa y se entiende como “atribución” o culpabilidad en cabeza ajena. Sobre esto último, Kindhäuser, U., 2011, pp. 102 y ss.; Mañalich, J. P., “Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”, en Kindhäuser, U. / Mañalich, J. P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo / Buenos Aires (B de F), 2011, pp. 204 y ss.

²⁷ Ampliamente sobre el tránsito histórico desde una concepción bilateral hacia una concepción unilateral del principio de culpabilidad, Roxin, C., 1981, pp. 188 y ss.

puede dejar de imponerse, si deviene innecesaria por razones preventivas, en el marco de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos (lo que no significa, en cambio, que por razones preventivas la pena pueda sobrepasar la medida de la culpabilidad).

La concepción unilateral de la culpabilidad es una conquista irrenunciable en lo fundamental: no hay pena sin culpabilidad y puede haber culpabilidad sin pena. Sin embargo, su desarrollo y concreción admite respuestas diferentes. Pues el reconocimiento de que puede haber culpabilidad sin pena y de que la pena criminal, como pena necesaria, se dirige a la prevención, no prejuzga el concepto material de culpabilidad, ni la cuestión de si la pena es retribución por el hecho culpablemente realizado, ni la de si la retribución es (también) fin (o función) de la pena, toda vez que, como queda dicho, la esencia de una institución jurídica no es independiente de sus fines.

La pena preventiva limitada por la culpabilidad no es ajena a la idea de retribución. Desde el momento en que se invoca la culpabilidad, aunque sea solo a efectos de establecer límites a la pena, algo de la culpabilidad del sujeto al tiempo del hecho pasa a formar parte interna del concepto de pena y la retribución por la culpabilidad a integrar el concepto y fin de la pena. En este sentido, y solo en este sentido, la pena es retribución, es decir, retribución por la actuación culpable, desconectada de las ideas de castigo, de expiación, de talión, de compensación, de realización de la Justicia, o de afirmación del Derecho violado.

Ahora bien, si entendemos que la culpabilidad no es solo límite sino que fundamenta y justifica la imposición de la pena al autor concreto y que la pena es retribución por la actuación culpable, la culpabilidad misma ha de tener un fundamento material real, no ficticio. A nuestro juicio, la culpabilidad jurídica se fundamenta en la libertad de la voluntad sobre la base de que esta tiene una *existencia* real (aunque enigmática) de acuerdo con un realismo moderado y una epistemología de base biológica²⁸. Por tanto, nos distanciamos de quienes, reduciendo la pena a prevención, se conforman con fundamentar la culpabilidad en una ficción de libertad, esto es, con tratar a la persona *como si* fuera libre, y reducir la libertad de la voluntad a regla social de juego, toda vez que con ello se deja a la culpabilidad sin fundamento material firme y, sin embargo, se la supone empírico-normativamente para limitar la pena preventiva²⁹.

²⁸ Más ampliamente sobre ello, ALONSO ÁLAMO, M., “Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad”, *RP*, núm. 38, 2016, pp. 16 y ss.; EADEM, “Bases para una fundamentación material de la culpabilidad: libertad de la voluntad «en la brecha» y neurociencias”, en BACIGALUPO SAGGESE, S. / FEIJÓO SÁNCHEZ, B. / ECHANO BASALDUA, J. I. (coord.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 2016, pp. 16 y ss.; EADEM, “Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad”, *CPC*, núm. 124, 2018, pp. 17 y s. y 19 y ss.

²⁹ Así, ROXIN, C., 2008, pp. 101, 808 y 811.

La culpabilidad fundada en la libertad de la voluntad se erige en fundamento y límite de la pena criminal retributivo-preventiva. En tanto culpabilidad “en cabeza propia”, individual, el juicio de “atribución” o imputación subjetiva ha de adoptar el punto de vista del autor, lo que se extiende a la posición valorativa del autor ante el hecho, y descansar en su capacidad de comprensión del injusto, en la vencibilidad de su error de prohibición, en la vencibilidad de su miedo, en sus motivos y emociones, en su valoración de los estímulos desencadenantes, en cómo inciden en él circunstancias extraordinarias que a cualquiera hubieran podido afectar, e, incluso, en su conciencia ética individual cuando esta le impide valorar correctamente o le enfrenta a una antinomia de conciencia³⁰.

Internamente a la culpabilidad, así entendida, pueden operar razones preventivas que aconsejen la no imposición de la pena o, en su caso, la atenuación. Es lo que sucede, por ejemplo, en el miedo insuperable o en el estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes jurídicos de igual valor. La inexigibilidad de una conducta distinta toma en cuenta lo extraordinario de la situación en que se encuentra el autor y su particular posición ante el hecho —por ejemplo la insuperabilidad *para él* de su miedo, su personal estado emocional— como elementos que operan internamente al juicio personal de culpabilidad.

No es preciso, por tanto, acudir a la necesidad preventiva de pena como categoría independiente de la culpabilidad y presupuesto, con esta, de la responsabilidad³¹, sino que el concepto complejo de culpabilidad se nutre de consideraciones preventivas internas a elementos, características o circunstancias que el legislador ha tenido en cuenta a efectos de exclusión o de atenuación de la culpabilidad, nunca de agravación; es decir, se trata de consideraciones que operan internamente a los diferentes elementos de la culpabilidad, o a las causas que la atenúan (como los estados pasionales) no reconducibles directamente a la punibilidad sino, previamente, a la culpabilidad del autor al tiempo del hecho³².

La incorporación de finalidades preventivas en la culpabilidad es llevada a sus últimas consecuencias por Jakobs para quien la culpabilidad es

³⁰ Más ampliamente al respecto, ALONSO ÁLAMO, M., *CPC*, pp. 27 y ss., y, más extensamente en EADEM, “Culpabilidad jurídica en cabeza propia y juicios de valor”, en SUÁREZ LÓPEZ, J. M. / BARQUÍN SANZ, J. / BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. / JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. / SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J. E. (coord.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Profesor Dr. Dr. h. c. mult. Lorenzo Morillas Cueva*, vol. I, Madrid (Dykinson), 2018, pp. 3 y ss.

³¹ En sentido diverso, ROXIN, C., 2008, pp. 791 y ss.

³² Sin perjuicio de que se puedan prever legislativamente supuestos o situaciones anteriores o posteriores al hecho que, en atención a consideraciones preventivas, afecten directamente a la punibilidad, o posibiliten la atenuación de la pena o la determinación de la pena concreta dentro del marco legal abstracto de la pena.

siempre culpabilidad en atención a fines. A su juicio, la culpabilidad no es mero límite de la pena preventiva sino que la culpabilidad misma hay que entenderla preventivamente: prevención y culpabilidad, afirma Jakobs, no son dos magnitudes independientes. Pérez Manzano destaca que Jakobs vacía la culpabilidad de su contenido anterior y la rellena de prevención general positiva³³. Se comprende que para dicho autor sea un contrasentido, algo “irrealizable” sostener que la culpabilidad limita la pena preventiva³⁴. Según el concepto funcional de culpabilidad por él defendido “se pune para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma” y, en consonancia con ello, “el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente, en la medida en que el Derecho penal funciona, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento”³⁵. Con tales presupuestos, el *principio* de culpabilidad se metamorfosea en proporcionalidad entre el hecho y la pena y prohibición de la arbitrariedad³⁶.

A la debilidad material de esta construcción, que ya antes señalamos, y a la fuerte normativización de un sistema internamente coherente pero en el que el individuo queda diluido en aras del mantenimiento de la norma y del sistema, se añade ahora la alineación de la pena con las teorías absolutas de raíz hegeliana y el rechazo de otras finalidades de la pena.

IV. TOMA DE POSICIÓN: LA PENA RETRIBUTIVO-PREVENTIVA

La pena es privación de bienes jurídicos, un mal que se impone a quien ha cometido un delito, no un bien que procura la estabilización y el reconocimiento de la norma lesionada.

Que la pena sea un mal no significa que deba entenderse como castigo. La pena no persigue directa y especialmente castigar al delincuente. El término castigo resulta inapropiado hoy para delimitar conceptualmente la pena y para precisar sus fines. La pena no puede entenderse como castigo aunque sea un mal y produzca por lo común aflicción, dolor, a quien se le impone. La aflicción —que no es privativa de la pena criminal sino que acompaña a otras consecuencias o medidas como, por ejemplo, a las medidas cautelares— no es lo que se persigue con la pena criminal. Mal y castigo no son, pues, términos intercambiables. Todo castigo es un mal pero no todo mal es un castigo. Los detractores de la pena retributiva asocian retribución

³³ PÉREZ MANZANO, M., 1990, cit. p. 160.

³⁴ JAKOBS, G., 1997, pp. 24 y s.

³⁵ JAKOBS, G., 1997, p. 581.

³⁶ JAKOBS, G., 1997, pp. 588 y s.

y castigo y fijan su atención en la carga finalístico-represiva asociada al término castigo y en la actitud punitiva en la que el castigo descansa. Sin embargo, dicha carga y actitud no pueden asociarse mecánicamente a la idea de mal: la pena siendo un mal no es *esencialmente* castigo pues su *fin* o su *función* no es castigar (ya hemos dicho que esencia y fin van indisolublemente unidas en las instituciones jurídicas). Que el código penal recurra de manera reiterada al término castigo al establecer las penas de los diferentes delitos no obliga a entender la pena como castigo pues la terminología legal está en tales casos desemantizada: cuando se dice, por ejemplo, que el que matare a otro será castigado con tal pena, sencillamente se quiere decir que será penado con tal pena, evitando la repetición terminológica, sin que ello signifique que el fin de la pena sea castigar al autor del delito ni, menos aún, que la idea de castigo sea consustancial a la pena retributiva.

La pena no es esencialmente castigo y tampoco busca la expiación del delito. La etimología del término castigo remite a la idea de purificación³⁷. Una teoría retributiva de la pena basada en la teoría de la expiación no es conforme con los postulados del Estado de Derecho. La expiación del delito, que recuerda la expiación del pecado, lo que requiere el arrepentimiento del pecador, no puede invocarse para justificar la pena ni para delimitar sus fines ni siquiera de manera complementaria como una razón adicional a la pena preventiva necesaria para la protección de bienes jurídicos. La expiación no puede invocarse ni siquiera conjuntamente con la pena preventiva pues lleva sobre sus espaldas la inaceptable confusión entre delito y pecado: no compete al Derecho penal ni está en sus manos procurar el arrepentimiento (que es algo puramente interno) ni la purificación de quien ha cometido un delito.

La retribución no puede ser entendida tampoco como talión, ni como compensación por el delito cometido, ni como afirmación circular, dialéctica, del Derecho, en el sentido de las teorías absolutas. Ni aplacar la divinidad ofendida, ni realizar la Justicia cuando se ha violado el imperativo categórico, ni afirmar dialécticamente el Derecho violado por el delito, son justificaciones acordes con una política criminal progresiva y que no se conforme con la auto-legitimación por las propias normas.

Por otra parte, la retribución hay que entenderla desde el punto de vista del autor, no de la víctima. La perspectiva victimológica admite dos lecturas diferentes y aparentemente contradictorias de la pena. De un lado, de acuerdo con la experiencia, se exige a menudo penas más severas frente a hechos de repercusión mediática, singularmente delitos sexuales o con víctimas menores de edad, llegándose a plantear una especie de “derecho de la víctima al castigo del autor” en un escenario propio de la venganza; esto debe

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona (Atelier), 2018, p. 22.

ser rechazado³⁸. Pero, de otro lado, la perspectiva de la víctima nos lleva también a un escenario más atendible, el de los derechos victimales, derechos que emergen en 1973 en Jerusalén en el primer Simposio Internacional de Victimología y que A. Beristain se esforzó en reclamar. Los derechos victimales buscan la reparación y dignificación de las víctimas y se contraponen —en realidad se oponen— a la pena castigo que busca infligir daño y sufrimiento a los victimarios³⁹. La justicia restaurativa, sin embargo, es compatible con la pena retributivo-preventiva, en el sentido aquí defendido, es decir, una pena en la que la retribución está desconectada de la idea de castigo, o sea, de causación de dolor y sufrimiento al delincuente, que puede dejar de ser ejecutada cuando es innecesaria desde la perspectiva de la prevención, y en la que el perdón podría desplegar una importante función⁴⁰.

Ni derecho de la víctima al castigo, ni pena-castigo, ni actitud punitiva. La retribución entendida desde la perspectiva del agente es retribución por su actuación culpable⁴¹. Dicho en otros términos, la pena en atención a la culpabilidad del autor solo es inteligible a la luz del pensamiento de la retribución⁴². La retribución por la actuación culpable forma parte interna del concepto de pena. La retribución es fin (no único sino complementario) de la pena: en tanto retribución, la pena adecuada a la actuación culpable deviene en pena *justa*. El fin retributivo se adhiere a los fines preventivos que requiere que la pena sea *necesaria* a efectos de protección. Al margen queda la cuestión —que aquí no podemos desarrollar— de si la pena debe ser ejecutada siempre o de si, por razones político-criminales —en particular

³⁸ Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, pp. 234 y s.

³⁹ De aquí la crítica que dicho autor dirige, pese a la incuestionable correlación lógica entre la acción y la pena, al célebre pasaje de H. Grocio sobre la pena, "*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*", BERISTAIN IPIÑA, A., *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, pp. 342 y ss.; IDEM, *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pp. 85 y ss. y 106 y ss.

⁴⁰ Acerca del perdón del Estado y de la víctima, cuestiones en las que aquí no podemos detenemos, con argumentaciones diferentes, SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, pp. 177 y ss., 183 y ss. 239 y ss.; y BERISTAIN IPIÑA, A., 1994, pp. 85 y ss.; IDEM, 2000, pp. 106 y s.

⁴¹ Después de renunciar "a toda retribución" y de sostener que "la retribución no puede... entrar en consideración, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención", señala Roxin que, no obstante, "un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena", ROXIN, C., 2008, pp. 98 y ss. Pero tal invocación del *principio de culpabilidad* sustentado en una ficción de libertad, a la vez que se proclama la renuncia a toda retribución, se sitúa en el marco de una retribución entendida en el sentido de viejas concepciones hoy inaceptables.

⁴² En sentido semejante, señala PÉREZ MANZANO, M., 1990, p. 245 que solo "con establecer e imponer legalmente una pena proporcional a la gravedad del hecho y a la culpabilidad se retribuye el delito".

si deviene innecesaria a efectos de la prevención—, se puede dejar de *ejecutar* la pena impuesta.

La distinción entre concepto, función y fines de la pena deviene estéril e innecesaria en este contexto⁴³. La pena es un mal que retribuye el delito culpablemente realizado y que persigue el cumplimiento de fines preventivos en orden a la necesaria protección de bienes jurídicos. La función retributiva, lo mismo que la preventiva, forman parte de la "esencia" de la pena e integran su concepto⁴⁴.

Por sí sola la retribución no puede dar razón de por qué el Estado está legitimado para hacer uso del *ius puniendi*. Una teoría puramente retributiva de la pena, aislada de consideraciones preventivas, es insostenible en el Estado de Derecho para el cual es prioritaria la prevención de la criminalidad en aras de la necesaria protección de los bienes jurídicos. Por ello, la retribución por la actuación culpable, a la que llamamos retribución relativa, ha de estar siempre unida a la prevención, por lo que la pena se puede dejar de imponer si así lo aconsejan razones de prevención.

Por su parte, las finalidades preventivas de la pena no pueden realizarse al margen de la retribución. La retribución opera, *ex post facto*, internamente a la prevención: desde la perspectiva de la prevención especial, la "retribución" es necesaria para alcanzar la reeducación y la reinserción social del penado pues solo la pena que se percibe como justa en relación con el hecho culpablemente producido está en condiciones de poder alcanzar aquellos objetivos; desde la perspectiva de la prevención general negativa, situada no en el nivel legislativo, sino como disuasión de terceros *ex post facto*, puede decirse lo mismo, pues las penas excesivas que se perciben como injustas por la sociedad (propias de un Derecho penal basado en el terror y la intimidación y no de un Derecho penal que ponga el acento en la disuasión) están en peores condiciones para disuadir a potenciales delincuentes que las penas que se perciben como justas.

La pena retributivo-preventiva se halla en consonancia con los postulados del Estado social y democrático de Derecho. La asociación que a veces se ha querido establecer entre pena retributiva y Estado liberal, de un lado, y pena preventiva y Estado social, de otro⁴⁵ (en sí misma discutible toda vez que la prevención, antes que la retribución, es propia del Estado liberal) es superada por la concepción integradora en la que prevención y retribución confluyen en síntesis armónica.

⁴³ En sentido diverso, distinguiendo concepto, fines y función o "finalidad esencial", MIR PUIG, S., 1976, pp. 90 y ss.

⁴⁴ De acuerdo con que la esencia de las instituciones jurídicas no es independiente de sus fines. Al respecto, supra y ROXIN, C., 2008, pp. 98 y s.

⁴⁵ Información al respecto en PÉREZ MANZANO, M., 1990, pp. 235 y ss.

Sin embargo, el porqué de la pena retributiva, su justificación, plantea problemas particulares, que la pena retributivo-preventiva resuelve en parte, dado que la retribución se mueve dentro de la pena preventiva, pero que requiere de ulteriores precisiones. Ya antes nos referimos a los problemas específicos de legitimación de la pena preventiva (instrumentalización de la persona, posible vulneración de la dignidad, peligro de que la pena se desorbite) y la corrección de sus posibles excesos acudiendo a la medida de la culpabilidad. También las teorías retributivas se enfrentan en su desarrollo tradicional a problemas específicos de legitimación pues tampoco logran explicar satisfactoriamente la justificación de la pena estatal⁴⁶. Razones como la realización de la Justicia, la afirmación del Derecho o la estabilización de las normas son en principio insuficientes por su referencia a un orden moral externo al Derecho o por su carácter autoreferencial. Pero si la retribución se entiende, no en el sentido de las teorías absolutas, ni como estabilización normativa, sino como retribución relativa —en atención a la acción culpable— vinculada a la pena preventiva en el marco de un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, la justificación de la pena remite a la culpabilidad del autor al tiempo del hecho. De manera que la justificación de la pena retributivo-preventiva remite a un doble ámbito y los dos tienen que ver con la culpabilidad jurídica. En tanto prevención, está limitada por la medida de la culpabilidad; en tanto retribución, la pena tiene sentido en la medida en que *existe* culpabilidad.

El concepto complejo de pena retributivo-preventiva resiste la crítica, que se ha dirigido a la pena preventiva limitada por la culpabilidad, de que es irrealizable que la pena pueda cumplir las necesidades de prevención y a la vez estar limitada por razones de culpabilidad; también resiste la crítica de que resulta incierto cual es el alcance que corresponde a la culpabilidad y cual a las consideraciones preventivas en la determinación de la pena⁴⁷. Si se acepta, como antes hicimos, que el juicio personal de culpabilidad incorpora, internamente a determinados elementos previstos en la ley (por ejemplo, en relación con la inexigibilidad de una conducta adecuada al Derecho o con la invencibilidad del error de prohibición) consideraciones o elementos de prevención, y que la culpabilidad, fundamento y límite de la pena, no se basa en una ficción de libertad sino en la libertad de la voluntad, no hay inconveniente en sostener que la culpabilidad misma puede verse

⁴⁶ Sobre ello, VON HIRSCH, A., "Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena", en ARROYO ZAPATERO, L. / NEUMANN, U. / NIETO MARTÍN, A. (coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha), 2003, pp. 126 y s.

⁴⁷ Tales críticas en JAKOBS, G., 1997, p. 24.

afectada, excluida o atenuada, *nunca agravada*, en atención a consideraciones preventivas incorporadas a la ley pero que han de ser valoradas desde *el punto de vista del sujeto*. Una culpabilidad jurídica mensurable, en cabeza propia, en la que el juicio de imputación subjetiva se basa en todos los factores que concurren en el autor al tiempo del hecho⁴⁸, incluido su posición valorativa y sus juicios de valor, no es ajena a consideraciones preventivas. Estas operan, bajo determinados presupuestos, internamente a la culpabilidad individual del sujeto *al tiempo del hecho*, singularmente para decidir sobre la insuperabilidad del miedo para el sujeto concreto —oponible al baremo del hombre medio—, o sobre la inexigibilidad de otra conducta en el estado de necesidad exculpante —situaciones de conflicto entre bienes de igual valor—, sobre la vencibilidad para él del error de prohibición, e incluso sobre la ausencia de conciencia moral que, como sucede en determinados tipos de psicopatías primarias, puede incidir en la capacidad de culpabilidad del sujeto. Y siendo esto así, *la pena justa adecuada a la culpabilidad es a la vez la pena necesaria a los fines de prevención*.

La justificación de la pena retributivo-preventiva en la línea aquí defendida parte de la necesaria protección de bienes jurídicos y, en este sentido, de la prevención que mira al futuro, pero es delimitada internamente por la culpabilidad del autor y, en este sentido, parte también de la retribución que mira al hecho culpablemente realizado⁴⁹. En la medida en que el hecho culpablemente realizado incorpora internamente consideraciones preventivas, no puede hablarse en rigor de una doble justificación de la pena, resultante de la suma de pena justa y pena necesaria, sino de una justificación compleja toda vez que ambos pensamientos confluyen y se funden en una unidad inescindible.

⁴⁸ TORÍO LÓPEZ, A., "El concepto individual de culpabilidad", *ADPCP*, 1985, pp. 299 y s.

⁴⁹ Próximo, con argumentación diferente, VON HIRSCH, A., 2003, pp. 140 y s.