

JUICIOS PARALELOS Y CONDENAS SOCIALES COMO EQUIVALENTES FUNCIONALES DE LA PENA: ARGUMENTOS A FAVOR DE UNA REDUCCIÓN DE LA PENA COMO CONSECUENCIA DE CIERTAS REACCIONES SOCIALES

PARALLEL TRIALS AND SOCIAL CONDEMNATIONS AS FUNCTIONAL EQUIVALENTS TO PUNISHMENT: ARGUMENTS IN FAVOR OF A SENTENCE REDUCTION DUE TO CERTAIN SOCIAL REACTIONS

Jerónimo Bide*

Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Buenos Aires

In this article will be defended the thesis that parallel trials and social condemnations can often serve as functional equivalents to forensic punishment –most of the times, only partially– and, insofar as they justify a reduction in the formal sentence, should be considered during the judicial sentencing process.

To support this argument, which is considered correct if the proportionality of penalties is to be consistently respected, the author will begin with the theory of norms, focusing particularly on the sanction norm; then introduce the theory of functional equivalents to punishment, considering both its factual and expressive dimensions; and finally, analyze how both retributive and preventive aspects, along with considerations of desert and necessity, influence the determination of punishment.

KEYWORDS: *Parallel trials and social condemnations; functional equivalents to punishment; prevention and retribution; sanction norm; necessity of punishment.*

En este artículo se defenderá la tesis de que los juicios paralelos y condenas sociales pueden fungir muchas veces como equivalentes funcionales de la pena forense –generalmente, solo de modo parcial–, y, en la medida en que fundamenten una atenuación del castigo, deberán ser descontadas de este al momento de su individualización judicial.

Para llegar a esta solución, que se considera correcta si se quiere respetar consecuentemente la proporcionalidad de las penas, el autor partirá desde la teoría de las normas prestando especial atención a la norma de sanción, planteará la teoría de los equivalentes funcionales a la pena a partir de su doble dimensión fáctica y expresiva, y analizará cómo juegan en la medición de la pena tanto los aspectos retributivos y preventivos como el merecimiento y la necesidad.

PALABRAS CLAVE: *Juicios paralelos y condenas sociales; equivalentes funcionales de la pena; prevención y retribución; norma de sanción; necesidad de pena.*

* Abogado. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Doctorando en la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-5346-1705>. Contacto: jbide@usal.es

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 19 de agosto de 2024, y aceptado por el mismo el 10 de septiembre de 2024.

«la venganza te acerca a tus enemigos»

C. A. Solari

I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal es, sin dudas, uno de los recursos más violentos que tiene a disposición el Estado para poder asegurar sus cometidos. Es violento, antes que nada, porque a través de sus normas se establecen prohibiciones y mandatos que limitan las libertades individuales de sus ciudadanos. Esta restricción a la libertad, si pretende ser legítima, deberá contar con una justificación adecuada, y esta no puede ser otra que la siguiente: a cambio de ello se puede obtener un mínimo de paz y seguridad que favorezca la coexistencia de distintas esferas individuales de libertad y hagan posible así la vida en sociedad. El Estado puede prohibir y ordenar conductas a través del derecho penal —restringiendo libertades individuales—, pero a condición de que con ello se protejan más libertades que las que se recortan, pues, solo si se garantizan más libertades que aquellas que se sacrifican, la norma jurídico-penal podrá estar legitimada. De lo contrario, el Estado debe abstenerse de intervenir o debe hacerlo a través de medios menos lesivos y más proporcionales. La sanción penal es la más grave del ordenamiento; por lo tanto, debe quedar reservada para las infracciones más graves.

Pero el derecho penal no es un recurso violento únicamente *ex ante* cuando opera restringiendo libertades de los ciudadanos. El derecho penal es además, y ante todo, violento en sus consecuencias. La pena es una injerencia por parte del Estado en ámbitos vitales individuales; es la irrogación de un mal que el castigado tiene el deber de soportar. Es, en definitiva, violencia ejercida, producción de dolor. Partiendo de ello, es exigible, entonces, que el Estado castigue solo lo necesario y no más que eso. La pena debe ser estrictamente proporcional a esa necesidad.

La proporcionalidad de una pena va a estar relacionada ineludiblemente con el hecho cometido, pero no únicamente. En principio, el hecho va a determinar la escala penal, pues dependiendo de la clase de delito cometido (más grave o menos grave) el juez va a tener a disposición una determinada clase de pena y una determinada escala punitiva (más dura o menos dura). La primera valoración —*in abstracto*— de la pena a aplicar en un concreto hecho delictivo la realiza entonces el legislador con la conminación en lo que se denomina proceso de criminalización primaria. Sin embargo, una vez se tenga por aclarado el tipo penal a aplicar con su propio marco para poder decidir una pena que resulte proporcional al hecho en el caso concreto, habrá que entrar a considerar una serie

de variantes que se relacionan, por un lado, con el hecho y su gravedad, y, por otro, con el autor y su personalidad. Esta segunda valoración —*in concreto*— la realiza el juez al aplicar la norma de sanción. Y, para hacerlo, habrá de tener en cuenta una serie de elementos.

Por un lado, tendrá que determinar el grado de retribución que el hecho merece en función del injusto culpable cometido. Luego, tendrá que valorar las concretas necesidades preventivas —tanto generales como especiales— que el hecho y el autor requieren. Pero, además, tendrá que estar atento a la concurrencia de otras circunstancias o elementos concomitantes a la pena con efectos y funciones equivalentes a esta para evitar caer en una doble punición.

En este artículo se analizarán dichas estructuras para finalmente proponer la atenuación (o, excepcionalmente, la renuncia) de la pena cuando opere, para el caso concreto, algún equivalente funcional de la pena; en particular, la concurrencia de juicios paralelos realizados en medios de comunicación y redes sociales, y las condenas sociales que de estos se derivan.

II. PUNIBILIDAD Y DELITO

A. La punibilidad en el sistema de delito: una categoría desatendida

Históricamente, la categoría de la punibilidad ha sido —al menos en parte— relegada por la doctrina a la hora de estudiar la estructura del delito. Si bien no es cierto que sea una categoría completamente olvidada, tampoco puede decirse que se le haya dedicado la misma atención que a cualquiera de las otras categorías del sistema. El debate sobre el concepto de acción, por ejemplo, tuvo el papel protagónico en la discusión durante la primera mitad del siglo pasado, mientras que el concepto de culpabilidad fue el centro de interés durante un periodo que se extiende desde que autores como Frank, Goldschmidt y Freudenthal publicaron sus trabajos sobre la teoría normativa de la culpabilidad prácticamente hasta la actualidad con los nuevos aportes realizados desde el campo de las neurociencias. El injusto, por su parte, ha sido objeto de múltiples y variadas polémicas que alcanzan desde la propia definición del concepto —por ejemplo, se debate entre un injusto objetivo y un injusto culpable— hasta la naturaleza, extensión o límites de cualquiera de los elementos que lo integran. Nada de eso ha ocurrido con la punibilidad, que no ha logrado acaparar el mismo grado de interés por parte de la doctrina, lo que de alguna manera justifica la necesidad de reflexiones más profundas acerca de su contenido.

Una de las razones por las cuales a esta categoría no se le ha dedicado tanta atención es porque, según se sostiene, la punibilidad en realidad desempeña funciones en todas las categorías del delito, que, ante todo, es un hecho **punible**. De hecho, no son pocos los autores que ni siquiera le reconocen el estatus de categoría autónoma¹. El razonamiento que siguen es claro: si se entiende a la tipicidad como **tipicidad penal**, a la antijuridicidad como **antijuridicidad penal**, y a la culpabilidad como **culpabilidad penal**, no es entonces que no se tomen en cuenta los elementos que le otorgan esa relevancia penal al hecho, sino solo que no se lo hace de manera separada. En esa línea se ha sostenido que:

[...] la decisión acerca de lo que es no solo dañoso e imputable a su autor, sino también punible, condiciona el contenido y los límites del injusto penal y de la imputación personal jurídico-penal. La selección de los hechos penalmente típicos no depende solamente de su dañosidad social, sino también de que parezca necesaria y oportuna su conminación penal. La exclusión del injusto penal también puede deberse al decaimiento de la suficiente necesidad de pena. (Mir Puig, 2016, p. 155)

Creo que este razonamiento es correcto. Al momento de desvalorar y de prohibir penalmente una conducta, el legislador toma en cuenta ciertos datos normativos y ontológicos como la gravedad del hecho, la peligrosidad de la conducta o de los modos de ejecución, la relevancia del interés que se busca proteger, entre otros, que son los que legitiman la prohibición específicamente penal. El derecho penal liberal de un Estado democrático de Derecho restringe ciertas libertades individuales en pos de garantizar la coexistencia pacífica y segura de distintas esferas de libertades en una misma sociedad: restringe la posibilidad de matar en miras de garantizar el bien jurídico vida; restringe la posibilidad de hurtar en miras de garantizar el bien jurídico propiedad. Por eso, el derecho penal será legítimo en la medida en que sirva para garantizar más o mayores libertades que aquellas que restringe a través de sus normas, lo que en definitiva no es otra cosa que una expresión del principio de *ultima ratio*. En ese sentido, entonces, la punibilidad no merece un tratamiento autónomo².

Pero nótese que, hasta ahora, nos estamos refiriendo, en todo caso, a elementos que funda-

mentan y limitan el **carácter penal** del hecho. Se trata de la punibilidad *ex ante*, que mira el hecho prospectivamente. A mi juicio, la cuestión es distinta cuando se estudia la punibilidad ya no como una categoría que explica por qué un hecho es penalmente relevante, sino como una en donde se explica por qué en el caso concreto debe ser efectivamente aplicada una pena y en qué grado. Es decir, cuando se la ve como una punibilidad *ex post*, que mira hacia el pasado y contempla el hecho retrospectivamente, sirviendo de puente entre el hecho, la pena y el autor. Si se toma la distinción que habitualmente se hace en el ámbito de la teoría de la pena entre conminación penal e imposición de la pena —que considero correcta— podríamos referirnos a la punibilidad *ex ante* como ‘conminabilidad’ y reservar para la punibilidad *ex post* el concepto de ‘punibilidad’ en sentido estricto.

Desde esta perspectiva, la punibilidad ha sido objeto de bastantes más atenciones que lo que aquí se denomina ‘conminabilidad’, aunque de todos modos nunca llegó a gozar de un ‘prestigio’ siquiera parecido al del injusto culpable. La doctrina se ha preocupado especialmente por delimitar aquello que constituye un delito, tradicionalmente definido como un hecho típico, antijurídico y culpable, y lo cierto es que una conducta que reúne esas características es, en principio, también punible (Welzel, 2004, p. 201), por lo que es entendible que la punibilidad no haya despertado el mismo nivel de interés que las demás categorías. Buena parte de la doctrina ha entendido que los elementos de la punibilidad son un conjunto de condiciones positivas y negativas que en nada afectan al carácter delictivo del hecho —no impiden apreciar la antijuridicidad ni la culpabilidad—, sino únicamente la conveniencia político-criminal de prescindir de la pena por cuestiones que nada tienen que ver con la gravedad del hecho antinormativo (Mir Puig, 2016, p. 153). A fin de cuentas, la punibilidad sería una especie de ‘cajón de sastre’ en donde es posible introducir los más variados elementos que lo único que tienen en común entre sí es la característica de que ninguno afecta a la gravedad del hecho, dentro de los cuales se incluyen tanto causas de índole personal como de índole material u objetiva e incluso de índole política, que sirven para fundamentar la pena en el caso concreto (como las condiciones objetivas de punibilidad³) o excluirla (como las excusas absolutorias o el indulto).

¹ Entre ellos, por ejemplo, Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002, pp. 390 y ss.; pp. 1032 y ss.); Mir Puig (2016, p. 153); Luzón Peña (2016, p. 554); y Jakobs (1997b, p. 414).

² De la opinión contraria es Robles Planas (2021, pp. 85 y ss.).

³ Que, ciertamente, muchos ubican directamente en el tipo.

B. La sobrecarga de la culpabilidad como consecuencia de la introducción de elementos político-criminales

Sin embargo, tampoco la punibilidad entendida como una categoría con perspectiva *ex post* que vincula hecho, autor y pena ha podido hacerse acreedora del tratamiento que realmente amerita. Más bien, al contrario, muchas veces esta vinculación se ha realizado en el campo de la culpabilidad, que es una categoría que, de entre las clásicas del delito, probablemente sea la que más y mayores cambios ha experimentado a lo largo del último siglo, no solo en su fisonomía, sino incluso en su propia esencia.

Las preferencias de la doctrina en este campo han ido evolucionando desde un enfoque psicológico de culpabilidad tal como era comprendida originalmente hasta un concepto normativo, e incluso político-criminal, donde se señala cada vez más su directa vinculación con la pena (Roxin, 2002, pp. 89 y ss.; Roxin, 1981, p. 70; Roxin, 2012, p. 4; Mir Puig, 1982, p. 95; Jakobs, 1997a, pp. 73 y ss.; Kindhäuser, 2011, pp. 147 y ss.; Achenbach, 2012, p. 159; Schünemann, 1995, p. 234; Schünemann, 2012, pp. 198 y ss.). Esto último, a su vez, ha dado lugar a que, en ocasiones, parte de la doctrina integre la categoría de la culpabilidad dentro de otra categoría superior—que Roxin (1997, pp. 792 y ss.), por ejemplo, denomina ‘responsabilidad’—, que se desdobra, por un lado, en una subcategoría cuyo centro de gravedad es la posibilidad de reproche en función del injusto cometido (sea cual sea el sustrato del reproche), y, por otro, en una subcategoría cuyo centro de gravedad es la necesidad de castigo en función de criterios preventivos.

Creo que es positiva la incorporación en el sistema del delito de estos criterios que antiguamente estuvieron desatendidos en tanto sirve para hacer visible la relevancia que el concepto de **necesidad** tiene a la hora de determinar la pena (Roxin, 1997, p. 792). Culpabilidad por el hecho y necesidades preventivas constituyen no solo el sustrato de la imposición de una pena, sino también los elementos de enlace entre la teoría del delito y los fines de la pena.

Pero, por otro lado, pienso que la relación que se establece entre la categoría de la culpabilidad y los fines de la pena no solo difumina bastante el límite entre culpabilidad y punibilidad (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 667; Stratenwerth, 2005, p. 234), sino que también resulta un tanto arbitraria—incluso cuando se diferencie entre la (in)necesidad de pena por razones jurídico-penales, que correspondería a la culpabilidad, de la (in)necesidad de pena por razones extrapenales, que formaría parte de la

punibilidad— porque en verdad todas las eximentes, causas de atipicidad y de justificación, reflejan también una falta de necesidad penal de acuerdo a criterios preventivos.

Roxin menciona como algo evidente que:

[Si alguien] por las razones que sean, no puede evitar el injusto típico por él realizado, carece de objeto castigarlo; cualquiera que sea la teoría de la pena que se mantenga, no se puede pretender retribuir una culpabilidad inexistente, no tiene sentido querer apartar a la generalidad de la causación de consecuencias inevitables: y un efecto de prevención especial en personas, a las que no se le puede reprochar su conducta, es innecesario o, como sucede con los enfermos mentales, no se puede alcanzar por medio de la pena. (2002, pp. 89-90)

Podemos estar de acuerdo con ello, pero habrá que conceder también que lo mismo cabe decir respecto de quien no actúa o no comete injusto alguno (Luzón Peña, 1995, pp. 123 y ss.). Sin embargo, ello no ocurre porque se trate meramente de supuestos donde se aprecia una falta de necesidad de pena, sino porque en realidad ni siquiera están dados los presupuestos del merecimiento de pena.

Todo esto ha derivado en que, por un lado, la punibilidad se haya visto relegada por ser considerada una categoría que no aporta mucho al esquema de delito como tal, sino que únicamente se limita a brindar razones variopintas de índole político-criminal que impactan en el ‘sí’ y en el ‘cuánto’ del castigo; pero, por otro lado, de un tiempo a esta parte la categoría de la culpabilidad ha sido relacionada directamente con la pena (y los fines de la pena) a través de consideraciones político-criminales que tornan difusa la frontera entre culpabilidad y punibilidad. Parte de la doctrina maneja hoy en día una categoría de culpabilidad sobrecargada de elementos que, en puridad, son ajenos a su esencia—ya sea que se entienda esta en su forma clásica como poder actuar de otro modo, como reproche por la asequibilidad normativa del autor, como normalidad motivacional del individuo, etc.— y una olvidada categoría de punibilidad que se presenta como un territorio en parte inexplorado, con un desarrollo mucho menor al que tienen otros conceptos del delito, pero potencialmente fértil para estudiar en ella las razones político-criminales que vinculan en forma más directa a la pena con el delito.

No obstante ese atraso, en las últimas décadas esta categoría ha comenzado a ganar relevancia en el ámbito de la dogmática penal de raigambre germánica, ya que desde hace algún tiempo cier-

to grupo de autores vienen llamando la atención sobre el potencial que tiene para resolver algunas cuestiones que afectan no solo a la procedencia, sino también a la medida de la pena de acuerdo a diversos criterios político-criminales y por ello teleológicos⁴. En esa dirección pretende ubicarse también este trabajo.

III. SISTEMA DE HECHO PUNIBLE Y TEORÍA DE LAS NORMAS

A. Norma de conducta y norma de sanción

En la medida en que el delito se entienda como una conducta contraria a una norma y que la pena se aplique únicamente porque así lo indica una norma, el sistema del hecho punible puede y debe construirse a partir de la teoría de las normas. En un estado de libertades, donde las conductas están, por regla general, permitidas salvo cuando se indica lo contrario, las normas son los instrumentos a los cuales el Estado echa mano para indicarle a sus ciudadanos aquello que está prohibido o mandado hacer, pero también son los que definen cuándo y en qué medida deberá soportar una determinada consecuencia aquel que no observe adecuadamente esas prohibiciones y mandatos.

En esa línea, y siguiendo una larga tradición iniciada por Binding⁵, es usual distinguir entre una norma de conducta o norma primaria (*Verhaltensnorm*), dirigida al ciudadano, que brinda la pauta de cómo debe comportarse en una concreta situación; y una norma de sanción o norma

secundaria (*Sanktionsnorm*), dirigida al juez, a quien le impone el deber de aplicar una sanción a aquel que haya infringido la norma de conducta⁶. Si se quiere ser consecuente con esta distinción, entonces el sistema del hecho punible no debería construirse únicamente desde la perspectiva de la norma de conducta —como habitualmente ocurre—, sino que también se debería tomar en cuenta a la norma de sanción (Haffke, 1995, p. 134), pues, así como la norma primaria establece los presupuestos de la antinormatividad, la norma secundaria hace lo propio con la punibilidad. Veámoslo a continuación.

La norma de conducta delinea los contornos de aquello que está prohibido, es decir, contiene los presupuestos del injusto culpable⁷. Se trata de un precepto dirigido al ciudadano con el propósito de brindarle motivos para que, en una situación concreta, haga algo o se abstenga de hacer algo que el ordenamiento valora negativamente (o positivamente cuando la conducta es mandada). Por eso, la norma de conducta es una prescripción que incorpora en su base un cúmulo de valoraciones (de un estado de cosas que se busca mantener o evitar, de un actuar u omitir especialmente peligroso, de la propia peligrosidad que amerita la prohibición penal, de las condiciones que espera encontrar en su destinatario, etc.), y por eso se dirige a quien puede motivarse en ella (Alpaca Pérez, 2022b, pp. 284 y ss.).

La norma de sanción, por su parte, contiene los presupuestos de aquello que es punible. Se trata

⁴ Pueden servir como ejemplo, sin más, la pionera colectánea de trabajos editada por Wolter y Freund en 1996 bajo el título 'Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem' —cuya traducción al español vio la luz en 2004 con el título 'El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal'— y en el ámbito español, por nombrar dos de los más recientes, los trabajos de Silva Sánchez (2018) y de Montero (2023), todos ellos citados repetidamente en este trabajo.

⁵ Binding es considerado por muchos como el padre de la moderna teoría dualista de las normas, aunque en verdad ya antes de él hubo aportes en esa dirección por parte de otros autores como Hobbes, Bentham o incluso Alfonso de Castro sobre ello, con detalles en una extensa nota al pie, Molina Fernández (2021, pp. 703 y ss.). Como es sabido, el punto de partida de Binding fue que cuando el delincuente realiza un hecho punible no está, en verdad, infringiendo la ley, sino que, por el contrario, está cumpliendo con ella: cuando un individuo mata a otro está haciendo exactamente aquello que describe el tipo penal. Lo que el individuo infringe, dice Binding, es otra cosa distinta que precede conceptualmente a la ley penal, y que él denominó 'normas'. Para una exposición detallada y exhaustiva acerca del pensamiento de Binding véase a Kaufmann (1977, pp. 1 y ss.); también Robles Planas (2021, pp. 13 y ss.).

⁶ En Alemania es habitual en el ámbito de la dogmática penal el uso del par conceptual 'norma de conducta' (o de comportamiento) y 'norma de sanción'. En España y demás países de habla hispana, al igual que en el ámbito de la teoría general del Derecho, aunque también se usan esas expresiones, se ha difundido la terminología 'norma primaria' y 'norma secundaria' para referirse, respectivamente, a la norma de conducta y la de sanción. En este texto se utilizan ambos pares de expresiones indistintamente, pero conviene tener presente el concreto significado que se le asigna al par 'norma primaria' y 'norma secundaria' que, por lo demás, es el que también asigna la doctrina en forma muy mayoritaria (sobre ello, con ulteriores referencias, y sobre la conveniencia de utilizar los conceptos 'norma primaria' y 'norma secundaria' frente a los de 'norma de conducta' y 'norma de sanción', véase a Alpaca Pérez (2022a, pp. 143 y ss.). Sin embargo, hay autores —como, por ejemplo, Kelsen (2009, p. 61)— que invierten la relación, utilizando el concepto de 'norma primaria' para designar aquella que establece la relación entre hecho y sanción y el de 'norma secundaria' para referirse a la que prescribe la conducta a seguir para evitar la sanción; y también hay autores —por ejemplo, Rusconi (2024, p. 471)— que utilizan el concepto de 'norma primaria' para referirse a la norma imperativa y el de 'norma secundaria' para hacer lo propio con la norma permisiva.

⁷ Esto, con independencia de la cuestión que ha sido ampliamente discutida, y que excede con mucho los límites de este trabajo, de si es posible la distinción entre ambas categorías desde la perspectiva de la norma.

de un precepto dirigido principalmente al juez en la medida en que le ordena imponer una sanción cuando se verifica que se ha cometido un hecho antinormativo al que se adicionan, además, algunos otros presupuestos. Por eso se ha sostenido que:

El ámbito de las normas secundarias es distinto y menor que el de las normas primarias. Una cosa –más amplia– es lo que el Derecho penal pretende evitar –y, por ello, lo prohíbe– (ex ante) y otra –menos amplia– lo que está dispuesto a castigar –esto es, desea evitar incluso al precio de la sanción penal– (ex post). (Silva Sánchez, 2010, p. 581)

Esto, que ya lo había afirmado antes también Mir Puig (1982, p. 46), quiere decir que incluso cuando se constata la existencia de un hecho antinormativo, este no siempre tiene que ser castigado, pues para eso es necesario tomar en consideración otros aspectos diversos a los que hacen al injusto culpable como, entre otras cosas, aquellos relacionados directamente con los fines de la pena que, en determinados casos, pueden hacer desaconsejable la imposición de la sanción, o pueden hacer aconsejable una sanción menor (Silva Sánchez, 2024, pp. 512 y ss.). También la norma secundaria descansa, entonces, sobre una serie de valoraciones.

En palabras de Haffke (1995, p. 133):

Las normas de conducta, si es que han de servir de “pautas de comportamiento”, han de ser eficaces en la situación de acción del autor, esto es, indicarle y prescribirle, antes de su actuar u omitir, qué es lo que debe o no debe hacer o dejar de hacer en el **futuro**. Por tanto, las normas de conducta están dispuestas de modo **prospectivo**; y ello explica también su carácter generalizador, anti-utilitarista. Las normas de conducta o normas primarias tienen, pues, una función preventiva, en cierta medida, profiláctico-policial; deben evitar de antemano lesiones de bienes y de valores, mientras que las normas de sanción, por el contrario, se conciben de modo **retrospectivo**; regulan el tratamiento de las infracciones de normas que se dieron **en el pasado** y ya han concluido [El énfasis es nuestro].

Mientras la norma primaria apela a criterios de merecimiento y necesidad de pena, la norma secundaria solo apela a criterios de necesidad (Silva Sánchez, 2010, pp. 582 y ss.).

B. Algunas precisiones sobre la norma de sanción

Dicho eso, cabe hacer algunas precisiones adicionales en relación con la norma secundaria, que es la que en este trabajo nos ocupa mayormente. En concreto, cabe disentir con la doctrina dominante en al menos dos cuestiones. Por un lado, no es verdad que la norma de sanción tenga por destinatario únicamente al juez. En realidad –aunque de manera indirecta– también esta norma se dirige al ciudadano en la medida en que le brinda razones adicionales para comportarse del modo en que indica la norma primaria.

Esto es importante, pues la norma secundaria contiene la conminación penal: si la norma primaria busca orientar la conducta de los ciudadanos, motivándolos a comportarse de determinada manera, la norma secundaria refuerza ese mensaje incluyendo un motivo adicional –acaso el más fuerte–, que es la amenaza de sanción. A través de las normas el ordenamiento brinda a sus ciudadanos razones de prudencia para que se disuadan de cometer un delito (Greco, 2008, pp. 379 y ss.; Rodríguez Horcajo, 2016, pp. 226 y ss.), y si el destinatario de la norma no llega a conocerlas o, dicho de otra forma, si existe un error sobre la punibilidad de la conducta (entendida como punibilidad *ex ante*, lo que más arriba se denominó ‘conminabilidad’, muchas veces denominado también –de manera más correcta– error sobre la antijuridicidad específicamente penal o sobre el carácter delictivo del hecho) este también debe ser tenido en cuenta a la hora de precisar los alcances de la necesidad de pena para ese caso concreto. Cuando un sujeto realiza una conducta antinormativa desconociendo su prohibición específicamente penal por motivos que no le son imputables, de modo que al momento de actuar ha tenido menos razones de prudencia para abstenerse de hacerlo, su hecho tiene una significación diferente. En consecuencia, el grado de respuesta penal también debe ser diferencial: el error sobre la punibilidad o sobre la prohibición penal fundamenta una atenuación de la pena. No puedo explayarme más sobre este punto en este apartado⁸.

Por otro lado, tampoco me parece correcta la afirmación tan arraigada en la doctrina dominante respecto de que la norma secundaria impone al juez un deber de castigar. Más bien, lo que la norma secundaria habilita –producto de la infracción de una norma primaria– es una posibilidad de castigar, no una obligación de hacerlo. Creo que cabe

⁸ Sobre las distintas opiniones existentes en la doctrina respecto al tratamiento de esta clase de errores, con ulteriores referencias, puede verse Díaz y García Conlledo, 2008, pp. 159 y ss.; el mismo, pp. 2018, pp. 127-130.

darle la razón a Alpaca Pérez (2022a, p. 148 y ss.) cuando afirma que el deber que esta norma impone al juez es un deber de juzgar, pues la constatación de la infracción de la norma primaria no debe conducir a una aplicación inmediata o automática de la norma secundaria. La infracción de la norma primaria es, en todo caso, una ‘condición habilitante’ para la aplicación de la norma secundaria, pues esta adquiere vigencia solamente cuando aquella se infringió.

La mera infracción de la norma primaria, si bien constituye el antecedente irrenunciable para la aplicación de la norma secundaria, es, a mi juicio, solo una condición necesaria, pero no suficiente, para la imposición de una pena. Debido a ello, ha de tenerse en cuenta que la infracción de una norma primaria indicaría la existencia de un hecho merecedor de pena, que debe ir acompañado de otros criterios (referidos a su propia necesidad de legitimación ante la sociedad) para así hacer posible la imposición de una pena. La aplicación de la norma de sanción, entonces, debe atender a la teoría de la pena que reside en ella. (Alpaca Pérez, 2022a, pp. 155-156)

Desde la perspectiva del infractor, la norma primaria tiene su foco principal en la dimensión fáctica del delito, que en esencia es lo que merece pena. Si el hecho no es materialmente delictivo —si no hay un injusto culpable—, cualquier pena contra él sería arbitraria e ilegítima, pues solo un injusto culpable puede ser un hecho merecedor de pena (Wolter, 2004, p. 35). Es necesario que exista una conducta antinormativa para hacer entrar en escena a la norma secundaria. Por otro lado, desde la misma perspectiva del infractor, la norma secundaria tiene su eje en la dimensión comunicativa del hecho, donde adquiere relevancia aquello que necesita pena. Si se parte de la división entre norma primaria, que determina la antinormatividad, y norma secundaria, que determina la punibilidad, parece evidente que esta última categoría merece mucha más atención que la que se le ha dedicado hasta ahora. Es preferible, según creo, distinguir, como ya lo hacía Binding (2009, p. 5) —quien distinguía entre ‘delito’ (*Delikt*) y ‘crimen’ (*Verbrechen*)— entre delito y hecho punible. Solo el último, en la medida en que comprende todos los requisitos y propiedades que deben ser tenidos en cuenta para transformar el injusto culpable cometido en una sanción jurídico-penal, o mejor dicho, para hacer a ese injusto culpable acreedor de una respuesta penal, puede explicar de manera satisfactoria cuándo debe ser castigado un hecho y cómo se debe (o qué características deben tomarse en cuenta para) graduar ese castigo. Solo el hecho punible —y no el delito, que se limita a lo fáctico o material— es capaz de abarcar el completo significado fáctico y

expresivo del hecho. Y en ese sentido, la categoría de la punibilidad tiene mucho que aportar al sistema del hecho punible.

IV. DIMENSIÓN FÁCTICA Y EXPRESIVA DEL HECHO Y DE LA PENA: EQUIVALENTES FUNCIONALES

A. Dimensiones del hecho

En el apartado que precede se han hecho algunas alusiones al significado fáctico y expresivo del hecho; corresponde ahora precisar dichos conceptos.

Pawlik (2019, p. 60) ha afirmado que:

Quien comete un delito y quien le condena por ello a una pena tienen una cosa en común, a saber, su condición de agentes. El objeto del enjuiciamiento o la legitimación es su actuar delictivo o punitivo —no una esencia abstracta como ‘el delito’ o ‘la pena’—. Al igual que la acción delictiva, la acción de castigar tiene el carácter de toma de posición.

Ni el delito ni la pena se limitan a ser lo que materialmente son, sino que, además, tanto el acto de delinquir como el de punir están cargados de un significado que expresa una toma de postura de quien los realiza frente a los demás. El hecho punible, en verdad, tiene una dimensión fáctica o material y una dimensión comunicativa o expresiva. La primera de ellas es la que permite valorar cómo incide de manera negativa en aspectos vitales de los individuos que componen una sociedad: se trata, pues, del injusto culpable. En esta medida, la intromisión no justificada por parte del autor en una determinada esfera de libertades demuestra el contenido delictivo-fáctico del hecho. La dimensión fáctica es, en definitiva, el ámbito de la lesividad.

Sin embargo, ocurre que, como decía más arriba, el modelo de injusto culpable no resulta suficiente para explicar por sí solo el hecho punible en toda su dimensión. La constatación de una conducta antijurídica y culpable solo explica parcialmente el daño que el delito produce, y, sobre todo, solo explica parcialmente por qué el Estado debe reaccionar con la imposición de una pena. Para dar una respuesta definitiva a estas cuestiones habrá que constatar también el grado de nocividad social que el hecho expresa en función de su incidencia comunicativa, es decir, su dimensión expresiva; y para ello, será necesario, en general, hacer entrar en juego también consideraciones de índole político-criminal, nutridas de determinadas valoraciones, principios y valores que representan un determinado ‘*Zeitgeist*’ de una sociedad dada.

Esta segunda dimensión –comunicativa o expresiva– tiene lugar en un plano lógico diferente al anterior. En la medida en que los individuos se organizan en sociedades y reconocen en el Estado –y en el ordenamiento jurídico que lo compone– la potestad de establecer prohibiciones y mandatos mediante normas, se comprometen también a respetarlas a cambio de la garantía de cierta paz y seguridad que haga posible la convivencia social. Cuando el sujeto no respeta esas normas jurídicas, y, sin embargo, se aprovecha de los beneficios de la vida en sociedad, manifiesta a través de su hecho antinormativo que la norma no rige para él, y el hecho adquiere, por esa razón, un concreto significado: expresa el no reconocimiento de la norma por parte de su autor. Es algo en buena medida aceptado que el delito –entendido ahora en sentido amplio, como sinónimo de hecho punible–, como fenómeno que se da en una sociedad determinada, expresa cierta nocividad social que no se limita al daño material que sufre la víctima, sino que se extiende a la base del propio sistema jurídico, a la identidad normativa misma de la sociedad en donde se lo comete (Jakobs, 1996, p. 11; el mismo, 2006, pp. 129 y ss.; Ferrante, 1994, p. 114; Manso Porto, 1999, p. 12; Freund, 2004, p. 97; Feijoo Sánchez, 2007, p. 10; Meini, 2013, p. 156; Puppe, 2014, p. 108; Frisch, 2014, pp. 14, 16; Lesch, 2016, p. 108; Pawlik, 2019, pp. 37 y ss.; Montero, 2023, pp. 29 y ss.). La teoría del delito –o mejor, del hecho punible–, no obstante, tiene que ser capaz de integrar esos otros criterios comunicativos que se extienden más allá del hecho antijurídico y culpable, y que sirven para abarcar su dimensión de significado.

En ese sentido, es útil tener en cuenta que, si bien el hecho, en sentido estricto, es un fenómeno histórico que pertenece al pasado, en un sentido más amplio como el que aquí se maneja puede abarcar otros elementos que se extienden temporalmente más allá de la consumación, incluso hasta el momento de la sentencia, pues con el paso del tiempo el hecho puede ir adquiriendo un sentido distinto, o lo que es lo mismo, puede que su dimensión expresiva –lo que el hecho comunica a la sociedad– vaya variando por múltiples razones: a veces, porque el mismo hecho es interpretado por la sociedad que lo juzga de una manera distinta; otras veces, porque ciertos acontecimientos posteriores –propios del autor o ajenos a él– cambian su significación total o parcialmente; en otras ocasiones, porque el mero transcurso del tiempo incide en su significado. En fin, puede ser que durante el periodo comprendido entre la consumación del

delito y la atribución concreta de pena por parte de un juzgador se presenten ciertos elementos que incidan en su carácter delictivo; que se den ciertas situaciones que el infractor padece, o que sean alcanzados ciertos cambios que influyen directamente en el ‘sí’ y el ‘cuánto’ de la necesidad de una respuesta por parte del Estado y que, por tanto, merecen ser tenidos en cuenta en el ámbito de la punibilidad (Yacobucci, 2021, p. 291). Aun cuando el hecho material del pasado (su dimensión fáctica) sea inmodificable, puede ocurrir que su significado (su dimensión comunicativa) varíe, pues la dimensión fáctica es estática, mientras que la comunicativa, por el contrario, es dinámica (Silva Sánchez, 2004, p. 20; Montero, 2023, pp. 29 y ss.).

Estas cuestiones que otorgan al hecho una distinta significación influyen a la hora de decidir si todavía es necesaria una respuesta penal, y en el caso de que lo sea, influyen también en la medida o la intensidad que esta debe tener. Esto es visible en casos donde el propio accionar del infractor introduce elementos que comunican una negación del delito o incluso un reconocimiento de la norma, como por ejemplo cuando existe una confesión o una reparación por parte del individuo (Silva Sánchez, 2018, pp. 122 y ss.). Un poco menos claro es cómo afectan en la individualización de la pena otras circunstancias también posteriores al hecho, pero que no tienen su origen en el propio individuo y no implican tampoco un menor carácter delictivo del mismo, ni en su dimensión fáctica ni en la expresiva, sino que, más bien, afectan a la relación –la proporcionalidad, podría decirse– que el concreto hecho en todo su tenor delictivo tiene con la pena concreta, pues se trata de circunstancias que si no son tomadas en consideración al momento de aplicar la pena, podrían hacer que esta se vuelva desproporcionada o que se incurra en una doble punición –podrían incardinarse aquí, por ejemplo, ciertas penas naturales–. Sobre ello volveré más adelante.

B. Dimensiones de la pena

Por su parte, la pena también tiene una doble dimensión: fáctica o material y expresiva o comunicativa (Silva Sánchez, 2018, pp. 113 y ss.; Pawlik, 2019, pp. 60 y ss.; Robles Planas, 2022, p. 859; Montero, 2023, pp. 56 y ss.). La dimensión fáctica hace alusión a lo que la pena materialmente es: una restricción de derechos⁹. En ese sentido, podríamos decir que, si la dimensión fáctica del hecho se corresponde con la lesividad que el au-

⁹ Algunos autores, como Silva Sánchez o su discípulo Montero, identifican la dimensión fáctica de la pena directamente con el dolor penal. Yo creo, sin embargo, que la dimensión fáctica, tanto del delito como de la pena, se corresponde con lo que esos actos materialmente son. La pena es precisamente una restricción o limitación de uno o varios derechos

tor provoca en el mundo, entonces la dimensión fáctica de la pena, como reacción estatal frente al injusto culpable, se corresponde con la lesividad que el infractor debe soportar —la injerencia estatal en su esfera individual de libertad que en caso de no haberse cometido el delito estaría protegida y garantizada—.

La mayoría de las veces esta restricción de derechos conlleva inherentemente un dolor para el penado; la producción de una aflicción, de un sufrimiento. Pero de ambos —restricción de derechos y dolor penal— lo único que puede determinarse objetivamente es lo primero: las leyes penales pueden establecer cuál es el o los derechos a restringir y también la medida de la restricción (el marco punitivo), aun cuando luego corresponda al juez definir su alcance con mayores precisiones al aplicar la norma de sanción. El sufrimiento, en cambio, es contingente, y tanto su propia existencia como la medida del mismo dependen de diversos factores, pero principalmente de la subjetividad del castigado.

Evidentemente, lo que para la mayoría de los ciudadanos constituye un mal, no siempre lo será también para el delincuente concreto —el ejemplo paradigmático es el caso del *homeless*, que a causa de su delito es llevado a un instituto penitenciario donde se lo provee de abrigo, amparo y comida—, e incluso si así lo fuere, no siempre —en realidad, casi nunca— la misma pena objetiva (por ejemplo, 1000 días de cárcel o 1000 euros de multa) implicará el mismo nivel de sufrimiento para el castigado, pues este dependerá de muy variadas características personales del sujeto. En realidad, el único sufrimiento consustancial a la pena es aquel que es inherente a la comunicación que tiene lugar con la declaración de culpabilidad o la imposición de la pena (Silva Sánchez, 2018, pp. 112 y ss.; Montero, 2023, pp. 142 y ss.).

Pero, como decía más arriba, la pena también tiene una dimensión expresiva. Mediante su imposición, el Estado envía un mensaje tanto al individuo como a la sociedad en respuesta al mensaje enviado por el infractor con su hecho. Creo que, al margen de si se comparte o no la teoría de la prevención general como fin de la pena (como hace la doctrina mayoritaria), parece innegable que el castigo —como todo acto— comunica ciertas cosas. Por un lado, expresa que como sociedad nos tomamos las normas de conducta en serio —también las de sanción, lógicamente—, que son válidas y

obligan. La aplicación de una pena le comunica a la sociedad y también al infractor que la norma sí vale, que la amenaza de pena es seria y real, y que el delito tiene una consecuencia. Si eso puede denominarse prevención general o no, y si envía a su vez un mensaje de intimidación o no, dependerá de varios otros factores.

Por otro lado, la imposición de la pena le reprocha al infractor por no haberse dejado guiar por la norma de conducta. Frente a la conducta antinormativa con la cual el infractor no respeta al resto de los ciudadanos —no los reconoce a ellos (ni tampoco a sí mismo) como tales— el Estado responde con una reprimenda, con una censura. En ese sentido, la pena comunica que no son aceptables los hechos que implican una intromisión en la esfera de libertad individual del resto de los ciudadanos que hacen a la propia autonomía personal, y por eso los censura. Desde esta perspectiva, la pena en su dimensión expresiva es una reacción estatal frente al hecho punible en esa misma dimensión. Frente a la negación del Derecho, que comunica el delincuente a través de su hecho, el Estado reacciona negando el hecho y reafirmando el Derecho.

Afirma Silva Sánchez que:

Es sabido, ciertamente, que la dimensión fáctica de la pena (la producción de dolor sensible) —como en general la violencia— tiene un efecto comunicativo; igual que viceversa lo comunicativo (la expresión de desaprobación) también tiene normalmente un efecto fáctico-aflictivo. Pero creo que esto no obsta a la distinción en la pena de un plano (el sustancial) de naturaleza comunicativa y otro (accidental) de naturaleza fáctica. Una dualidad, en definitiva, que *mutatis mutandis* no deja de ser el sinalegma de la dualidad inherente al delito como negación simbólica del Derecho y causación de daño personal y social. (2018, p. 116)

C. Equivalentes funcionales

Tomando en cuenta entonces que tanto el delito como la pena comunican, la relación entre ambos puede verse como acción y reacción, pero también, más concretamente, como discurso y respuesta. Sin embargo, la respuesta (reacción) no siempre se limita al ámbito estatal. Muy pocas veces, o casi nunca, la pena estatal es la única reacción frente al delito.

previamente determinados, y eso es lo que, a mi juicio, constituye su dimensión fáctica, de la misma manera que en el hecho la constituye la lesividad material en bienes jurídicos de un tercero. Como seguidamente se especifica en el texto, y como también reconocen expresamente los autores mencionados, el dolor penal es meramente contingente, aunque la mayoría de las veces es inherente a la propia limitación de derechos.

Por lo general, el delito, como todo otro hecho humano, provoca diferentes reacciones por parte de diversos agentes. Cuando las reacciones no estatales alcanzan a generar una respuesta similar a la pena estatal en alguna de sus dimensiones, entonces deben ser tomadas en cuenta a la hora de precisar el alcance de la sanción penal. Dicho de otro modo: cuando alguna reacción al delito funge como equivalente funcional de la pena estatal, cabe descontarla de esta, sea reduciéndola, sea eliminándola.

Un equivalente funcional es una alternativa a la pena que coincide en su finalidad o produce un efecto equivalente a ella (Silva Sánchez, 2018, pp. 117 y ss.)¹⁰, pero no es idéntica, pues:

Cuando se afirma que un determinado instituto puede considerarse funcionalmente equivalente respecto de alguna de las dimensiones de la pena estatal, no se trata de establecer una relación de identidad entre ambas cuestiones comparadas (que permita sustituir libremente una por otra), sino de encontrar la similitud en la diferencia. (Montero, 2023, p. 57)

La equivalencia puede existir tanto en el aspecto fáctico como en el comunicativo, o incluso en ambos a la vez. Puede ocurrir, por ejemplo, que la alternativa equivalga fácticamente a la pena, como en supuestos de suspensión condicional de la ejecución de la condena (o condena condicional). En estos casos, la dimensión expresiva de la pena ha tenido lugar —ha habido una condena—, solo que, dadas determinadas características del caso —como por ejemplo, al tratarse de una pena de corta duración para delincuentes primarios¹¹—, se renuncia a su ejecución. Pero puede darse también el caso de que haya equivalencia en el plano fáctico, mas no en el comunicativo, como ocurre con la prisión preventiva: aquí el dolor producido, o la limitación de derechos, es la misma que en el caso de una pena, pero ambos institutos expresan, en cambio, algo distinto en la medida en que la prisión preventiva no supone una declaración firme sobre la existencia del injusto culpable, aun cuando igualmente se generen a través de ella efectos preventivo generales y preventivo especiales (Ragués i Vallès, 2020, pp. 114 y ss.).

V. ASPECTOS RETRIBUTIVOS Y PREVENTIVOS EN LA MEDICIÓN DE LA PENA. MERECIMIENTO Y NECESIDAD

A. El papel de la retribución y la prevención en el acto de individualización de la pena

No hay que confundir, sin embargo, las dimensiones fáctica y expresiva de la pena con sus aspectos retributivos y preventivos, más allá de que, evidentemente, ambas cosas se hallan conectadas. La dimensión fáctica de la pena (que es una restricción de derechos) retribuye a la dimensión fáctica del hecho (es decir, al injusto culpable cometido), mientras que la dimensión expresiva es una respuesta a lo que el hecho punible comunica, reafirmando que la norma vale y que por ello el ordenamiento sigue teniendo por finalidad evitar que comportamientos semejantes se reproduzcan en el futuro.

Más allá de la teoría de la pena que se defienda —que es algo en lo que no entraré aquí— parece innegable que la imposición de una pena combina en distinta medida aspectos retributivos y otros preventivos (Roxin, 1981, pp. 115 y ss.; Ferrante, 1994, pp. 152 y ss.; Conde, Yohai y Mones Ruiz, 2015, pp. 119 y ss.; Demetrio Crespo, 2020, pp. 374 y ss.). Se ha afirmado, creo que con razón, que:

Todas las acciones llevadas a cabo por los Estados del mundo, sobre todo cualquier injerencia en los derechos e intereses de sus ciudadanos, tienen lugar bajo el doble postulado de justicia y utilidad. La justicia sin utilidad es, en vista de su incompletud, pretenciosa. La utilidad sin justicia es, en vista de la pretensión de los individuos de no ser tratados como meros medios, contraria a la dignidad humana. (Puppe, 2014, p. 119)

Y, en efecto, las distintas teorías de la determinación de la pena al uso se diferencian entre sí en razón de las distintas combinaciones que cada una de ellas adopta entre retribución —justicia— y prevención —utilidad—, otorgando mayor preponderancia bien a una o bien a otra, o asignando distintos roles a cada uno de estos aspectos. Veamos brevemente los postulados de las más difundidas¹².

¹⁰ El propio Silva reconoce a Jakobs (1997b, pp. 14 y ss.), como uno de los primeros que alude al concepto de 'equivalentes funcionales de la pena', aunque advierte que con distinto alcance al que él le otorga. Montero (2023, pp. 54 y ss.), llama la atención sobre la imprecisión y superficialidad con el que Jakobs utiliza este concepto.

¹¹ Sobre este punto se ha pronunciado recientemente Valotta (2024, pp. 87 y ss.), quien remarca que a través de institutos procesales como este se cumplen igualmente funciones de prevención.

¹² Puede verse un desarrollo exhaustivo y extenso de todas las teorías enunciadas y algunas otras más en Basso (2019, pp. 82 y ss.).

Probablemente la teoría más difundida sea la del margen de libertad—o del espacio de juego— (*Spielraumtheorie*). De acuerdo a ella, la culpabilidad (en otras palabras, los aspectos retributivos) fija un marco penal cuyo mínimo está donde la pena ya es adecuada a la culpabilidad y cuyo máximo indica el punto bisagra en el que la pena todavía es adecuada a la culpabilidad. Dentro de dicho marco, el juez puede moverse con cierta libertad de acuerdo a criterios preventivos; pero cualquier pena por fuera del mismo (es decir, cualquier pena que no sea suficiente para retribuir lo que el injusto culpable merece, o cualquiera que sobrepase esa medida de merecimiento) estaría prohibida, sin importar la existencia de mayores o menores necesidades de prevención.

La teoría de los dos niveles —también conocida como doble valor posicional o del doble valor de empleo— (*Stellenwerttheorie*), por su parte, supone que la cuantificación del castigo debe determinarse únicamente de acuerdo a la culpabilidad, ya que solo esta es la que fundamenta la pena y su medida. Los criterios preventivos, por su parte, únicamente se tomarán en cuenta en un segundo nivel para determinar la clase y la modalidad del castigo.

Por otro lado, de acuerdo a la teoría de la prohibición de desbordamiento de la culpabilidad (*Schuldüberschreitungsverbot*), con mucha aceptación en la actualidad, la culpabilidad —es decir, la retribución por el injusto culpable— señala un límite máximo que no se puede sobrepasar, pero no uno mínimo. Por el contrario, es posible apartarse excepcionalmente del mínimo que indica la culpabilidad si así lo indican criterios preventivo-generales y especiales.

La teoría de la pena puntual (*Punktstrafetheorie*) —con escasa aceptación en la actualidad— es la única que renuncia a acudir a criterios preventivos. Según esta teoría, no existe un espectro de penas posible, sino que solo una de ellas es justa: la estrictamente adecuada a la culpabilidad, sin importar cuántas necesidades preventivas haya.

Independientemente de cuál de todas ellas —o de alguna otra— se considere más correcta, creo que es innegable que la teoría de la cuantificación de la pena se revela como un escenario especialmente propicio para integrar aspectos materiales y aspectos político-criminales, y de esa forma hacer entrar en juego el equilibrio entre cuestiones retributivas-retrospectivas, relacionadas con la infracción

de la norma primaria, y preventivas-prospectivas, relacionadas con la aplicación de la norma secundaria. Creo que es en el ámbito de aplicación de la norma secundaria¹³ en el que se ubican la punibilidad y la teoría de la determinación de la pena, donde deben incardinarse también ciertos criterios preventivos (comunicativos) relacionados con los fines de la pena y los valores político-criminales que inspiran a la sociedad, lo cual sirve de escenario al hecho punible, pues valores (y desvalores) y fines se encuentran, en muchos aspectos, íntimamente interrelacionados (Díaz y García Conlledo, 1991, p. 82; Luzón Peña, 1995, p. 120).

B. El merecimiento y la necesidad en el caso concreto

Por su parte, merecimiento y necesidad de pena son elementos que se encuentran indisolublemente ligados pues, si el legislador decide recurrir al derecho penal, que es un medio definitivamente más disuasivo que otros, pero también más limitativo de las esferas de libertad de los ciudadanos —no solo se prohíbe un hecho sino que además se lo prohíbe bajo pena—, deberá verificar que el comportamiento merezca realmente la pena y, además, que esta sea efectivamente necesaria (Romano, 1995, p. 141). En ese sentido, sostiene muy claramente Luzón Peña que:

Si el Derecho penal contemporáneo se basa fundamentalmente en el principio de protección de los bienes jurídicos importantes y de la (co-implicada) vigencia del ordenamiento jurídico frente a ataques gravemente reprobables, así como en los principios de subsidiariedad, de necesidad y de efectividad, dichos principios han de repercutir también de *lege lata* en las categorías e instituciones que constituyen los requisitos de la pena. Esto significa que las mismas han de ser interpretadas de tal forma que solamente se consideren punibles aquellas acciones de ciertos autores frente a las que, en virtud de su gravedad, de la situación y de las circunstancias concurrentes, una determinada pena aparece, tanto en general como en el caso concreto, como merecida, proporcionada y necesaria. (1995, p. 120)

En el momento de la imposición de la sanción se retribuye un hecho antinormativo que merece la pena —Roxin (1981, p. 95) habla de ‘retribuir la culpabilidad’ (Meini, 2013, p. 157). La comisión de un injusto culpable, que esencialmente es una conducta contraria a la norma primaria, es un presupuesto necesario para la entrada en vigencia de

¹³ Aunque, evidentemente, también estos criterios se encuentran presentes en el ámbito de aplicación de la norma primaria, aunque, a mi juicio, en ese lugar cobra mucha más relevancia la desvaloración jurídica y la idea de merecimiento.

la norma secundaria. Esta última, como dijimos, implica para los jueces el deber de juzgar, que trae consigo tanto el derecho a castigar como el derecho a absolver, pues ambas opciones son posibles. El infractor, por su parte, y como contracara de dichos derechos, tiene la obligación de acatar la decisión —una vez se encuentre firme— y de soportar el castigo en caso de que este sea impuesto. ¿Por qué es legítimo el castigo? Porque el Estado ha hecho uso de su derecho a castigar, cuya vigencia se explica por la infracción de una norma primaria por parte del ciudadano. En este sentido, la imposición de una sanción implica una retribución, una especie de pago según lo merecido, ya que la pena se reconduce directamente a la infracción de una norma de comportamiento.

Frente a la pregunta ¿cuánto debemos castigar? Se puede contestar antes que nada: tanto cuanto merezca el injusto culpable, y todo lo que excede a ello será venganza privada. El merecimiento aquí opera doblemente como fundamento y como límite de la responsabilidad penal (todo lo que fundamenta también limita), aunque luego debe ser puesto en relación con la necesidad. Este último criterio puede disminuir la cantidad a retribuir cuando no sea tan necesario hacerlo de acuerdo a criterios preventivos y político-criminales. Sin embargo, estos criterios no están inmediatamente vinculados con el ilícito culpable, y nunca pueden fundamentar un mayor castigo. La respuesta al hecho antinormativo encuentra un límite concreto precisamente en ese hecho.

Sin embargo, a la misma pregunta formulada más arriba también cabe contestar: debemos castigar solo lo estrictamente necesario (Roxin, 1981, pp. 72 y ss.; Ferrante, 1994, p. 148), pues “solo la pena necesaria es una pena justa” (Freund, 2004, p. 92). En eso la doctrina parece estar de acuerdo; no obstante, no parece haber tanta armonía sobre cuál es el criterio que permite afirmar una mayor o menor necesidad. Autores como Roxin (1981, pp. 100 y ss.), por ejemplo, sostienen que deben tomarse en cuenta, sobre todo, criterios de necesidad preventivo-especial, pues la prevención general quedaría integrada dentro del reproche por la culpabilidad. Otro sector de la doctrina, en donde es posible ubicar a su discípulo Schöne-mann (2012, pp. 218 y ss.), entiende que, por el contrario, deben tomarse en cuenta principalmen-

te criterios de prevención general, mientras que aquellos de prevención especial desempeñarían un papel meramente secundario en el marco de ‘decisiones de pronóstico’.

A mi juicio, creo que habrá que tomar en cuenta un doble parámetro preventivo, tanto general como especial: si la pena a aplicar es excesiva para reafirmar la vigencia del ordenamiento, en virtud de la intensidad de su cuestionamiento, entonces todo lo que excede a eso es innecesario. Y lo mismo cabe predicar cuando la pena a aplicar es excesiva para lograr sus propósitos de resocialización, incluso cuando ello obedezca meramente a un juicio de pronóstico. El problema solo existirá cuando tanto las necesidades preventivo-generales como las especiales entren en un conflicto irresoluble entre sí. En ese caso, me inclino por favorecer a la prevención general¹⁴, y ello porque creo que las consideraciones preventivo-especiales pueden ser valoradas luego de acuerdo al efectivo grado de resocialización alcanzado (o no) a la hora de decidir determinadas morigeraciones en la pena parcialmente cumplida¹⁵. No puedo explararme con profundidad sobre ello aquí, pero pienso que de esa manera se le dará importancia a la prevención general al momento de la imposición de la pena y a la prevención especial al momento de la ejecución, de modo que ningún grupo de criterios quede desatendido.

C. Una pena justa es una pena proporcional

Pues bien, volviendo a lo nuestro, si se aprecia el hecho delictivo concreto en sentido amplio, contemplando incluso aspectos que se extienden a momentos posteriores de la ejecución, es posible, en ocasiones, detectar cierta merma en su dimensión comunicativa cuando por diferentes motivos el hecho expresa una menor nocividad. En efecto, hay determinados elementos propios del hecho y otros posteriores al hecho que inciden en su aspecto comunicativo (en su carácter delictivo) —y, por tanto, deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar el grado de reacción mediante pena—, así como también hay elementos que inciden no en el hecho, sino, sobre todo, en los requisitos de aplicación de la pena y, por tanto, redundan en una menor —o falta de— necesidad de pena en el caso concreto (De Vicente Remesal, 1985, pp. 323 y ss.; Luzón Peña, 1995, p. 126). Como dijimos, la

¹⁴ De una opinión similar es Luzón Peña (1979, pp. 61 y ss.), quien afirma que, aunque así también pueden crearse conflictos, ello ocurrirá “únicamente respecto a una persona delincuente, no respecto a muchos potenciales delincuentes que podrían pasar a serlo si lo que se sacrificase fuese la eficacia de la prevención general y se relajaran las barreras inhibitorias frente a la colectividad”.

¹⁵ Claro que esto solo es aplicable a penas privativas de libertad, pero también es cierto que solo estas pueden medirse de acuerdo a criterios de prevención especial positiva.

pena en su dimensión expresiva es una reacción frente al delito en su dimensión expresiva. En esa línea, entonces, el hecho comunicativamente menos delictivo necesita una respuesta de menor intensidad: puede ocurrir que esta dimensión del hecho no se presente de manera íntegra porque no alcance a conmover simbólicamente la vigencia de la norma, de modo que no sea necesaria tanta prevención general; también puede ser que el concreto individuo que actúa no desconozca —no niegue— la norma, y así la pena no sea tan necesaria desde el punto de vista preventivo especial.

La determinación de la pena en el caso concreto debe regirse por dos principios fundamentales: el principio de culpabilidad jurídico-penal, y el más genérico principio de proporcionalidad que inspira a todo el ordenamiento, del cual se deriva el anterior. Debe existir una correlación entre confirmación del Derecho y sanción justa (Achenbach, 2012, p. 171). Solo cuando el delito se presente en ambas dimensiones, será necesaria la pena en su doble dimensión, pues la medida de la pena concreta debería corresponderse con la medida del carácter delictivo del hecho en su conjunto (Silva Sánchez, 2007, p. 5; Feijoo Sánchez, 2007, pp. 8 y ss.). Si, por el contrario, el hecho presenta un menor carácter delictivo en su dimensión expresiva, bastará con una respuesta que se vea limitada a su aspecto fáctico —en el ‘sí’ y en el ‘cuánto’— prescindiendo o disminuyendo también el grado de contenido expresivo: “la medida de la pena depende, desde perspectivas preventivas, en primer lugar, de la gravedad de la lesión de los bienes jurídicos y, en segundo lugar, de la intensidad de la energía criminal” (Schünemann, 2012, p. 220).

Como decía, esto no es otra cosa que una derivación consecuente del principio de culpabilidad, por un lado, y del principio de proporcionalidad, por otro, en la medida en que implica no solo la proporcionalidad estricta respecto de la intervención penal, sino también su adecuación y necesidad en lo que respecta a la medida del castigo (Meini, 2013, p. 156; Zúñiga Rodríguez, 2018, pp. 71 y ss.). El merecimiento y la necesidad de pena, en verdad, son elementos que operan en la fundamentación, limitación y exclusión de los elementos del delito, pero también lo hacen en el ámbito de la pena con otros elementos que no se refieren exclusivamente al hecho (Luzón Peña, 1995, p. 119), pues la necesidad de pena puede experimentar variaciones luego de cometido el delito a causa de la intervención de ciertos factores que contrarrestan la cantidad o la medida de pena que resulta necesaria (Romano, 1995, pp. 150 y ss.; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 1034; Frisch, 2014, p. 24; Robles Planas, 2022, p. 860).

VI. RECAPITULACIÓN

Habiendo llegado a este punto, entonces, quizá convenga hacer una recapitulación de lo que hasta acá se ha dicho.

Por diversos motivos, hasta hace relativamente poco, la doctrina no le ha prestado demasiada atención a la categoría de la punibilidad, o, cuanto menos, no le ha prestado el mismo grado de atención que al resto de las categorías. Poco a poco, sin embargo, una cantidad cada vez más numerosa de autores ha empezado a llamar la atención sobre la necesidad de contar con una vinculación entre la teoría del delito, los fines de la pena (o la teoría de la pena) y la teoría de la determinación de la pena. El ámbito elegido para hacer las veces de puente entre ellas ha sido muchas veces el de la culpabilidad, aunque, mirándolo bien, los criterios preventivos y político-criminales, que se relacionan directamente con los fines de la pena y con su medición judicial, poco tienen que ver con la esencia de una categoría que tradicionalmente ha tomado como eje a la posibilidad de hacer un juicio de reproche al autor por su comportamiento antijurídico. En ese sentido, los problemas que surgen a partir de la cuestión sobre si tiene sentido castigar, y en su caso, cuánto castigo hace falta, se revelan como cuerpos extraños dentro de la culpabilidad. A mi juicio, no es esta la categoría que debe servir de marco para tales consideraciones, sino más bien la punibilidad.

Eso es lo más correcto si en la construcción del hecho punible se parte desde la teoría de las normas, como considero que debe hacerse, pues la norma primaria y la norma secundaria contienen los presupuestos de lo que está prohibido (y por ello es un delito) y de lo que además debe ser castigado (es decir, un hecho punible). La conducta antinormativa, —contraria a la norma de conducta— no es otra cosa que un injusto culpable merecedor de pena y, en consecuencia, es el presupuesto básico para hacer entrar en juego a la norma secundaria. Sin embargo, esta no puede ni debe aplicarse automáticamente, sino únicamente cuando dicho comportamiento sea —además de merecedor— también necesitado de pena. La norma secundaria impone al juez el deber de juzgar la conducta antinormativa, y ese deber se podrá solventar tanto castigando como absolviendo. La infracción de la norma primaria, entonces, abre la puerta a la posibilidad de que se aplique la pena, o lo que es lo mismo, habilita el derecho al castigo que, por su parte, el infractor debe soportar. Pero ese derecho se debe ejercer bajo ciertos parámetros que tomen en consideración la estricta necesidad de pena, tanto en lo que refiere al ‘sí’ como al ‘cuánto’. La norma de sanción es, en consecuencia, el ámbito natural de la punibilidad y de la medición

de la pena que, a su vez, son los lugares adecuados para valorar político-criminalmente cuestiones de estricta necesidad de pena.

Dentro de estas cuestiones se cuentan, entre otros, los criterios de necesidad en atención a aspectos preventivo-generales y preventivo-especiales. A menor grado de injusto y/o a menor nivel de culpabilidad (lo que significa: a menor cantidad de merecimiento) también será menor la necesidad concreta de pena. Y, del mismo modo, a menor necesidad de reafirmación del Derecho o de disuasión a la sociedad, o a menores necesidades de resocialización del delincuente, también será menor la necesidad concreta de pena.

Pero estos no son los únicos criterios que se deben atender para definir el 'sí' y el 'cuánto' del castigo. También resulta bastante revelador prestar atención a la propia estructura tanto del hecho como de la sanción: ambos tienen una dimensión fáctica o material y otra dimensión comunicativa o expresiva. En cuanto al hecho, la dimensión fáctica está determinada por el grado de lesividad que supone la antinormatividad —el injusto culpable—, mientras que la comunicativa se vincula a la intensidad del enfrentamiento con la norma, es decir, la concreta capacidad que tiene el hecho para negar —o contradecir— el Derecho y erosionar así la vigencia de la norma. La pena, por su parte, tiene una dimensión fáctica que se constata en la restricción de derechos que implica (que puede traer aparejado un sufrimiento o no), y una dimensión comunicativa que, antitéticamente al hecho, supone la respuesta del Estado al discurso del infractor, reafirmando la vigencia del Derecho.

La contemplación de ambas dimensiones de hecho y pena hace posible la aparición en escena, en ocasiones, de equivalentes funcionales de la pena, es decir, la concurrencia de otras circunstancias, hechos o instituciones penales o extrapenales que presentan cierta equivalencia —no identidad— con la pena forense en alguna —o ambas— de sus dimensiones. Estos equivalentes funcionales, cuando existen, han de ser tomados en cuenta para la

medición del castigo, pues de lo contrario se corre el riesgo de sancionar de una manera desproporcionada, sobrepasando los límites del derecho penal liberal que han de respetarse en un Estado social y democrático de Derecho, más allá de las necesidades concretas de pena del caso. La concurrencia de equivalentes funcionales puede justificar una renuncia o, en todo caso, una atenuación de la pena a aplicar, más allá de que el injusto culpable merecedor de pena permanezca incólume.

La doctrina ha identificado una serie de circunstancias, hechos e instituciones que hacen las veces de equivalentes funcionales —totales o parciales— de la pena forense, entre los que se encuentran, por ejemplo, el desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria, la confesión, el perdón, la reparación del daño, el comportamiento autopunitivo, ciertas penas naturales, la legítima defensa, la prisión preventiva, las malas condiciones de la cárcel, el transcurso del tiempo, entre otros¹⁶.

En el apartado que sigue quiero referirme a una circunstancia que, según entiendo, puede cumplir ese papel y, hasta donde alcanzo, apenas ha sido mencionada por la doctrina, y es la existencia de juicios paralelos —completamente extrapenales, pues provienen generalmente de los medios de comunicación masivos y de las redes sociales—, que tienen lugar antes del pronunciamiento judicial y que desembocan habitualmente en duras condenas sociales.

VII. JUICIOS PARALELOS Y CONDENAS SOCIALES COMO EQUIVALENTES FUNCIONALES DE LA PENA

A. Juicios paralelos y condenas sociales

La tesis que pretendo exponer es que cuando existe un hecho que, producto de un juicio paralelo, es condenado masivamente por la sociedad, ello debe computarse a cuenta de la pena como equivalente funcional de ella (casi siempre, en forma parcial), que deriva en una menor necesidad de reacción estatal.

¹⁶ Sobre ello, en general, puede verse a Silva Sánchez (2018, pp. 113-181). En particular, sobre el desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la confesión como equivalentes funcionales a la pena, véase a Montero (2023, pp. 183 y ss). Sobre la prisión preventiva como equivalente funcional a la pena, véase a Ragués i Vallès (2020, pp. 112 y ss). Sobre la reparación del daño como equivalente funcional a la pena, véase a Galain Palermo (2009).

Haciendo referencia especialmente al ordenamiento español —aunque aclarando que también muchos o todos ellos existen en otros ordenamientos jurídicos—, Montero (2023, p. 173) identifica como posibles equivalentes funcionales generales de la pena retributiva a: "Desistimiento de la tentativa (art. 16.2); legítima defensa (art. 20.4), confesión (art. 21.4), reparación (art. 21.5), prisión provisional" y como equivalentes funcionales especiales a:

Liberación anticipada de la persona ilegalmente detenida o secuestrada (art. 163.2), regularización en el delito de defraudación tributaria (art. 305.4), evitación de la propagación de incendios forestales (art. 354.2), delación en ciertos delitos de organización (arts. 376; 570 quáter 4, art. 579 bis 3); denuncia en el delito de cohecho (art. 426), reintegro de los caudales públicos malversados (art. 434), retractación en el delito de falso testimonio (art. 462) y revelación en los delitos de rebelión y sedición (art. 480.1).

Quizá convenga, antes de pasar a aplicar a los juicios paralelos y las condenas sociales las ideas arriba esbozadas, aclarar lo que se entiende por cada uno de estos conceptos. Por juicios paralelos, me refiero a ciertos procesos de juzgamiento que se generan a partir de una determinada *notitia criminis* por fuera del proceso penal y definitivamente antes de la sentencia, donde la sociedad, en forma masiva, no solo atribuye responsabilidades, sino que también juzga, censura, reprocha y castiga.

De acuerdo a la Real Academia Española, la palabra ‘juicio’ tiene varias acepciones. Una de ellas es: “conocimiento de una causa en la cual el juez ha de pronunciar la sentencia”. Este es el significado que habitualmente le damos en el área del Derecho Procesal, que aquí ahora no interesa. Una segunda acepción posible, dice: “acción y efecto de juzgar”. ‘Juzgar’, por su parte, tiene una acepción que también se corresponde al significado que solemos darle en el ámbito jurídico y que, de hecho, fue utilizada en este mismo texto más arriba: “dicho de un juez o un tribunal: Determinar si un hecho es contrario a la ley, y sentenciar lo procedente”. Pero también implica, entre otras cosas, “formar opinión sobre algo o alguien”.

En los juicios paralelos, justamente por su condición de paralelos, nos referimos a juicios que no se dan precisamente en el ámbito del Derecho procesal. En otras palabras: cuando hablamos de juicios **paralelos** nos referimos, en concreto, a juicios extrapenales, que se dan en el marco de una determinada comunidad, mientras que, a la par de estos, se desarrolla por el mismo hecho un juicio penal formal. No habría que confundirlos con el derecho a la información, en su doble vertiente activa y pasiva (derecho a informar y a informarse), ni con el derecho a la libre expresión. En palabras de García Arán:

Estamos ante un juicio paralelo –entendido como problema– cuando la información persigue o consigue colocar a la opinión pública en el lugar de los jueces para valorar las pruebas y para llegar a conclusiones sin suficientes elementos de juicio –y, sobre todo, cuando se llega a esas conclusiones antes de tiempo, esto es, antes de la sentencia. (2018, p. 21)

Por su parte, López Guerra entiende por juicio paralelo:

Aquellas informaciones periodísticas sobre procesos en curso que no solamente preten-

den dar conocimiento de las particularidades de esos procesos, sino que, además, contienen opiniones claramente orientadas a favorecer un resultado determinado –que toman, por así decir, partido–, usualmente contra la persona objeto de acusación. (2018, p. 35)

La condena social viene inmediatamente ligada a esos juicios: son las ‘conclusiones’ a las que llega la opinión pública que menciona la autora que se acaba de citar. Según el mismo diccionario, el significado de ‘condena’ es “acción y efecto de condenar”. ‘Condenar’ también tiene varias acepciones, pero la que aquí nos interesa es la siguiente: “reprobar algo que se tiene por malo, como un hecho o una conducta” (RAE, s/f). El juicio es la formación de una opinión, la condena es la opinión ya formada de que algo es malo con su consiguiente reprobación. Cuando hablamos de juicios paralelos nos referimos, también, a condenas sociales –podríamos decir que estas son el producto de aquellos– y no a juicios de elogio. La condena social implica, precisamente, una reprobación, una censura, que se manifiesta de diversas formas.

Aclarado el significado del concepto, me interesa ahora delimitar el alcance del mismo a los fines de este trabajo. Ciertamente, la existencia de juicios paralelos y condenas sociales en determinados casos puede traer una serie de problemas jurídicos. La mayoría de ellos no nos interesan ahora: no puedo ocuparme aquí de cómo esta clase de juzgamientos masivos que se dan antes de una sentencia judicial afectan a importantes garantías¹⁷, tales como la presunción de inocencia o el derecho a la defensa, entre algunos otros; ni tampoco del interesante problema de cómo este tipo de condenas sociales con fuerte repercusión, que son causadas o potenciadas por los grandes medios de comunicación, influyen en las decisiones judiciales¹⁸ generando distintos sesgos cognitivos en los jueces. Lo que aquí interesa es, sencillamente, cómo estos juicios paralelos hacen las veces de equivalentes funcionales de la pena y deben ser tomados en cuenta al momento de la individualización judicial de la misma. A eso me referiré a continuación.

B. El argumento de la igualdad

“La sociedad no se limita a recibir una información, sino que la procesa y toma posiciones al respecto” (Acale Sánchez, 2018, p. 135). Cuando tomamos conocimiento de un hecho, nuestra reacción natural es juzgarlo (incluso cuando no lo expresemos),

¹⁷ Al respecto, véase a López Guerra (2018, pp. 35 y ss.); Acale Sánchez (2018, pp. 141 y ss.); y, en general, Ovejero Puente (2017).

¹⁸ Al respecto, véase a Fernández García (2018, pp. 211 y ss.).

en el sentido de que probablemente formemos una opinión al respecto, que puede recaer sobre el hecho, sobre las personas involucradas, sobre sus causas, sobre las consecuencias, o sobre todo ello junto, por ejemplo. Difícilmente algo nos deje absolutamente indiferentes. Los que en este trabajo importan no son, sin embargo, esos juicios individuales, sino aquellos que se producen en masa, o en gran proporción dentro de una sociedad, generalmente influenciados y potenciados por las opiniones vertidas en los medios de comunicación y en las redes sociales¹⁹.

En concreto, estoy pensando en aquellos hechos que, cuando ocurren, por diversos motivos acaparan el centro de interés de la sociedad y generan una repercusión desproporcionada en relación a la que generan otros hechos de similares características. A veces esto ocurre porque los involucrados son personas con un alto grado de exposición pública y/o mediática; a veces porque algún elemento particular del hecho produce una fuerte conmoción en la sociedad, generando intensas emociones, tales como una especial empatía con la víctima, un fuerte rechazo al hecho o a su autor, indignación e impotencia, rabia, ánimos de venganza, incredulidad, etc.

Lo primero que hay que destacar es que este tipo de condenas sociales son, en buena cuenta, arbitrarias: no porque la condena sea arbitraria en sí misma —puede que se apoye en fundamentos sólidos—, sino porque solo algunos pocos de entre muchos casos con idénticas características llegan al conocimiento del público masivo, y, entre ellos, solo algunos generan este tipo de reacciones en la sociedad. No es posible identificar patrones comunes en ellos.

A veces la notoriedad pública del hecho o la reacción masiva se dan porque el autor del delito es una persona famosa, pero ello no siempre es así. Sobran los ejemplos de casos que pasan a ser parte del patrimonio social en donde no hay ningún famoso involucrado (por ejemplo, el ‘caso de los *rugbiers*’²⁰ en Argentina, donde, luego de una noche de fiesta, un grupo de ocho jóvenes dieron muerte a otro con el que habían tenido algún ‘encontronazo’ minutos antes. El caso y el proceso se convirtieron, muy probablemente, en el más mediático del país en lo que va del siglo) y, por el contrario, también hay muchos otros casos en los que alguna personalidad pública se ve

envuelta y que, sin embargo, no provocan tanta repercusión, o esta no genera una condena social masiva (paradigmático es el caso de Lionel Messi, quien fue juzgado y condenado en España sin haber sufrido una condena social, a pesar de la gran exposición mediática).

Tampoco es determinante la gravedad del hecho: es cierto que habitualmente se trata de hechos graves, pero también es verdad que hechos no tan graves provocan a veces una reacción similar (en Perú, por ejemplo, el caso Buscaglia, generó una fuerte reacción social por delitos de agresión a un efectivo policial). Entonces, el primer motivo por el que deberíamos tomar en consideración a las condenas sociales para una atenuación de la pena tiene que ver con el principio de igualdad, que impone tratar como iguales a hechos iguales.

Si frente a hechos similares la sociedad reacciona en forma desigual, de manera que a veces su reacción supone algo muy negativo para el infractor, pero otras veces no hay reacción social o esta es de aparente indiferencia, esto debería ser tomado en cuenta por el Estado a efectos de equilibrar las consecuencias penales. Pero no solo la equidad o la igualdad justifican una atenuación de la pena forense en estos casos, sino también la existencia de importantes motivos dogmáticos que permiten tratar las condenas sociales como equivalentes funcionales de la pena y motivos político-criminales que dan cuenta de menores necesidades de castigo.

C. El argumento de la equivalencia funcional a la pena

El argumento de la equivalencia funcional con la pena se construye a partir de la constatación de ciertas similitudes que tienen las condenas sociales con las dimensiones fácticas y comunicativas de la pena. Los juicios paralelos y las condenas sociales presentan, ciertamente, una equivalencia con la pena en su dimensión fáctica, pues no solo implican una restricción de derechos, sino que también traen consigo cierto nivel de sufrimiento para el acusado. Respecto de lo primero, creo que es evidente que las condenas sociales implican un detrimento de algunos derechos personalísimos como, sobre todo, el honor.

Lo que se ve afectado no es una característica definitoria del juicio justo —como la ausencia de

¹⁹ No me refiero, por tanto, a los juicios y procesos (formales o no) que se dan en el marco de determinadas etnias o comunidades de acuerdo a reglas concretas.

²⁰ Se puede leer un resumen del caso y una valoración de la única sentencia hasta ahora recaída en Pérez Barberá (2023, pp. 684 y ss.).

convicción previa del juez sobre la culpabilidad del acusado—, sino la imagen y la reputación pública de una persona sometida a una imputación de tipo criminal que es señalada como culpable previamente a la declaración judicial, de culpabilidad. (López Guerra, 2018, p. 39)

Una prueba de ello es la constatación contrafáctica de que si las declaraciones sobre el acusado o sobre su implicación en el hecho que surgen a partir de los juicios paralelos no resultan ser verdaderas —por ejemplo, porque el proceso penal no resulta en una sentencia condenatoria—, podría haberse configurado un delito —como calumnias o injurias—, o podría haberse generado una responsabilidad civil por daños. En estos casos, el hecho perfectamente lícito y el que es civil y/o penalmente antijurídico no se distinguen entre sí por la lesividad material, sino por la veracidad o falsedad de las declaraciones. Pero lo único que la falsedad o veracidad de las declaraciones condiciona es la obligación por parte del acusado de soportarlas; el daño que estas producen, en cambio, no depende de ello.

En los delitos mencionados, la esfera de libertad individual que se pretende resguardar es el honor personal, pero este bien jurídico, no obstante, no puede sufrir un menoscabo en sí mismo, como sí ocurre, por ejemplo, con la propiedad o la integridad personal, donde cualquier acción que afecte a estos bienes jurídicos va a implicar una reducción de los mismos. Con el honor no ocurre del mismo modo, sino que solo se ve menoscabado cuando es puesto en relación con la percepción que los demás tienen de cada uno y de su integridad moral. Pues bien, todo lo que se dice acerca de una persona en un juicio paralelo o en condenas sociales afecta definitivamente al honor del acusado si hace que la percepción de terceros sobre él empeore, y ello no cambia por el hecho de que lo que se diga sea verdadero y a la postre termine siendo condenado también en el juicio oral. En la medida en que la gente crea todo lo que se dice sobre él, los juicios paralelos y las condenas sociales supondrán un detrimento en el honor del acusado. Ahora bien, si las condenas sociales resultan ser falsas, el acusado no tiene por qué soportarlas y tendrá a su disposición herramientas jurídico-civiles y/o penales para contrarrestarlas. En cambio, si son verdaderas, no tendrá a su disposición estas herramientas, sino que deberá soportarlas, en la medida en que son una manifestación del derecho del resto a expresarse libremente.

Pero que el acusado deba soportar tanto el castigo como las condenas que expresa una sociedad no significa que deba soportarlas acumulativamente. Existe cierto paralelismo entre el deber de soportar

el castigo y el deber de soportar las condenas sociales —del mismo modo que entre ellos y el deber de soportar los daños producidos por la legítima defensa—, pues son deberes que implican la tolerancia por parte del infractor de la norma primaria respecto de la injerencia de otros en determinados ámbitos de libertades y de autonomía personal, que se originan a partir de la conducta antinormativa. La norma de sanción legitima un derecho al castigo —como forma del deber de juzgar que recae sobre el juez—, que corresponde exclusivamente al Estado y no a los ciudadanos. A estos, lo que les corresponde es el derecho al ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, puede ocurrir que esta libertad de expresión, aun siendo ejercida de forma legítima, implique a veces un verdadero castigo al supuesto infractor. Y el Estado, al momento de hacer uso de su derecho a castigar, debe tomar en cuenta que una parte importante de la ciudadanía ya ha respondido al hecho cometido con censura y reprobación, pues, sino, la censura y la reprobación podrían verse duplicadas. Para ponerlo en términos radicales: tomar como atenuante a las condenas sociales hace posible la evitación de un doble juzgamiento y de la conculcación al principio *ne bis in idem*.

Con lo anterior creo haber demostrado que los juicios paralelos y las condenas sociales suponen, en definitiva, una restricción de derechos; sobre todo un menoscabo al honor, lo que a su vez demuestra la equivalencia funcional con la pena estatal. Esta relación de equivalencia se profundiza cuando producto de ellas se generan otros efectos perjudiciales en el ámbito administrativo, laboral o incluso familiar, y en esa medida presentan aún más similitudes fácticas con la pena. Pero, además, la similitud con la pena en su dimensión fáctica no se da únicamente en el plano objetivo de la restricción de derechos, sino también en el contingente sufrimiento que la mayoría de las veces trae aparejada.

Al igual que ocurre con la pena, la existencia y la medida de este sufrimiento estará condicionada por la propia subjetividad del acusado, ya que bien puede ocurrir que ciertas personas sean más sensibles que otras a los efectos de las condenas sociales. Y esa sensibilidad no solo responde a la propia percepción subjetiva de las consecuencias, sino también a otras cuestiones como el mayor o menor número de allegados que el acusado tenga, el círculo social en el que se mueva, la afectación en su vida laboral, etcétera.

Como afirma Silva Sánchez (2018, p. 145), es innegable que los juicios paralelos “no solo son relevantes en sí mismos, sino también en la medida en que actúan a modo de catalizador de muchas otras reacciones informales: desprestigio, exclusión, es-

tigmatización, etc.”. Esto no es un dato menor, pues en muchas ocasiones, de hecho, los efectos de la condena social se extienden más en el tiempo que la propia pena forense. No son extraños los casos de personas que luego de cumplir acabadamente la pena impuesta deben enfrentarse a otras dificultades, como, por ejemplo, la ardua reinserción en el mercado laboral. De hecho, la condena social extiende sus consecuencias al plano administrativo y laboral desde antes de que exista un pronunciamiento judicial de culpabilidad hasta, a veces, mucho después de cumplida la pena. Empresas, instituciones o clientes particulares dejan de requerir muchas veces los servicios profesionales o laborales del acusado, ya sea como manifestación directa de la reprobación y censura que expresa la condena social, o bien frente al temor de que la opinión pública negativa se extienda también a ellos. Lo mismo ocurre con las relaciones sociales.

Difícilmente, sin embargo, la existencia de juicios paralelos alcance a suponer una equivalencia funcional total con la pena, pero sí, al menos, parcial, de modo que debería dar lugar, cuanto menos, a una disminución de la misma.

Ello dependerá de cuál debiera ser ésta y de cuan intenso resulte ser el juicio paralelo. En todo caso, la dimensión comunicativa del castigo estatal no se ve afectada; pero sí debería considerarse en la dimensión fáctica de la pena el impacto que hayan tenido sobre el proceso y sobre el imputado tales juicios paralelos. (Silva Sánchez, 2018, p. 146).

Entran en juego aquí lo que Silva Sánchez (2024, pp. 516 y ss.) denomina “normas de compensación” como subespecie de las normas de equidad, que, en lo que aquí interesan, suponen una compensación de “una serie de daños de origen no estatal que el delincuente ha sufrido *propter malum actionis*, es decir, de modo causalmente relacionado con el delito cometido”, entre los que ubica a las “variantes de la *poena naturalis* en el sentido de *non forensis*” que abarca, entre otros, a “el padecimiento de la legítima defensa del sujeto pasivo, de la venganza, de reacciones informales”.

Quizá el mayor problema se presente aquí cuando el hecho juzgado tiene prevista una pena tasada, es decir, cuando no existe el margen de libertad para el juez, pues está obligado a aplicar la pena que establece la ley. Ello ocurre, sobre todo, cuando el hecho es amenazado con pena perpetua (o, en España, con prisión permanente revisable). Personalmente, no considero que esa clase de penas

sean dogmáticamente, político-criminalmente, ni constitucionalmente adecuadas de acuerdo a los parámetros de un Estado democrático de Derecho²¹. No puedo entrar en ello ahora; lo que sí puedo decir es que, si se dan casos de juicios paralelos y condenas sociales en hechos amenazados con una pena tasada, estos deberían ser igualmente computados como un cumplimiento parcial de la condena. Y, en todo caso, la mera existencia de una pena tasada no debería ser óbice para que el juez se aparte de ella por razones de equidad si las circunstancias del caso lo justifican, pues cuando la escala punitiva aplicada al caso concreto produce un resultado injusto o irrazonable, razones de equidad justifican una rectificación de esa escala (Yacobucci, 2021, pp. 296 y ss.).

D. El argumento político criminal

Por último, hay también un argumento político-criminal para considerar las condenas sociales como atenuantes, y tiene que ver con el hecho de que la concurrencia de juicios paralelos y condenas sociales demuestran una menor necesidad concreta de pena. Hace ya un tiempo, García Arán (1981, p. 516) llamaba la atención sobre la necesidad de que los jueces no se dejen llevar por el reclamo social de penas severas en casos dotados de una especial resonancia periodística. La difusión social del hecho y las demandas punitivas de la sociedad no son suficientes para justificar una pena más grave de lo que el hecho merece de acuerdo a su propia ‘gravedad’.

Yo creo que es posible llevar este argumento más allá: no solo que el clamor social o la convicción ciudadana acerca de la culpabilidad del acusado no amerita una pena más dura, sino que, al contrario, evidencian la necesidad de una pena menos dura en el caso concreto, pues esta reacción por parte de la sociedad hace ver que a pesar de lo grave del hecho la norma no alcanza a verse conmovida. Por el contrario, lo que genera la reacción es ciertamente la plena convicción de que la norma existe, es válida y está vigente, pues la sociedad reacciona de la manera en que reacciona justamente en defensa del ordenamiento.

Precisamente porque la vigencia de la norma no se ve amenazada y porque las propias condenas sociales generan disuasión en el resto de la sociedad (a veces, más disuasión que la propia pena estatal) es que hay menos necesidades de prevención general positiva y de prevención general negativa. Años más tarde, esta misma autora volvía a insistir en que “la convicción ciudadana sobre la

²¹ Sobre ello, véase a Díaz y García Conlledo (2021, pp. 149 y ss.).

culpabilidad de un sujeto no puede suplantar a la condena” (García Arán, 2018, p. 22). A mi juicio, la convicción ciudadana, en determinados casos, puede suplantar —al menos en parte— a la pena, con independencia de que sea todavía necesaria una condena judicial.

VIII. CONCLUSIONES

Como conclusión —retomando el hilo de la ‘reca-pitulación’ formulada en el punto VI de este trabajo—, puede afirmarse lo siguiente: la infracción de la norma primaria es un presupuesto necesario, pero no suficiente, para la aplicación de la norma secundaria. Una vez que se constata la realización de una conducta antinormativa, queda todavía un margen suficiente para evaluar, primero, si ese hecho merecedor de pena sigue siendo aún un hecho que necesita pena, y, segundo, cuánta es la cantidad de pena necesaria. Pues, evidentemente, puede ocurrir que junto con el hecho, o en momentos posteriores a su consumación, aparezcan ciertos elementos, circunstancias, instituciones o acontecimientos que afecten al contenido delictivo del hecho —normalmente en su dimensión expresiva— y por lo tanto, impliquen una menor necesidad de pena —o, incluso, la falta de necesidad—, o bien que cumplan funciones equivalentes a las de la pena forense en su aspecto fáctico o en el expresivo y, por lo tanto, deban ser tenidos en cuenta a la hora de individualizar judicialmente el castigo.

Esto ocurre, por ejemplo, cuando frente a un concreto hecho delictivo se producen ciertas reacciones punitivas en el seno de la sociedad —normalmente influenciadas por la exposición pública del caso tanto en los medios de comunicación como en las redes sociales—, que muchas veces cumplen funciones similares (no idénticas) a las de la pena forense. Si se quiere que la pena sea proporcional al hecho cometido, entonces los juicios paralelos y las condenas sociales, cuando se presentan, deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la cantidad de pena necesaria, de modo que pueden dar lugar a una reducción (o, en determinados casos, incluso a una renuncia) de la misma.

Los motivos que fundamentan esta idea son, al menos, de tres órdenes distintos: en primer lugar, dado que la aparición de estas reacciones sociales es, en buena cuenta, arbitraria, un criterio elemental de igualdad aconseja contemplar la diversidad de reacciones frente a hechos similares para evitar que, en los casos que adquieren esa exposición pública, la reacción social se acumule a la estatal derivando en consecuencias considerablemente más gravosas para el infractor. En segundo lugar, las reacciones sociales punitivas fungen como equivalentes funcionales a la pena en su dimensión fáctica,

pues, al igual que la pena forense, implican una restricción de derechos para el acusado que, además, generalmente trae consigo cierto grado de sufrimiento que este debe soportar. Por último, existen también motivos político-criminales relacionados con una menor necesidad de prevención general para el caso concreto, pues la condena social a un hecho concreto es muestra de que la vigencia de la norma de conducta infringida no se encuentra realmente conmovida, sino que, por el contrario, esas reacciones punitivas se producen porque existe una convicción por parte de la sociedad de que la norma rige y es válida.

Para finalizar, quisiera formular una breve reflexión estimulada por la frase de Solari que abre este trabajo: si la respuesta frente a un hecho antinormativo excede la medida de lo estrictamente necesario, se corre el riesgo de que la misma se convierta, llanamente, en venganza. Por eso, el Estado, si no quiere convertirse en un Estado vengativo, debe tomar en cuenta también a las reacciones sociales punitivas a la hora de medir la necesidad de la respuesta estatal, tanto en lo que respecta al ‘sí’ como al ‘cuánto’ de la misma. 🏛️

REFERENCIAS

- Acale Sánchez, M. (2018). Política criminal falseada y medios de comunicación. *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, (24), 135-148.
- Achenbach, H. (2012). Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad. En B. Schünemann; J. M. Silva (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. B de F.
- Alpaca Pérez, A. (2022a). *Teoría de las normas e injusto penal*. Marcial Pons.
- (2022b). Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal. *InDret*, (1), 265-306.
- Basso, G. (2019). *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*. Marcial Pons.
- Binding, K. (2009). *La culpabilidad en Derecho penal*. B de F.
- Conde, G., Yohai, M. & Mones Ruiz, M. (2015). La hora iluminada del juez. Un análisis de los criterios de determinación de la pena a la luz del Anteproyecto de Código Penal. *Revista Intercátedras*, (3), 117-150.
- De Vicente Remesal, J. (1985). *El comportamiento postdelictivo*. Universidad de León.

- Demetrio Crespo, E. (2020). Fundamentos teóricos del Derecho penal e individualización judicial de la pena. *Criminalia*, 87, 371-382.
- Díaz y García Conlledo, M. (1991). *La autoría en Derecho penal*. PPU.
- (2008). *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. La Ley.
- (2018). Peculiaridades del error en el Derecho penal económico. En D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo (Dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario*. FICP y Reus.
- (2021). La pena de prisión permanente revisable: ¿hay que mantenerla?. *Revista jurídica de la Universidad de León*, (8), 149-164.
- Feijoo Sánchez, B. (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. *InDret*, (1), 1-28.
- Fernández García, E. (2018). Juicios paralelos, imparcialidad de los tribunales y opinión pública: repercusiones en la vida política y en las resoluciones judiciales. *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, (24), 211-219.
- Ferrante, M. (1994). Límites del Derecho penal: culpabilidad y prevención en la medición de la pena. *Lecciones y Ensayos*, (59), 141-161.
- Freund, G. (2004). Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal. En J. Wolter y G. Freund (Eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Marcial Pons.
- Frisch, W. (2014). Pena, delito y sistema del delito en evolución. *InDret*, (3), 1-30.
- Galain Palermo, P. (2009). *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*. Universidad Católica del Uruguay.
- García Arán, M. (1981). La prevención general positiva en la determinación de la pena. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (34), 511-522.
- (2018). Libertad de información y procesos penales en curso». *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, (24), 15-32.
- Greco, L. (2008). *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Marcial Pons.
- Haffke, B. (1995). El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal. En B. Schünemann. y J. de Figueiredo Dias (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. J. M. Bosch Editor.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Civitas.
- (1997a). *Estudios de Derecho penal*. Civitas.
- (1997b). *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.
- (2006). *La pena estatal: significado y finalidad*. Civitas.
- Kaufmann, A. (1977). *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Ediciones Depalma.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del Derecho*. Eudeba.
- Kindhäuser, U. (2011). Retribución de culpabilidad y pena. En U. Kindhäuser y J. Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*. B de F.
- Lesch, H. (2016). *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*. Marcial Pons.
- López Guerra, L. (2018). Juicios paralelos, presunción de inocencia y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, (24), 35-49.
- Luzón Peña, D. M. (1979). *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Universidad Complutense de Madrid.
- (1995). La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. En B. Schünemann y de J. Figueiredo Dias (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. J. M. Bosch Editor.
- (2016). *Lecciones de Derecho penal, parte general*. Tirant lo Blanch.

- Manso Porto, T. (1999). *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*. Dykinson.
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, (71), 141-167.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Bosch, Casa editorial.
- (2016). *Derecho Penal, Parte General*. Repertor.
- Molina Fernández, F. (2021). *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. B de F.
- Montero, F. (2023). *Equivalentes funcionales de la pena retributiva. Teoría general y aplicación práctica al desistimiento de la tentativa, la regularización tributaria y la confesión*. Atelier.
- Ovejero Puente, A. (2017). *Presunción de inocencia y juicios paralelos en derecho comparado*. Tirant lo Blanch.
- Pawlik, M. (2019). *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*. Atelier.
- Pérez Barberá, G. (2023). Dolo, imprudencia, culpa ante los hechos. Comentario a la sentencia nº 8488 dictada el 6 de febrero de 2023 por el Tribunal en lo Criminal 1 de la ciudad de Dolores, provincia de Buenos Aires, Argentina (caso Báez Sosa). *InDret*, (2), 684-701.
- Puppe, I. (2014). *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*. B de F.
- Ragués i Vallès, R. (2020). ¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? Una revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena. *InDret*, (3), 112-136.
- Robles Planas, R. (2021). *Teoría de las normas y sistema del delito*. Atelier.
- (2022). Merecimiento, necesidad de pena y punibilidad. En V. Gómez Martín, C. Bolea Bardon, J. I. Gallego-Soler, J. C. Hortal Ibarra, U. Joshi Jubert, (Dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. BOE.
- Rodríguez Horcajo, D. (2016). *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*. Marcial Pons.
- Romano, M. (1995). "Merecimiento de pena", "necesidad de pena" y teoría del delito. En B. Schünemann, J. de Figueiredo Dias (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. J. M. Bosch Editor.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Reus.
- (1997). *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- (2002). *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Hammurabi.
- (2012). El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. *InDret*, (4), 1-24.
- Rusconi, M. (2024). Lo objetivo y subjetivo en la exclusión de lo ilícito: las dificultades de las tesis tradicionales y las respuestas que (todavía) deben dar. En M. García Mosquera, V. Rodríguez Vázquez, M. Díaz y García Conlledo y D. Luzón Peña (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*. BOE.
- Schünemann, B. (1995). La función de la delimitación de injusto y culpabilidad. En B. Schünemann y J. de Figueiredo Dias (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. J. M. Bosch Editor.
- (2012). La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo. En B. Schünemann (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50 aniversario*. B de F.
- Silva Sánchez, J. M. (2004). Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. En J. Wolter y G. Freund (Eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Marcial Pons.
- (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret*, (2), 2-15.
- (2010). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. B de F.
- (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier.

- (2024). La punibilidad y la teoría de las normas. En M. García Mosquera, V. Rodríguez Vázquez, M. Díaz y García Conlledo y D.M. Luzón Peña (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*. BOE.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*. Civitas.
- Valotta, A. (2024). La fundamentación de la pena y los casos de las personas vinculadas al proceso penal de manera primaria u ocasional. La solución recomendada por la dogmática y la jurisprudencia. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (1), 87-94.
- Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. B de F.
- Wolter, J. (2004). Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, de sobreseimiento del proceso, de renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. En J. Wolter, J. y G. Freund, (Eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Marcial Pons.
- Yacobucci, G. (2021). *(In)Exigibilidad y pena. El problema de la sanción penal en situaciones dilemáticas*. B de F.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Ediar.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2018). Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos. *Derecho PUCP*, (81), 47-92.