

ACERCA DEL “RESURGIMIENTO” DEL RETRIBUCIONISMO

Prof. Dra. Patricia S. ZIFFER*

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2017

Fecha de aprobación: 26 de marzo de 2018

Resumen

A pesar de que la discusión sobre los fines de la pena se ha ido haciendo cada vez más compleja, la presentación del debate no ha tenido variaciones sustanciales. Sin embargo, la tradicional contraposición entre teorías de la pena absolutas versus relativas no ha estado exenta de críticas. La razón principal por la que esta formulación de la discusión puede ser objetada se relaciona no solo con la intensa diversificación de los desarrollos científicos en esta materia, sino fundamentalmente con cierto ocultamiento de los fines retributivos de la pena que se reconocen en diversas versiones de la prevención general positiva como así también en las teorías de la unión, bajo el manto de la “culpabilidad como límite de la prevención”. Desde este punto de partida, se intenta brindar un panorama de las diferentes facetas del llamado “neoproporcionalismo” y el retribucionismo contemporáneo y la difícil coexistencia de perspectivas prospectivas y retrospectivas en materia de determinación de la pena.

Palabras clave: Retribucionismo – Pena – Culpabilidad – Proporcionalidad – Prevención

Title: On the ‘Renaissance’ of Retributivism

* Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora adjunta de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Contacto: patriciaziffer@derecho.uba.ar. El presente texto, con notas a pie agregadas, se corresponde, en lo central, con el contenido de la exposición presentada en el marco de la prueba de oposición llevada a cabo el 6 de noviembre de 2017 en el concurso rendido por la autora para la renovación de su cargo de profesora adjunta regular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Abstract

Even though the discussion on punishment has become increasingly complex, the way scholars approach to this debate has not had substantial variations. However, the contrast between absolute versus relative theories of punishment has not been exempt from criticism. The main reason framing the discussion in this way can be objected relates not only to the significant diversification of scientific developments in this matter; but fundamentally to a certain concealment of the retributive purposes of punishment that are recognized in various versions of the positive general prevention theories as well as in dualist theories, under the mantle of “guilt as the limit of prevention”. From this point of departure, we try to provide an overview of the different facets of the so-called “neo-pro-nationalism” and contemporary retribution theories, and the problematic coexistence of prospective and retrospective perspectives on the determination of punishment.

Keywords: Retributivism – Punishment – Guilt – Proportionality – Prevention

Sumario

I. Introducción: la presentación de la discusión sobre “teorías de la pena”; II. ¿Adiós al retribucionismo?; III. Teorías expresivas de la pena; IV. Acerca del “renacimiento” del retribucionismo en Alemania; V. La discusión anglosajona y su recepción; a. La línea proporcionalista estricta; b. Enfoques alternativos; VI. Conclusiones; a. La transparencia de los fundamentos de las injerencias; b. Aportes a la dogmática de la determinación de la pena; c. ¿Es constitucional la eliminación del fin resocializador de la pena?; VII. Bibliografía.

I. Introducción: la presentación de la discusión sobre “teorías de la pena”

A pesar de que la discusión sobre los fines de la pena no solo nunca se ha detenido sino que se ha ido haciendo cada vez más compleja, la presentación del debate no pareciera haber tenido variaciones sustanciales en las obras destinadas a mostrar cuál es el panorama en esta materia.

Así, la tradicional contraposición entre teorías de la pena absolutas versus relativas, seguidas por las así llamadas “teorías de la unión”, subsiste en modernos manuales¹ y códigos comentados.

¹ Cf., a modo de ejemplo, las recientes ediciones traducidas de las obras de HILGENDORF y VALERIUS (*Derecho Penal. Parte General*, trad. Leandro A. DIAS y Marcelo A. SANCINETTI, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, esp. pp. 3 ss.) y de FRISTER (*Derecho Penal. Parte General*, trad. Marcelo A. SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires,

Dentro de este esquema, las teorías absolutas —asociadas a la retribución— son definidas como aquellas en las que la pena se desvincula de toda finalidad “secular”, y por ese motivo, son calificadas como inidóneas para aportar una fundamentación de la pena admisible en un estado de derecho.

Siguiendo esta categorización, en esta presentación del tema no solo quedan excluidas de la discusión “racional” sobre el fundamento de la pena no solo las explicaciones emparentadas con la “ley del Talión” o con visiones de la pena relacionadas con formas de expiación, sino también exponentes clásicos de la retribución como Kant y Hegel. Así, el ejemplo de la isla de Kant, o bien, el rechazo de Hegel a toda finalidad preventiva, equiparada a tratar al hombre como a un perro al que se amenaza con un palo aparecen una y otra vez, casi como clichés, a fin de demostrar el contenido metafísico o incluso inhumano del retribucionismo.

Por cierto, esta separación estricta entre teorías absolutas y relativas no ha estado exenta de críticas.² Sin embargo, la razón principal por la que esta formulación de la discusión puede ser objetada se relaciona no solo con la intensa diversificación de los desarrollos científicos en esta materia, sino fundamentalmente con cierto ocultamiento de los fines retributivos de la pena, los cuales se esconden sin demasiado éxito tanto en algunas de las versiones de la prevención general positiva como así también en las teorías de la unión, bajo el manto de la “culpabilidad como límite de la prevención”.³

II. ¿Adiós al retribucionismo?

A pesar de lo que sugiere el planteo de la discusión con el que se suele introducir el tema de los “fines de la pena”, lo cierto es que una aproximación apenas más detallada a las formulaciones concretas de los argumentos que se manejan en la discusión, rápidamente muestra que nos

2011, esp. pp. 59 ss. y en particular, el cuadro sinóptico de p. 72). Este esquema se mantiene también en la presentación de las teorías de la pena de NEUMANN en la última edición del “Nomos Kommentar” (KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN [comps.], *Strafgesetzbuch*, 5ª. ed., Nomos, Baden-Baden, 2017).

² FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en *Indret*, 3/2014, p. 7.

³ Así, por ejemplo, ROXIN: “No obstante, a pesar de la renuncia a toda retribución, 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.”. Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Diego Manuel LUZÓN PEÑA y otros), Civitas, Madrid, 1997, n.m. 46, p. 99.

habríamos apresurado un poco al despedirnos de KANT y HEGEL.⁴

Del mismo modo, tampoco parece posible dar por muerta a las teorías absolutas o a la retribución⁵ sin realizar al menos algunas aclaraciones terminológicas.

Al respecto, un excelente análisis de la ambigüedad con que los autores se refieren al tópico de la retribución puede verse en un trabajo de KLOCKE y MÜLLER,⁶ cuyo título reza, justamente, “Acercas del renacimiento de la retribución”.⁷ A partir de un repaso de diferentes opiniones, estos autores muestran que, paradójicamente, el tópico “retribución” genera cierta desazón no solo en sus contradictores explícitos, sino incluso en autores con posiciones muy próximas a nociones talionales.

Para decirlo con las palabras de NAUCKE: “[l]a retribución por medio de la pena se menciona casi a desgano, pero no es sencilla de abolir”.⁸

III. Teorías expresivas de la pena

Si se tiene en cuenta el considerable malestar que parece causar la referencia explícita a la retribución, la propuesta de HÖRNLE de abandonar la referencia a las teorías “absolutas” y sustituirla por una nueva categoría, que denomina “teorías expresivas de la pena”,⁹ puede llegar a aportar una mayor claridad en cuanto a los términos de la discusión.¹⁰

⁴ Así lo había postulado en su momento KLUG en su trabajo titulado, justamente, “Abschied von Kant und Hegel” [„La despedida de Kant y Hgel”], en BAUMANN (comp.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Fischer, Frankfurt am Main, 1968, pp. 36 ss.

⁵ Así, por ejemplo, LÜDERSSEN y FRISCH.

⁶ KLOCKE/MÜLLER, “Zur Renaissance der Vergeltung”, en *StV*, 2014, p. 370.

⁷ *Supra* nota 6.

⁸ *Supra* nota 6.

⁹ Para un detallado análisis crítico de la línea argumental de estos autores, cf. el trabajo de LERMAN, “Análisis de los argumentos contra el llamado ‘renacimiento’ de la retribución”, en AMBOS/MALARINO/PASTOR (dirs.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

¹⁰ Cf. una presentación sintética de los términos en que se viene reformulando la discusión relativa a los fines de la pena en ROXIN, “Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2015, pp. 3 ss.

Como bien lo destaca esta autora, en la medida en que existen fundamentaciones que no se orientan a la prevención del delito (las cuales suelen ser calificadas, indistintamente, como “relativas”), pero que de todos modos configuran fundamentaciones racionales de la pena criminal orientadas a los intereses generales e individuales, ya no queda para nada claro qué es lo “absoluto” de las teorías absolutas.

Partiendo de ese punto, la referencia al carácter “expresivo” de la pena, ofrece una categoría más plástica, dentro de la cual agrupar a las numerosas posiciones que definen a la pena como una reacción (expresiva) frente al delito cometido, y que desde una perspectiva estrictamente retrospectiva, responden a un esquema de razonamiento estrechamente emparentado con la noción de retribución.

IV. Acerca del “renacimiento” del retribucionismo en Alemania

Antes de pasar a presentar brevemente algunos ejemplos de las posiciones que marcan este supuesto “renacer” del retribucionismo, resulta interesante plantear, al menos brevemente, la pregunta relativa a qué fue lo que pudo haber conducido a una situación, en la cual, más allá del cambio en los ropajes, diferentes concepciones “retribucionistas” parecen haber perdido buena parte de las connotaciones negativas de hace algunas décadas, para manifestarse hoy incluso como una promesa de mayor racionalidad en la imposición de las penas.

Como aclaración preliminar, corresponde indicar que solo es posible hablar de “renacer” en sentido figurado. Pues, en rigor, en el ámbito cultural hispanoparlante y alemán, el aspecto “retribucionista” vinculado con la necesidad de que la pena constituya una respuesta *proporcional* al hecho cometido no puede decirse que se haya diluido nunca. En todo caso, lo que sí podría ser visto como una novedad es la intensa revalorización de la imposición de penas proporcionales al hecho, *desvinculadas de nociones de prevención* (sea general o especial), dentro de una línea que podría ser calificada como “neo-proporcionalista”.¹¹

En un primer acercamiento, este desarrollo puede ser relacionado con el fracaso de las prácticas judiciales orientadas a la prevención especial, luego del furor de los años 60 en pos de la resocialización. Especialmente en el ámbito angloamericano, y en los países escandinavos, la

¹¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho”, en *InDret*, 1/2007, p. 2.

ideología de la resocialización (bajo el conocido lema de MARTINSON y su “nothing works”¹²) fue abandonada y sustituida por la línea de la “justa retribución o merecimiento” (*just deserts*).

Esta evolución en la discusión angloamericana tuvo una notable incidencia en la Europa continental, y en particular, en Alemania.¹³

Así, en una clara contraposición con lo que sucede en otros temas del derecho penal, en este ámbito, el intercambio científico con autores provenientes de la criminología sajona y escandinava fue decisiva. Los ejemplos paradigmáticos son, sin duda, VON HIRSCH y JAREBORG, cuyos aportes con relación a la significación de la función de la proporcionalidad como elemento concreto para la determinación de la pena resultaron decisivos en Alemania. Dentro de esta línea, cabe recordar la propuesta de ELLScheid y HASSEMER en “Strafe ohne Vorwurf”, quienes incluso plantearon la posibilidad de que el principio de proporcionalidad se convirtiera en sustituto de la culpabilidad.¹⁴

Por cierto, indagar las razones de la intensa influencia angloamericana y escandinava en estos temas excedería el objeto de esta presentación. No obstante, quizás pueda pensarse que esto haya tenido relación con la circunstancia de que en Alemania el estudio de los problemas vinculados con la pena, su determinación y ejecución, en muchos casos estuvieron más en el centro de interés de autores emparentados con la criminología, y no tanto con la teoría de la imputación.¹⁵ En este punto, posiblemente la excepción más significativa sea FRISCH, quien tempranamente mostró en su trabajo sobre el recurso de casación en materia de determinación de la pena la complejidad de los problemas dogmáticos en juego y sus implicancias prácticas concretas.¹⁶

En el contexto de un terreno cada vez más escéptico frente a las posibilidades de la prevención especial comenzaron a florecer cada vez más diferentes fundamentaciones, o bien, justificaciones

¹² Esto, con referencia a la obra de 1974 del sociólogo americano Robert MARTINSON, quien en el marco de un estudio analítico con relación a los métodos de tratamiento penitenciario formulaba la pregunta “what works?” y, a partir de los índices de reincidencia, concluía “nothing works”. Cfr. MARTINSON, “What Works? Questions and Answers About Prison Reform”, en *The Public Interest*, n.º 35, 1974, pp. 22-54.

¹³ FEIJÓO SÁNCHEZ, *supra* nota 11.

¹⁴ ELLScheid/HASSEMER, “Strafe ohne Vorwurf”, en *Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, t. IX, 1979, pp. 27 ss.

¹⁵ Tal el caso, por ejemplo, de STRENG, cuyo escrito de habilitación era de orientación eminentemente empírica (cfr. STRENG, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, Heidelberg, 1984).

¹⁶ FRISCH, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung. Eine Untersuchung über die Struktur und die Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung*, Colonia, 1971.

de la pena, que retomaban la tradición clásica (de allí la denominación neoclasicismo), y en las que conceptos desvinculados de la finalidad de “prevención del delito” comenzaron a manejarse en forma completamente abierta, si bien conservando —al menos en lo terminológico— un fuerte rechazo a la noción de retribución.

Si se parte de tomar como característica central del *neo-retribucionismo* a la idea de separar a la pena de la *prevención especial*, buena parte de los sostenedores de la prevención general positiva quedarían enrolados en esa categoría, en la medida en que, además, resaltan a la expresión de censura como elemento central para la definición misma del concepto de pena.

Si bien no es posible realizar aquí una enumeración exhaustiva de la totalidad de los autores o de los matices que los separan, entre los ejemplos más característicos de teorías expresivas de la pena, sin duda, JAKOBS no debería estar ausente. Su concepción de la pena como confirmación de la norma, y su orientación al mantenimiento de la fuerza de la vigencia del orden jurídico¹⁷ lo colocan dentro de esta categoría, a pesar de que se manifiesta contrario a la retribución pura.

Un caso parecido es el de FRISCH, quien al tiempo que descalifica a la retribución como un “culto al sufrimiento”,¹⁸ reafirma la necesidad de pena en aras de garantizar un estado de juridicidad, su vigencia y su inquebrantabilidad. Ella es “la reacción que es necesaria para contradecir de manera eficaz el hecho del autor (más allá de una mera reprimenda), esto es, para contrarrestar la debilitación de la fuerza preventiva de la conminación penal (su derogación) que de otro modo amenazaría producirse...”.¹⁹

Sin embargo, los exponentes más decididos en una revitalización del retribucionismo son, sin duda, KÖHLER y MICHAEL. Ya una muy breve aproximación a sus elaboraciones deja bien en claro que, en contra de los pronósticos de KLUG, todavía era demasiado pronto para despedirnos de KANT y HEGEL.

En este sentido, el trabajo de KÖHLER sobre el concepto de pena²⁰ configura un verdadero diálogo con KANT, y su reinterpretación kantiana de la fundamentación de la pena será trasladada a

¹⁷ JAKOBS, *AT*, 1/9.

¹⁸ FRISCH, *supra* nota 2, p. 11.

¹⁹ FRISCH, *supra* nota 2, p. 17.

²⁰ KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, R. v. Decker, Heidelberg, 1986.

su Manual,²¹ con consecuencias concretas para la teoría de la imputación, y en especial, para el sistema de sanciones. Esta línea de interpretación se advierte, por ejemplo, en su rechazo drástico a la pena de prisión perpetua o la custodia de seguridad, como formas incompatibles con la calidad de ciudadano, como así también en su apartamiento de la doctrina dominante en materia de inhabilitación, a la que considera una pena y no una medida preventiva. Dentro de su posición, la pena se justifica como el restablecimiento compensatorio de las relaciones jurídicas parcialmente negadas en su validez general por la producción del delito a través de la libertad externa del condenado. En una definición difícilmente separable de la compensación retributiva, este autor considera que la pena produce “una injerencia sobre el autor en su status de derechos básicos para la necesaria compensación del derecho”,²² y con ello, para la restitución de la vigencia general de la relación jurídica vulnerada.

PAWLIK, por su parte, no parece tener las prevenciones terminológicas de otros autores y se reconoce explícitamente retribucionista en la línea de HEGEL. Según sostiene, la legitimación del castigo solo puede estar orientada al *punitur quia peccatum*.²³ A fin de superar la objeción tradicional relativa a la justificación de irrogar un mal a quien ha provocado antes otro, recupera la antigua noción de justicia compensatoria mediante un paralelo con el derecho de daños. Según PAWLIK, la idea de compensación del daño puede resultar fructífera para la teoría de la pena en la medida en que se encuentra en la base de toda teoría de la retribución penal desde HEGEL en adelante: quien ha causado un daño se encuentra obligado a compensar su hecho destructivo mediante un acto constructivo. La transposición de los conceptos del derecho de daños, no obstante, no es automática, en tanto aquí la víctima no recibe una ventaja inmediata de esa compensación, dado el carácter supraindividual de la pena. En el marco de este planteo, dentro de una sociedad libre, a cada uno de los ciudadanos le corresponde asumir el deber de mantener el estado de libertad real. Quien escapa a esta responsabilidad al realizar un hecho punible infringe su obligación de contribuir a la conservación del orden existente de libertad. Sufrir una pena significa tener que soportar que los bienes propios sirvan para demostrar que una acción de estas características lesiona la libertad. Desde esta perspectiva, la pena no sería entendida en forma puramente negativa como irrogación de dolor que responde a un dolor anterior sino positivamente, como pretensión de sometimiento del autor para el restablecimiento de la relación jurídica que él

²¹ KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlín-Heidelberg, 1997.

²² KÖHLER, *supra* nota 21, p. 580.

²³ PAWLIK, “¿Pena o combate de peligros?”, en *InDret*, 4/2011, p. 17

lesionó.²⁴ Es especialmente interesante la perspectiva que propone para la determinación de la pena: “Si la imposición de la pena se ve legitimada teniendo que permitir el autor el reproche por la lesión de su deber de ciudadano, la medida de la pena debe igualmente medirse por dicho injusto. La intensidad del injusto imputable al autor se medirá de acuerdo con el alcance del menoscabo de libertad realizado efectivamente, o bien que era intención causar, por un lado, y por el otro, teniendo en cuenta la medida de la lealtad del autor frente al proyecto de paz a través del derecho en general”.²⁵

Sin embargo, dentro del ámbito alemán, no solo los autores que se inscriben en lo que podría calificarse como la línea tradicional de las teorías absolutas de la pena adhieren a nuevas formas del retribucionismo.

Este es el caso, por ejemplo, de HÖRNLE. En principio, sus puntos de partida teóricos podrían ser vistos como la reconstrucción de una “teoría de la unión” à la ROXIN. En esta dirección, HÖRNLE rechaza que exista una respuesta unidimensional de la teoría de la pena, e incluso, considera equivocada la idea de que la teoría de la pena prejuzga sobre las directrices de la determinación de la pena, y entiende que el juicio de disvalor referido al caso concreto puede y debe seguir reglas distintas de las que orientan la fundamentación de la amenaza penal y la imposición de la pena.

No obstante este claro apartamiento de posiciones unidimensionales como las de KÖHLER y PAWLIK, esta autora entiende que “la posición del Estado respecto a las víctimas de los delitos se corresponde con la de un fiduciario en la medida en el juicio estatal de disvalor también se produce en interés de la víctima del hecho”, aun cuando en el proceso penal no se sigan los deseos y necesidades personales de la víctima individual. Sobre esta base, va a calificar a su posición como una “teoría expresiva orientada a la comunicación con la víctima”.²⁶

De este modo, en el desarrollo de su posición, en definitiva Hörnle viene a rescatar quizás uno

²⁴ PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 86 s.

²⁵ PAWLIK, *supra* nota 24, pp. 104 s.

²⁶ HÖRNLE, *Teorías de la pena* (trad. Nuria PASTOR MUÑOZ), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 42. Una interesante presentación crítica de los principales puntos de vista sostenidos en esta obra es presentada por LERMAN en la detallada reseña bibliográfica publicada en *En Letra. Derecho Penal*, n.º 3, 2016, pp. 221 ss.

de los aspectos más característicos de las nociones tradicionales de retribucionismo: la vinculación de la proporcionalidad de la pena al daño sufrido por la víctima.²⁷

V. La discusión anglosajona y su recepción

a. La línea proporcionalista estricta

Ciertamente, también en el ámbito anglosajón existen innumerables trabajos y elaboraciones sobre este tema, y no es tarea sencilla hacer una selección de los ejemplos más característicos.

En el contexto de la gran cantidad y diversidad de autores que podríamos calificar de “proporcionalistas”, los aportes de ASHWORTH y a VON HIRSCH tienen, sin duda, un lugar destacado.

Ambos autores resultan de particular interés en la medida en que personifican de modo singular el intenso intercambio de ideas entre la Europa insular y la continental. A su vez, los dos han dejado una huella decisiva, no solo en cuanto a la necesidad teórica de trasladar la perspectiva de las teorías de la pena a la determinación de la pena concreta, sino, particularmente, en cuanto a los esfuerzos por trasladar a la práctica sus puntos de partida.

Así, en su tradicional obra *Sentencing and Criminal Justice*,²⁸ ASHWORTH expresa que uno de los principales avances que se puede realizar para racionalizar la determinación de la pena es fijar una finalidad primaria, y esta función le corresponde a la proporcionalidad: “el principio de la igualdad ante la ley debería prevalecer en las decisiones de determinación individual de la pena”.²⁹ A partir de esa noción pasa a examinar los problemas específicos que pueden plantearse al intentar trasladar este punto de partida a una pena en concreto. Así, aun sin la pretensión sistemática que caracteriza a los trabajos alemana, va a esbozar fundamentos racionales con relación a las razones por las cuáles es posible, por ejemplo, atenuar la pena por la confesión del condenado, o en supuestos en que ha existido reparación del daño, dentro de lo que califica como “atenuación de

²⁷ Especialmente, en HOERNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999. Cf. también HOERNLE, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2003.

²⁸ ASHWORTH/VON HIRSCH, *Sentencing and Criminal Justice*, Butterworths, Londres, 1995.

²⁹ ASHWORTH/VON HIRSCH, *supra* nota 28, p. 81.

clase media”.³⁰

De modo similar, también VON HIRSCH ha puesto un fuerte acento en la significación de la proporcionalidad como fundamento del reproche penal, pero también como lineamiento concreto al momento de la fijación de la sanción. Su trabajo de 1976, *Doing Justice*,³¹ puede ser visto como una de las primeras sistematizaciones de la teoría del merecimiento, y la influencia de su enfoque proporcionalista se refleja con claridad en la dirección que han tomado autores alemanes como Hörnle.

En su obra *Censurar y Castigar*, al examinar la normativa inglesa³² que adopta expresamente la proporcionalidad como regla básica para la fijación de las penas, VON HIRSCH destaca el componente de reproche (censura) que ineludiblemente debe ponerse de manifiesto en una pena. A su vez, será la severidad de la sanción la que habrá de expresar la gravedad del reproche. Siguiendo este esquema, las sanciones punitivas debieran ser ordenadas de acuerdo con la gravedad de la conducta a la que se corresponde. En particular respecto de este último punto, este autor señala que cuando se trata a las personas de forma tal que se les atribuye un demérito, ese trato debiera reflejar cuán demeritoria ha sido su conducta. Castigando una cierta forma de conducta de forma más severa que otra, el castigo expresa el mensaje de que es peor.³³ A partir de allí, recupera las nociones de proporcionalidad ordinal, vinculada con la lógica propia de un sistema de censura —esto es, escalas penales diferentes según la gravedad de los hechos y necesidad de mantener consistencia en las reacciones comparativas— y la proporcionalidad cardinal, que se relaciona con la existencia de ciertos límites no relativizables, como puede ser el nivel de severidad general de las penas, o bien, los puntos fijos dentro de una escala ordinal.

Un punto particularmente interesante de su propuesta se vincula con su invitación a abandonar la teorización en materia de justificación del castigo. En sus palabras: “[e]s tiempo de avanzar de ‘¿por qué castigar?’ a ‘¿cuánto castigar?’”, y en esa empresa, será la proporcionalidad la que nos

³⁰ Cf. ASHWORTH/VON HIRSCH, *supra* nota 28, pp. 140 s.

³¹ VON HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of punishments: Report of the Committee for the Study of Incarceration*, Hill & Wang, New York, 1976.

³² Criminal Justice Act (1991).

³³ VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998, p. 42.

servirá de guía.³⁴

b. Enfoques alternativos

Además de los puntos de partida señalados, que se orientan a la proporcionalidad de las penas de un modo relativamente “ortodoxo”, han surgido en el marco de la discusión sobre este tema algunos abordajes poco usuales, que proponen un enfoque mucho menos convencional. Así, autores como DUFF y ROBINSON han replanteado el debate sobre el tema desde una perspectiva bien distinta de aquellas que se suelen asumir en los cursos para estudiantes de grado.

En principio, cuando se habla de retribucionismo “contemporáneo”, una de las primeras intuiciones posiblemente fuera la de suponer que se trata de una categorización que, en todo caso, habrá de dejar fuera de consideración todas las versiones retribucionistas emparentadas con conceptos asociados a la religión o con la noción expiación interna de culpas.

Sin embargo, el trabajo de DUFF³⁵ parece demostrar que esto no sería del todo exacto. En efecto, dentro del marco de una teoría del merecimiento, DUFF plantea la inquietante pregunta de hasta qué punto un estado liberal no tiene nada que hacer cuando se trata de las almas de los ciudadanos. Ello, a partir de una discusión más amplia en materia de castigo, dentro de la cual rescata la idea de que el castigo debería implicar elementos tales como el arrepentimiento y la reconciliación.³⁶

Adelantándose a las objeciones, DUFF reconoce que esto podría implicar un intento por invadir la “ciudadela del alma” de los afectados, en una concepción que pereciera totalmente ajena a las versiones liberales de las teorías del merecimiento.³⁷ Sin embargo, insiste en que esta perspectiva puede ofrecer una vía fructífera para entender mejor el castigo criminal, el cual,

³⁴ VON HIRSCH, *supra* nota 33, p. 42.

³⁵ DUFF, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

³⁶ Para un análisis de los diferentes matices de la posición de Duff sobre la filosofía del castigo, cf. REIFF/CRUFT, “Antony Duff and the Philosophy of Punishment”, en CRUFT/KRAMER/REIFF (comps.), *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 3 ss.

³⁷ DUFF, “Penance, Punishment and the Limits of Community”, en *Punishment and Society*, julio 2013, p. 298.

idealmente, debería constituir una forma de "penitencia secular".³⁸ La comisión culpable de un delito implica un injusto que afecta los valores centrales de la comunidad política expresados en el derecho penal; por ello, el delito daña o amenaza la relación normativa del autor no solo con la víctima sino con sus conciudadanos. En el marco de esta construcción, el castigo puede colaborar a inducir o a reforzar el arrepentimiento mediante la comprensión del crimen en la dimensión del daño causado a la comunidad. Al tener que aceptar la carga de la pena, esto puede funcionar como la expresión material y coercitiva de la disculpa que el autor le debe a la comunidad cuyos valores afectó. De allí la significación que cabría asignar a formas de sanciones del estilo del trabajo comunitario.

En esta línea, el castigo es concebido como un proceso comunicativo entre el ofensor y la comunidad política: la sanción apunta a comunicarle al autor la censura que merece el delito; llevarlo a reconocer y a arrepentirse de ese crimen como algo malo respecto de lo cual debe asumir la reparación moral, conducirlo hacia la reparación, al asumir la carga de la pena sobre sí. El castigo, por lo tanto, es una *empresa reformativa*. La censura está pensada para darle al individuo una razón moral para reaccionar; consecuentemente, el grado de reproche expresado debería ser coherente con la reprochabilidad de la conducta.

Si bien DUFF reconoce que es una concepción que se aparta del modo en que actualmente se lleva a la práctica la sanción penal, destaca las reminiscencias de esta concepción que se advierten en institutos como la *probation* o el trabajo comunitario, y que son las que permiten explicar su lógica de funcionamiento de un modo más comprensible.³⁹

Aun cuando no resulta sencillo compatibilizar una concepción de la pena tan orientada a actuar sobre el núcleo íntimo del individuo con nuestra concepción de lo que podría sintetizarse como "principio de reserva", lo cierto es que, como contracara, se trata de una propuesta esencialmente dirigida a concebir al autor como incluido dentro de la comunidad jurídico y a descartar a la pena como instrumento de exclusión. El peso considerable de estos aspectos inclusivos de la posición de DUFF y su aporte a la discusión son, sin duda, los que han contribuido a su difusión en nuestro

³⁸ DUFF, *supra* nota 37, p. 300.

³⁹ Cf. al respecto la interpretación de GARGARELLA sobre los alcances de esta concepción "comunitaria" en GARGARELLA, "El lugar del pueblo en el derecho penal", disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41047.pdf> [enlace verificado el 7 de mayo de 2018].

medio.⁴⁰

Otra perspectiva bien diferente de la que se utiliza en la discusión estrictamente orientada a la dogmática es la que propone el americano ROBINSON, quien ofrece superar la tradicional antinomia entre retribucionistas y utilitaristas, o “instrumentalistas”, por medio de argumentos empíricos. Si bien parte de una concepción “mixta” con respecto a los fines de la pena, también Robinson se decide en favor de la proporcionalidad como elemento decisivo para la justificación de las sanciones, pero lo hace a partir del resultado de investigaciones de campo acerca de las intuiciones de justicia dominantes entre el común de la población.

En lo que ha dado en llamarse un “giro experimental”,⁴¹ ROBINSON presentó el resultado de sus trabajos con el psicólogo cognitivo DARLEY, en los que se llegó a algunas conclusiones que resultan —al menos en parte— sorprendentes.

Según diversas investigaciones empíricas, se habría establecido que los puntos de vista de la comunidad tienden en general a apoyar las decisiones adoptadas en las leyes penales en varios extremos. Estas conclusiones, a su vez, fueron ratificadas por otros estudios, de los que se deriva que el principal motivo por el que los ciudadanos obedecen el derecho no es el miedo a la eventual sanción por su incumplimiento sino su percepción sobre la legitimidad del sistema jurídico, que pareciera depender fundamentalmente de su grado de justicia.⁴²

Al elaborar conceptualmente los resultados de estos trabajos en su obra “Principios Distributivos del Derecho Penal”, ROBINSON propone una particular forma de merecimiento, el llamado “merecimiento empírico”, esto es, el merecimiento conforme a las intuiciones de justicia de la comunidad. Al seguir los puntos de vista sobre la justicia de la comunidad —sostiene— se cimienta la credibilidad moral del sistema de justicia criminal, lo que permite aprovechar la

⁴⁰ Cf., especialmente, la presentación de DUFF, *supra* nota 35, que hacen GARGARELLA y BERGALLO. Asimismo, la entrevista al autor publicada en *Lecciones y Ensayos*, n.º 92, 2014, pp. 301 ss., y la reseña bibliográfica de HIDALGO en *Revista de Historia de las Prisiones*, n.º 3, 2016. Desde otra perspectiva, pero también destacando el peso de la contribución del autor, la reseña de MAÑALICH en *Derecho y Crítica Social*, n.º 2, 2016, pp. 265 ss.

⁴¹ CANCIO MELIÁ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Introducción”, en ROBINSON, *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

⁴² Cf. ROBINSON/DARLEY, *Justice, Liability and Blame: Community Views and the Criminal Law*, Westview Press, Boulder, 1996.

capacidad de prevenir delitos de la influencia social y normativa.⁴³

Según este autor, un sistema de justicia penal que es percibido como justo por la comunidad gana en su capacidad de obtener respeto y seguimiento, y es más proclive a suscitar asistencia y apoyo por parte de los ciudadanos. Por el contrario, un sistema que es visto como dispuesto a cometer injusticia pierde credibilidad, es más proclive a provocar resistencia, e inspira el vigilantismo manifiesto y encubierto, bajo la forma de diferentes conductas elusivas en materia procesal (ej. desatención de las instrucciones por parte de los jurados o desaprensión frente a los requisitos formales del proceso).⁴⁴

En definitiva, ROBINSON propone fijar las sanciones siguiendo un principio distributivo “híbrido”, que se oriente fundamentalmente al merecimiento empírico, el cual no siempre —pero sí a veces— coincide con los criterios deontológicos elaborados por los filósofos morales.

Posiblemente uno de los puntos más significativos del trabajo de ROBINSON se refiere a su interpretación con respecto a la divergencia existente entre las líneas de política criminal dominantes, dirigidas primordialmente a la incapacitación y la inoquización, y las intuiciones de justicia de la comunidad, que se inclinan por el merecimiento.

Así, las reglas del estilo del *three strikes and you're out* generan condenas mucho mayores que las correspondientes a la culpabilidad relativa y, en esa medida, en contra de lo que podría suponerse, son percibidas por el común de la gente como contrarias la proporcionalidad de las sanciones. Según el resultado de los estudios, aun cuando las personas comunes puedan admitir diferentes niveles de severidad en cuanto a las penas, es extremadamente difícil disuadirlas de la importancia de mantener la proporcionalidad.

Según se afirma, un derecho penal que sigue esta línea de merecimiento empírico —principios de justicia derivados del estudio de campo de los juicios de justicia compartidos por la comunidad— es un derecho penal que será visto por la comunidad como justo. Y una mayor credibilidad moral le dará al derecho penal una mayor eficacia en el control del delito que un derecho penal que entra en conflicto con los principios de justicia de la comunidad. Es en este

⁴³ ROBINSON, *supra* nota 41, p. 46.

⁴⁴ ROBINSON, “El principio de proporcionalidad y merecimiento empírico”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 22, 2015, p. 183 ss., esp. 185.

sentido que puede calificarse la posición de ROBINSON como híbrida, pues si bien se basa en la reprochabilidad moral del delincuente, la adopción de este principio se justifica en razones estrictamente utilitaristas: la mayor eficiencia en el control del delito.⁴⁵ Dentro de este esquema, allí donde el sistema busca conseguir más disuasión general o más incapacitación que la ya inherente en la condena merecida, la injusticia tiene un efecto perjudicial sobre su credibilidad moral, y como consecuencia, un efecto perjudicial sobre su eficacia para el control del delito. Por lo tanto —se concluye— si se quiere detener preventivamente a personas peligrosas sería mejor para los detenidos y el público en general que esto se haga en forma abierta, y no de modo subrepticio, como si se tratara de un castigo de la justicia penal por un delito pasado.⁴⁶

VI. Conclusiones

a. La transparencia de los fundamentos de las injerencias.

Incluso a partir de una reseña tan sintética como la que aquí se ha presentado es posible percibir las marcadas divergencias que existen en cuanto a los puntos de partida de las diferentes posiciones que fueron tomadas como ejemplos de “retribucionismo contemporáneo”.

Sin embargo, más allá de los considerables matices que las separan, todas estas posiciones dejan en evidencia las dificultades, o incluso, la imposibilidad, de sostener con alguna coherencia un sistema de sanciones penales que mezcle indiscriminadamente criterios retrospectivos y prospectivos para fundar injerencias sobre los individuos.⁴⁷

En este sentido, no parece casual que este resurgimiento del retribucionismo se haya producido cuando, en paralelo, se habla del “renacimiento de la custodia de seguridad”,⁴⁸ e incluso, se plantea la pregunta acerca de la necesidad de una “versión 2.0” del instituto.⁴⁹ Así, no

⁴⁵ ROBINSON, *supra* nota 44, p. 188.

⁴⁶ ROBINSON, *supra* nota 44, pp. 189-190 (nota 1).

⁴⁷ Las inconsecuencias que esta mixtura produce dentro del sistema han sido señaladas con agudeza por ORCE, “Problemas de la inclusión de reglas de la prevención en la imputación”, en AMBOS/MALARINO/PASTOR (dirs.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 76 ss.

⁴⁸ Tal el título del trabajo de LAUBENTHAL, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, ZStW, n.º 116, 2004, pp. 703 ss.

⁴⁹ Cf. la recopilación de trabajos de KASPAR, *Sicherungsverwahrung 2.0?*, Nomos, Baden-Baden, 2017, en la que

parece haber dudas acerca de que dentro de las sociedades subsiste el problema de encontrar algún enfoque para la tramitación de lo que —simplificando— podría denominarse “necesidades preventivo especiales” (sean positivas o negativas). No obstante ello, cada vez adquiere más peso la idea de que se trata de finalidades distintas de la pena en sentido estricto, y que, por lo tanto, ellas exigen una legitimación autónoma e independiente, lo cual, a su vez, presupone un esquema argumental para la fundamentación de la decisión que es completamente diferente y que se debe poner de manifiesto de forma transparente en la motivación.⁵⁰

Por otro lado, cuando el legislador produce un cambio abrupto en los montos de pena, por ejemplo, al establecer un máximo de pena para casos de concurso real que excede todo parámetro de responsabilidad, y de este modo, encubre fines de inocuidad⁵¹ no explicitados, no solo está eludiendo las posibles objeciones constitucionales que se le harían si pusiera en blanco sobre negro su objetivo. Además, —a estar a la hipótesis de ROBINSON— podría estar poniendo severamente en riesgo el respeto de los ciudadanos frente a las normas penales *también en términos fácticos*. Por cierto, no es posible trasladar la interpretación de las convicciones de justicia relevadas empíricamente por Robinson sin alguna corrección o constatación de su aplicabilidad a la sociedad argentina. Sin embargo, desde una perspectiva quizás más fácilmente aplicable a la discusión argentina, parece interesante recordar que también FRISCH —al relevar los sistemas normativos de pena en Europa⁵²— ha destacado la importancia esencial que adquiere la noción de proporcionalidad en todo el ámbito europeo. Con tales precisiones, parecería admisible afirmar que es bien posible que también en Argentina la confianza —o, en su caso, la desconfianza— de los ciudadanos en el sistema penal esté estrechamente relacionada con la capacidad de este para impartir justicia.

se examinan cuestiones empíricas vinculadas con la custodia de seguridad, los problemas normativos que presente, y en particular, la situación planteada en Alemania a partir de la recepción por parte del BVerfG de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en “M. v. Germany”.

⁵⁰ Esto es, en definitiva, lo que pretende poner de manifiesto el BVerfG en su decisión del 4.5.2011, cuando —en línea con lo exigido por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos— reclama como presupuesto para la legitimidad de las injerencias propias de la custodia de seguridad la satisfacción del “mandato de diferenciación” entre penas y medidas (“Abstandsgebot”).

⁵¹ Cf. el tratamiento de este ejemplo en YACOBUCCI, “La transformación del derecho penal argentino”, en *Prudentia Iuris*, n.º 80, 2015, p. 39 ss., esp. p. 40.

⁵² FRISCH, “Los conceptos de pena y el desarrollo del derecho penal en Europa”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, marzo 2011, pp. 40+ ss.

Desde este punto de vista, una discusión que a primera vista puede aparecer como puramente “teórica” o “filosófica”, tiene proyecciones bien concretas en punto a exigir transparencia en la fundamentación de las injerencias, según sea que se dirijan a expresar censura por un hecho responsablemente cometido, o bien, a colaborar de algún modo en la evitación de la comisión de nuevos hechos punibles.

b. Aportes a la dogmática de la determinación de la pena

Por otro lado, las posiciones reseñadas, a pesar de sus fuertes diferencias, también coinciden en adoptar la noción de proporcionalidad no ya como un principio abstracto, sino que, con mayor o menor suerte, intentan reconvertirlo en criterios concretos de determinación de la pena. Estos esfuerzos son bien claros, por ejemplo, en HÖRNLE, VON HIRSCH o ASHWORTH. A su vez, al poner tan decididamente el acento en la dimensión comunicativa o expresiva de la pena como refutación del hecho, el proceso que se suele denominar “graduación del ilícito” se transforma en una tarea de interpretación de las connotaciones del hecho y de las posibles sanciones mucho más rica en cuanto a sus matices particulares. Esta consecuencia de una perspectiva “expresiva” para la determinación de la pena ya había sido marcada por SILVA SÁNCHEZ, quien sostiene que solo una dimensión comunicativa (o de negación de la norma), puede dar una explicación consecuente a la relevancia de ciertos factores, como por ejemplo, los motivos del agente.⁵³ Algo similar se puede ver en las razones con las que PAWLIK⁵⁴ o JAKOBS⁵⁵ explican la agravación de la pena por reincidencia.

c. ¿Es constitucional la eliminación del fin resocializador de la pena?

Antes de concluir esta presentación, parece oportuno incluir alguna reflexión con respecto a la posible objeción constitucional que podría formularse a conceptos de pena *exclusivamente* orientados a la proporcionalidad, desde la perspectiva del mandato constitucional de conformidad con el cual las penas —especialmente las privativas de libertad— deben dirigirse primordialmente a la reinserción social del condenado.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret*, 2/2007, p. 11.

⁵⁴ PAWLIK, *supra* nota 24, p. 105.

⁵⁵ Cf. JAKOBS, “Die gerechte Strafe”, en *Mehr Transparenz in der Straffjustiz*, Rehbürg-Loecum, 1990, pp. 41 ss., esp. p. 54.

Sobre este punto, es especialmente interesante recordar la posición de PAWLIK, cuya posición, vista aisladamente, podría ser considerada como una de las más fieles al “retribucionismo”.

A pesar de la notable sistematicidad en la construcción teórica de este autor, lo cierto es que en ningún momento pretende prescindir o apartarse de la orientación resocializadora que domina las normativas en materia de ejecución de penas, sino que asume el reclamo legal y constitucional con todas las letras. Así, al momento de responder la tradicional objeción según la cual el retribucionismo “vacía de sentido a la ejecución de la pena”, PAWLIK recuerda que Ley de Ejecución Penal alemana establece como función primordial de la ejecución de las penas privativas de libertad la prevención especial positiva, lo cual —desde su perspectiva— en modo alguno contradiría su esquema de razonamiento. Antes bien, dicho mandato es reinterpretado por PAWLIK como parte de los deberes de la comunidad jurídica: en el momento de la aplicación de la pena la comunidad jurídica reconoce al autor en su rol de ciudadano, y para ello debe respetar su calidad de tal también en la ejecución misma. Precisamente porque el autor es y sigue siendo persona, tiene como pretensión que se le ayude a llevar a cabo ordenadamente en el futuro su deber primario de lealtad activa. Por ello, la ejecución de la pena tiene que contener una parte que amplíe las perspectivas sociales de futuro. Siguiendo a NOLL, PAWLIK sostiene que la comunidad jurídica no puede tener la expectativa de que el delincuente reconozca su responsabilidad frente a ella y la asuma si se abandona su responsabilidad frente a él.⁵⁶

Para finalizar: aun cuando algunas de las conclusiones del “neo-retribucionismo” pudieran no ser compartidas y a pesar de que tampoco logra solucionar todas las dificultades, lo cierto es que esta forma de presentar antiguos problemas puede ser visto como un aporte muy significativo para una discusión más abierta y transparente con respecto a la naturaleza de las injerencias que se imponen bajo el nombre de “pena” y, al vez, colabora a enriquecer el caudal argumental en torno a los problemas de la determinación de la pena.

VII. Bibliografía

ASHWORTH/VON HIRSCH, *Sentencing and Criminal Justice*, Butterworths, Londres, 1995.

DUFF, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos

⁵⁶ PAWLIK, *supra* nota 24, pp. 104 s.

Aires.

DUFF, “Penance, Punishment and the Limits of Community”, en *Punishment and Society*, julio 2013.

ELLSCHIED/HASSEMER, “Strafe ohne Vorwurf”, en *Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, t. IX, 1979

FEIJÓO SÁNCHEZ, “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho”, en *InDret*, 1/2007

FRISCH, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung. Eine Untersuchung über die Struktur und die Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung*, Colonia, 1971.

— “Los conceptos de pena y el desarrollo del derecho penal en Europa”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, marzo 2011.

— “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, en *InDret*, 3/2014.

FRISTER, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Marcelo A. SANCINETTI), Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

GARGARELLA, “El lugar del pueblo en el derecho penal”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41047.pdf> [enlace verificado el 7 de mayo de 2018].

HILGENDORF/VALERIUS, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Leandro A. DIAS y Marcelo A. SANCINETTI), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.

HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999.

— *Determinación de la pena y culpabilidad*, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2003.

— *Teorías de la pena* (trad. Nuria PASTOR MUÑOZ), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

JAKOBS, “Die gerechte Strafe”, en *Mehr Transparenz in der Strafjustiz*, Rehbürg-Loecum, 1990.

KASPAR, *Sicherungsverwahrung 2.0?*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (comps.), *Strafgesetzbuch*, 5ª. ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.

KLUG, “Abschied von Kant und Hegel” en BAUMANN (comp.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Fischer, Frankfurt am Main, 1968.

KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, R. v. Decker, Heidelberg, 1986.

— *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlín-Heidelberg, 1997.

LAUBENTHAL, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, *ZStW*, n.º 116, 2004.

LERMAN, “Reseña bibliográfica a ‘Teorías de la pena’ de Tatjana Hörnle”, en *En Letra. Derecho Penal*, n.º 3, 2016, pp. 221 ss.

— “Análisis de los argumentos contra el llamado ‘renacimiento’ de la retribución”, en AMBOS/MALARINO/PASTOR (dirs.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

MARTINSON, “What Works? Questions and Answers About Prison Reform”, en *The Public Interest*, n.º 35, 1974, pp. 22-54.

ORCE, “Problemas de la inclusión de reglas de la prevención en la imputación”, en AMBOS/MALARINO/PASTOR (dirs.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

— “¿Pena o combate de peligros?”, en *InDret*, 4/2011.

REIFF/CRUFT, “Antony Duff and the Philosophy of Punishment”, en CRUFT/KRAMER/REIFF (comps.), *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

ROBINSON/DARLEY, *Justice, Liability and Blame: Community Views and the Criminal Law*, Westview Press, Boulder, 1996.

ROBINSON, *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

— “El principio de proporcionalidad y merecimiento empírico”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 22, 2015.

ROXIN, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Diego Manuel LUZÓN PEÑA y otros), Civitas, Madrid, 1997.

— “Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret*, 2/2007.

STRENG, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, Heidelberg, 1984.

VON HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of punishments: Report of the Committee for the Study of Incarceration*, Hill & Wang, New York, 1976.

— *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998.

YACOBUCCI, “La transformación del derecho penal argentino”, en *Prudentia Iuris*, n.º 80, 2015.