

LA PENA COMO RETRIBUCIÓN

Segunda parte:

La retribución como teoría del Derecho penal

*Juan Pablo Mañalich R.**

En esta segunda parte del trabajo, se ofrece una continuación del argumento a favor de la retribución como criterio de justificación de la pena, de modo de indagar en las implicaciones que tal concepción de la pena ha de tener para el desarrollo de una teoría general del Derecho penal. A este respecto, el argumento descansa en una articulación del reproche penal en términos de la teoría analítica de los actos de habla. El punto central del trabajo consiste en que una concepción retribucionista de la pena se ajusta, en un grado superlativo, a una serie de características que tradicionalmente se asocian a la imagen de un ejercicio legítimo de la potestad punitiva del Estado. El artículo pretende mostrar que esto cuenta como un argumento decisivo a favor de esa concepción, para concluir con la formulación de la tesis de que una asunción radical de las implicaciones institucionales del Derecho penal retributivo encierra el reconocimiento de un profundo potencial crítico de cara al funcionamiento efectivo de los sistemas penales contemporáneos.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Becario del DAAD en el programa de doctorado en Derecho de la Universidad de Bonn, Alemania. El autor se ha desempeñado previamente como ayudante y profesor invitado en el Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez y como profesor visitante de Derecho penal y teoría del Derecho en la Universidad de Puerto Rico.

1. LA PENA RETRIBUTIVA COMO EXPRESIÓN DE REPROCHE

a) El reproche penal como acto ilocucionario

Bajo una concepción retribucionista reconstruida en términos de lo que FEINBERG denomina la función expresiva de la pena, ésta consiste en expresar un reproche merecido por un comportamiento incorrecto que es imputable como acción culpable. Esta expresión de reproche no es un medio para la obtención de una consecuencia ulterior, por ejemplo, la prevención de delitos futuros, sino que se justifica por el solo hecho de que ese reproche es merecido. Esto se sigue de la contraposición que, siguiendo a STRAWSON, cabe reconocer entre la expresión de una actitud reactiva y la adopción de una actitud objetivante¹. Si la imposición de la pena constituye una modalidad de expresión de desaprobación o reproche, la pena no puede ser impuesta *para* que a través de la expresión de reproche el propio sujeto penado o la generalidad de las personas sean intimidados, o éstas vean reforzada su disposición a cumplir con las normas vigentes, etc. Una expresión de reproche hecha para la obtención de determinadas consecuencias por definición deja de constituir un reproche, aun cuando se lo presente como tal y haya base para el mismo². En tal caso se trata de la ficción de un reproche, y el carácter ficticio del reproche se explica por el predominio de una actitud objetivante, o sea, por la consideración del auténtico destinatario de la imposición de la pena (el propio penado, en términos de prevención especial; la generalidad de los individuos, en términos de prevención general) como un objeto de táctica social. En la formulación de reproche, también en la formulación del reproche mediante pena, hay una condición de sinceridad que es constitutiva de lo que cuenta como efectuar un reproche.

Para analizar el estatus que cabe atribuir a esta condición constitutiva puede ser útil emprender la reconstrucción de la imposición de la pena como un acto de habla³. En su versión más tradicional, la teoría de los actos de habla desarrolla una distinción entre tres niveles en que puede analizarse lo que un hablante hace cuando habla. En la formulación de J.L. AUSTIN, se trata de la distinción entre acto locucionario, acto ilocucionario y acto perlocucionario⁴. Por acto *locucionario* AUSTIN entiende el acto de emitir o proferir una oración con una cierta referencia y un cierto sentido, o sea, con cierto significado. Por acto *ilocucionario*, en cambio, Austin entiende el acto que se realiza *en* la ejecución del acto locucionario bajo ciertas condiciones que, convencionalmente, determinan una cierta fuerza (ilocucionaria). Así, cuando un sujeto emite una determinada oración en las circunstancias adecuadas puede estar realizando una aseveración, formulando una pregunta, dando una orden, etc. Por último, por acto

1 STRAWSON, P.S.: *Libertad y resentimiento*, 1995, pp. 46 ss.

2 *Ibíd.*, p. 47. Para un intento de relativizar esta distinción de cara al problema de la justificación de la intervención punitiva, BAURMANN, MICHAEL: *Zweckrationalität und Strafrecht*, 1987, pp. 145 ss.

3 NOZICK, ROBERT: *Philosophical Explanations*, 1981, pp. 370-374.

4 AUSTIN, J.L.: *How to do Things with Words*, 1975, pp. 94-120.

perlocucionario AUSTIN entiende el acto por el cual el hablante persigue ciertas consecuencias o *efectos* a través de su acto de habla. De ahí que, siguiendo a SEARLE, sea preferible utilizar el adjetivo “perlocucionario” para designar cierta clase de efectos que pueden seguirse de la realización de un acto ilocucionario⁵. Tal como lo resume HABERMAS, lo que así se distingue es “decir *algo*; *hacer* algo diciendo algo; causar algo *mediante lo que se hace* diciendo algo”⁶.

La formulación de un reproche puede ser entendida como un acto ilocucionario. En el marco de la teoría de AUSTIN, el análisis de este tipo de acto de habla requiere identificar la fuerza ilocucionaria que lo distingue como tal, esto es, que lo constituye como *ese* acto de habla y no otro. AUSTIN mismo ofreció una clasificación de las fuerzas ilocucionarias que resultaba en una diferenciación de cinco tipos generales de actos ilocucionarios: los “veredictivos” (*verdictives*), los “ejercitivos” (*exercitives*), los compromisorios (*commissives*), los “comportativos” (*behabitives*) y los expositivos (*expositives*)⁷. Esta clasificación de las fuerzas ilocucionarias ha sido, con razón, dejada de lado en el desarrollo posterior de la teoría de los actos de habla⁸.

Sin perjuicio de esto, es importante considerar la posición que un acto de reproche podría tener dentro del esquema clasificatorio de AUSTIN, pues de esta manera pueden hacerse patentes algunas de sus peculiaridades que han de ser relevantes para el análisis de la función expresiva de la pena retributiva. Que la clasificación sugerida por AUSTIN no puede estimarse satisfactoria, parece quedar claro si se indaga en la clase de acto ilocucionario a la que, en tal marco, pertenece un reproche. Esto, porque el propio AUSTIN menciona “reproche” (*blame*) a propósito de dos de sus cinco tipos de ilocuciones. En primer término, AUSTIN sugiere que el uso de *blame* puede, bajo determinadas condiciones, ir aparejado de la realización de un acto “comportativo”, esto es, de un acto que de alguna manera consiste en una reacción frente a comportamientos de otros exhibiendo emociones y sentimientos⁹. En este contexto, la emisión de “yo reprocho”, por ejemplo, se encontraría en una relación de emisión realizativa

5 SEARLE, JOHN: *Speech Acts*, 1969, p. 25.

6 HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, t. I, p. 371.

7 AUSTIN, J.L.: *How to do Things with Words*, 1975, pp. 148-164.

8 Así por ejemplo, SEARLE la ha sustituido por la diferenciación entre actos *asertivos*, actos *compromisorios*, actos *directivos*, actos *expresivos* y actos *declarativos*, en el entendido de que el criterio clasificatorio ha de consistir en una determinada dirección de ajuste entre lenguaje y mundo que cabe reconocer en las distintas clases de ilocuciones. JOHN, SEARLE: “A taxonomy of illocutionary acts”, 1979, pp. 1-29. HABERMAS, por su parte, sobre la base de la identificación de una determinada pretensión de validez o una determinada pretensión de poder que el hablante entabla al ejecutar un acto ilocucionario, distingue actos *constativos*, actos *regulativos*, actos *expresivos* y actos *imperativos*. JÜRGEN, HABERMAS: *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, t. I, pp. 415-417. HABERMAS reconoce dos clases más de actos ilocucionarios: los comunicativos y los operativos, cuya particularidad es su relación reflexiva con el proceso de comunicación, y la designación de la aplicación de reglas de construcción (lingüística), respectivamente.

9 AUSTIN, J.L.: *How to do Things with Words*, 1975, pp. 83, 160.

(o preformativa) impura frente a la emisión de “yo censuro”, que sería explícitamente realizativa. Pero la emisión de “yo reprocho” también podría contar, según AUSTIN, como la realización de un acto “veredictivo”, cuando la expresión es usada en el sentido de “declarar responsable” a alguien por algo, prescindiendo (en este contexto) de la adopción de aquellas actitudes que son determinantes cuando esa expresión aparece asociada a la realización de un acto de habla “comportativo”¹⁰.

Lo que ha de destacarse son las implicaciones que tiene la consideración de un acto de reprochar algo a alguien como un acto que, al menos desde un determinado punto de vista, aparece como una variante de “comportativo”. La nota distintiva de esta clase de actos es, según AUSTIN, el hecho de que su fuerza ilocucionaria está asociada a la expresión de ciertas emociones, como reacción personal a comportamientos de otros. Esto determina que en este contexto se plantee, de manera especial, la cuestión de la sinceridad del hablante¹¹. La sinceridad, en el marco del análisis de los actos ilocucionarios, designa una condición que ha de ser satisfecha para que la realización del acto sea “feliz”, esto es, para que el acto sea apropiadamente realizado. La insinceridad del autor de la emisión realizativa, por ende, constituye un caso de “infelicidad”, que a diferencia de otras formas de infelicidad, empero, no conlleva la invalidez o la nulidad del acto, sino que más bien constituye un abuso¹². Al igual que cuando se trata de felicitaciones o condolencias, cuando se trata de un acto de reproche lo crucial es la manifestación de una emoción que el hablante tiene frente a cierto evento o suceso. Por esto, la falta de sinceridad, aun cuando no obsta a la realización del acto, sí conlleva que el acto no sea apropiado a sus circunstancias, es decir, sea desafortunado.

b) La pretensión de validez subyacente al reproche

En la reformulación de la teoría de los actos de habla efectuada por HABERMAS, lo anterior puede describirse en términos de que en la formulación de un reproche el hablante entabla, sin que esto sea contingente, una pretensión de sinceridad. Esto no implica que el hablante de hecho no pueda estar siendo insincero, pero sí que en este último caso se produce una instrumentalización de la comunicación. Que el autor de un reproche necesariamente entable una pretensión de sinceridad al realizar ese acto quiere decir que el reconocimiento de esta pretensión por parte del oyente es condición indispensable para el éxito ilocucionario de la emisión del hablante, en la medida en que el éxito ilocucionario puede definirse como un *entendimiento*, esto es, la obtención de un acuerdo entre hablante y oyente: este último ha de reconocer qué pretensión ha entablado el hablante para que así pueda tomar posición crítica de aceptación o de rechazo frente a

10 *Ibíd.*, p. 155.

11 *Ibíd.*, pp. 78-79, 161.

12 *Ibíd.*, pp. 12-18, 39-47.

esa pretensión¹³. Lo que cuenta como la realización de ese acto de habla depende, entre otras cosas, de que el oyente reconozca esa pretensión de validez.

Ciertamente, lo anterior no significa que al formularse un reproche sólo se entable una pretensión de sinceridad. Pues si se deja de lado la distinción, que en todo caso es analíticamente fecunda, entre casos puros (idealizados) de actos de habla según la pretensión de validez que determina su fuerza ilocucionaria, es claro que en todo acto de habla orientado al entendimiento han de entenderse entabladas las tres pretensiones de validez con arreglo a las cuales HABERMAS efectúa la clasificación entre los casos puros de actos constatativos, actos regulativos y actos expresivos: una pretensión de verdad, una pretensión de rectitud (corrección o adecuación) y una pretensión de sinceridad¹⁴.

Esto ha de resultar suficientemente claro en el caso de un reproche. Desde ya, en tanto el reproche tiene como objeto, típicamente, un comportamiento por el cual alguien es responsable, el hablante necesariamente tiene que presuponer, para que el reproche pueda ser aceptado, la efectividad de estas circunstancias. El éxito ilocucionario de un reproche también está condicionado, por ende, por una pretensión de verdad, a saber, la pretensión de verdad relativa a lo que constituye el contenido proposicional del reproche en cuestión¹⁵. Pero, además, la fuerza ilocucionaria de un reproche no sólo está determinada por una condición de sinceridad, de acuerdo a lo ya discutido, sino que también está asociada a la identificación de un determinado horizonte normativo en el marco del cual el reproche conlleva una pretensión de corrección. Al reprocharse a otro haber actuado de determinada manera, necesariamente se presuponen normas bajo las cuales el acto reprochado ha de aparecer como incorrecto o censurable. Es precisamente esta dependencia del reproche respecto de un determinado horizonte normativo que lo valida lo que aparecía en la insinuación de la indignación moral como emoción subyacente al reproche penal, que hace posible diferenciarla, por ejemplo, de un ánimo de venganza.

Bajo una justificación retribucionista de la pena, su imposición ha de ser entendida como un acto de expresión de reproche merecido. La formulación de un reproche penal, por ende, puede ser vista como la realización de un acto ilocucionario, y más específicamente, como un acto ilocucionario institucionalmente ligado. Lo que distingue a esta clase de actos de habla es el hecho de que la explicación de lo que cuenta como

13 HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, t. I, pp. 379-396. Véase también JÜRGEN, HABERMAS: “¿Qué significa pragmática universal?”, 1989, pp. 350-365.

14 HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, t. I, pp. 407-419.

15 En la terminología de HABERMAS, ello conlleva una caracterización de ese acto de habla como “proposicionalmente diferenciado”. HABERMAS, JÜRGEN: “¿Qué significa pragmática universal?”, 1989, p. 337. La distinción entre el contenido proposicional y la fuerza ilocucionaria en el análisis de los actos de habla es lo que constituye lo que HABERMAS denomina la “doble estructura del habla”. *Ibíd.*, pp. 341-344.

su ejecución requiere de una referencia a ciertas instituciones¹⁶, que en este caso son las instituciones jurídicas del sistema penal. Una de las implicaciones de que el acto de reproche penal sea institucionalmente ligado es que esta ligazón institucional circunscribe sus posibles contenidos proposicionales: por ejemplo, en el sentido de que sólo un comportamiento evitable que satisface una determinada descripción fijada en la ley puede ser objeto de reproche penal. La cuestión que debe examinarse ahora es por qué la expresión de este reproche ha de materializarse en la irrogación de un mal, en circunstancias que para la expresión de reproche podría parecer suficiente una mera declaración simbólica. Si esto último fuese suficiente, la ejecución de la pena tendría que considerarse injustificada, en tanto excesiva.

c) La relación entre la irrogación del mal y la expresión de reproche

Un intento de disociar la dimensión expresiva de la pena de su facticidad como irrogación de un mal es lo que se encuentra en la teoría de la pena de ANDREW VON HIRSCH¹⁷. Siguiendo a FEINBERG y STRAWSON, VON HIRSCH sostiene que es imposible dar cuenta de lo que significa la pena si se pierde de vista el componente expresivo de determinadas actitudes reactivas. El punto está, sin embargo, en que bajo la sola consideración de la expresión de un reproche merecido no podría justificarse la irrogación de un mal como algo que tiene lugar *adicionalmente* al acto de reproche mismo. Si la irrogación del mal ha de reconocerse como un elemento independiente, su justificación tiene que basarse en una razón distinta. Lo único que podría justificar la irrogación del mal en que se materializa la pena, según VON HIRSCH, sería la prevención de delitos futuros¹⁸. VON HIRSCH reconoce que entonces podría emerger, como siempre ocurre cuando se esgrime una justificación prevenciónista de la pena, la objeción kantiana de que el condenado no es tratado como un fin en sí mismo, sino como un medio para fines ajenos. La objeción sería neutralizada, sin embargo, por el componente expresivo-retributivo, que garantiza que el comportamiento que da lugar a la punición sea un comportamiento censurable del cual el sujeto es responsable¹⁹.

El paso en falso que da VON HIRSCH se encuentra en la suposición de que es posible, en definitiva, diferenciar el momento expresivo de reproche frente a la mera irrogación del mal en que consiste la (ejecución de la) pena. Pues el propio FEINBERG, a pesar de reconocer la plausibilidad de la distinción conceptual entre ambos componentes, mantiene que lo apropiado es entender que la irrogación de es la manera de expresar

16 *Ibíd.*, p. 338.

17 HIRSCH, ANDREW VON: *Past or Future Crimes*, 1985, pp. 47-60. Esta toma de posición supone un distanciamiento frente a trabajos previos del propio VON HIRSCH en que éste defendía una concepción puramente retribucionista de la función de la pena. Véase HIRSCH, ANDREW VON: *Doing Justice* (1976).

18 HIRSCH, ANDREW VON: *Past or Future Crimes*, 1985, pp. 51-54. Esta tesis encuentra cierto apoyo en FEINBERG, JOEL: "Justice and personal desert", 1970, p. 83.

19 HIRSCH, ANDREW VON: *Past or Future Crimes*, 1985, pp. 55-56.

la reprobación, siendo este aspecto expresivo de la irrogación del mal lo que posibilita concebirlo como *punishment*, y no como (mera) *penalty*²⁰. A este respecto, es pertinente volver atrás para considerar nuevamente el tipo de ilocución en que Austin propone clasificar a los actos de reproche. Según ya se vio, habría un cierto punto de vista desde el cual la fuerza ilocucionaria desplegada en un reproche lo acercaría a los “veredictivos”, mientras que desde otra perspectiva el reprochar algo a alguien parecería acercarse a los “comportativos”. Lo primero ocurre, siguiendo a AUSTIN, en tanto lo enfatizado sea la declaración del *finding* de culpabilidad, o sea, el veredicto o –tratándose de un tribunal de Derecho– fallo. Mas no es éste el punto de vista desde el cual aparece destacado el aspecto del reproche que se corresponde con la manifestación de determinadas emociones de decepción o resentimiento. Este aspecto es el que distingue al reproche como un acto que se entiende como *reacción* frente a un acto o comportamiento ajeno, o sea, como un acto de habla “comportativo”. Es en este sentido que STRAWSON caracteriza el modo de expresar una actitud reactiva como la suspensión, más o menos extensa o intensa, de una disposición generalmente favorable hacia aquel que es destinatario de la expresión de reproche²¹.

La irrogación del mal, entonces, no es más que la materialización de esta suspensión de la disposición favorable que toda persona tiene respecto de otro a quien considera un *alter ego* moral. Es de esta manera que tiene lugar la expresión del reproche merecido, y no a través de una declaración, como el veredicto o la determinación de culpabilidad. Ésta última no constituye la *expresión* del reproche, sino más bien una *condición* procedimental necesaria de su merecimiento. La irrogación de un mal es el modo por el cual tiene lugar la expresión de reproche porque, a diferencia de lo que se da en situaciones de relaciones personales de intimidad o cercanía, el reproche penal tiene lugar en un contexto social de contactos anónimos, en el cual una mera declaración de reproche no alcanza a materializar un reproche. En un contexto social donde no todo es asunto de todos, una mera declaración de reproche pudiera padecer, tal como lo sugería JAKOBS, de un déficit de objetivación. Puesto en terminología hegeliana: así como el delito es la objetivación de una voluntad particular cuyo valor declarativo es la lesión del Derecho en cuanto Derecho, la pena retributiva ha de consistir en la objetivación de una voluntad (general) de cancelación de esa voluntad, que constituye el restablecimiento del Derecho²².

De lo que se trata es de advertir, entonces, que declarar que se reprocha puede no equivaler a efectuar un reproche, tal como decir “te insulto” no constituye un insulto: ni “insultar” ni “reprochar” cuentan como verbos explícitamente preformativos. Esto no excluye, ciertamente, la posibilidad de que una declaración de culpabilidad pudiera, bajo ciertas condiciones, expresar adecuadamente un reproche punitivo. Lo que habría

20 FEINBERG, JOEL: “The expressive function of punishment”, 1970, p. 99.

21 STRAWSON, P.S.: *Libertad y resentimiento*, 1995, p. 63.

22 HEGEL, G.W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1970, §§ 97, 99.

que reconocer, sin embargo, es que, bajo tales condiciones, esa declaración ya tendría que contar como la irrogación de un mal. Que esto es posible lo muestra, de modo suficientemente plástico, la tipificación penal de delitos contra el honor²³.

Que la expresión del reproche penal, por ende, tenga lugar de modo no-verbal, no obsta a que la imposición de la pena cuente como la realización de un acto de habla, pues como Austin mismo lo advierte, puede haber varios mecanismos convencionales, también no-verbales, para la realización de actos de habla, notablemente tratándose de actos ilocucionarios institucionalmente ligados²⁴. Y esto es precisamente lo que afirma FEINBERG cuando dice que nuestras convenciones pueden determinar que el *hard treatment* sea el modo de expresar desaprobación. Disponer de estas convenciones, fijadas institucionalmente, hace posible ver la punición como una institucionalización de la expresión del reproche merecido. Al institucionalizarse este modo de formulación de reproche, por lo demás, se vuelve irrelevante si quien formula el reproche efectivamente es portador, psicológicamente hablando, los estados mentales que definen a aquellas actitudes reactivas que dan lugar a que se reproche a otro²⁵.

Pero es crucial enfatizar el carácter convencional de la ligazón entre la expresión de reproche y la irrogación del mal. Que se trate de una conexión convencional implica, entre otras cosas, que se trata de una conexión contingente. Y esto quiere decir que es enteramente posible pensar en otros símbolos convencionales para la expresión institucional del reproche²⁶.

2. LA PENA RETRIBUTIVA, EL “*IUS TALIONIS*” Y LA VÍCTIMA

a) La configuración institucional del reproche penal

FEINBERG reconoce la plausibilidad de una propuesta de sustitución de los males que ordinariamente conforman el catálogo de penas de los sistemas jurídicos contemporáneos por la implementación de otra clase de mecanismos rituales a través de los cuales pudiera, en principio, obtenerse un medio igualmente idóneo para la expresión de desaprobación. Pero, agrega FEINBERG, en tal caso no habría que perder de vista la naturaleza de la cuestión que estaría discutiéndose: se trataría de una discusión acerca

23 Para una reconstrucción dogmática de los delitos de calumnia e injuria como actos ilocucionarios, MAÑALICH, JUAN PABLO: “¿La comisión de delitos mediante la imputación de delitos? Los delitos contra el honor bajo la teoría de los actos de habla”, 2005.

24 AUSTIN, J.L.: *How to do Things with Words*, 1975, pp. 119-121.

25 Véase FEINBERG, JOEL: “Justice and personal desert”, 1970, pp. 67-69.

26 Véase GÜNTHER, KLAUS: “Die symbolische-expressive Bedeutung der Strafe”, 2002, pp. 217-219, quien sugiere la posibilidad de sustitución de la pena por otras reacciones con igual rendimiento expresivo, lo cual en definitiva supone identificar la noción de pena con la irrogación de un mal. Véase también PAWLIK, MICHAEL: *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, pp. 66-69.

de la justificación de nuestros actuales símbolos de infamia²⁷. O sea, aquello que por definición parece constituir el aspecto estructural de la noción de pena se encuentra supeditado a la satisfacción de su función expresivo-retributiva. Esto hace posible retomar la tesis de MOORE acerca del Derecho penal como una clase o categoría funcional, determinada por una función retributiva. Si el Derecho penal constituye una clase funcional, lo que cuenta como una instancia particular de esa clase, esto es, la imposición de una pena, tiene que satisfacer esa función. Esto significa que la irrogación del mal debe constituir un modo idóneo de expresión de un reproche merecido. La pregunta que cabe plantear entonces se refiere a los criterios de acuerdo con los cuales puede establecerse qué medida de pena resulta adecuada a la medida del reproche merecido.

En este marco cabe situar una objeción tradicionalmente dirigida a las propuestas de justificación retribucionista de la pena, la cual consiste en que la pena retributiva necesariamente tendría que operar de acuerdo con la ley del talión. Una concepción de la pena retributiva en el sentido de la ley del talión supone entender la noción de retribución como una cierta compensación de un mal con otro mal equivalente, en circunstancias en que el mal de cuya compensación se trata es el daño causado por el autor del delito: si se trata de un asesinato, el autor tendría que ser asesinado; si se trata de una mutilación, el autor tendría que ser mutilado, etc. Así presentado, el principio del talión carece de sentido²⁸.

El defecto del argumento radica, sin embargo, en el desconocimiento de que la medida de la irrogación del mal en que consiste la pena no puede establecerse en el nivel de referencia del daño empírico que puede seguirse de la comisión de un delito, pues de lo contrario sería la irrogación del mal, como hecho puramente bruto, lo que constituiría el núcleo de la imposición de la pena²⁹. La irrogación del mal, sin embargo, sólo constituye la materialización del reproche merecido, por lo cual es de conformidad con la medida del reproche que ha de fijarse la pena cuya imposición y ejecución es retributivamente

27 FEINBERG, JOEL: "The expressive function of punishment", 1970, pp. 115-116.

28 Esto no significa que no haya formulación más plausible del principio del talión. JEREMY WALDRON, por ejemplo, sugiere que el principio del talión debería concebirse como la exigencia de que el acto de la punición posea algunas de o todas las características del comportamiento punible que determinan el carácter incorrecto de éste. WALDRON sostiene, empero, que los términos en que pueden ser descritas esas características pueden ser más o menos abstractos, de modo que, por ejemplo, lo que determina el carácter incorrecto de una violación no tiene por qué ser descrito, necesariamente, connotando la mediación sexual del acto, sino que puede consignarse atendiendo al trauma y la vulneración de la dignidad de la víctima. WALDRON, JEREMY: "Lex Talionis", 1992, pp. 32-37. Quizá más llamativo todavía sea el hecho de que WALDRON sostenga que el principio del talión es compatible con distintas teorías de la justificación de la pena, en modo alguno siendo privativa de las teorías de la retribución. *Ibid.*, pp. 26-32. Lo crucial es que WALDRON reconozca que la suya es una versión bastante relajada del principio del talión, ante lo cual la pregunta tendría que apuntar a cuánto relajo resiste tal principio antes de convertirse en algo distinto.

29 Véase HEGEL, G.W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1970, § 101.

apropiada³⁰. Es como hecho institucional, y no como hecho bruto, que la irrogación del mal ha de corresponderse con el delito. Y puesto que, siguiendo a KINDHÄUSER, y en definitiva a KANT³¹, el delito se constituye como la contradicción de una norma de comportamiento de cuyo cumplimiento generalizado por parte de otros el autor se aprovecha injustamente, la medida del reproche ha de corresponder a la medida del quebrantamiento de la norma, lo cual depende tanto de cuál sea esa norma (compárese un delito de asesinato con un delito de apropiación de cosas ajenas), como de cuál sea la forma de responsabilidad del sujeto por la realización del comportamiento (compárese un delito intencional o doloso con un delito negligente o imprudente). Es la falta de sentido de la justicia que el comportamiento delictivo expresa, o sea, la defraudación de la confianza depositada *ex ante* en el autor como co-agente moral, lo que constituye el objeto del reproche que se expresa en la pena retributiva³².

b) La víctima y el proceso penal

Si el reproche penal se sitúa, correctamente, en el plano del quebrantamiento de la norma, y no en el daño empíricamente causado por el comportamiento delictivo, es claro que la retribución no sólo no exige el principio del talión, sino que lo excluye. Por la misma razón, el reproche penal no se formula desde el punto de vista de la víctima del delito: el *fundamento* del reproche se encuentra en la defraudación de la confianza recíproca que se reconocen los co-agentes morales respecto del seguimiento de normas aceptables para todos, y no (directamente) en la lesión de un bien jurídico (aun cuando ésta puede condicionar, parcialmente, la *medida* del reproche). El reproche penal es un asunto público, y por eso el Derecho penal es Derecho público.

A este respecto, es suficientemente ilustrativo el debate que en la teoría penal norteamericana se produjera en torno a los movimientos pro “Derechos de las víctimas”. Quizá el caso más notable sea el giro hacia la víctima dado por un otrora convencido retribucionista, JEFFRIE MURPHY. En el marco de una revisión crítica de su propia articulación previa de una teoría retribucionista, MURPHY se muestra partidario de un cierto grado de institucionalización de venganza por parte de la víctima³³. Lo fundamental es el reconocimiento explícito por parte de MURPHY de que tal giro necesariamente conlleva un debilitamiento de la justificación propiamente retribucionista de la reacción penal. Tal como MURPHY lo sugiere, para la admisibilidad de tal institucionalización de expresiones de venganza bastaría con reformular el merecimiento de pena como

30 FEINBERG, JOEL: “The expressive function of punishment”, 1970, pp. 116-118. Esto lo desconoce KENNY, cuando afirma que el elemento esencial de la pena, de conformidad con una teoría de la retribución, sería la irrogación de un daño al penado. KENNY, ANTHONY: *Freewill and Responsibility*, 1978, p. 73.

31 La idea de que el autor del delito se aprovecha injustamente del cumplimiento generalizado de normas justas para todos es lo que estaría en el centro de la teoría kantiana de la pena de conformidad con MURPHY, JEFFRIE: “Kant’s theory of criminal punishment”, 1979, p. 83.

32 KINDHÄUSER, URS: “Personalität, Schuld und Vergeltung”, 1989, p. 504.

33 MURPHY, JEFFRIE: “Getting even: The role of the victim”, 1992, pp. 61-85.

una exigencia puramente limitativa, entendiéndolo como una restricción, y no como la razón positiva, para la imposición de la pena. Pues entonces la reacción punitiva podría venir apoyada, también, por consideraciones de venganza relativas a la víctima del delito en cuestión³⁴.

Lo que MURPHY sugiere, entonces, es que bajo una concepción propiamente retribucionista de la pena, de la cual él ha tomado distancia, la víctima no puede tener ingerencia en la definición de si ha de imponerse pena y de cuánta pena ha de ser impuesta. Esto tiene consecuencias para la articulación retribucionista de la estructura del proceso penal. Tal como MOORE lo ha puesto de manifiesto en una de sus tantas polémicas con GEORGE FLETCHER, la retribución exige que la víctima sea ignorada en el diseño del procedimiento penal³⁵. Esto no significa que la víctima sea irrelevante desde un punto de vista sustantivo referido a la constitución del objeto de reproche penal. El principio de retribución justifica la imposición de la pena en atención al solo merecimiento de reproche, cuya determinación resulta del quebrantamiento de una norma por un comportamiento. La noción de quebrantamiento de la norma comprende tanto las condiciones del carácter incorrecto o prohibido del comportamiento (condiciones del *wrongdoing*) como las condiciones de la responsabilidad individual por el comportamiento (condiciones de la *culpability*)³⁶. Según MOORE, la víctima (sólo) es relevante desde el punto de vista de la estructura de la norma cuyo quebrantamiento es merecedor de reproche. Si el Derecho penal se ajusta a la descripción de un sistema de normas moralmente aceptables, el núcleo de las normas de comportamiento penalmente reforzadas está constituido por normas que imponen deberes, a los cuales corresponden Derechos correlativos. La infracción del deber en que se concreta la norma se corresponde con la lesión de un Derecho correlativo, siendo la víctima el titular de este Derecho³⁷. Si estas normas confieren Derechos, entonces se trata de normas relativas-a-la-víctima. Y por eso, en el ámbito de delitos que se corresponden con la violación de esta clase de Derechos subjetivos, dependiendo de cuántas víctimas haya, se computa una igual cantidad de quebrantamientos de la norma³⁸.

34 *Ibíd.*, p. 83.

35 MOORE, MICHAEL: "Victims and retribution: A reply to professor Fletcher", 2000, pp. 66 ss.

36 *Ibíd.*, p. 69. Véase también NOZICK, ROBERT: *Philosophical Explanations*, 1981, pp. 363-365, 388-390. El *wrongdoing* puede no constituir una condición necesaria del reproche penal, en tanto la tentativa sea objeto de reproche penal. En la tentativa hay un quebrantamiento de la norma, pero el comportamiento no satisface la descripción de la conducta prohibida por la norma.

37 *Ibíd.*, pp. 70-71.

38 *Ibíd.* Ésta es una consideración crucial para la teoría de los concursos de delitos, y en particular para lo que en la doctrina penal continental se conoce como concurso ideal homogéneo. En tales casos, ciertamente, hay varias realizaciones típicas, y esto significa, varias instancias de comportamiento antinormativo (tratándose de prohibiciones de resultados lesivos, tantas como resultados lesivos), mas en circunstancias tales que las realizaciones típicas tienen lugar en unidad de acción.

Nada de esto implica, sin embargo, que a la persona de la víctima haya de conferirse algún estatus especial en la determinación del reproche merecido por el quebrantamiento de la norma. En este sentido, la víctima tiene el mismo Derecho a participar en la definición democrática de los juicios abstractos de merecimiento de pena que cualquier otro ciudadano, y nada más³⁹. Conferir a la víctima un estatus preferente para la definición del juicio concreto acerca de la imposición de la pena supondría diluir la distinción entre exigencias de justicia retributiva y exigencias de justicia correctiva. El Derecho penal es el Derecho de la justicia retributiva, y en esta medida el proceso penal es el proceso de realización de la justicia retributiva. Nuevamente en términos hegelianos: a través del proceso judicial, la realización de la justicia retributiva es asumida, institucionalmente, como cometido de la generalidad⁴⁰.

En el marco de un Estado democrático de Derecho, es al legislador a quien compete la determinación de la entidad y el cuántum de las penas a través de cuya imposición ha de manifestarse el reproche que la contradicción de una norma de comportamiento merece. El punto está en que si el legislador pretende sentar las bases normativas para un reproche penal, el mismo debe respetar las relaciones de proporcionalidad que cabe reconocer en nuestras actitudes reactivas frente a comportamientos que desaprobamos. Usando la terminología de VON HIRSCH⁴¹, estas relaciones de proporcionalidad han de verse expresadas en las magnitudes ordinales y cardinales de determinación legal de la pena, esto es, en las medidas de pena que han de ser respetadas tanto considerando la gravedad relativa de cada (clase de) delito frente a otros, como la escala absoluta de severidad de las penas a ser utilizada, respectivamente. Establecer, por ejemplo, un mismo marco penal para la punición de un homicidio y de un robo implica desconocer esos patrones de proporcionalidad.

3. LA PENA RETRIBUTIVA COMO ACCIÓN COMUNICATIVA: EL REPROCHE COMO RECONOCIMIENTO

a) Acción comunicativa y acción estratégica

La reconstrucción de la función expresivo-retributiva de la pena en el marco de la teoría de los actos de habla lleva consigo la tesis de que el autor del reproche penal sólo persigue el éxito ilocucionario de su acto de habla, lo que equivale a decir que el autor del reproche manifiesta una orientación al entendimiento para con el destinatario del reproche. En las categorías desarrolladas por HABERMAS, esto significa que el reproche penal, retributivamente fundado, constituye un caso de *acción comunicativa*⁴².

39 Ibid., pp. 75, 89.

40 HEGEL, G.W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1970, § 220.

41 HIRSCH, ANDREW VON: *Past or Future Crimes*, 1985, pp. 38-46.

42 HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, t. I, p. 378.

La cuestión que debe examinarse ahora es la relación que puede establecerse entre esta concepción comunicativa de la pena y sus posibles efectos preventivos. Desde el punto de vista de una justificación retribucionista de la pena, es obvio cuál ha de ser el estatus de los posibles efectos preventivos que pueden seguirse de la imposición de la pena: se trata, a lo sumo, de consecuencias favorables no perseguidas, una instancia de lo que los economistas consideran externalidades positivas. Que la imposición de la pena pueda de hecho conllevar tales efectos en modo alguno supone que la imposición de la pena se justifique en atención a ellos: la justificación de la pena retributiva sólo descansa en un juicio de merecimiento⁴³.

En el marco de la teoría de los actos de habla, si el acto ilocucionario del reproche penal se orientara a la producción de tales consecuencias preventivas, éstas constituirían efectos perlocucionarios de ese acto. Un efecto perlocucionario de un acto de habla es la consecuencia que la realización de ese acto tiene en el oyente, por ejemplo, el efecto intimidante que una amenaza tiene en el amenazado. Lo crucial es advertir el carácter contingente de la relación que existe entre el acto ilocucionario y su respectivo efecto perlocucionario: una amenaza (acto ilocucionario) no deja de ser tal por el solo hecho de que su destinatario no resulte, efectivamente, intimidado (efecto perlocucionario). Mientras que la fuerza ilocucionaria del acto se da si una determinada locución se emite en las circunstancias apropiadas, la producción del efecto perlocucionario eventualmente perseguido por el hablante es puramente contingente, en el sentido de que ella no depende de la sola realización exitosa del acto ilocucionario⁴⁴.

El punto está en que si el hablante persigue la producción de tales efectos perlocucionarios, aquél ya no se orienta al entendimiento con el oyente, esto es, a la obtención de un acuerdo que depende del reconocimiento por parte de éste de las pretensiones de validez que el hablante reclama para lo dicho. La interacción lingüísticamente mediada en que el autor persigue la producción de efectos perlocucionarios en el oyente no cuenta como acción comunicativa, sino como acción estratégica⁴⁵. La imposición de la pena orientada a la consecución de efectos preventivos, por ende, constituye un caso de acción estratégica. A este respecto, es irrelevante que el destinatario de ese acto de habla sea el propio sujeto sancionado, en términos de prevención especial, o la generalidad de los individuos, en términos de prevención general. Lo que en todo caso ocurre es que quien impone la pena no se orienta, de este modo, a entenderse con otro, sino a la obtención de consecuencias que son sólo contingentes frente al reproche de culpabilidad, el cual de este modo resulta falseado.

Esto muestra que las bases pragmáticas de la imposición de la pena son radicalmente distintas cuando la punición se fundamenta retributivamente y cuando ella se funda-

43 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, p. 153.

44 HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, t. I, pp. 371-375.

45 *Ibíd.*, pp. 375-378.

menta preventivamente. La punición retributiva constituye un caso de acción comunicativa, que se corresponde con la adopción de la perspectiva del participante en la comunicación con otros, mientras que la punición preventiva constituye, en principio, un caso de acción estratégica, que se corresponde con la adopción de la perspectiva del observador no vinculado a la práctica comunicativa. Sólo la primera articulación es congruente con la adopción de una actitud reactiva frente a otro que es reconocido como un co-agente moral. La segunda, en cambio, se corresponde con la adopción de una actitud objetivante, aquella bajo la cual el otro aparece como objeto de táctica social. La punición preventivamente orientada inevitablemente conlleva la instrumentalización del (que es declarado) culpable⁴⁶.

La persecución de efectos preventivos a través de la imposición de la pena vuelve imposible que ésta pueda entenderse como la expresión de un reproche, pues un reproche, como actitud reactiva, no admite ser usado *para* la obtención de una consecuencia ulterior, ya que la formulación de un reproche presupone sinceridad en cuanto a las razones que lo justifican. En caso contrario, el reproche no deja de ser una pura ficción. Si la búsqueda de efectos preventivos tiene lugar a través de la imposición de una pena que se hace pasar como la expresión de un reproche, esta ficción de un reproche orientada a la producción de efectos perlocucionarios, o sea, esta acción estratégica encubierta, constituye un caso de lo que HABERMAS denomina una distorsión de la comunicación⁴⁷.

b) Acción estratégica y acción instrumental

Hay que precisar que la descripción de la imposición de una pena preventiva como un caso de acción estratégica es acertada sólo en relación con una teoría de la prevención de intimidación, ya sea general o especial. Tratándose de otras variantes de prevención especial, la descripción no funciona. Si la pena se entiende como una medida impuesta para la educación, la resocialización o el tratamiento terapéutico del penado, la imposición de la pena pierde toda connotación expresiva, lo cual da cuenta de la dificultad de compatibilizar una concepción semejante de la función de la pena con nuestra noción intuitiva de lo que significa “pena”. Lo mismo puede decirse acerca de la prevención especial de neutralización. Considérese al efecto el suficientemente ilustrativo pasaje tomado de un célebre defensor de la teoría de la prevención especial, FRANZ VON LISZT:

46 Sobre esto, KINDHÄUSER, URS: “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, 2000, pp. 207-213. A esto no se opone el hecho de que una acción orientada al entendimiento también pueda ser descrita como acción orientada a fines, en el sentido de que el fin perseguido por el actor sea, precisamente, entenderse con otro. Véase BAURMANN, MICHAEL: *Zweckrationalität und Strafrecht*, 1987, pp. 56 ss.

47 HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, t. I, pp. 425-426.

Pero la pena puede tener también como misión suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad, la posibilidad física de cometer nuevos crímenes, separándole de la Sociedad (selección artificial). Aquí se trata de la inoculación [...] del delincuente⁴⁸.

Lo crucial es que, en todo caso, se trata de una intervención sobre el “penado” que se encuentra libre de toda mediación lingüística. En la terminología de HABERMAS, lo que esas teorías conllevan es una concepción de la imposición de la pena como un caso de acción puramente instrumental: aquí ni siquiera cabe reconocer una utilización estratégica de la comunicación, pues no hay comunicación alguna⁴⁹. Si el componente expresivo de la pena es en todo caso irrenunciable, estas teorías de la prevención especial sólo pueden constituir teorías acerca de la imposición de medidas de seguridad.

c) **Inclusión y exclusión: ¿el delincuente como enemigo?**

La justificación retributiva de la pena es la única que da cuenta, de modo consistente, de las presuposiciones pragmáticas implicadas en la formulación del reproche penal. El reproche supone la adopción de una actitud reactiva, y el reproche se formula asumiendo la perspectiva de un participante en la comunicación. Esto implica que el autor del reproche reconoce al destinatario de éste como un participante en la comunicación. La imposición de la pena retributiva conlleva un reconocimiento del sujeto sancionado⁵⁰. La paradoja del reproche expresado en la pena se encuentra en que el reproche constituye un reconocimiento cuyo sentido es la desaprobación: la paradoja está en que reconocemos al autor, mediante el reproche de culpabilidad, como un participante en la interacción comunicativa⁵¹. Que en esta desaprobación hay un reconocimiento se sigue necesariamente de la suposición de que el reproche y la pena deben ser merecidos, que es el núcleo de la exigencia de culpabilidad. La pena puede verse, como sugiere WALZER, como un honor negativo⁵². Y es precisamente esto lo que subyace a la tesis hegeliana de que el autor del delito tiene Derecho a la pena⁵³.

48 LISZT, FRANZ VON: *Tratado de Derecho penal*, 1999, t. II, p. 10.

49 HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la acción comunicativa*, 1999, t. I, pp. 366-367.

50 FEINBERG, JOEL: “Justice and personal desert”, 1970, pp. 69-70.

51 KINDHÄUSER, URS: “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, 2000, p. 210.

52 WALZER, MICHAEL: *Las esferas de la justicia*, 1993, pp. 278-280, 282.

53 HEGEL, G.W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1970, § 100; PAWLIK, MICHAEL: *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 97. FEINBERG sostiene que la suposición de que el autor del delito pudiera tener un Derecho a la pena se funda en una confusión entre promesas y amenazas condicionales. El destinatario de una promesa tendría un Derecho a lo prometido si se cumple la condición correspondiente, mientras que difícilmente podría afirmarse que el destinatario de una amenaza tenga un Derecho al cumplimiento de lo amenazado. FEINBERG entiende que el anuncio de la imposición de la pena subordinada a la realización de un comportamiento se parece más a una amenaza que a una promesa. Pero esto no obsta a la posibilidad de mirar la amenaza de pena como una promesa invertida: si no se cumple la condición, que depende del destinatario de la amenaza, éste sí tiene Derecho a que no se le imponga la pena. FEINBERG, JOEL: “Justice and personal desert”, 1970, p. 73, nota 19.

Como se verá más abajo, la relación entre retribución y ciudadanía es una relación fuerte, pues la legitimidad política del reproche de culpabilidad sólo puede seguirse del hecho de que el autor del quebrantamiento de la norma pueda ser también visto como autor de esa norma. El reproche penal sólo es legítimo en tanto tiene lugar entre ciudadanos vinculados por normas comunes. Lo que ahora interesa es indagar en las implicaciones de una sugerencia en cierto sentido contraria, a saber, la sugerencia de que la imposición de la pena pudiera conllevar la marginación del individuo penado respecto de la comunidad políticamente organizada. Esto aparece con claridad en la teoría de la pena de FICHTE, quien, sobre un modelo contractualista del fundamento de la ley penal, entiende que el “contrato de ciudadanía” incorpora una condición elemental: “Todos los Derechos positivos que posee el ciudadano sólo los posee a condición de que los Derechos de todos los otros ciudadanos estén seguros ante él”, en términos tales que “[t]odo delito excluye del Estado (el criminal se convierte en proscrito, es decir que su seguridad está tan poco garantizada como la de un pájaro, *ex lex, hors de loi*)”⁵⁴.

Lo importante es advertir qué consecuencias se siguen de la declaración de privación de Derechos, que equivale a la exclusión absoluta del Estado. En la concepción de FICHTE, esto se da siempre que es imposible alcanzar el fin que persigue el ejercicio del poder estatal, que es asegurar las condiciones de seguridad recíproca, por una vía distinta de la exclusión del Estado. A contrario, sin embargo, en la medida en que la seguridad pública no resulte amenazada, es posible no imponer la exclusión “de la que es en rigor merecedor todo delito”, sobre la base de lo que FICHTE denomina *contrato de expiación*: “todos prometen a todos, en la medida en que es compatible con la seguridad pública, no excluirles del Estado por sus delitos, sino permitirles expiar esta pena de otra manera”⁵⁵. Pero no puede descartarse que en ciertos casos la sujeción al contrato de expiación resulte incompatible con el fin del Estado. Según FICHTE, esto se daría en dos grupos de situaciones: primero, sin que se practique una prueba provisional orientada a la corrección del sujeto, ya sea porque se trata de un asesino (pues el asesinato intencional y premeditado es “el único crimen contra el que el esfuerzo por mejorar al criminal no ha ya a lugar”) o porque el sujeto no quiere someterse a prueba (pues la expiación sería objeto de un Derecho renunciable); y segundo, tras haberse fracasado en esa prueba provisional⁵⁶. En una situación en que el vínculo entre el ciudadano y el Estado se ha disuelto, por resultar imposible garantizar la seguridad a través de la expiación, afirma FICHTE, aquél ya no es ciudadano y éste ya no es Estado, de modo que la situación está fuera del alcance del Derecho. Aquí ya no hay lugar para la expiación ni, en general, para la pena, en términos tales que la intervención sobre el exonerado sólo puede concebirse como una medida de seguridad⁵⁷.

54 FICHTE, J.G.: *Fundamentos de Derecho natural*, 1994, p. 316.

55 *Ibíd.*, p. 317.

56 *Ibíd.*, p. 330.

57 *Ibíd.*, pp. 331-332.

Esta indagación es importante, si se vincula a la constatación, hecha por JAKOBS, de que para FICHTE “todo delincuente es de por sí un enemigo”⁵⁸. La intervención sobre un individuo al cual se priva de la ciudadanía, o bien de las posibilidades de tomar parte en la vida política de la comunidad asociadas a la condición de ciudadano⁵⁹, no es, de este modo, propia de un modelo de Derecho penal del ciudadano, sino más bien de un modelo de Derecho penal del enemigo, o sea, “guerra refrenada”⁶⁰. Si la reacción estatal conlleva la exclusión del autor del delito de la comunidad política, ella no puede constituir una pena, pues habiéndose disuelto el Derecho, no es posible que en la ejecución de la “pena” se materialice reproche alguno. Y es precisamente esta ausencia de la connotación de reproche lo que distingue a las medidas de seguridad, cuya imposición es el resultado de la adopción de una actitud puramente objetivante.

4. LAS FORMAS DE PENA RETRIBUTIVA

a) Penas crueles e inusuales: el caso de la pena de muerte

Lo anterior admite ser radicalizado: sólo en tanto el sentido de la imposición de la pena sea la expresión de un reproche merecido por el quebrantamiento de una norma vinculante, el sujeto penado sigue siendo reconocido como un igual agente moral. El Derecho penal del ciudadano es un Derecho penal retributivo, en tanto el reconocimiento del culpable como agente racional y autónomo constituye el presupuesto de la pragmática de la pena retributiva. Y la identificación de este presupuesto pragmático puede tener consecuencias importantes para la determinación de qué clases de pena pueden ser justificadas bajo el principio de retribución, esto es, cuáles son los males cuya irrogación es adecuada para la expresión del reproche merecido.

A este respecto, el debate acerca del estatus de la pena de muerte bajo la proscripción de la imposición de penas crueles e inusuales establecida en la octava enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica es altamente ilustrativo. Si bien el Tribunal Supremo federal jamás ha declarado que la pena de muerte sea *per se* una modalidad de castigo cruel e inusual⁶¹, la pregunta que aquí interesa es si la pena de muerte puede constituir una forma de reacción punitiva retributivamente justificada.

58 JAKOBS, GÜNTHER: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, 2003, p. 29.

59 Críticamente acerca de la privación del Derecho a voto de los condenados en los Estados Unidos, LIPPKE, R.L.: “The disenfranchisement of felons”, 2001, pp. 553 ss.; CHOLBI, MICHAEL: “A felon’s right to vote”, 2002, pp. 543 ss. Acerca del problema en el Derecho chileno, MAÑALICH, JUAN PABLO: “Pena y ciudadanía”, 2005, pp. 63-83.

60 Véase JAKOBS, GÜNTHER: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, 2003, p. 42. Para una primera formulación del concepto de Derecho penal del enemigo, véase JAKOBS, GÜNTHER: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, 1997, pp. 293-324.

61 Esto no obsta a que en la jurisprudencia del tribunal supremo se encuentre una línea de precedentes consistentes con la tesis de que la pena de muerte tiene un estatus especial bajo la octava enmienda, lo

En sus tiempos de retribucionista de inspiración kantiana, JEFFRIE MURPHY defendió una respuesta negativa esta pregunta⁶². La retribución admite ser entendida como una teoría de la justicia de la pena: la pena es justa si, y sólo si, ella se impone en atención a su merecimiento por parte de una persona, esto es, de un sujeto racional y autónomo constituido en dignidad. De ahí que sean injustas, y por ende estén categóricamente excluidas, aquellas formas de pena que degradan o deshumanizan al sujeto que sufre su imposición.

La identificación de esta condición se obtiene mediante una reflexión acerca de las nociones centrales sobre las cuales se articula la concepción retribucionista: las nociones de justicia y merecimiento, las cuales sólo hacen sentido bajo la presuposición de que el comportamiento respecto del cual la reacción ha de ser justa y merecida es el comportamiento imputable a un agente racional y autónomo⁶³. Siguiendo a KANT, MURPHY sostenía que hay a lo menos dos maneras de quebrantar esta exigencia de justicia retributiva: imponiendo una pena que en todo caso, cualquiera sea la naturaleza del comportamiento punible, resulta degradante; o bien imponiendo una pena que resulta desproporcionada en relación con el comportamiento punible en cuestión, esto es, excesiva⁶⁴. En ambos casos, la pena es injusta desde un punto de vista retributivo, en tanto ella no es merecida, ya sea porque el autor del delito no la merece, ya sea porque ninguna persona podría merecerla.

El estatus de la pena de muerte es peculiar bajo la consideración anterior. KANT mismo, como es sabido, defendía la legitimidad de la pena de muerte impuesta a consecuencia de un asesinato. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos en relación con la octava enmienda, las restricciones constitucionales a la imposición de la pena de muerte han sido fundamentadas en términos de una exigencia de proporcionalidad retrospectiva, en el sentido de que frente a delitos de determinada entidad, por ejemplo, una violación⁶⁵, o frente a delitos cometidos por cierta clase de sujetos, por ejemplo, individuos que padecen cierto grado de deficiencia mental o individuos menores de 18 años⁶⁶, la pena de muerte deviene cruel e inusual. Lo que es común a estas proposiciones es la idea de que la justicia de la pena de muerte debe ser evaluada en términos de la exigencia de proporcionalidad retrospectiva que son impuestas por razones de retribución, una exigencia que no sería igualmente pertinente tratándose de otras formas de pena.

cual determina que a su respecto resulten aplicables exigencias de legitimación retrospectiva que no son aplicables a ninguna otra clase de pena.

62 MURPHY, JEFFRIE: "Cruel and unusual punishments", 1979, pp. 223-249.

63 *Ibíd.*, p. 233.

64 *Ibíd.*, pp. 233-234.

65 *Coker v. Georgia*, 433 US 584 (1977).

66 *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002); *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005).

La tesis de MURPHY, en cambio, consiste en la proposición de que la pena de muerte, por la sola clase de *hard treatment* que ella constituye, no es retributivamente justificable. La primera razón por la cual una determinada clase de pena puede resultar injusta en este sentido se encuentra en que una reacción de determinadas características puede constituir una manera inhumana de relacionarse con otra persona. Hay determinadas clases de reacción, sostiene MURPHY, aduciendo como ejemplo la electrocución de los testículos de un hombre, respecto de las cuales no cabe esperar que la persona que la sufre entienda, tome posición, o pueda participar en un discurso acerca de lo que está teniendo lugar⁶⁷. Ciertamente, no puede *probarse*, agrega, MURPHY, que tratar de esa manera a una persona sea algo incorrecto; se trata más bien de constatar que hay un paradigma de las maneras en que una persona no ha de ser tratada que constituye un presupuesto de cualquier concepción de la justicia que pueda tenerse al respecto⁶⁸.

MURPHY concede, sin embargo, que en determinados casos la imposición de la pena de muerte podría ser proporcionalmente ajustada al reproche merecido por el autor del delito. Y MURPHY descarta que la ejecución de la pena de muerte constituya, como sí ocurre con la tortura, un acto necesariamente deshumanizante, sugiriendo que no puede negarse la posibilidad de que aquí se satisficiera un requerimiento de muerte con dignidad (tal como éste se invoca, por ejemplo, en la discusión sobre la permisión de la eutanasia)⁶⁹. ¿Por qué habría que afirmar, entonces, que la pena de muerte sea siempre retributivamente injusta?

Analizando algunos argumentos invocados en el célebre caso *Furman v. Georgia*⁷⁰, MURPHY considera la objeción procedimental tradicionalmente dirigida en contra de la pena de muerte, referida al riesgo de condena errónea de un inocente. La garantía del debido proceso de ley tendría que concretarse en estándares mucho más exigentes para la imposición de la pena de muerte que para otras clases de pena, no porque las consecuencias de aquélla sean *irrevocables*, dado que las consecuencias (ya actualizadas) de una pena de presidio también lo son, sino porque ellas son necesariamente *impensables*⁷¹. Pero esto no agota el punto, añade MURPHY, pues hay una consideración sustantiva que también parece decisiva para la conclusión de la injusticia retributiva de la pena de muerte: la ejecución de la pena de muerte conlleva la destrucción de una posibilidad que es crucial desde el punto de vista moral y que es constitutiva de lo que significa ser persona, a saber, la posibilidad de desarrollo de la propia identidad mo-

67 MURPHY, JEFFRIE: "Cruel and Unusual Punishments", 1979, p. 233.

68 *Ibíd.*, p. 233-234.

69 *Ibíd.*, pp. 236-237.

70 408 us 238 (1972). En este caso, el tribunal negó la constitucionalidad de las sentencias a muerte dictadas contra los peticionarios, sin que la decisión se fundara en una opinión del tribunal, sino sólo en opiniones concurrentes de la mayoría de sus miembros, dos de los cuales, BRENNAN y MARSHALL, sostuvieron la tesis de que la pena de muerte constituía siempre una pena cruel e inusual.

71 MURPHY, JEFFRIE: "Cruel and unusual punishments", 1979, pp. 238-242.

ral⁷². Parece improbable que pueda mostrarse respeto por la dignidad de otra persona si se está dispuesto a interrumpir y destruir aquellas capacidades y aquellos proyectos que son condiciones constitutivas del ser persona. A este respecto, es sumamente ilustrativa la sugerencia, hecha por el juez BRENNAN en su opinión recaída en *Furman*, de la semejanza que cabe reconocer entre la pena de muerte y la pena de expatriación, en tanto ésta aparece definida por el hecho de que entraña “la destrucción total del estatus del individuo en la sociedad organizada”, en el sentido de que “el expatriado ha perdido su Derecho a tener Derechos”⁷³.

Negar a otro la posibilidad de emprender o proseguir el desarrollo de la propia personalidad socava, de este modo, el presupuesto pragmático de la pena retributiva. Pues, como sugiere NOZICK, lo distintivo de la concepción retributiva de la pena se encuentra en que el autor del reproche reconoce al destinatario del reproche como alguien que, a su vez, es capaz de reconocer la conexión valorativa entre el comportamiento cuya realización es objeto del reproche y la respuesta punitiva en que se expresa este reproche. En principio al menos, la imposición de la pena de muerte destruye la posibilidad de que el destinatario del reproche efectúe tal reconocimiento de esa conexión valorativa⁷⁴.

b) Consecuencias para la pena privativa de libertad

La pena de muerte, por ende, no puede ser admitida como una forma de realización de la justicia retributiva, porque ella es incompatible con el fundamento moral del principio de retribución. Y como el propio MURPHY observa, en esto la pena de muerte no está sola. Una pena de presidio cuya duración y condiciones de ejecución determinan que el individuo sometido a ella desarrolle una “personalidad institucional”, es una pena retributivamente injusta, pues un fenómeno tal admite ser descrito como una especie de muerte de la personalidad⁷⁵. El punto, nuevamente, puede ser radicalizado: si la pena retributiva sólo se justifica en tanto ella se impone porque se satisfacen las condiciones de merecimiento de reproche, cualquier clase de reacción estatal impuesta por razones distintas no es retributivamente justa.

En este punto, es pertinente atender a la descripción ofrecida por FOUCAULT del sentido político-tecnológico de la privación de libertad en la prisión. Pues bajo la configura-

72 *Ibíd.*, pp. 242-243. Típicamente, la articulación de teorías de la retribución que, a diferencia de la de MURPHY, ponen el énfasis en la magnitud del daño causado a la víctima por el delito para la determinación de la pena merecida conlleva una defensa de la pena de muerte como reacción legítima frente a delitos de asesinato y otros delitos graves. A este respecto, es altamente instructivo el caso de CORLETT, quien en esta línea defiende una ley del talión modificada. Véase CORLETT, J. ANGELO: *Responsibility and Punishment*, 2004, pp. 73-93.

73 408 us 289 (1972).

74 NOZICK, ROBERT: *Philosophical Explanations*, 1981, pp. 374-380, 378.

75 MURPHY, JEFFRIE: “Cruel and unusual punishments”, 1979, pp. 239-240, 243.

ción de la privación de libertad, estrictamente, como pena, o sea, bajo la exigencia de funcionalidad de la privación de libertad carcelaria a la expresión del reproche de culpabilidad, algunas de sus rasgos más salientes resultan difíciles de explicar. Desde ya, lo que FOUCAULT denomina la “evidencia de la prisión”, esto es, el hecho de que su existencia resulte algo aparentemente no necesitado de justificación, a pesar de que no es más que una de las tantas posibilidades para la organización de la pena⁷⁶. En términos de FEINBERG, la pregunta tendría que apuntar al porqué de esta hegemonía del *hard treatment* implicado en la ejecución de la pena privativa de libertad como símbolo, esto es, dispositivo convencional, de la expresión de reproche. Que la prisión sea un dato evidente de la vida social se explica mucho mejor, siguiendo a FOUCAULT, si su función es entendida como una modificación y/o neutralización de un individuo peligroso. Pues la prisión no es, de hecho, sólo el lugar donde se verifica esa “detención legal”, sino también una “empresa de modificación de individuos”. Aunque sobre todo se hace manifiesto el sentido de la transformación del objeto de la privación de libertad que se opera en la prisión:

Pero esto implica que el aparato penitenciario, con todo el programa tecnológico de que se acompaña, efectúa una curiosa sustitución: realmente recibe un condenado de manos de la justicia; pero aquello sobre lo que debe aplicarse no es naturalmente la infracción, ni aun exactamente el infractor, sino un objeto un poco diferente, y definido por unas variables que al menos al principio no estaban tomadas en cuenta por la sentencia, por no ser pertinentes sino para una tecnología correctiva. Este personaje distinto, por quien el aparato penitenciario sustituye al infractor condenado, es el *delincuente*⁷⁷.

Que en la prisión opere esa transformación es enteramente consistente con la negación del reconocimiento del individuo como un igual agente moral. Lo notable es que esta descripción del funcionamiento de la prisión resulta particularmente ajustada al fundamento tradicional de las medidas de seguridad y corrección, lo que tradicionalmente se entiende como una *segunda vía* del Derecho penal.

Esta sugerencia, por lo demás, vuelve evidente el nexo funcional entre la privación de libertad tras la condena y la prisión *preventiva* durante el transcurso del proceso penal. Si la privación de libertad tras la condena es configurada institucionalmente como pena (retributiva), o sea, como un modo adecuado de expresar reproche a la persona, la prisión preventiva deviene difícilmente justificable. Pues si, como sugiere WALZER, la pena es un reconocimiento negativo, su imposición exige merecimiento, frente a lo cual la prisión o detención preventiva ha de considerarse un acto tiránico⁷⁸. Si la privación de libertad tras la condena, en cambio, equivale funcionalmente a una medida

76 FOUCAULT, MICHEL: *Vigilar y castigar*, 1976, p. 234.

77 *Ibíd.*, p. 255.

78 WALZER, MICHAEL: *Las esferas de la justicia*, 1993, pp. 282-283.

de seguridad justificada prospectivamente, como intervención de táctica social sobre un enemigo peligroso, la prisión preventiva durante el proceso parece resultar igualmente evidente o natural. Como “medida cautelar” dispuesta durante el transcurso del proceso penal, la privación de libertad resulta de facto indicada en la medida en que haya antecedentes suficientes sobre la peligrosidad del individuo⁷⁹. Desde el punto de vista de la justicia retributiva, una medida cautelar *personal* constituye una contradicción en los términos. Pues la imposición de una medida cautelar sobre una persona se corresponde bastante bien con lo que KANT entendería como la reducción de la persona a cosa, que en definitiva siempre es el precio de una pena preventiva.

c) **¿Doble vía?**

También en cuanto a las modalidades de irrogación de mal que son admisibles como formas de pena, entonces, la adopción de una teoría retribucionista que es reflexiva acerca de los presupuestos pragmáticos del juicio de merecimiento de reproche produce exigencias que los actuales sistemas penales parecen difícilmente satisfacer. Siempre que la reacción “punitiva” se impone de modo incongruente con el reconocimiento de personalidad que la expresión de reproche supone, esa reacción deja de constituir una prestación propiamente penal. Esta consideración tendría que conducir a poner en cuestión la posición de las medidas de seguridad y corrección como forma de reacción jurídico-penal. Una definición retributiva de la función del Derecho penal encierra la tesis de que en éste no hay espacio para una doble vía: las medidas de seguridad no son formas de reacción penal, sino que han de ser reconducidas a lo que se conoce como Derecho de policía, que es un Derecho de medidas de intervención cuya justificación es puramente preventiva.

Que una medida de seguridad pueda imponerse en el contexto institucional de un proceso penal es a este respecto tan irrelevante como lo es el hecho de que en ese mismo contexto pueda discutirse y adjudicarse una pretensión de indemnización civil. Suponer que el contexto institucional del proceso penal determina la “naturaleza penal” de las medidas de seguridad es subordinar la función del Derecho penal a algunas propiedades estructurales. Pero sólo hay una función propiamente penal, que es la que desempeña la pena retributiva.

79 Ciertamente, hay otros fundamentos posibles para una privación de libertad del imputado durante el proceso penal: paradigmáticamente, el aseguramiento del desarrollo exitoso del procedimiento. Las características de una medida así justificada, empero, obviamente tendrían que ser diferentes de aquellas que son propias de una prisión preventiva que, funcionalmente, se orienta a anticipar el efecto preventivo de la “pena”.

5. CULPABILIDAD DEMOCRÁTICA

a) ¿Irrelevancia de la retribución para la teoría de la legislación?

Una de las implicaciones más notables de una teoría retribucionista de la pena consiste en la exigencia de legitimidad de las normas cuyo quebrantamiento es objeto de reproche penal. La legitimidad del reproche presupone la legitimidad de las normas de comportamiento reforzadas punitivamente, pues sólo así el reproche puede considerarse merecido. Esta exigencia de justicia retributiva se encuentra consistentemente reconocida por MICHAEL MOORE, según quien la identificación de la retribución como la función del Derecho penal ha de conllevar la adopción de una teoría jurídico-moralista de la legislación⁸⁰.

La pena retributiva es justa en tanto ella es proporcionalmente adecuada al reproche merecido. El merecimiento es función de la combinación de las condiciones del carácter incorrecto de un comportamiento y de la responsabilidad personal por ese comportamiento. Es obvio que la incorrección del comportamiento, como primer elemento de la determinación del merecimiento, necesariamente depende de que una norma prohíba esa forma de comportamiento. Al legislador cabría oponer, entonces, una teoría jurídico-moralista acerca de qué normas (de comportamiento) pueden ser reforzadas punitivamente (a través de normas de sanción). Una teoría jurídico-moralista de la legislación es una teoría normativa acerca de la moralidad del Derecho, de conformidad con la cual el legislador debe prohibir todas y cada una de las conductas que son moralmente incorrectas, y debe hacerlo porque son moralmente incorrectas⁸¹.

Lo único que interesa, por el momento, es mostrar cómo una teoría de la pena retributiva está lejos de carecer de implicaciones para la definición de cuáles deben ser las normas de comportamiento reforzadas punitivamente. En este punto, puede ser ilustrativo considerar cómo ésta ha sido una objeción formulada en contra de las teorías retribucionistas por parte de sus opositores. ROXIN, por ejemplo, mantiene que una teoría de la retribución “no explica en absoluto cuándo se tiene que penar, sino que dice tan sólo: ‘Si imponéis —con los criterios que sea— una pena, con ella tenéis que retribuir un delito’, de lo cual se seguiría que tal teoría “[n]o impide que se incluya en el Código Penal cualquier conducta y, si se dan los criterios generales de imputación, efectivamente se la castigue; en tanto en cuanto da un cheque en blanco al legislador”⁸². Probablemente sea difícil encontrar una petición de principio más inequívoca en la formulación de la supuesta falta de plausibilidad de una teoría de la pena retributiva. Pues lo que ROXIN supone es que el principio de retribución se reduce a requerir la satisfacción de las condiciones de imputación para fundamentar la legitimidad del reproche penal. De

80 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 71-78.

81 *Ibíd.*, p. 754.

82 ROXIN, CLAUS: “Sentido y límites de la pena estatal”, 1976, p. 13.

esta manera, parece obvio entender que ese principio sólo podría constituir un criterio limitador, no constituyente, de la necesidad de pena, que es precisamente la función (unilateral) que, en el marco de su propia teoría dialéctica de la unión, ROXIN asigna al principio de culpabilidad.

ROXIN reduce así la exigencia de merecimiento a la exigencia de la satisfacción de las condiciones de la responsabilidad personal por el comportamiento punible, desconociendo que el merecimiento de reproche también concierne a la definición de las características del comportamiento que lo hacen incorrecto. Las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento legitima la imposición de la pena han de ser normas de comportamiento legítimas, y además han de ser normas de comportamiento cuyo reforzamiento punitivo resulte congruente con el propio fundamento de la pena retributiva. Como se desprende de la tesis de MOORE, una teoría de la retribución conlleva un programa legislativo que, contra todo pronóstico, tendría que resultar claramente restrictivo del ejercicio de la potestad punitiva.

Lo anterior no significa que la defensa de una teoría jurídico-moralista de la legislación esté exenta de dificultades. El fundamento de la conexión de esta teoría con una teoría de la pena retributiva se encuentra, como ya se mostró, en que sólo en tanto las prohibiciones reforzadas punitivamente estén referidas a comportamientos moralmente incorrectos el reproche penal será merecido. Esto presupone que el Derecho no puede constituir, sino que a lo más corresponderse con, la base de un reproche merecido, salvo en aquellos casos en que MOORE entiende que el Derecho crea prohibiciones moralmente inexistentes para resolver algún problema de coordinación⁸³. Así, cuando una norma jurídica, punitivamente reforzada, ordena la conducción de automóviles por uno de los dos lados de la calzada, esa norma no está reproduciendo el contenido de alguna exigencia moral preexistente, sino que está definiendo como incorrecta una forma de conducta para así resolver un problema de coordinación. Esto no obsta, empero, a que MOORE sostenga que en tal caso el comportamiento contrario a la norma es moralmente incorrecto, mas sólo porque ese comportamiento infringe una obligación moral que todos tenemos de resolver problemas de coordinación cuya falta de solución conlleva riesgos de daño para todos⁸⁴.

El presupuesto de esta tesis se encuentra en la proposición de que los ciudadanos no tienen una obligación de obedecer el Derecho sólo porque sea Derecho: la normatividad del Derecho sólo puede fundarse en la moralidad del Derecho, lo cual se corresponde con la versión de teoría de Derecho natural que MOORE defiende sobre la base de su concepción del Derecho como una clase funcional⁸⁵. Nótese que ésta es una tesis más

83 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 72-73; MOORE, MICHAEL: *Act and Crime*, 1993, pp. 243-244.

84 *Ibíd.*

85 Véase MOORE, MICHAEL: "Law as a functional kind", 1992, pp. 188-242; MOORE, MICHAEL: "Law as Justice", 2004, pp. 261-291.

fuerte que aquella según la cual la obligación de obedecer el Derecho sólo puede ser una obligación moral, pues de lo contrario la norma jurídica que estableciera la obligación de fidelidad al Derecho sería una norma auto-referente. La tesis de MOORE es que el Derecho nada agrega en cuanto a las normas que nos obligan, independientemente de que el establecimiento de una prohibición punitivamente reforzada provea razones prudenciales para el seguimiento de la norma: “el pasaje de una ley prohibiendo cierta conducta nada añade a nuestras obligaciones morales preexistentes respecto de tal conducta”⁸⁶.

b) Neutralidad del Derecho y culpabilidad democrática

El problema que plantea esta última tesis de MOORE es que ella parece difícilmente compatible con la normatividad del Derecho. Pues siguiendo a MOORE, ésta sería enteramente superviniente a la normatividad de la moral, de modo tal que ella tendría que ser, en definitiva, irrelevante. El punto está en que MOORE concede que la cuestión podría ser distinta si se adopta una teoría política bajo la cual el Derecho sí puede ser obligante con independencia de su contenido, de manera que el quebrantamiento de normas jurídicas pudiera *constituir*, y no sólo replicar, el objeto de un reproche legítimo⁸⁷.

Ésta es precisamente la tesis subyacente a lo que en la teoría penal alemana contemporánea se conoce como la fundamentación discursiva del reproche de culpabilidad. La premisa se encuentra en que el reproche penal de culpabilidad no puede ser reducido a un reproche moral. El reproche penal de culpabilidad es un reproche jurídico, de modo tal que el mismo ha de poder ser fundamentado como el reproche merecido por el quebrantamiento de una norma jurídica. La diferenciación del reproche jurídico-penal de culpabilidad respecto de un reproche puramente moral exige que en la identificación del fundamento legitimante del reproche sea respetado lo que KINDHÄUSER denomina el *mandato de neutralidad* del Derecho, que es el mandato según el cual el Derecho debe ser neutral en cuanto a los motivos que el ciudadano puede tener para no quebrantar las normas jurídicas⁸⁸. El problema consiste en resolver el dilema que parece seguirse de la necesidad de conjugar la pretensión de legitimidad que las normas jurídicas han de tener para que su quebrantamiento pueda justificar un reproche con este mandato de neutralidad que impide que el Derecho se disuelva en moral. Pues la pretensión de corrección inmanente al Derecho determina que la pretensión de fidelidad al Derecho deba descansar en la consideración de que las normas deben poder ser aceptadas como legítimas por sus destinatarios, aun cuando de hecho éstos no las acepten⁸⁹.

86 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, p. 72.

87 *Ibíd.*, p. 662.

88 KINDHÄUSER, URS: “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, 2000, pp. 172-174.

89 DUFF, R.A.: “Law, language and community: Some preconditions of criminal liability”, 1998, p. 199.

El punto de partida para la solución es sugerido por el propio KINDHÄUSER, cuando mantiene

que no hay, en una sociedad secularizada y pluralista, fundamentos sustanciales *a priori* para legitimar las normas que regulan el comportamiento. De ahí que la legitimidad solamente pueda ser deducida de la autonomía de los partícipes en el proceso de integración social⁹⁰.

La pretensión de legitimidad de las normas jurídicas de comportamiento, de conformidad con la cual cabe fundamentar una expectativa de fidelidad al Derecho, no puede depender de su contenido, sino sólo de la identificación de una razón por la cual, independientemente de su contenido, la norma pueda ser entendida como una norma *del* sujeto a quien se reprocha su quebrantamiento. Esta vinculación entre norma y sujeto sólo puede obtenerse de una atribución de *autonomía comunicativa*, que designa el entrecruzamiento de una dimensión de autonomía pública (la “libertad de los antiguos”) y una dimensión de autonomía privada (la “libertad de los modernos”), en virtud de la cual el sujeto se constituye en autor, pero también en destinatario de la norma. Es en una esfera de autonomía pública que el sujeto se constituye en (co-)autor de la norma a cuyo seguimiento el mismo sujeto se encuentra obligado en una esfera de autonomía privada. Autonomía pública y autonomía privada se entrecruzan en la constitución de la autonomía o libertad comunicativa, que condiciona la vinculación del sujeto a la norma como su destinatario, en tanto la norma puede ser reconducida al propio sujeto como interviniente (potencial) en el proceso de su establecimiento⁹¹.

La atribución de libertad comunicativa se corresponde con la configuración de lo que KLAUS GÜNTHER denomina *persona deliberativa*⁹². Es persona deliberativa aquella a la cual se reconoce libertad comunicativa, que puede entenderse como la capacidad de tomar posicionamiento crítico, tanto frente a manifestaciones y acciones ajenas como frente a manifestaciones y acciones propias. El carácter crítico de la toma de posición se sigue de que ella sea apoyada en razones. Según GÜNTHER, las razones se definen por el hecho de que ellas “hacen una diferencia en el mundo, en tanto pueden motivar a una persona a la revisión y modificación de sus manifestaciones y acciones”⁹³. En su componente de autonomía pública, la libertad comunicativa de la persona deliberativa la posiciona como *ciudadano del Estado*, de modo que la capacidad de participar en el procedimiento democrático de establecimiento de normas, tomando posición crítica frente a los actos de justificación de normas, hace posible reconducir éstas a la autonomía del ciudadano. Esta reconducción de la norma a la autonomía de la persona deliberativa en tanto ciudadano es lo único que justifica la pretensión de vinculación a

90 KINDHÄUSER, URS: “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, 2000, pp. 194-195.

91 *Ibíd.*, p.196.

92 GÜNTHER, KLAUS: *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 245-246.

93 *Ibíd.*.

la norma que puede dirigirse contra la persona deliberativa que, en una dimensión de autonomía privada, se posiciona como *persona de Derecho (Rechtsperson)*, y en esta medida, como destinatario de la norma⁹⁴.

Es fundamental advertir la relación precisa entre la atribución de la condición de persona deliberativa y la obligación de seguir la norma que legitima el reproche por la ejecución de un comportamiento que expresa una falta de reconocimiento de la norma. En especial, ha de enfatizarse la diferencia entre discurso y procedimiento democrático, pues sólo de ese modo puede darse cuenta de la posibilidad mediadora entre facticidad y validez que cabe atribuir al Derecho. El procedimiento democrático está organizado de modo tal que posibilita, en cierto espacio de tiempo, decisiones mayoritarias sobre la validez positiva de normas jurídicas. Esto implica que las normas jurídicas, democráticamente establecidas, también rigen respecto de un sujeto que de facto no hace uso de su capacidad de autonomía pública para tomar parte, críticamente, en discursos públicos⁹⁵. Antes bien,

El deber de cada ciudadano del Estado al seguimiento de la norma se fundamenta sólo en su igual Derecho al ejercicio público de su capacidad crítica y en el procedimiento jurídicamente institucionalizado en el cual este Derecho puede ser ejercido –y no, en cambio, en el si y cómo ni en el resultado del ejercicio de este Derecho⁹⁶.

Por esto, el destinatario de la norma puede decidir si y por qué razón ha de seguir la norma. Un seguimiento de la norma puramente estratégico, esto es, un seguimiento puramente prudencial de la norma, no justifica reproche alguno. Dentro del acuerdo expresado en las normas jurídicas vigentes, a la persona de Derecho cabe reconocer un espacio de libertad instrumental, que es lo que hace posible que tengamos vidas privadas. Así se cumple con el mandato de neutralidad que el Derecho no puede desconocer en su pretensión de vincular al destinatario de la norma⁹⁷.

c) La doble función del principio de legalidad

La exigencia de fijación legal de la sanción penal, esto es, el anuncio de la imposición de la pena contenida en las normas de sanción de la ley penal, resulta enteramente congruente con el mandato de neutralidad: el Estado reconoce la posibilidad de que el destinatario de la norma de comportamiento no la siga como consecuencia de un ejercicio de capacidad de crítica conducente al asentimiento, sino que la siga exclu-

94 *Ibíd.*, pp. 249-250; HABERMAS, JÜRGEN: *Facticidad y validez*, 1998, pp. 186-187.

95 GÜNTHER, KLAUS: *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, p. 250.

96 *Ibíd.*, p. 251.

97 KINDHÄUSER, URS: “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, 2000, pp. 198, 202, 205.

sivamente motivado por la ventaja de evitar la sanción⁹⁸. Esto hace posible, de paso, poner en cuestión la observación de von HIRSCH en cuanto a que, al proveer una razón prudencial que refuerza la razón normativa que la norma de comportamiento entraña, la conminación legal de la sanción (o sea, el anuncio legal previo del *hard treatment*) ha de concebirse como un mecanismo preventivo de desincentivo del incumplimiento de la norma⁹⁹. Frente a esto, sin embargo, el establecimiento legal previo de la sanción punitiva (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*) admite ser concebido como una exigencia derivada del mandato de neutralidad, cuyo sentido es hacer posible un seguimiento prudencial de la norma, de modo tal que, a pesar de evidenciar una pretensión de legitimidad, el Derecho no imponga al ciudadano la aceptación crítica de la norma como el motivo para su seguimiento.

Pero el reproche penal de culpabilidad sólo se justifica, por contrapartida, cuando el comportamiento de la persona de Derecho pone de manifiesto una falta de reconocimiento de la norma como una razón eficaz para la acción, en la medida que ella misma pudo participar, como ciudadano, en el procedimiento de adopción de la norma. Por eso, la exigencia de legalidad de la norma de comportamiento cumple la función inversa a la de la exigencia de legalidad de la norma de sanción: mientras que el establecimiento legal de la norma de sanción es reconocimiento de libertad instrumental, la legalidad de la norma de comportamiento es el sello institucional de que esa norma es resultado del procedimiento democrático, de modo que la norma puede ser atribuida al ejercicio de la libertad comunicativa del ciudadano en su faz de autonomía pública. Por eso, en el nivel de la norma de comportamiento el principio de legalidad no puede ser entendido como un criterio de limitación, sino como una condición constitutiva del carácter vinculante de la norma¹⁰⁰.

98 GÜNTHER, KLAUS: *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, p. 252; HABERMAS, JÜRGEN: *Facticidad y Validez*, 1998, pp. 177-178. El mandato de neutralidad impide fundamentar la culpabilidad material como autocontradicción del autor como sujeto racional al modo kantiano, pero también como autocontradicción del sujeto como ciudadano en el sentido tradicional del comunitarismo. Véase KINDHÄUSER, URS: “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, 2000, pp. 172-185.

99 HIRSCH, ANDREW VON: *Past or Future Crimes*, 1985, pp. 12-13.

100 A este respecto, es completamente irrelevante que la norma de comportamiento y la norma de sanción se encuentren formuladas en una misma disposición legal. En la legislación penal ordinariamente se encuentran disposiciones que en su estructura explícita sólo reproducen normas de sanción (“el que mate a otro será sancionado con la pena de...”). La norma que prohíbe el comportamiento que constituye el supuesto de hecho de la aplicación de la sanción es inferida pragmáticamente. En todo caso, lo que importa es advertir que el sentido de la exigencia de legalidad es diferente en uno y otro plano de análisis, independientemente de que esa legalidad doble sea obtenida mediante la fijación de una sola disposición legal. Una aplicación diferente de la tesis de que el principio de legalidad se justifica de modo diferente en relación con la norma de comportamiento (*rules of conduct*) y en relación con la norma de sanción y las reglas de imputación (*principles of adjudication*) se encuentra en ROBINSON, PAUL: “Fair notice and fair adjudication: Two kinds of legality”, 2005, pp. 154 ss.

d) Nuevamente: culpabilidad como falta de reciprocidad

Lo anterior no equivale a disolver la distinción entre autonomía privada y autonomía pública. Como ciudadano, la persona deliberativa tiene Derecho a rechazar la norma y a tomar parte críticamente en el proceso político, abogando por su supresión o modificación. Pero la persona deliberativa no puede invocar este Derecho cuando, en su rol de persona de Derecho, se encuentra en una situación en que está obligada a seguir la norma¹⁰¹. Si abandona el ámbito de libertad instrumental acordado y que se expresa en las normas de comportamiento vigentes, la persona deliberativa queda sujeta a una obligación de *lealtad comunicativa*: el rechazo del acuerdo debe justificarse en el marco del procedimiento institucional disponible para su revisión¹⁰². Como afirma GÜNTHER, “el Estado democrático de Derecho vive del cambio regulado e institucionalizado entre los roles de ciudadano y persona de Derecho”¹⁰³. La lealtad comunicativa, como correlato de la libertad comunicativa atribuida a la persona deliberativa, consiste en no arrogarse unilateralmente ese cambio de roles.

Esta obligación de lealtad comunicativa designa la expectativa de reciprocidad que los ciudadanos mantienen entre sí. Las normas de comportamiento jurídicamente vigentes definen aquellos ámbitos de actuación en que los ciudadanos pueden dejar de tener que entenderse unos con otros acerca de su comportamiento: un Derecho negativo de libertad, correlativo al deber que la norma impone sobre terceros, “es también un Derecho a la irracionalidad”, que introduce un componente “disociativo” en la integración social cooperativa¹⁰⁴. Para que los demás puedan disponer de este ámbito de libertad instrumental, han de poder confiar en que el sujeto de Derecho no va a sobrepasar ese espacio, quebrantando la norma. La obligación de lealtad comunicativa, por ende, no es más que una expectativa de reciprocidad en el reconocimiento de iguales espacios de libertad instrumental. Y ésta es la concepción democrática de la expectativa de fidelidad al Derecho, cuya manifestación positiva no es exigida, sino sólo desaprobada su ausencia, la cual se expresa en el quebrantamiento de la norma, que es el objeto del reproche penal¹⁰⁵.

La imposición de la pena, de este modo, es la forma institucionalizada de expresión de reproche merecido por el quebrantamiento de una norma que evidencia una falta de sentido de la justicia a través de la defraudación de una expectativa de reciprocidad que los miembros de una comunidad política democráticamente organizada pueden mantener unos frente a otros. La legitimidad del reproche depende, en todo caso, de la legitimidad de la norma quebrantada, cuya única garantía se encuentra en el principio

101 GÜNTHER, KLAUS: *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, p. 252.

102 KINDHÄUSER, URS: “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, 2000, pp. 198-199.

103 GÜNTHER, KLAUS: *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, p. 253.

104 KINDHÄUSER, URS: “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, 2000, pp. 197-198.

105 *Ibid.*, p. 205.

de definición política que, disolviendo la contraposición entre soberano y súbdito, hace posible que seamos los autores de las normas que al mismo tiempo nos obligan. Por esto, el fundamento del reproche penal, y en definitiva, de la pena retributiva, es la política democrática. No hay garantía inmanente para este fundamento legitimante ni tampoco, por lo mismo, para la legitimidad de la pena retributiva. La legitimidad del ordenamiento jurídico descansa en la efectividad del proceso democrático, y no a la inversa. No parece posible exagerar la importancia de este punto: como lo advierte KLAUS GÜNTHER, en el marco de un ordenamiento jurídico ilegítimo nadie puede ser declarado culpable¹⁰⁶.

6. LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN PENAL

a) Democracia y adjudicación

Esta concepción del reproche penal democrático vuelve manifiesta la justificación del requerimiento de legalidad de las normas penalmente reforzadas. En tanto la ley es la expresión de las definiciones políticas de la comunidad democrática, la legalidad de la norma es el sello de su legitimidad. La producción democrática de la norma, expresada en su establecimiento legal, le confiere *universalidad*, en el sentido de que es una norma *de* todos y cada uno de los que forman parte de esa comunidad política. La universalidad de la norma se sigue del hecho de que esa norma es el resultado (en todo caso revisable) de un procedimiento institucional que hace posible la participación de todos en *discursos de fundamentación*, esto es, discursos dirigidos al ofrecimiento y la impugnación de razones a favor o en contra de la norma.

En todo sistema democrático, el proceso legislativo está organizado de modo tal de posibilitar, en la mayor medida posible, decisiones autoritativas sobre la creación de normas que descansan en razones universalizables, razones que todo sujeto tendría que reconocer como válidas. Por eso, en una democracia, el procedimiento legislativo tiene lugar, en lo fundamental, al interior de una institución representativa, pues sólo en la medida en que hay igual representación de todos en las instancias de definición de las normas vinculantes puede esperarse que en esta definición hayan sido adecuadamente considerados los intereses de cada uno de sus posibles destinatarios¹⁰⁷. Ciertamente, esto supone que en ese sistema se satisfacen algunos criterios de democracia procedimental¹⁰⁸.

La democracia procedimental provee, entonces, un mecanismo para la adopción de normas válidas que vinculan a todos aquellos que pueden tomar parte en ese proce-

106 GÜNTHER, KLAUS: *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, p. 4.

107 DAHL, ROBERT: *On Democracy*, 1998, pp. 76-78.

108 Véase DAHL, ROBERT: "Procedural democracy", 1986, pp. 191-225.

dimiento público. Pero la validez de la norma no implica que la aplicación de esa norma sea en todo caso adecuada. La justificación de la norma no garantiza *per se* la adecuación de su aplicación a cada caso particular, porque las razones que apoyan su validez (general) no necesariamente son las razones que gobiernan todos y cada uno de los casos particulares en los cuales la norma en principio resulta aplicable. Toda norma válida conlleva, entonces, una cláusula *ceteris paribus*, pues la legislación no está referida a caso particular alguno. En otros términos: la justificación (universal) de una norma sólo determina su validez, pero no su adecuación a cada caso particular. Si en cada caso particular la norma ha de poder ser vista como norma de los sujetos involucrados, ha de establecerse una garantía de su adecuación, o sea, una garantía de atención a lo particular de cada caso. Esta garantía tiene que hacer posible que la particularidad del caso sea observada, y para ello es indispensable una institución que constituya el marco para el desenvolvimiento de *discursos de aplicación*¹⁰⁹. Esta institución se denomina jurisdicción¹¹⁰.

Lo que la jurisdicción hace posible es la distinción entre legislación y adjudicación. En un sistema democrático, la legislación establece (extrínsecamente) lo que es razonable, de modo tal que la judicatura no puede modificar esa definición. Lo que la judicatura hace al adjudicar no es determinar qué es razonable, sino sólo qué es razonable aplicar. El principio que ha de guiar la acción judicial es aquel que ordena al adjudicador aplicar sólo lo que es razonable aplicar¹¹¹. Sólo así puede asegurarse que la aplicación de una norma (en todo caso) válida a un caso particular no pase por alto la particularidad del caso; o sea, sólo así puede llenarse el *vacío de particularidad* que separa a todo caso de la norma universal a ser aplicada¹¹².

b) Adjudicación y ciudadanía

DETMOLD muestra la conexión decisiva que se da entre este aseguramiento de la consideración de la particularidad del caso a través de la adjudicación y la pregunta por la obligación de obedecer el Derecho. Para que el ciudadano pueda estar obligado a seguir una norma jurídica, esa norma ha de poder ser vista como suya en particular. Sólo un ciudadano es llevado ante un tribunal para responder por el quebrantamiento de una

109 Fundamental a este respecto GÜNTHER, KLAUS: *Der Sinn für Angemessenheit*, 1989.

110 ATRIA, FERNANDO: "Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo", 2004, pp. 128-132.

111 DETMOLD, MICHAEL: "Law as practical reason", 1989, p. 453. El mandato de aplicar sólo lo que es razonable aplicar difiere de un mandato de aplicar lo que es razonable, pues puede ser razonable aplicar una norma que no es razonable. La razonabilidad de una norma no es lo mismo que la razonabilidad de la aplicación de esa norma. Ésta es una cuestión crucial para el diseño de los sistemas de control judicial de constitucionalidad de la ley, en tanto se trate, efectivamente, de control judicial, esto es, de adjudicación. Velar por la adecuación constitucional de la aplicación de la ley no equivale a velar por la constitucionalidad de la ley.

112 *Ibíd.*, pp. 455-463.

norma, y un ciudadano es precisamente aquel de quien puede decirse que la norma quebrantada es su norma¹¹³. En la terminología propuesta por DUFF, la pertenencia a la comunidad política es, de esta manera, una precondition de la responsabilidad penal, dado que ésta presupone que el sujeto pueda ser llamado a responder frente a un tribunal que adjudica en representación del cuerpo de los ciudadanos¹¹⁴.

Esto significa que por el hecho de que un sujeto quebrante una norma ésta no deja de ser su norma; y como DETMOLD lo marca, esto supone que ese sujeto sea un miembro de la comunidad política bajo cuyas normas se pronuncia la condena. La determinación de la ciudadanía, por ende, es siempre una cuestión que sólo se resuelve definitivamente en el momento de la aplicación de la norma al caso particular¹¹⁵. La consecuencia que esto tiene para el reproche penal de culpabilidad es ineludible: sólo aquellos que pertenecen a la comunidad política pueden ser punidos, pues sólo ellos al quebrantar la norma quebrantan una norma que es suya¹¹⁶. El principio de judicialidad de la imposición de la pena aparece, de esta manera, como una exigencia propiamente retributiva, y no extrínseca a la justicia retributiva.

Lo anterior no es más que una formulación diferente de la tesis de que el reproche penal siempre conlleva un reconocimiento del sujeto cuyo comportamiento es objeto del reproche como miembro de la comunidad cuyo horizonte normativo constituye el contexto para la formulación del reproche. Esto es importante para clarificar el problema que puede presentarse cuando el reproche penal tiene lugar respecto de extranjeros. En tanto la culpabilidad presuponga, estrictamente, la posibilidad de tomar parte en los discursos políticos en cuyo marco se definen las normas que imponen las exigencias de conducta, cabría poner en cuestión la legitimidad de un reproche penal dirigido a un extranjero. Pero esta dificultad puede ser disuelta, en tanto se atiende a la conexión que existe entre legislación y adjudicación. Es ciertamente posible que haya sujetos que formen parte de una comunidad política sin contar (actualmente) con la posibilidad de contribuir a la formación de la voluntad colectiva participando en el proceso democrático¹¹⁷. Éste es el caso regularmente tratándose de extranjeros cuya residencia en el territorio del Estado no se ha consolidado definitivamente. Que estos sujetos puedan ser llevados a responder por un quebrantamiento de una norma frente a un tribunal y resultar finalmente condenados sólo muestra que a su respecto ha habido un depósito previo de confianza que ha sido defraudado por el quebrantamiento de la norma. Parece sensato esperar una cierta medida de fidelidad al Derecho, o sea, de lealtad o reciprocidad comunicativa, de un individuo que pretende formar parte de una

113 *Ibíd.*, p. 461.

114 DUFF, R.A.: "Law, language and community: Some preconditions of criminal liability", 1998, p. 196.

115 DETMOLD, MICHAEL: "Law as practical reason", 1989, pp. 462-463.

116 *Ibíd.*, p. 469.

117 Véase DAHL, ROBERT: "Procedural Democracy", 1986, pp. 213-221.

comunidad política¹¹⁸. Puesto que el reproche penal de culpabilidad es tal en tanto el mismo no es instrumentalizado, esto es, en tanto es sincero, lo que el reproche penal a un extranjero muestra es que éste ya puede haber dejado de serlo¹¹⁹.

Pero lo anterior debe ser tomado con cuidado, dado que no es posible descartar sin más que un no-ciudadano sea de hecho llevado a responder frente a un tribunal. Y, como mantiene DUFF, en la medida en que éste sea el caso, aun cuando el tribunal se sujete a las reglas que normalmente constituyen a un proceso penal como tal, este proceso no será un auténtico proceso penal, por faltar una de las precondiciones de la posibilidad de que el sujeto responda, sino una parodia¹²⁰.

7. LA RETRIBUCIÓN COMO “LA” TEORÍA DEL DERECHO PENAL

a) Principios del ejercicio de la potestad punitiva

Puede ser oportuno efectuar un resumen de las implicaciones que la formulación de una teoría democrática de la pena retributiva ha de tener para la configuración del Derecho penal como categoría funcional. Una fundamentación retributiva de la práctica punitiva exige, en primer lugar, que las normas cuyo quebrantamiento pueda ser objeto de reproche penal sean normas legítimas, normas que, en tanto aceptables para todos, puedan ser vistas como normas de cada ciudadano. En un Estado democrático de Derecho, el procedimiento institucional para la formulación de las normas comunes es el procedimiento de formación de la ley, que representa la formalización del proyecto político del autogobierno. La legalidad de la norma de comportamiento es una condición constitutiva, no meramente limitativa, de la práctica de la retribución democrática.

Para la satisfacción del mandato de neutralidad que posibilita la demarcación entre Derecho y moral, por otra parte, es indispensable que el Derecho no prejuzgue el motivo por el cual el ciudadano efectivamente ha de cumplir con la exigencia de conducta impuesta por la norma. La legalidad de la norma de sanción, que confiere un motivo puramente prudencial para el seguimiento de la norma de comportamiento, por ende, es una condición necesaria para que el reproche penal pueda ser un reproche jurídico-penal. Se trata en todo caso de un reproche, y no de una acción estatal estratégica, porque el objeto del reproche es una falta de reconocimiento de una norma legítima, esto es, de una norma que un ciudadano leal al ordenamiento jurídico legítimo habría

118 Véase WALZER, MICHAEL: *Obligations: Essays on Disobedience, War, and Citizenship*, 1970, p. 28.

119 Que ya no lo sea completamente, depende de los estándares con arreglo a los cuales se evalúe la ruptura de la confianza reconocida: que respecto de un extranjero resulte más plausible el reconocimiento de un error de prohibición inevitable, excluyente de la culpabilidad, sugiere que la contraposición entre ciudadano y extranjero no es binaria, sino gradual.

120 DUFF, R.A.: “Law, language and community: Some preconditions of criminal liability”, 1998, p. 194.

tenido que reconocer como vinculante para sí, independientemente de los motivos que de hecho el ciudadano haya podido tener para su seguimiento. Para que la norma de comportamiento pueda constituir una razón eficaz para la acción, ella debe contar como una razón vigente al momento de la realización del comportamiento, lo cual se materializa en el principio de irretroactividad de la ley penal.

La legitimidad de la norma de comportamiento, que fundamenta el reproche de culpabilidad, depende no sólo de que la norma sea (universalmente) válida, sino también de que sea adecuada en su aplicación al caso particular. Sólo de este modo el reproche de culpabilidad es el reproche dirigido a un sujeto, y no a un individuo objetivado por razones extrínsecas a sí mismo. La adecuación de la aplicación de la norma frente a la particularidad del caso es asegurada a través de la configuración de la formulación del reproche como un acto de adjudicación, de dar al ciudadano lo que éste merece, por lo cual el principio de imposición judicial de la pena aparece como una exigencia propiamente retributiva.

La consideración de la imposición de la pena como la formulación de un reproche merecido presupone, ante todo, que la pena impuesta sea un modo adecuado para la expresión de reproche, de modo tal que ella ha de ser congruente con la base pragmática del reproche, que es el reconocimiento del sujeto cuyo comportamiento se reprocha como un alter ego moral, esto es, como una persona: el principio de la humanidad de la pena es, por esto, la formulación de una condición del reproche penal. Puesto que en todo caso se trata de la formulación de un reproche merecido, la imposición de la pena retributiva sólo puede tener lugar respecto del sujeto cuyo comportamiento es constitutivo de un quebrantamiento de la norma: tanto el principio de culpabilidad como el principio de la personalidad de la pena están en el centro de la práctica retributiva. Para que la imposición de la pena exprese adecuadamente el reproche merecido, la medida de la pena debe ajustarse a la medida del merecimiento, de lo cual se sigue la exigencia de proporcionalidad de la pena.

Puesto que la formulación del reproche conlleva una condición de sinceridad, que impide que el reproche sea instrumentalizado y así disuelto en acción estratégica, la base normativa del reproche debe estar vigente en el momento del reproche y durante la materialización de su expresión a través de la ejecución de la pena: el principio de favorabilidad, esto es, el mandato de aplicación retroactiva de la ley penal favorable, también constituye una exigencia interna a la justificación retribucionista de la pena estatal. Por último, que el Derecho penal es Derecho público resulta suficientemente asegurado por el hecho de que las normas cuyo quebrantamiento constituye el objeto de la expresión de reproche son normas públicas, es decir, normas de todos.

b) Las condiciones constitutivas del reproche penal

Que el desarrollo de las implicaciones de una práctica punitiva fundada en la retribución se corresponda de forma tan ajustada con este conjunto de principios cuya enunciación

suele ocupar las primeras páginas de cualquier manual de Derecho penal, está lejos de ser una casualidad. Que nuestra imagen de lo que debe ser el Derecho penal sea tan precisamente reflejada en su descripción retribucionista sugiere que hay buenas razones para mantener que el Derecho penal, en efecto, es una clase funcional, y que su función particular es la justicia retributiva. En la terminología de RONALD DWOR-KIN, esto significa que el concepto de Derecho penal (como el concepto de Derecho en general) es interpretativo, en el sentido de que la descripción de lo que el Derecho penal es no puede ser independiente de nuestras creencias acerca de lo que el Derecho penal debe ser¹²¹.

Es difícil exagerar la importancia de este último punto. Bajo el aparato conceptual de una teoría retributivo-democrática del Derecho penal, los principios de legalidad, culpabilidad, personalidad y humanidad de las penas no son criterios contrapuestos que contribuyen (sólo) a restringir el ejercicio de esa potestad tan terrible que se denomina *ius puniendi*, esto es, no son principios *limitadores* del *ius puniendi*. Por el contrario, se trata de principios que designan condiciones *constitutivas* de una práctica que está definida por la función de expresar reproche merecido por el quebrantamiento de normas comunes a todos. Que el ejercicio del *ius puniendi* aparezca como el ejercicio de una potestad terrible sólo se debe a una inversión de la subordinación de ciertas características estructurales (la irrogación de males sensibles atroces) a la función a cuyo desempeño la estructura ha de contribuir (la expresión de reproche merecido). Partir describiendo la ejecución de un individuo en la silla eléctrica como la ejecución de una pena es partir concediendo esa inversión, esto es, partir aceptando una subordinación de la función a la estructura, que es precisamente lo contrario a una concepción funcional del Derecho penal. Bajo una concepción retribucionista de la función del Derecho penal, hay mucho de lo que actualmente designamos como “Derecho penal” que no es, ni puede ser, Derecho penal.

Lo anterior puede ser reformulado como sigue: que usemos la etiqueta “Derecho penal” para designar un complejo de acciones estatales no es condición suficiente para que exista el Derecho penal como clase funcional¹²². Mas si lo que cuenta como Derecho penal lo hace con independencia de la función cuyo desempeño puede atribuírsele, entonces el Derecho penal se ha convertido o bien en una clase cuasi-natural, definida por el uso de ciertos males sensibles, como por ejemplo la silla eléctrica y el presidio perpetuo, o bien en una clase puramente nominal, una clase exclusivamente definida por el uso de esa expresión lingüística, cuyo contenido, por ende, pasa a ser arbitrario. Es exactamente este problema el que subyace a la discusión actual acerca del denominado Derecho penal del enemigo, cuya descripción puede obtenerse fácilmente si se

121 DWOR-KIN, RONALD: *Law's Empire*, 1986, pp. 45-86. Véase también TUNICK, MARK: *Punishment. Theory and Practice*, 1992, pp. 165-187.

122 Y lo mismo puede decirse respecto del Derecho en general. Al respecto FULLER, LON: *The Morality of Law*, 1964, pp. 95-151.

invierte cada uno de los rasgos estructurales distintivos de un Derecho penal retributivo: tratamiento objetivante de individuos no reconocidos como miembros de la comunidad (“terroristas”, “narcotraficantes”, “pedófilos” y, en general, “delincuentes”) a través de reacciones orientadas a la prevención especial de neutralización que no resisten la distinción entre penas y medidas de seguridad¹²³. Que el Derecho penal del enemigo constituya o no un genuino Derecho penal depende de si el Derecho penal ha dejado de ser una clase funcional para convertirse en una clase puramente nominal. Pues si éste es el caso, cualquier cosa puede ser Derecho penal¹²⁴.

Con algunos matices, una observación similar podría formularse respecto de parte de lo que hoy día se entiende como Derecho penal internacional. El reproche penal de culpabilidad institucionalizado en la imposición de la pena retributiva presupone que entre el autor del reproche y su destinatario hay normas comunes, esto es, que entre ellos hay comunidad. Fuera de una comunidad de sujetos vinculados no hay posibilidad de reproche alguno. En caso alguno esto significa que no haya espacio posible para un Derecho penal de vigencia internacional. Sin duda que la posibilidad de un reproche punitivo en relación con hechos constitutivos de crímenes de guerra, por ejemplo, se encuentra bien fundamentada, precisamente porque en relación con quienes intervienen en un contexto de combate armado es posible reconocer un horizonte normativo compartido: entre dos militares combatientes que se enfrentan en el curso de una batalla no rige (al menos en los términos ordinarios) la prohibición general de matar a otro, mas sí rigen determinadas normas (establecidas, entre otros, en los Convenios de Ginebra) que determinan, por ejemplo, qué clase de armamento puede ser utilizado. Pero esto no asegura que la posibilidad de un reproche penal esté bien fundamentada en cualquier contexto¹²⁵.

Lo que subyace a la discusión acerca de la precariedad de la legalidad en el Derecho penal internacional es la constatación de la dificultad de fundamentar, en ese horizonte, un reproche por el quebrantamiento de normas comunes¹²⁶. Y pretender encontrar normas comunes que pervivan a la superación política de un régimen ilegítimo puede constituir una ficción lamentable, porque así sólo se normaliza la violencia del régimen “superado”, al ser ella reducida a mero delito¹²⁷. Como JAKOBS lo pone:

123 Véase CANCIO MELIÁ, MANUEL: “¿‘Derecho penal del enemigo’?”, 2003, pp. 57-102; GRACIA MARTÍN, LUIS: “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”, 2005.

124 MÜSSIG, BERND: “Derecho penal del enemigo. Concepto y fatídico presagio”, 2006, pp. 385-390. También BUNG, JOCHEN: “Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person”, 2006, pp. 67-70.

125 Véase JAKOBS, GÜNTHER: *Sobre la teoría de la pena*, 1998, p. 31. Véase también, JAKOBS, GÜNTHER: “¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?”, 1994, pp. 156-158 (1994); JAKOBS, GÜNTHER: “Crímenes del Estado – Ilegalidad en el Estado”, 1995.

126 Sobre esto, BENHABIB, SEYLA: “On the philosophical foundation of cosmopolitan norms”, 2007, *passim*.

127 Véase ATRIA, FERNANDO: “La hora del Derecho: Los ‘Derechos humanos’ entre la política y el Derecho”, 2003, pp. 74-75. Para un desarrollo de la concepción del acto de juzgar como dependiente de un sentido

puede que haya buenas razones para obligar a otro a un estado de juridicidad, pero antes de que eso haya sucedido, falta el estado de juridicidad. *Derecho* penal previo a un monopolio de la fuerza en funcionamiento es un mero nombre, no un concepto¹²⁸.

Un Derecho penal retributivo presupone algunas condiciones políticas, que son aquellas que configuran la posibilidad de un orden normativo al interior del cual sujetos vinculados se reconozcan como personas, de manera tal que esos sujetos puedan esperar cierta medida de lealtad recíproca, cuya defraudación justifica, o sea, amerita un reproche. Que esto es así puede mostrarse con una analogía referida al Derecho de contratos. El Derecho de contratos fundado en el principio de la autonomía de la voluntad sólo es posible en un contexto social en que los contratantes aparecen como agentes que se encuentran en un pie de igualdad, de modo que la satisfacción de ciertas condiciones que aseguran la concurrencia de la voluntad libre de cada contratante produce, necesariamente, un intercambio justo en términos de justicia conmutativa. Que un contexto tal no se encuentra asegurado *sub specie aeternitatis*, lo muestra suficientemente el surgimiento de una regulación contractual diferenciada, por ejemplo, para las relaciones laborales, definidas precisamente por la asimetría estructural entre las partes contratantes, y más concluyentemente el surgimiento de un Derecho del consumidor, que descansa en la consolidación de una forma jurídica, el contrato de adhesión, muchas de cuyas cláusulas pueden estar incluso fijadas por ley, como el paradigma de “contrato” propio de una sociedad de masas. Que esto todavía sea Derecho de contratos depende de si éste ya se ha convertido en una clase nominal o no.

8. RETRIBUCIÓN Y ABOLICIONISMO PENAL

El Derecho penal retributivo presupone un contexto político en el cual sujetos vinculados por normas legítimas se reconocen como personas recíprocamente. Esta precondición (política) de la responsabilidad penal aparece descrita por DUFF como la necesidad de que el destinatario del reproche pueda escuchar la voz del Derecho en que se formula el reproche como una voz en la cual él pueda hablar en primera persona¹²⁹. Y no hay garantía meta-política alguna para que ese contexto sea necesariamente el caso. Fuera del contexto político en que es practicable la justicia retributiva, que es la

de comunidad y sus implicancias para el problema de la universalidad de los Derechos humanos, véase NEDELSKY, JENNIFER: “Communities of judgment and human rights”, 2000, *passim*.

128 JAKOBS, GÜNTHER: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (comentario)”, 2004 p. 63. Para una reformulación de la distinción amigo/enemigo como distinción política fundamental en el marco de una filosofía política de democracia radical, MOUFFE, CHANTAL: *El retorno de lo político*, 1999, pp. 11-25, 168-170, para quien el desafío que ha de asumir la política democrática es maximizar la posibilidad de constituir al enemigo en adversario, esto es, transformar el antagonismo, que es fundacional de lo político, en agonismo.

129 DUFF, R.A.: “Law, language and community: Some preconditions of criminal liability”, 1998, pp. 204-206.

única función que puede desempeñar un Derecho penal funcionalmente adecuado, no hay espacio para éste.

A este respecto, es altamente significativa la reconstrucción que el otrora retribucionista JEFFRIE MURPHY hiciera de la visión de la práctica punitiva atribuible ni más ni menos que a MARX¹³⁰. En lo fundamental, mirada la práctica punitiva desde un punto de vista susceptible de ser calificado de marxista (o al menos marxiano), la retribución aparecería como la única justificación aceptable de la punición, pues sólo la pena retributiva expresa reconocimiento de un agente; en sociedades definidas por el hecho de la alienación, sin embargo, el retribucionismo sólo prestaría una contribución reaccionaria a la validación del *status quo*¹³¹. La objeción marxista, entonces, a diferencia de las objeciones tradicionalmente provenientes del abolicionismo, no apuntaría a una pretendida incorrección moral de la justificación de la pena retributiva, sino a la falsedad empírica de sus presupuestos fácticos; más precisamente, a la falsedad del supuesto de una sociedad en la cual es efectivamente practicable la retribución. Siendo falso este supuesto, el retribucionismo adolecería de un déficit de ajuste entre teoría y praxis, favoreciendo la consolidación de una falsa conciencia¹³². Mientras la justificación de la pena retributiva presupondría algo así como un “club de caballeros”, esto es, una comunidad articulada por valores y reglas compartidos, las sociedades capitalistas sólo conocerían la delincuencia como un fenómeno de clases, donde no hay expectativa de reciprocidad posible¹³³. Una lectura marxista (o siquiera marxiana) de la teoría de la retribución, por ende, entendería que la primera exigencia que una teoría tal impone es la satisfacción de las condiciones materiales que hacen posible la retribución. Según MURPHY, la paradoja está en que, de satisfacerse tales condiciones probablemente habría muchos menos delitos que reprochar¹³⁴.

Tan interesante como este esbozo de una reconstrucción cuasi-marxista de la práctica punitiva es el distanciamiento de la misma emprendido posteriormente por el propio MURPHY, que coincide con su distanciamiento respecto de su propia teoría retribucionista de la pena. Ofreciendo una respuesta preliminar a la pregunta acerca de por qué ha de haber Derecho penal y no más bien nada, el MURPHY neoliberal sugiere que la primera cuestión a establecer se refiere a la existencia misma del Estado, que podría ser visto como “una organización que podemos contratar para que haga un cierto trabajo por nosotros”, trabajo que vendría a ser nuestra protección frente a amenazas externas e internas por medios que sólo interfieran con nuestras libertades en la medida en que ello sea estrictamente necesario para el éxito de ese trabajo¹³⁵.

130 MURPHY, JEFFRIE: “Marxism and Retribution”, 1979, pp. 93-115.

131 *Ibíd.*, p. 95.

132 *Ibíd.*, pp. 103-104.

133 *Ibíd.*, p. 107.

134 *Ibíd.*, p. 110.

135 MURPHY, JEFFRIE: “Why have criminal law at all?”, 1992, p. 9.

En su reconsideración crítica de la teoría retribucionista, por ende, MURPHY mantiene que si reconocemos que la preocupación primaria al concurrir al contrato social ciertamente no estará referida a cómo lidiar con personas que ya han violado nuestros Derechos, sino a cómo impedir que esto ocurra, lo que entonces se plantea es la tensión que necesariamente se da entre una teoría retribucionista de la pena y una teoría liberal de la justicia política¹³⁶. Si, en la senda de RAWLS, se asume que los sujetos (idealizados) que llegan a la posición original para deliberar acerca de los principios básicos de justicia sobre los cuales han de organizarse las instituciones sociales fundamentales, son sujetos auto-interesados (aunque cegados por el velo de ignorancia que impide que tomen partido por un principio u otro atendiendo a cuál será más conveniente según la posición relativa que ocupen en la sociedad a constituirse), sería razonable suponer que los principios adoptados favorecerían instituciones orientadas a la prevención y no a la retribución de delitos, pudiendo suponerse además que la exigencia de culpabilidad como condición de la imposición de una pena primariamente preventiva se entendería como una exigencia independiente acerca de la distribución justa de la carga correlativa a la realización de la prevención¹³⁷. El resultado sería algo bastante parecido a una teoría mixta como la de Hart o de Roxin, que parte del rechazo de que la realización de la justicia retributiva pueda ser la función de la práctica punitiva.

El MURPHY neoliberal hace referencia a *Marxism and Retribution* como el producto de un sí mismo anterior por el cual ahora siente bastante poca afinidad¹³⁸. Esto muestra grandeza en MURPHY, el segundo, porque conlleva el reconocimiento de que quien uno es no es independiente de lo que uno hace y piensa¹³⁹. En lo que aquí interesa, no puede dejar de considerarse que el MURPHY anterior, al indagar en la objeción marxista de la falsedad empírica de los presupuestos de la teoría retribucionista, ponía en cuestión la corrección del punto de partida de la teoría contractualista de la justicia liberal, fuertemente vinculado al modelo del *rational choice*, que descansa en la asunción del auto-interés como motivación determinante¹⁴⁰. Lo que ese modelo supone es la adecuación de la adopción de una matriz de racionalidad estratégica para la articulación del escenario en el cual han de establecerse los arreglos fundamentales sobre la base

136 MURPHY, JEFFRIE: "Retributivism, moral education, and the Liberal State", 1992, p. 24.

137 Esta supuesta incompatibilidad entre una fundamentación retributiva de la pena y una teoría liberal de la justicia no se encuentra exenta de controversia. Al respecto, véase SCHEFFLER, SAMUEL: "Justice and desert in liberal theory", 2000, pp. 965 ss., donde se defiende una interpretación de la teoría de la justicia de RAWLS de acuerdo con la cual ella reconocería una asimetría entre justicia distributiva y justicia retributiva frente a la relación entre justicia y merecimiento. Mientras que una teoría liberal de la justicia no puede aceptar una apelación a una noción pre-institucional de merecimiento para resolver cuestiones de distribución justa, ello no regiría tratándose de cuestiones de justicia retributiva.

138 MURPHY, JEFFRIE: *Retribution Reconsidered*, 1992, p. IX, lamentando que se trate de su artículo más divulgado y reconocido.

139 Bastaría con preguntarle a WITTGENSTEIN, que en las *Investigaciones filosóficas* se refería en tercera persona al autor del *Tractatus Logico-Philosophicus*. WITTGENSTEIN, LUDWIG: *Philosophische Untersuchungen*, 1984, § 23.

140 MURPHY, JEFFRIE: "Marxism and Retribution", 1979, pp. 106-107.

de los cuales ha de organizarse la vida en común. Cuál sea la relación de prioridad entre una función retributiva y una función preventiva de la pena, es una pregunta que depende de cuál sea la matriz de racionalidad sobre la cual deban construirse nuestros arreglos institucionales fundamentales.

Ante la constatación marxista de que el Derecho penal (legítimo) es impracticable en sociedades de clases, la irrupción del abolicionismo parece seguirse de suyo. Está lejos de ser una casualidad que la izquierda política haya abrazado tantas veces esta bandera¹⁴¹. El abolicionismo penal es una de las evidencias más inequívocas de la derrota de la izquierda política: si nuestras sociedades hacen imposible un Derecho penal legítimo, prescindamos del Derecho penal. El compromiso con un abolicionismo penal más o menos explícito, que en sus versiones más tímidas se esconde bajo alguna forma de preventivismo escéptico, asegura un terreno fértil para el desarrollo de un modelo de práctica punitiva que reproduce, en términos suficientemente plásticos, la estructura de una sociedad alienada: el modelo del Derecho penal del enemigo, cuya nota distintiva es la proposición explícita de que el Derecho penal es un Derecho de intervención estratégica sobre una *clase* de individuos, precisamente, aquellos que aparecen como enemigos. A este respecto, es sumamente ilustrativa la sugerencia de KENNY en cuanto a la posibilidad de considerar a la clase de individuos “delinquentes” como una minoría. Pues lo distintivo de esta minoría sería que ella se corresponde con una clase respecto de la cual, por definición, la sociedad respectiva desearía que ella no tuviera miembros.¹⁴² Lo que aquí importa es que la ideología abolicionista contribuye de este modo a afianzar la imposibilidad política de la justicia retributiva, favoreciendo la transformación del Derecho penal en una categoría nominal. Como categoría nominal, la extensión de la expresión “Derecho penal” queda a merced de una definición convencional, de modo tal que puede, por ejemplo, hablarse de una “pena” de presidio perpetuo para designar aquello que, funcionalmente, es sólo una medida de seguridad impuesta sobre un individuo definido como peligroso, o sea, como enemigo.

Lo anterior sugiere que la teoría de la justificación de la pena es un capítulo, y uno crucial, de cualquier teoría de la justicia política. Y es en este contexto en que debe situarse la pregunta por el fundamento correcto de la pena estatal. La tesis aquí defendida sostiene que la fundamentación retributiva de la práctica punitiva es la correcta porque ella produce, interpretativamente, la mejor concepción de esa práctica: a saber, una práctica cuyo sentido descansa en la expresión de reproche merecido entre sujetos que se reconocen como agentes morales iguales. La ironía está en que esta concepción de la función de la pena produce un Derecho penal cuya estructura, mucho más que

141 Esto no supone desconocer que, sobre todo en las últimas décadas, la izquierda política también se ha inclinado a favorecer un modelo expansivo de ejercicio de la potestad punitiva. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: *La expansión del Derecho penal*, 1999, pp. 46-55. Esto puede contar, ciertamente, como indicio de esa derrota política.

142 KENNY, ANTHONY: *Freewill and Responsibility*, 1978, p. 75-76.

ajustarse a la que se figuraba KANT, parece seguir al pie de la letra cada uno de los puntos de reforma reclamados por BECCARIA, exponente paradigmático del utilitarismo penal ilustrado. Por eso es tan sugestiva la observación de HÖFFE en cuanto a que la concepción retributiva de la pena del KANT posterior al giro crítico, mirada en términos de principio, representa la culminación de la Ilustración jurídico-penal¹⁴³. Mas no hay razón alguna para pensar que, así entendido, necesariamente ha de haber Derecho penal. El auténtico problema no es, como creen los abolicionistas, que actualmente tengamos demasiado Derecho penal; es, más bien, que eventualmente no tengamos Derecho penal, y más aún, que quizá no podamos tenerlo.

BIBLIOGRAFÍA

ATRIA, FERNANDO: “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 5 (2004), pp. 119 ss.

ATRIA, FERNANDO: “La hora del Derecho: Los ‘Derechos humanos’ entre la política y el Derecho”, en *Estudios Públicos*, 91 (2003), pp. 45 ss.

AUSTIN, J.L.: *How to Do Things with Words*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1955, 1962.

BAURMANN, MICHAEL: *Zweckrationalität und Strafrecht*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.

BENHABIB, SEYLA: “On the philosophical foundations of cosmopolitan norms”, en GIZBERT-STUNICKI, TOMASZ y JERZY STELMACH (ed.): *Law and Legal Cultures in the 21st Century*, Varsovia, Oficyna, 2007, pp. 61-80.

BUNG, JOCHEN: “Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person”, en *HRRS*, 2/2006, pp. 63-71.

CANCIO MELIÁ, MANUEL: “¿‘Derecho penal del enemigo’?”. En JAKOBS, GÜNTHER y MANUEL CANCIO MELIÁ: *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 57-102.

CHOLBI, MICHAEL: “A felon’s right to vote”, en *Law and Philosophy*, 21 (2002), pp. 543 ss.

CORLETT, J. ANGELO: *Responsibility and Punishment*. Dordrecht Boston: Kluwer, 2004.

143 HÖFFE, OTFRIED: “Proto-Derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo”, 2004, p. 344.

- DAHL, ROBERT: *On Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1998, 2000.
- DAHL, ROBERT: "Procedural Democracy". En Dahl, Robert: *Democracy, Liberty, and Equality*. Oslo, Norwegian University Press, 1986, pp. 191-225.
- DETMOLD, MICHAEL: "Law as Practical Reason", en *Cambridge Law Journal*, 48 (1989), pp. 436-471.
- DUFF, R.A: "Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1998), pp. 189-206.
- DWORKIN, RONALD: *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986.
- FEINBERG, JOEL: "The Expressive Function of Punishment", en FEINBERG, JOEL: *Doing & Deserving*. Princeton: Princeton University Press, 1970, pp. 95-118.
- FEINBERG, "Justice and personal desert", en FEINBERG, JOEL: *Doing & Deserving*. Princeton: Princeton University Press, 1970, pp 55-94.
- FICHTE, J.G.: *Fundamento del Derecho Natural*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- FOUCAULT, MICHEL: *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI, 1976, 2000.
- FULLER, LON: *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1964.
- GRACIA MARTÍN, LUIS: "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7 (2005).
- GÜNTHER, KLAUS: *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1989.
- GÜNTHER, KLAUS: "Die symbolische-expressive Bedeutung der Strafe". En PRITTWITZ, CORNELIUS, MICHAEL BAURMANN, KLAUS GÜNTHER et al. (eds.): *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos, 2002, pp. 205 ss.
- GÜNTHER, KLAUS: *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, 2005.
- HABERMAS, JÜRGEN: *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, JÜRGEN: “¿Qué significa pragmática universal?”, en HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*. Madrid: Cátedra, 1989, pp. 299 ss.

HABERMAS, JÜRGEN: *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1999.

HEGEL, G.W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1970.

HIRSCH, ANDREW VON: *Doing Justice*. New York: Hill and Wang, 1976.

HIRSCH, ANDREW VON: *Past or Future Crimes*. New Brunswick: Rutgers University Press, 1985.

HÖFFE, OTFRIED: “Proto-Derecho penal: programa y cuestiones de un filósofo”, en ALBIN, ESER: WINFRIED HASSEMER y BJÖRN BURKHARDT: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Granada, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 327-66.

JAKOBS, GÜNTHER: “Crímenes del Estado – Ilegalidad en el Estado”, en *Doxa*, 17-18 (1995), pp. 445- 67.

JAKOBS, GÜNTHER: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en JAKOBS, GÜNTHER: *Estudios de Derecho penal*. Civitas: Madrid, 1997, pp. 293-324.

JAKOBS, GÜNTHER: “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, GÜNTHER y MANUEL CANCIO MELIÁ: *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 19-56.

JAKOBS, GÜNTHER: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (comentario)”. En ALBIN, ESER, WINFRIED HASSEMER y BJÖRN BURKHARDT (eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 53-64.

JAKOBS, GÜNTHER: *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JAKOBS, GÜNTHER: “¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 47 (1994), pp. 137 ss.

KENNY, ANTHONY: *Freewill and Responsibility*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1978.

KINDHÄUSER, URS: “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1 (2000), pp. 171 ss.

KINDHÄUSER, URS: „Personalität, Schuld und Vergeltung“, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1989, pp. 493-507.

LIPPKE, R.L.: “The disenfranchisement of felons”, en *Law and Philosophy*, 20 (2001), pp. 553 ss.

LISZT, FRANZ VON: *Tratado de Derecho penal*. Madrid: Reus, 1999.

MAÑALICH, JUAN PABLO: “¿La comisión de delitos mediante la imputación de delitos? Los delitos contra el honor bajo la teoría de los actos de habla”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 6 (2005), pp. 193-242.

MAÑALICH, JUAN PABLO: “Pena y ciudadanía”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 6 (2005), pp. 63-83.

MOORE, MICHAEL S.: *Act and Crime*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

MOORE, MICHAEL S.: “Law as a functional kind”, en GEORGE, ROBERT (ed.): *Natural Law Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1992, pp. 188 ss.

MOORE, MICHAEL S.: “Law as Justice”, en MOORE, MICHAEL: *Objectivity in Ethics and Law*. BURLINGTON: ASHGATE, 2004, pp. 261 ss.

MOORE, MICHAEL S.: *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

MOORE, MICHAEL S.: “Victims and retribution: A Reply to Professor Fletcher”, en *Buffalo Criminal Law Review*, 3 (2000), pp. 66 ss.

MOUFFE, CHANTAL: *El Retorno de lo político*. Barcelona: Paidós, 1999.

MURPHY, JEFFRIE: “Cruel and unusual punishments”, en MURPHY JEFFRIE: *Retribution, Justice, and Therapie*. Boston, Dordrecht: Kluwer, 1979, pp. 223-249.

MURPHY, JEFFRIE: “Getting Even: The Role of the victim”, en MURPHY, JEFFRIE: *Retribution Reconsidered*. Boston Dordrecht: Kluwert, 1992, pp. 61 ss.

MURPHY, JEFFRIE: “Kant’s Theory of criminal punishment”, en MURPHY, JEFFRIE: *Retribution, Justice, and Therapie*. Boston Dordrecht: Kluwer, 1979, pp. 82-92.

MURPHY, JEFFRIE: “Marxism and retribution”, en MURPHY, JEFFRIE: *Retribution, Justice, and Therapie*. Boston Dordrecht: Kluwert, 1979, pp. 93-115.

MURPHY, JEFFRIE: *Retribution Reconsidered*. Boston Dordrecht: Kluwert, 1992.

MURPHY, JEFFRIE: “Retributivism, moral education, and the liberal state”, en MURPHY, JEFFRIE: *Retribution Reconsidered*. Boston, Dordrecht: Kluwert, 1992, pp. 15 ss.

MURPHY, JEFFRIE: “Why have Criminal Law at all?”, en MURPHY, JEFFRIE: *Retribution Reconsidered*. Boston Dordrecht: Kluwert, 1992, pp. 1 ss.

MÜSSIG, BERND: “Derecho penal del enemigo: Concepto fatídico y presagio. Algunas tesis”, en CANCIO MELIÁ, MANUEL y CARLOS GÓMEZ-JARA: *Derecho penal del enemigo*. Montevideo, Buenos Aires: BdF, 2006, vol. 2, pp. 371-390.

NEDELSKY, JENNIFER: “Communities of Judgment and Human Rights”, en *Theoretical Inquiries in Law*, 1 (2000).

NOZICK, ROBERT: *Philosophical Explanations*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.

PAWLIK, MICHAEL: *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*. Berlin: Dunc-ker & Humblot, 2004.

RAWLS, JOHN: *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1971.

ROBINSON, PAUL: “Fair Notice and fair adjudication: Two kinds of legality”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 154 (2005), pp. 335 ss.

ROXIN, CLAUS: “Sentido y límites de la pena estatal”, en ROXIN, CLAUS: *Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid: Reus, 1976, pp. 11-36.

SCHEFFLER, SAMUEL: “Justice and desert in liberal theory”, en *California Law Review*, 88 (2000), pp. 965 ss.

SEARLE, JOHN: “A taxonomy of illocutionary acts”, en SEARLE, JOHN: *Expression and Meaning*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, pp. 1 ss.

SEARLE, JOHN: *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: *La expansión del Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1999.

STRAWSON, P.S.: *Libertad y resentimiento*. Barcelona: Piados, 1995.

TUNICK, MARK: *Punishment. Theory and Practice*. Berkeley: University of California Press, 1992.

WALDRON, JEREMY: "Lex Talionis", en *Arizona Law Review*, 34 (1992), pp. 25 ss.

WALZER, MICHAEL: *Las esferas de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

WALZER, MICHAEL: *Obligations: Essays on Disobedience, War, and Citizenship*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

WITTGENSTEIN, LUDWIG: *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1984.