

DERECHO PENAL

La pena como retribución primera parte: La retribución como teoría de la pena

La pena como retribución, Segunda parte: La retribución como teoría del Derecho penal

*La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina:
notas para la construcción de una modesta utopía*

Algunas consideraciones sobre el castigo. Una perspectiva desde la sociología

LA PENA COMO RETRIBUCIÓN

Primera parte:

La retribución como teoría de la pena

*Juan Pablo Mañalich R.**

En el discurso de la teoría penal contemporánea, la tesis de que la justificación de (la imposición de) la pena sólo puede descansar en un principio de prevención constituye un auténtico lugar común. La tesis alternativa, esto es, la defensa de una justificación retribucionista de la pena, suele ser considerada incompatible con una definición secular del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. El propósito de este trabajo es proveer una defensa de una concepción retribucionista de la pena, cuya asunción definitiva tendría que determinar una inversión de la orientación dominante de la política criminal contemporánea. El argumento a desarrollar pretende contextualizar la defensa de una teoría retribucionista en el marco del discurso de la filosofía de la pena. En esta primera parte, se ofrece una descripción de la posición de la teoría retribucionista en el marco de la discusión sobre la justificación moral de la pena estatal. El artículo enfatiza la incompatibilidad que debe reconocerse entre una justificación utilitarista de la pena y la exigencia de culpabilidad del sancionado, a partir de lo cual se reconstruye el argumento a favor de una fundamentación puramente retributiva.

* 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 TENSIÓN ENTRE ESTRUCTURA Y FUNCIÓN

Parece poco controversial la afirmación de que, en una medida importante, la pregunta por la definición más general del Derecho penal no puede responderse sino por la vía de una respuesta a la pregunta por la definición de la pena. Esta constatación no supone, empero, una determinación del punto de vista desde el cual esa respuesta puede ser elaborada. A este respecto, la disyuntiva se plantea entre la adopción de una perspectiva estructural y la adopción de una perspectiva funcional. Esto significa que la cuestión de la definición de la pena, y consiguientemente, del Derecho penal, puede presentarse como una cuestión de estructura o una cuestión de función.

El desarrollo de esta consideración puede emprenderse a partir de la sugerencia, hecha por MICHAEL S. MOORE, de que en la reflexión acerca de la diferenciación de áreas del Derecho los problemas que han de ser analizados son, fundamentalmente, dos: en primer lugar, un problema propiamente ontológico, constituido por la pregunta acerca de qué clase de cosa es una determinada área del Derecho; y en segundo lugar, un problema de individuación, en el sentido de la pregunta acerca de los criterios bajo los cuales es posible identificar a un área del Derecho frente a otras¹. Como el propio MOORE lo muestra, es crucial advertir la relación existente entre ambos problemas: la determinación de los criterios de individuación de un área del Derecho es dependiente de la determinación de los criterios que definen qué cuenta como un área del Derecho².

Según MOORE, la solución del problema ontológico puede obtenerse a partir de la observación de que en general es posible reconocer tres clases de clases de cosas, a saber, clases naturales, clases nominales y clases funcionales³. Lo que es propio de una clase natural es que las cosas de esa clase comparten una naturaleza que determina lo que son. Esta naturaleza es típicamente una cierta composición estructural: así por ejemplo, de acuerdo con la mejor teoría disponible, que algo pertenezca a la clase “oro” se sigue de que el objeto presente cierta composición atómica. Frente a las clases naturales, una clase es nominal en tanto lo que agrupa a los miembros de la clase no es más que un nombre usado para hacer referencia a las instancias de esa clase, la cual, de este modo, es convencionalmente constituida. Por último, una clase es funcional en la medida en que sus instancias sí comparten, a diferencia de las instancias de una clase nominal, una naturaleza común, pero ésta, a diferencia de lo que corresponde a las clases naturales, no está determinada por una cierta propiedad estructural, sino por el desempeño de una función.

Lo importante es la posibilidad de reconocer la existencia de un área del Derecho concibiéndola como una clase de determinada clase. Así, puede haber ciertas áreas del

1 MICHAEL, MOORE: *Placing Blame*, 1997, p. 19.

2 *Ibíd.* p. 22.

3 *Ibíd.* pp. 19-20.

derecho que preferentemente admitan ser entendidas como clases funcionales, en el sentido de que lo que las distingue es la realización de una determinada función: por ejemplo, identificando el área del Derecho de la responsabilidad civil extra-contractual en atención al desempeño de una función de justicia correctiva⁴. En la determinación de otras áreas del Derecho, en cambio, lo decisivo parece ser el uso arbitrario de una etiqueta para definir su alcance. Según MOORE, éste sería el caso del Derecho administrativo en la cultura jurídica angloamericana⁵. Finalmente, también sería posible identificar algunas áreas del derecho recurriendo a un criterio estructural, por ejemplo, atendiendo a la disponibilidad de alguna forma de consecuencia jurídica o de medida jurídica determinada, por ejemplo, de sanciones coercitivas. Esto último supondría determinar esa área del Derecho en cuestión como una clase (cuasi-)natural, esto es, definida por cierta estructura común a sus instancias⁶.

En relación con la determinación de la clase “derecho penal”, MOORE da cuenta de que en principio sería plausible postular su categorización como una clase de cualquiera de las tres clases. Concebir el Derecho penal como una clase (meramente) nominal implicaría entender que aquello que cuenta como esa área del Derecho depende exclusivamente de una convención lingüística⁷. Mucho más generalizada, sin embargo, se encontraría una concepción del Derecho penal como una clase (cuasi-)natural, esto es, definida por una cierta propiedad estructural, a saber, la disponibilidad de una forma determinada de sanción, que típicamente consiste en la privación o afectación de algunos bienes personales fundamentales (vida, la libertad ambulatoria, etc.)⁸. Lo crucial es advertir que, sobre esta base, la determinación de la función del Derecho penal aparece como dependiente de la identificación de una característica estructural: sólo después de que la determinación de qué cuenta como Derecho penal ha tenido lugar apuntando a una forma paradigmática de consecuencia jurídica (la sanción coercitiva consistente en la privación de determinados bienes personales), se plantea la pregunta por la función que esa área del Derecho, así configurada, puede desempeñar. La respuesta, según MOORE, tiende a consistir entonces en una conjunción de funciones de prevención, justicia retributiva (y eventualmente, también de justicia distributiva)⁹.

4 Ibid. p. 20.

5 Ibid. p. 21. La calificación es importante, porque MOORE no pretende embarcarse en un proyecto de *general jurisprudence*, sino sólo de *particular jurisprudence*, esto es, de teoría jurídica referida al derecho de un determinado sistema o cultura jurídica: ibíd. pp. 18-19.

6 Ibid. p. 21.

7 Ibid. p. 23. Es obvio que, en todo caso, el uso de la expresión “Derecho penal” para designar esa área del Derecho descansa en una convención lingüística. La tesis de la clase nominal, empero, supone un convencionalismo no sólo referido a la selección de esa expresión, sino también a la determinación de la extensión del objeto por ella designado.

8 Ibid.

9 Ibid. p. 24.

La objeción primordial a que se enfrenta una concepción del Derecho penal centrada en esa característica estructural consiste en lo poco inteligible que resulta la pregunta acerca de qué cuenta como pena si no se presupone una respuesta previa a la pregunta de por qué se imponen penas. ¿Cómo diferenciar el cobro de un impuesto de la imposición de una multa si no es atendiendo al propósito punitivo de ésta que no se da en aquél? Si esa consideración estructural presupone una toma de posición (previa) acerca de la función desempeñada por el área del Derecho así identificada, ésta resulta ser, en definitiva, una clase funcional¹⁰. Lo que entonces se plantea es la determinación de la función cuyo desempeño hace posible establecer qué cuenta como (parte del) Derecho penal.

2. DEFINICIÓN DE “PENA” vs. JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

Determinar la función que cabe atribuir a la sanción penal es el objeto de disputa tradicional entre las diferentes teorías de la justificación de la pena. En esta discusión, empero, no es posible prescindir completamente de algunas características estructurales que parecen asociadas, al menos en un estadio de precomprensión, a la noción de pena. De este modo, la discusión ha de entenderse sujeta a un constreñimiento de equilibrio reflexivo, en el sentido de que en cierto punto ha de ser posible que el objeto de atribución funcional, a pesar de su denominación, ya no cuente como pena.¹¹ Como se verá, esto último puede constituirse en un punto de apoyo importante para una teoría retribucionista.

a) ¿Neutralidad de la definición?

Al efecto, considérese la definición estipulativa de “pena” ofrecida por KINDHÄUSER: por “pena” habría que entender “la irrogación de un mal como expresión de desaprobación por un comportamiento previo defectuoso”¹². El problema de este planteamiento radica en que el mismo parece conllevar una concepción del Derecho penal como clase nominal. Si esta definición del término “pena” no resultara satisfecha por una determinada consecuencia jurídica fijada en una norma de sanción, entonces ésta no podría constituir una pena, independientemente de la función que pudiera atribuírsele. Un planteamiento tal se encontraría expuesto a la objeción de representar lo que HART llamó un *definitional stop* en la discusión acerca de los propósitos que guían el ejercicio de la práctica punitiva¹³. Partir de una definición de “pena”, tal que necesariamente

10 Ibid. p. 25.

11 Para esta noción de equilibrio reflexivo, JOHN, RAWLS. *A Theory of Justice*, 1971, pp. 46-53.

12 KINDHÄUSER, URS: “Personalität, Schuld und Vergeltung”, 1989, p. 493. El mismo planteamiento se encuentra en KINDHÄUSER, URS: *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 153-160.

13 HART, H.L.A.: “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, 1968, p. 5. Sobre esto también PAWLIK, MICHAEL: *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 16-17.

resultan excluidas por ella una o más teorías que pretenden ser teorías de la pena no constituiría más que una gran petición de principio.

La objeción resulta concluyente en tanto la definición de “pena” se presente como una determinación del significado de la palabra “pena”. Pero es posible sugerir una comprensión distinta del sentido de esa definición. Ésta puede entenderse no como la demarcación de las propiedades semánticas del término “pena” (al modo, por ejemplo, del positivismo lógico, en el sentido de una identificación del conjunto de condiciones necesarias y suficientes para que algo sea denotado por ese término), sino como una determinación preliminar de los elementos que intuitivamente, en un estadio prerreflexivo, parecen estar asociados a la *institución* de la pena, de modo tal que esta determinación preliminar pueda ser eventualmente refutada por una definición post-reflexiva. Si alguna teoría de la pena resulta descartada por esa definición, la cuestión a resolver es si, en un ejercicio de equilibrio reflexivo, es posible modificar o suprimir la cláusula de la definición que resulta incompatible con la teoría en cuestión sin que se venga abajo nuestra precomprensión mínima acerca de lo que cuenta como una pena. La estrategia argumentativa a seguir, por ende, tiene que ser propiamente holista: la definición de pena ha de resultar coherente con un conjunto amplio de proposiciones (tenidas justificadamente por) verdaderas acerca de la configuración de la práctica punitiva.

b) Implicaciones sustantivas de la definición

La definición ofrecida por KINDHÄUSER admite ser descompuesta en tres elementos: la pena sería (1) la irrogación coercitiva de un mal (2) que expresa desaprobación (3) por una conducta previa defectuosa. Cualquier teoría de la justificación de la pena, ya sea una teoría retribucionista o una teoría prevencionista, ya sea una teoría de la prevención especial o una teoría de la prevención general, parece resistir el enfrentamiento al primer elemento de la definición: para cualquiera de estas teorías, la pena presenta la propiedad de consistir en la irrogación de un mal para quien sufre su imposición. Esto se explica por cuanto, en el marco de esa definición, este elemento contiene la referencia a una característica primariamente estructural, y no funcional, de lo que cabe entender por “pena”; la irrogación de un mal se corresponde con la particular forma de consecuencia jurídica que tradicionalmente se entiende como pena. El segundo y el tercer elemento, en cambio, contienen referencias a propiedades que, de atribuirse en definitiva a la institución de la pena, necesariamente restringen el abanico de funciones susceptibles de ser atribuidas a ella. Que el sentido de la irrogación del mal sea la expresión de desaprobación, y que el objeto de la desaprobación sea un comportamiento (previo) defectuoso, parecen volver imposible que una teoría puramente prevencionista pueda servir para justificar la institución de la pena así definida, lo cual, empero, de acuerdo a la objeción del *definitional stop*, podría resultar desfavorable para la definición en cuestión. Resolver esto último, sin embargo, requiere algunas precisiones ulteriores.

Tras ofrecer la definición ya consignada, KINDHÄUSER propone y desarrolla algunos criterios de legitimación de la pena que harían inviable una teoría de la prevención

especial. La premisa está constituida por la proposición de que la legitimidad de la pena, que es la consecuencia jurídica establecida en una norma de sanción, en todo caso presupone la legitimidad de la norma de comportamiento reforzada mediante esa norma de sanción¹⁴. Piénsese, por ejemplo, en la prohibición, dirigida a todo sujeto, de matar a otro ser humano (nacido) como la norma de comportamiento en cuestión, y en la habilitación, dirigida al juez, de la imposición de una determinada pena de privación de libertad como consecuencia de la comisión de un homicidio como la correspondiente norma de sanción. Lo que legitima a una norma de comportamiento, cuyo quebrantamiento constituye el antecedente de aplicación de la respectiva norma de sanción, es la protección de un bien jurídico, entendido como la característica de un ser humano, de una cosa o de una institución que es merecedora de protección bajo un principio de coexistencia de libertad ventajosa para todos¹⁵.

Aquí no interesa considerar (todavía) las implicaciones de este criterio de legitimación de las normas de comportamiento reforzadas punitivamente, sino sólo indagar en la relación entre la legitimidad de la norma de comportamiento y la norma de sanción correspondiente, que es aquella norma que confiere la habilitación para imponer la sanción por la realización imputable de una conducta prohibida por la norma de comportamiento. La razón por la cual se hace necesario el reforzamiento de (algunas) normas de comportamiento con normas de sanción radica, según KINDHÄUSER, en la inestabilidad del seguimiento de aquéllas: puede ser individualmente ventajoso el quebrantamiento de una norma cuya observancia generalizada es ventajosa para todos; pero si cada uno de los destinatarios de la norma la quebranta, desaparece la ventaja que para todos tiene el hecho de que la norma sea observada, de modo que la situación resultante es peor que aquella en la cual la norma es observada por todos¹⁶. Dada esta falta de seguridad que cada destinatario de la norma puede tener acerca del seguimiento de la norma por parte de los demás, el reforzamiento de la norma mediante una norma de sanción desempeñaría la función de imponer su reconocimiento como vinculante, lo cual en principio resulta legítimo, en tanto aceptable para todos¹⁷.

Sobre esta base, KINDHÄUSER mantiene que una teoría de la prevención especial, en términos de re-socialización, ha de resultar excluida del catálogo de propuestas justificadoras plausibles. Esto, porque en la medida en que para todo sujeto puede resultar individualmente ventajoso el quebrantamiento de la norma de comportamiento, la evitación de éste no puede constituir un fin educativo específicamente referido al autor del delito, pues entonces éste sólo ha actuado como cualquier agente estratégicamente racional actuaría¹⁸.

14 KINDHÄUSER, URS: "Personalität, Schuld und Vergeltung", 1989, p. 494.

15 *Ibíd.* p. 496.

16 *Ibíd.*

17 *Ibíd.* p. 497.

18 *Ibíd.*

Lo que aquí interesa, sin embargo, es mostrar que la clase de teoría que KINDHÄUSER de este modo descarta no es, en sus propios términos, una teoría *puramente* preventivo-especial. Pues la teoría a que KINDHÄUSER hace referencia es una teoría que sí resiste la *definición* de pena por él propuesta, aunque no es congruente con una de las *razones* que justificarían el reforzamiento punitivo de normas de comportamiento. En otras palabras, la teoría preventivo-especial que KINDHÄUSER critica es una teoría de la prevención especial que no pone en cuestión su estipulación sobre el significado de “pena”, o sea, una teoría que, *prima facie*, resulta compatible con que la imposición de la pena exprese desaprobación por un comportamiento previo defectuoso. Una teoría tal es una teoría que parece compatible con la exigencia de culpabilidad como condición de la pena, esto es, que puede reconocer el principio de culpabilidad como un límite que ha de observarse al momento de la imposición de la pena. Una teoría que, por el contrario, ofreciera una justificación preventivo-especial de la pena no sujeta al constreñimiento del principio de culpabilidad no sería una teoría de la justificación de la “pena”, tal como ésta ha sido definida por KINDHÄUSER.

Algo similar cabe decir respecto de la observación de KINDHÄUSER de la objeción tradicionalmente dirigida a la teoría de la prevención general negativa. La objeción tradicional en contra de esta concepción se encuentra en que ella no excluiría la posibilidad de que la imposición de la pena recaiga sobre un sujeto no culpable. KINDHÄUSER afirma que una objeción tal es incorrecta, puesto que de lo que aquí se trata es, en todo caso, de una teoría (de la justificación) de la *pena*, cuya imposición está condicionada, según la definición preliminar, por la verificación de un comportamiento previo defectuoso¹⁹. Si se trata de una teoría de justificación de la pena, tal como ésta ha sido definida por estipulación, la teoría de la prevención general ha de ser una teoría que respete el límite constituido por la exigencia de culpabilidad del sancionado²⁰.

Es notable la pertinencia de la advertencia acerca del *definitional stop* a este respecto. HART da cuenta de que un abuso de la definición del término “pena” (*punishment*) típicamente se encuentra, precisamente, en algunas respuestas a la objeción de que una teoría puramente prevencionista no excluiría la posibilidad de que pueda imponerse una pena a un sujeto no culpable; la respuesta consistiría en que la teoría prevencionista que afirmara la imposición de la pena a un no-culpable ya no sería una teoría de la justificación de la *pena*²¹. Según HART, esta respuesta no sólo dejaría insatisfecho al objeto retribucionista, sino que sobre todo deja oculta la cuestión cuyo análisis resulta más importante, a saber, la cuestión del estatus racional y moral de nuestra preferencia

19 *Ibíd.* p. 498.

20 La razón principal por la cual, de acuerdo con KINDHÄUSER, una teoría de la prevención general negativa ha de ser rechazada es que la orientación de la conminación y la imposición de la pena a la intimidación puede desconocer la relación interna que debe mantenerse entre la medida de la pena y el peso de la norma quebrantada, además de que ella difícilmente puede dar cuenta del sentido reprobatorio que se atribuye a la pena: *ibíd.* pp. 498-499.

21 HART, H.L.A.: “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, 1968, pp. 5-6.

por un sistema punitivo bajo el cual la imposición de medidas coercitivas sólo tenga lugar respecto de individuos responsables por la comisión de un delito²².

La tesis de que una teoría ha de necesariamente respetar la exigencia de culpabilidad como condición de la imposición de la pena para ser una teoría de la “pena” se ve expuesta, por ende, a la objeción del *definitional stop*. Para salvar esta objeción, lo que hay que desarrollar es la tesis de que la definición del término “pena” ofrecida por KINDHÄUSER presupone una teoría de la justificación de la pena, y que ésta es la teoría correcta. La definición que resulta incompatible con una teoría que niegue la exigencia de culpabilidad como condición de la imposición de la pena es correcta, pero no porque el debate acerca de la mejor definición del término “pena” haya concluido con la enunciación de esa definición, sino porque esa definición es el producto de la teoría correcta acerca de la justificación de la institución de la pena.

c) El mapa del problema

Las consideraciones anteriores hacen posible organizar la discusión del siguiente modo²³. En términos generales, el debate acerca de la justificación de la pena tiene lugar en un espacio dominado por dos principios de justificación alternativos: el de prevención y el de retribución. Una primera distinción que cabe trazar entre las distintas teorías de la justificación de la pena atiende a si uno de estos principios es defendido como el único principio de justificación de la pena, o si en cambio se defiende alguna combinación de ambos. De ahí que puedan diferenciarse teorías *monistas* y teorías *pluralistas* de la justificación de la pena. Al interior del conjunto de teorías monistas es posible diferenciar, propiamente, teorías retribucionistas y teorías prevencionistas, según si la imposición de la pena es justificada en términos retrospectivos, entendiendo que la pena es una reacción en sí misma correcta y justa frente al comportamiento previo defectuoso (retribución), o bien en términos prospectivos, atendiendo a la evitación de la comisión de delitos futuros (prevención). Al interior del conjunto de teorías pluralistas, por otra parte, es posible diferenciar teorías que mantienen que el principio que justifica la imposición de la pena es uno de prevención, el cual resulta limitado por el principio de retribución, frente a teorías que mantienen que la relación es la inversa, o sea, que el principio justificador es el de retribución, mientras que el principio limitador es el de prevención. De acuerdo con la primera variante de teoría pluralista o combinatoria, la pena habría de imponerse *en virtud de* sus consecuencias preventivas favorables, *siempre que* ello respete la exigencia de culpabilidad del sujeto sancionado; de acuerdo con la segunda variante, en cambio, la pena habría de imponerse *en virtud de* su prestación retributiva, *siempre que* ella también resulte preventivamente indicada. Como MOORE lo reconoce, hay un sentido importante en que ambas variantes de teoría pluralista o mixta puedan ser reducidas a una sola: frente a la pregunta de

22 Ibid.

23 Para lo que sigue, con algunos matices, MOORE, MICHAEL: 1997, pp. 91-94.

si debe imponerse sanción penal a una persona, una y otra teoría proponen el mismo tratamiento para todos los casos, de modo que las diferenciaría sería la motivación subyacente a la defensa de una y otra²⁴.

A continuación se presentará el argumento de que las teorías monistas de la prevención especial y de la prevención general son incorrectas, lo cual habla a favor de una definición de “pena” como la de KINDHÄUSER, que las hace inviables. Sólo después se indagará en las implicaciones de esta definición que tendrían que conducir a defender una versión de teoría monista de la retribución frente a los intentos de combinación de criterios preventivos y retributivos que se encuentran en las teorías pluralistas.

3. LA JUSTIFICACIÓN PREVENCIÓNISTA DE LA PENA

a) ¿Se puede castigar a un inocente?

En términos generales, toda teoría prevenciónista de la pena ofrece una justificación de ésta que descansa en una moral utilitarista: la imposición de la pena se justifica si, y sólo si, el mal constituido por la imposición de la pena es sobrepasado, en términos agregados, por el bien de la prevención de la comisión de delitos futuros, ya sea por el propio individuo penado, en el sentido de una teoría de la prevención especial, ya sea por cualquier individuo, en el sentido de una teoría de la prevención general. Bajo el principio de utilidad, que define como moralmente correctas a aquellas acciones cuyas consecuencias producen un incremento neto de utilidad (más allá de cómo esto pueda determinarse), la decisión de imponer una sanción a un sujeto al cual no puede atribuirse la realización culpable de la conducta conminada con esa sanción se justificaría en tanto este costo individual resultara compensado por la obtención de mayor bienestar agregado. En principio, bajo la sola consideración del principio de utilidad, la imposición de la pena a un sujeto inocente puede considerarse una externalidad negativa de la decisión punitiva preventivamente justificada²⁵.

Esta indagación en las consecuencias de una teoría puramente prevenciónista de la pena suele resultar en una objeción a esa clase de teorías. La fuerza de la objeción se encuentra en la incompatibilidad de esa teoría con el juicio moral de que un individuo no puede sufrir la imposición de una sanción de la cual no es merecedor. La objeción

24 *Ibíd.* p. 94.

25 Uno de los pocos utilitaristas que ha estado dispuesto a abrazar dicha posibilidad es SMART. SMART, J.J.C.: “An outline of a system of utilitarian ethics”, 1973, pp. 67-73. Según MOORE, esto ha llevado a que en el glosario de términos construidos sobre la base de nombres de filósofos, elaborado por DANIEL DENNETT, el verbo “to outsmart” aparezca definido como “abrazar la conclusión del argumento de *reductio ad absurdum* del oponente”, así como en “pensaban que me tenían pero fui más listo que ellos [I outsmarted them]. Concedí que a veces es justo colgar a un hombre inocente”. MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, p. 95.

puede presentarse, siguiendo a MOORE, bajo la forma de un argumento de reducción al absurdo²⁶. La premisa mayor del argumento consiste en la proposición, definitoria de una teoría prevencionista de la pena, de que ésta ha de ser impuesta si, y sólo si, ello produce una ganancia social neta. La segunda premisa está constituida por la proposición de que en el caso particular la punición de un inocente produciría una ganancia social neta. La tercera premisa reproduce el juicio moral conflictivo, que señala que la pena no debería imponerse a un individuo que no es culpable. La conjunción de las tres premisas produciría, entonces, una conclusión contradictoria: la pena debería y no debería imponerse.

b) Utilitarismo de la regla

MOORE reconoce tres posibilidades de evitar esta conclusión absurda. La primera sería renunciar a la premisa que expresa el juicio moral de que un inocente no puede ser sancionado. El carácter concluyente del juicio moral en contra, sin embargo, tendría que excluir la plausibilidad de esta posibilidad. La segunda posibilidad de defensa de una teoría utilitarista frente a la *reductio* parece mucho más plausible, y se corresponde con una apelación a la distinción entre dos formas de utilitarismo, a saber, un utilitarismo extremo o utilitarismo de la acción, por una parte, y un utilitarismo restringido o utilitarismo de la regla, por otra²⁷. El argumento consiste en ofrecer una versión de la teoría utilitarista con arreglo a la cual el principio de utilidad pueda entenderse como el criterio de justificación de la *práctica* punitiva como tal, pero no como el criterio de justificación de una *acción particular* de punición efectuada en el marco de esa práctica.

La exposición más célebre de este argumento se encuentra en una temprana contribución de JOHN RAWLS²⁸. Tras constatar que apenas se formula la pregunta acerca de la justificación de la pena aparecen dos concepciones contrapuestas, la retribucionista y la utilitarista, RAWLS sugiere que uno y otro principio aparecen comprometidos en niveles distintos: mientras que el principio de utilidad es pertinente para la justificación de la práctica del castigo, el principio de retribución es pertinente para la justificación de actos particulares de punición efectuados al interior de esa práctica justificada de modo utilitarista²⁹. La importancia de la tesis de RAWLS, empero, radica en que ella no pretende defender alguna versión de teoría pluralista que combina dos principios contrapuestos, sino que mantiene que la pertinencia de las exigencias retributivas al momento de la imposición de la pena en el caso particular resulta de la propia configuración de la práctica sobre la base del principio de utilidad, en la medida en que éste

26 Ibid. pp. 94-95.

27 HOERSTER, NORBERT: "Ética utilitarista y generalización", 1975, pp. 50 ss. Acerca de la aplicación de esta distinción para el problema de la justificación de la pena, BAURMANN, MICHAEL: *Zweckrationalität und Strafrecht*, 1987, pp. 202 ss.

28 RAWLS, JOHN: "Two concepts of rules", 1955, pp. 3 ss.

29 Ibid. pp. 5, 9-10.

sea enunciado como referido a la justificación de una práctica que, por alguna razón, no reproduce esta justificación en cada una de sus operaciones. La razón por la cual las acciones particulares que caen bajo esa práctica no han de ser justificadas (directamente) por el principio que justifica la práctica sería el mismo principio de utilidad. De ahí que pueda hablarse de utilitarismo *restringido*: la aplicación del principio de utilidad es restringida por el propio principio de utilidad.

Así, una práctica punitiva institucionalizada que estuviese diseñada de modo tal que, al menos en determinadas circunstancias, los funcionarios que la administran tuvieran discreción para poder imponer penas a individuos que no son culpables, resultaría ser una práctica que difícilmente podría ser justificada por el principio de utilidad. Las personas expuestas a caer bajo la práctica tendrían buenas razones para temer ser punidas a pesar de no ser culpables de delito alguno, eventualmente desarrollarían un sentimiento compasivo hacia los individuos de hecho sancionados, etc. La institución no sería funcional a la consecución de un propósito preventivo³⁰. Por eso, es razonable suponer que el principio de utilidad exige que la práctica sea diseñada de modo que sólo pueda imponerse pena a un culpable, sin que la decisión particular acerca de si un individuo ha de sufrir la imposición de la pena pueda resolverse, entonces, invocando directamente el principio de utilidad. Lo que esto muestra, tal como el propio RAWLS lo enfatiza, es que la distinción entre la justificación de la práctica y la justificación de acciones particulares realizadas al interior de esa práctica presupone una concepción de las reglas que definen la forma de operar al interior de esa práctica como reglas *constitutivas*, esto es, como reglas que constituyen una forma de actividad (en este caso, la punición) que no puede tener lugar a menos que esas reglas sean seguidas³¹. El principio de utilidad determinaría cuáles son las reglas que constituyen la práctica; la regla de que sólo puede ser punido un culpable, entonces, sería una regla de la práctica justificada por el principio de utilidad.

Independientemente de sus méritos estéticos, esta defensa de una teoría utilitarista de la pena ha de enfrentar la objeción de que ella sólo desplaza el punto en el cual se presenta la incompatibilidad entre la primera y la tercera premisa del argumento de la reducción al absurdo. Así, suponiendo que haya algún riesgo de que la población detecte la punición de un inocente y, por ende, algún riesgo de desmoralización que deba ser internalizado en el balance de beneficios y costos totales, esto no obsta a que de hecho puedan presentarse casos en que la utilidad de la punición de un inocente de todas formas fuere positiva (esto es, descontando de los beneficios así conseguidos

30 *Ibíd.* pp. 11-2. Un punto de vista similar se encuentra en PAUL, ROBINSON y JOHN DARLEY: "The Utility of Desert", 1997 pp. 453 ss. ROBINSON, PAUL: "Why Does the Criminal Law Care What the Layperson Thinks is Just: Coercive versus Normative Crime Control", 2000, pp. 1839 ss.

31 RAWLS, JOHN: "Two Concepts of Rules", 1955, pp. 24-29. Sobre esta noción de reglas constitutivas, SEARLE, JOHN: *Speech Acts*, 1969, pp. 33-42; SEARLE, JOHN: *The Construction of the Social Reality*, 1995, pp. 43-51.

los costos de desmoralización, desconfianza, etc.)³². Como HART observa, negar en un caso tal la punición del inocente sería inconsistente con el principio de utilidad, de modo tal que si esa punición ha de rechazarse, ello sólo puede fundarse en un principio independiente³³. Si, en la terminología de RAWLS, una de las reglas que define qué cuenta como operación de la práctica punitiva no puede mirarse, al menos no en todo caso, como una consecuencia del principio de utilidad, entonces debe admitirse la pertinencia de un criterio de justificación alternativo.

La única posibilidad remanente para evitar el absurdo de la conclusión consiste en abandonar el principio de utilidad como único criterio de justificación de la pena. O sea, habría que admitir que la justificación de la pena está condicionada por un principio que no es reducible al principio de utilidad, a saber, un principio de justificación retrospectiva. Que este criterio de justificación pueda ser definido propiamente como un principio de retribución, sin embargo, no es algo que pueda darse por sentado. Que la exigencia de culpabilidad conlleve una fundamentación retributiva de la justificación de la pena supone entender esa exigencia como una condición necesaria y suficiente para la imposición de la pena. Es el caso, no obstante, que las variantes más significativas de lo que puede considerarse una teoría pluralista o combinatoria de la justificación de la pena entienden que la exigencia de culpabilidad sólo designa una condición necesaria, pero no suficiente, para la imposición de la pena, pues ésta en todo caso requeriría la satisfacción de una exigencia de necesidad preventiva. Lo que es distintivo de una teoría retribucionista, por ende, es que en ella la culpabilidad desempeña una función bilateral, en el sentido de que la culpabilidad es condición necesaria y suficiente para la imposición de la pena. Una teoría mixta sólo atribuye a la culpabilidad el estatus de condición necesaria de la imposición de la pena, asignándole sólo una función unilateral³⁴.

c) ¿Prevención y culpabilidad como principios compatibles?

En el marco de la teoría penal anglosajona, una teoría combinatoria de este tipo ha sido defendida, célebremente, por HERBERT HART. La premisa de la cual parte el argumento de HART consiste en la tesis de que resulta imposible producir una justificación de la pena que sea moralmente aceptable a menos que uno distinga dos cuestiones involucradas: por una parte, la cuestión del objetivo general que cabe atribuir a la práctica punitiva; por otra, la cuestión de la distribución legítima de la imposición de la pena

32 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, p. 97.

33 HART, H.L.A.: "Prolegomenon to the principles of Punishment", 1968, p. 12. Para una objeción similar al utilitarismo de la regla, SMART, J.J.C.: "An outline of a system of utilitarian ethics", 1973, pp. 10-2, 42-57; ATRIA, FERNANDO: *On Law and Legal Reasoning*, 2001, pp. 127-129.

34 Así en ROXIN, CLAUDIUS: "Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad", 1981, p. 187. En términos análogos, MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 88-89.

en un caso particular³⁵. Esto parece evocar la concepción de RAWLS, que, como se recordará, también descansa en la diferenciación entre la justificación de la práctica (punitiva) y la justificación de un acto (de punición) particular al interior de esa práctica.

A diferencia de RAWLS, sin embargo, para HART resulta ineludible reconocer que un mismo principio, independiente de cómo se lo modele, no puede ofrecer la solución a ambas cuestiones. Así, según HART, debe aceptarse que en la producción de una justificación aceptable de la institución de la pena han de entrar en juego dos principios contrapuestos: el principio de utilidad, que determina el objetivo general de la práctica, y el principio de retribución, que constituye un criterio de justicia de la distribución de la imposición individual de la pena³⁶. De este modo, el principio de retribución no constituiría un criterio positivo de justificación de la pena, pues ésta sólo puede entenderse legítima en tanto se orienta a la obtención de consecuencias sociales beneficiosas, sino sólo un criterio negativo de legitimidad de su imposición en el caso particular: el principio de retribución designa un criterio de distribución del costo asociado a la producción de esas consecuencias sociales beneficiosas, en el sentido de que sólo aquél que es culpable de un delito puede ser coaccionado a tolerar la “internalización” de ese costo. De esto se sigue que, en el marco de la teoría de HART, la exigencia de culpabilidad sólo designa una condición necesaria, pero no suficiente, para la justificación de la (imposición de la) pena. Por eso, la teoría de HART no es, propiamente, retribucionista.

En el contexto de la teoría penal alemana, un punto de vista coincidente con el de HART se encuentra en la denominada “teoría dialéctica de la unión” defendida por CLAUS ROXIN³⁷. Al igual que HART, ROXIN parte de la observación de que en la elaboración de una teoría aceptable de la justificación de la pena han de combinarse exigencias impuestas por principios contrapuestos. Por esto, la teoría de ROXIN es una teoría de la combinación o unión de principios diferentes, cuya relación, sin embargo, es construida en términos de un juego de sucesivas restricciones recíprocas, o sea, como una relación dialéctica³⁸. Así, ROXIN entiende que hay que distinguir tres momentos en que, de manera distinta, para el Estado aparece la pregunta por la justificación de la pena: el momento de la conminación legal de la pena, el momento de su imposición y medición, y el momento de su ejecución.

En el momento de la conminación legal de la pena, se trata de la pregunta por las razones que debe ofrecer el legislador para justificar la decisión de fijar una exigencia de conducta reforzada por una amenaza de pena. En este nivel, según ROXIN, la justificación sólo puede concebirse en términos de prevención general orientada a

35 HART, H.L.A.: “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, 1968, pp. 4-5.

36 *Ibíd.* pp. 9-11.

37 ROXIN, CLAUS: “Sentido y límites de la pena estatal”, 1976, pp. 11-36.

38 *Ibíd.* p. 34.

la protección de bienes jurídicos³⁹. En el nivel de la imposición y medición judicial de la pena, si bien cabe reconocer un reforzamiento del efecto preventivo general de la pena, tanto en términos de una confirmación de la seriedad de la amenaza estatal (= prevención general negativa) como en términos de un reforzamiento simbólico de la norma quebrantada (= prevención general positiva), estas consideraciones se ven enfrentadas al límite impuesto por el principio de culpabilidad, que exige que la pena impuesta sea merecida por el sujeto condenado⁴⁰. Sólo de esta manera, según ROXIN, una teoría que subordina la imposición de la pena a fines de prevención puede salvar la objeción kantiana, esto es, la objeción que apunta a que si la pena se impone por razones de prevención el individuo que la sufre es degradado a la condición de cosa, siendo sustraído del “reino de los fines”, que es el dominio de la personalidad⁴¹. La pena se impone porque es preventivamente útil, pero ello queda condicionado por la exigencia de que el sujeto sea culpable y de que el cuántum de la pena a imponer no sobrepase la medida de su culpabilidad.

En el nivel de la ejecución de la pena, finalmente, ROXIN reconoce la justificación de medidas que puedan conllevar la supresión o la modificación de las condiciones de cumplimiento de la pena impuesta (por ej., a través de una libertad condicional) en tanto ellas resulten indicadas por razones de prevención especial, esto es, en atención a la maximización de las posibilidades de readaptación social del condenado, sin perjuicio de que en todo caso haya que reconocer, a su vez, una limitación a la aplicación de estas medidas, constituida por una salvaguarda mínima de la finalidad preventivo-general de la pena⁴². Así, aun de no haber consideraciones de prevención especial que justifiquen el cumplimiento efectivo de la pena impuesta (típicamente, una pena privativa de libertad), éste ha de mantenerse si su modificación conlleva una erosión de la confianza general en el sistema jurídico, es decir, una merma de su función de prevención general.

Lo crucial es advertir la correspondencia entre los planteamientos de HART y ROXIN. Lo que resulta común a ambos es la tesis de que la exigencia de culpabilidad ha de condicionar la imposición de la pena sin que por ello la culpabilidad pueda ser entendida como el fundamento positivo de la imposición de la pena. La implicación fundamental de una tesis como ésta se encuentra asociada a la posibilidad de que en un caso particular, por más improbable que éste sea, pudiese darse una situación en que no hubiera necesidad de pena por razones de prevención, satisfaciéndose empero las condiciones de la culpabilidad y, por ende, del merecimiento de pena. Una tesis que entiende que la culpabilidad no puede fundamentar positivamente la imposición de la pena tendría que afirmar que en tal situación no ha de imponerse la pena. La pregunta que cabe plantear

39 *Ibíd.* pp. 20-24.

40 *Ibíd.* pp. 27-31.

41 *Ibíd.* pp. 28-29.

42 *Ibíd.* pp. 31-33.

entonces, nuevamente, aparece vinculada a la exigencia metodológica del equilibrio reflexivo: ¿es esa solución compatible con nuestras intuiciones morales básicas acerca de la institución de la pena?

d) Incompatibilidad entre prevención y culpabilidad

Sobre la base de un nuevo experimento mental, MOORE sostiene que la respuesta a esta última pregunta es negativa, lo cual constituiría una razón para rechazar una teoría combinatoria o “mixta” de la justificación de la pena⁴³. La clase de experimento mental que MOORE sugiere se asemeja al conocido caso hipotético usado por KANT para mostrar el carácter incondicional (= categórico) de la exigencia de justicia retributiva. MOORE propone imaginar un caso en que ninguna razón de utilidad pudiera ser aducida en apoyo de la imposición de la pena, por ejemplo, porque el asesino ha encontrado a Jesucristo y ya no resulta peligroso, por lo cual no habría argumentos de prevención especial a favor de la pena, así como porque el delito ha pasado inadvertido de manera que ninguna consideración de prevención general habla a favor de la misma⁴⁴. Pero MOORE también propone la siguiente variación de un caso real en que se trataba de un sujeto al cual se imputaba delitos de violencia sexual y robo: imagine Ud. que tras los hechos, pero antes de pronunciarse la sentencia, el acusado sufre un accidente que socava las bases fisiológicas de sus deseos sexuales e impulsos agresivos, de manera tal que él ya no representa un peligro por la posibilidad de delitos de violación futuros; además, imagine que el acusado recibe una herencia millonaria que vuelve completamente improbable que él vuelva a cometer un delito contra la propiedad en el futuro; por último, imagine que resulta posible fingir que el sujeto es sancionado sin que de hecho lo sea, para que así se satisfaga cualquier necesidad de prevención general que pudiera venir en consideración⁴⁵.

La conclusión tendría que ser, conforme con una teoría mixta o combinatoria de justificación de la pena, que el sujeto no debería ser sancionado. MOORE entiende, no obstante, que ello desafía el juicio moral que frente a tales casos parecemos formarnos, en el sentido de que el sujeto sí debería ser sancionado. Esto conduciría a un nuevo argumento de reducción al absurdo, cuya premisa mayor corresponda a la proposición, que recoge la tesis de una teoría combinatoria como la de HART y ROXIN, de que la pena sólo puede ser legítimamente impuesta si de ese modo se obtiene un beneficio social neto dentro de la medida de merecimiento del penado; cuya segunda premisa consista en la proposición de que en un caso tal la imposición de la pena no produciría un beneficio social neto; en cuya tercera premisa se recoja el juicio moral de que el sujeto sí debe ser sancionado, y cuya conclusión consista en que, por lo tanto, la pena

43 MOORE, MICHAEL: 1997, pp. 97-102.

44 *Ibíd.*, p. 99.

45 *Ibíd.*, pp. 100-101.

debe y no debe ser impuesta⁴⁶. A menos que se esté dispuesto a renunciar al juicio de que en tales casos (por más improbables que éstos sean) la imposición de la pena es correcta, la única posibilidad de evitar la conclusión contradictoria sería renunciar a la teoría combinatoria o pluralista⁴⁷.

Es importante que MOORE dé cuenta de que en defensa de una teoría combinatoria de la justificación de la pena todavía pudiese esgrimirse un argumento. Éste apuntaría a la introducción de un criterio de justicia formal, con arreglo al cual, aun cuando en casos como los propuestos la imposición de la pena no resulta preventivamente indicada, ello no obsta a que un beneficio social neto sí se siga de la punición en otros casos similares en que sí se dan las necesidades de prevención aquí faltantes, lo cual, combinado con la observancia de un requerimiento de igual justicia, exigiría que el culpable en aquellos casos también sea sancionado⁴⁸. Como sostiene MOORE, sin embargo, en un argumento como éste necesariamente se ha introducido, de manera subrepticia, una premisa retribucionista. La igualdad exige que los casos iguales sean tratados de igual modo, pero todo el problema consiste en determinar cuáles son las propiedades moralmente relevantes que dos o más casos han de compartir para que sean iguales. Ciertamente, la necesidad preventiva de pena no es una propiedad compartida por las dos clases de casos aquí considerados. La única propiedad común a ambas clases de casos es el merecimiento de pena de los sujetos de cuya punición se trata⁴⁹. Juzgar las dos clases de casos como iguales presupone la identificación del merecimiento de pena por culpabilidad como la única propiedad moralmente relevante.

Que bajo una teoría pluralista o combinatoria se hace imposible evitar el carácter contradictorio de la conclusión acerca de si debe imponerse pena en tales casos, se explica porque la suposición fundamental que subyace a esa teoría, a saber, la suposición de que los criterios legitimantes pueden ser combinados, es falsa: una teoría de la unión necesariamente culmina en una neutralización recíproca entre los propósitos preventivos y el sentido retributivo de la imposición de la pena⁵⁰.

4. LA IMPOSICIÓN DE LA PENA COMO ACTO EXPRESIVO

Hasta el momento, la conclusión parece ser que una teoría que fundamente la legitimidad de la imposición de la pena, ya sea total o parcialmente, en consideraciones de prevención de delitos futuros no puede satisfacer algunas intuiciones morales importantes acerca de las condiciones bajo las cuales resulta correcta la imposición de una

46 *Ibíd.* p. 101.

47 *Ibíd.*

48 *Ibíd.* p. 102.

49 *Ibíd.*

50 JAKOBS, GÜNTHER: *Sobre la teoría de la pena*, 1998, pp. 12-13.

pena a alguien. Esto, a su vez, parece dejar en buen pie las posibilidades de éxito de una teoría retribucionista. La definición de “pena” que debía ser sometida a examen incluye una cláusula que designa un elemento de expresión de desaprobación. Para la defensa de una versión refinada de una teoría retribucionista de la justificación de la pena, la clarificación de este elemento resulta ser una cuestión crucial.

a) **La función expresiva de la pena**

La afirmación de que la noción de pena necesariamente incorpora una dimensión expresiva ha sido mantenida, en el contexto de la filosofía penal angloamericana, por JOEL FEINBERG⁵¹. La constatación inicial del argumento de FEINBERG consiste en que las definiciones tradicionales de *punishment* han tendido a poner el énfasis en la irrogación del mal que conlleva la imposición de la pena, que FEINBERG denomina *hard treatment*. Esto, sin embargo, volvería imposible dar cuenta de la distinción entre lo que puede entenderse propiamente como *punishment*, por una parte, y lo que puede entenderse como *penalty*, por otra⁵². La caracterización precisa y adecuada de lo que cabe entender por *penalties*, de modo de poder diferenciar a éstas de las formas de reacción propiamente punitivas, en todo caso, no resulta fácil. Así, FEINBERG afirma que si bien en algunos casos las *penalties* admiten ser descritas como tasas que condicionan una licencia para realizar alguna actividad y que son aplicadas retroactivamente, en muchos otros casos ello no es posible; en estos casos, las *penalties* serían sanciones propiamente tales, aunque esto no sería suficiente para entenderlas como sanciones punitivas⁵³. Lo crucial a este respecto es el reconocimiento de que lo único que hace posible diferenciar a éstas de aquéllas es una referencia a una característica funcional, por más similitudes que quepa reconocer desde el punto de vista de sus rasgos estructurales.

Lo distintivo de las sanciones punitivas, por ende, es una determinada propiedad funcional. FEINBERG mantiene que la marca distintivamente punitiva de algunas sanciones está constituida por una función expresiva: la pena sería un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, así como de juicios de desaprobación y reprobación, ya sea a nombre de la propia autoridad sancionadora o a nombre de aquellos en cuyo nombre la pena es impuesta⁵⁴. En principio, resulta posible diferenciar analíticamente este elemento expresivo del elemento de irrogación de un mal para determinar el peso de cada uno en la definición de lo que cabe entender por *punishment*. El punto está, sin embargo, en que a pesar de esta posibilidad de diferenciación analítica, esto es, a pesar de que es conceptualmente posible la existencia de formas de expresión de esas actitudes y juicios que no conlleven la irrogación de *hard treatment*, así como es conceptualmente posible la existencia de formas de irrogación de

51 FEINBERG, JOEL: “The expressive function of punishment”, 1970, pp. 95-118.

52 *Ibíd.* pp. 95-96.

53 *Ibíd.* p. 97.

54 *Ibíd.* p. 98.

hard treatment que no conlleven esa carga expresiva, es el caso que lo usual sea que la irrogación misma del mal desempeñe la función de expresar reproche y desaprobación, lo cual equivale a decir que ciertas formas de irrogación de mal se han convertido en símbolos inequívocos de reprobación⁵⁵.

Esta observación de FEINBERG resulta decisiva, pues ella contiene una validación implícita de la concepción del Derecho penal como clase funcional. Que la irrogación del mal constituya el modo de expresión de ciertas actitudes y juicios implica una subordinación de la estructura a la función. Esto se mostraría, por ejemplo, en la consolidación de la idea, en el contexto del Derecho penal angloamericano, de que respecto de formas de punibilidad por responsabilidad estricta ha de estar excluida la posibilidad de penas de presidio, dado que contemporáneamente éstas constituyen el modo de expresión de reprobación pública por antonomasia, lo cual estaría fuera de lugar tratándose de delitos de responsabilidad estricta, esto es, delitos cuya configuración no exige la satisfacción de los criterios generales de imputación subjetiva⁵⁶.

La prioridad de la función expresiva frente a la característica estructural del *hard treatment* todavía no puede ser vista, sin embargo, como una redefinición pragmática de una fundamentación retributiva de la pena. Pues la dimensión expresiva de la pena parece susceptible de ser cooptada por alguna versión de una teoría prevencionista que fuese compatible con un tal “giro pragmático”. En la concepción del propio FEINBERG parece haber un flanco abierto para una interpretación prevencionista de la dimensión expresiva de la pena. Esto, porque FEINBERG entiende que identificar esa función expresiva de la sanción propiamente punitiva puede plantear la pregunta acerca de su relación con los distintos “propósitos generales” que tradicionalmente son asignados a la pena, así como puede contribuir a identificar otros propósitos, que generalmente son dejados de lado, los cuales inequívocamente presuponen esa función expresiva⁵⁷. Dentro de los primeros, FEINBERG menciona la intimidación general, la reforma y la rehabilitación del condenado. Dentro de los segundos, el desconocimiento autoritativo de actos por parte del Estado, la manifestación simbólica de que ciertas conductas no son toleradas, la vindicación del Derecho y la absolución de otros sujetos de algún modo involucrados en los hechos juzgados.

El problema fundamental que con esto se suscita es que tales consideraciones admiten ser entendidas en términos de que la imposición de la pena, con su correspondiente carga expresiva, sería un medio para la materialización de tales efectos. Es esto lo que lleva a MOORE a sostener que las teorías de la función expresiva o *denunciation* no representan más que una variante más de teoría utilitarista de la justificación de la pena.

55 *Ibíd.* pp. 99-100.

56 *Ibíd.* p. 111.

57 *Ibíd.* pp. 101-105.

La pena se justificaría como un *medio para* la obtención de tales propósitos, aunque estos no estén reducidos a la prevención de delitos⁵⁸.

b) ¿Prevención general positiva?

Algo similar cabe decir de lo que en el actual discurso de la teoría penal de influencia preponderantemente alemana se conoce como prevención general positiva, cuyo exponente más representativo es GÜNTHER JAKOBS. En la formulación original de la teoría de JAKOBS, por prevención general positiva se entiende el efecto comunicativo que tiene la imposición de la pena, a saber, el restablecimiento de la vigencia de la norma quebrantada por el delito⁵⁹. Aplicando la noción, desarrollada en el marco de la sociología sistémica de LUHMANN, de que las normas jurídicas pueden ser descritas como expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente, esto es, expectativas mantenidas a pesar del hecho de su frustración, esta versión de la teoría de la prevención general positiva concibe la imposición de la pena como un acto expresivo cuyo sentido es la confirmación de la vigencia de la norma quebrantada, o en términos un poco más esotéricos, la confirmación de la identidad normativa de la sociedad.

Esta consideración tiene importancia en tanto ella se corresponde de modo bastante preciso con la caracterización crítica que MOORE hace de una de las dos variantes de teoría expresiva de la pena. Si bien una primera clase de teoría expresiva entendería que el objetivo que se persigue con la expresión de la condena social mediante la pena es la educación de los ciudadanos en cuanto al carácter incorrecto de las conductas que el Derecho penal sanciona, de manera que ésta sería una variante propiamente prevencionista de teoría expresiva, cabe reconocer una segunda variante, que mantendría que la función de la *denunciation* sería contribuir al mantenimiento de la cohesión social⁶⁰. En la medida en que la conservación de la cohesión social representa un estado de cosas valioso cuya obtención justificaría la imposición de la pena, esta variante de teoría expresiva, a pesar de no ser prevencionista, sí sería utilitarista, en el sentido de que lo que justifica la punición no es su valor intrínseco, sino sólo su valor instrumental⁶¹.

Que la teoría jakobsiana de la prevención general positiva pueda caracterizarse como utilitarista, empero, constituye una cuestión sumamente difícil de establecer, sobretudo atendiendo al giro posterior que el propio JAKOBS le diera en dirección hegeliana⁶².

58 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 84-85, 91-92.

59 JAKOBS, GÜNTHER: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1991, pp. 5-14.

60 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 84-85.

61 *Ibíd.* p. 92.

62 JAKOBS, GÜNTHER: *Sobre la teoría de la pena*, 1998. Sobre esto también PAWLIK, MICHAEL: *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 62-65. Es importante dar cuenta de que recientemente JAKOBS ha vuelto a introducir una variación relevante en su concepción de la función de la pena estatal. JAKOBS, GÜNTHER: *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, donde el énfasis aparece puesto, en contraste con su formulación

Manteniendo la tesis de que la función de la pena es la “confirmación de la realidad de las normas”, JAKOBS sugiere que siguiendo esta concepción a partir de cierto punto deja de ser acertado hablar de un *fin* de la pena⁶³. JAKOBS afirma que la concepción de la pena como confirmación de la configuración normativa de la sociedad ciertamente se acerca bastante a la concepción identificada con la teoría de la prevención general positiva, según la cual la prestación específica que se realiza con la imposición de la pena es la confirmación de que la norma quebrantada sigue rigiendo como un esquema de orientación correcto, esto es, que la confianza en la norma es lo correcto⁶⁴. Sin embargo, esta caracterización de la prevención general positiva resultaría, bajo la concepción posterior de JAKOBS, demasiado “psicologizante”, en tanto la referencia a la confianza en la vigencia de la norma parecería encerrar una referencia a estados mentales de la generalidad de los individuos que pueden orientar su comportamiento con arreglo a esa norma. Si ha de conservarse la expresión de “prevención general positiva”, agrega JAKOBS, el término “general” tendría que entenderse referido a que es lo *general*, o sea, la configuración de la comunicación que constituye a la sociedad, lo que resulta garantizado a través de la pena, mientras que el término “prevención” no ha de leerse como connotando un determinado efecto que se pretenda obtener a través de la pena, sino en el sentido de que la pena “como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma”⁶⁵.

Esta teoría inequívocamente concede prioridad a la dimensión expresiva de la pena por sobre el hecho bruto de la irrogación de un mal. De hecho, JAKOBS se plantea la pregunta acerca de si es necesario que la comunicación operada con la imposición de la pena como “marginalización del significado del hecho” se materialice, de hecho, en la irrogación de un mal al autor del delito. La respuesta de JAKOBS consiste en que, así como el hecho delictivo mismo no sólo es objetivado en el plano simbólico de su significado, sino también en el “mundo externo”, la marginalización de ese significado a través de una mera declaración simbólica (o sea, lo que quedaría de la pena si se prescindiera de la irrogación de un mal) padecería un déficit de objetivación en comparación con el hecho que ha de ser negado, de modo que “también la reacción frente al hecho [objetivado en el mundo externo] debe suponer una configuración definitiva”⁶⁶. Y JAKOBS agrega que esto nada tiene que ver con la orientación de la pena hacia algún efecto de intimidación o educación, sino sólo de contraponer la “realidad de la norma” al hecho de su quebrantamiento⁶⁷.

precedente, en la facticidad de la pena referida a la salvaguarda cognitiva de la vigencia de la norma. Al respecto SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: “Del Derecho abstracto al Derecho ‘real’”, 2006, pp. 377 ss.

63 JAKOBS, GÜNTHER: *Sobre la teoría de la pena*, p. 15. En el mismo sentido, Heiko, Lesch: *La función de la pena*, 1999, p. 50.

64 JAKOBS, GÜNTHER: *Sobre la teoría de la pena*, p. 32.

65 *Ibíd.* p. 33.

66 *Ibíd.* p. 25.

67 *Ibíd.*

c) El sentido del quebrantamiento de la norma

La objeción fundamental que cabe oponer a una teoría que entiende que la dimensión expresiva de la pena se encuentra referida a la confirmación de la identidad o configuración normativa de la sociedad se concentra precisamente en la suposición que a esta concepción subyace, a saber, la suposición de que el hecho punible, esto es, el quebrantamiento de la norma, haya de ser interpretado como un mensaje en el sentido de que la sociedad co-constituida por la norma quebrantada “no debe ser”. Si el comportamiento punible constituye un quebrantamiento de la norma, lo es en el sentido de que ese comportamiento expresa una falta de reconocimiento del carácter vinculante de la norma: el autor del hecho punible expresa, a través de su comportamiento, una falta de reconocimiento de la norma como una razón eficaz para la acción. Pero esto no equivale a una toma de posición contraria a la existencia de la sociedad cuya configuración depende, entre otras cosas, de la vigencia de esa norma. Antes bien, es posible sugerir una redefinición del sentido expresivo del hecho punible conducente a la sugerencia más bien contraria de que lo que el autor del delito hace es aprovecharse injustamente de las ventajas que la coordinación social a través de normas asegura para todos. Ese aprovechamiento injusto de las condiciones generales ventajosas puede justificar, bajo condiciones que aún deben ser establecidas, un reproche de culpabilidad. Si éste es el caso, la pena retributiva podría ser entendida como la materialización de ese reproche. Esto puede conducir a sentar las bases de una teoría expresivo-retribucionista de la justificación de la pena.

5. EXPRESIÓN DE REPROCHE POR EL QUEBRANTAMIENTO DE UNA NORMA LEGÍTIMA

a) Legitimidad de las normas de comportamiento

Una de las implicaciones más significativas de una teoría retribucionista de la justificación de la pena está constituida por el énfasis que ella hace en la exigencia de la legitimidad de las normas de comportamiento cuya contravención culpable da lugar a la punición. Si la norma de comportamiento no es una norma legítima, su quebrantamiento no puede justificar reproche alguno ni, por ello, conllevar punición legítima alguna. Esta proposición es explícitamente afirmada por MOORE, según el cual una teoría retribucionista de la pena necesariamente exige que las normas de comportamiento que prohíben aquellas formas de conducta cuya realización culpable condiciona la imposición de la pena sean legítimas, o sea, que prohíban formas de conducta incorrecta⁶⁸. MOORE constata, empero, que esto supone contradecir una intuición prevaleciente acerca de esta clase de teorías, a saber, la intuición de que la teoría retribucionista tendría como

68 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, p. 70.

objeto de referencia la posición y el desempeño del adjudicador, pero no la posición ni el desempeño del legislador.

Esta idea, por más generalizada que se encuentre, es errónea. En la medida en que el juicio de merecimiento que gobierna la imposición de la pena retributiva está condicionado tanto por la antinormatividad del comportamiento como por la responsabilidad del sujeto por ese comportamiento, una teoría retribucionista de la pena conlleva exigencias para el legislador en cuanto a la definición de las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento ha de conllevar un reproche penal⁶⁹. Ciertamente, esto no implica que la función de las normas que definen formas de comportamiento incorrecto se reduzca a establecer estándares de evaluación de comportamientos para determinar su merecimiento de pena. Antes bien, las normas funcionan como directivas, esto es, como razones para la acción, para la evitación intencional de tales formas de comportamiento. Pues de lo contrario habría que decir que la razón por la cual se establecen normas que protegen la propiedad sería posibilitar la punición del ladrón. Esto muestra, según RAWLS, que el concepto de merecimiento moral es secundario frente a los conceptos de Derechos y justicia⁷⁰. El punto está en que al tratarse de un concepto secundario, su aplicación se encuentra subordinada a la satisfacción de algunos criterios derivados de los conceptos primarios correspondientes. Volviendo a la terminología del Derecho penal: el juicio de merecimiento de pena no puede dissociarse de aquellos estándares que definen qué comportamiento es justo y qué comportamiento injusto; y estos estándares son las normas que prohíben las formas de comportamiento cuya realización imputable constituye delito.

Acerca de esta implicancia de una teoría retribucionista se volverá más abajo. Lo que en este punto interesa es la posibilidad de identificar algunos criterios preliminares para analizar las condiciones de la legitimidad de las normas de comportamiento y la justificación de un reproche penal por su quebrantamiento. En principio, la única razón por la cual una norma puede ser considerada justa es que su seguimiento asegure ventajas para cada uno de sus destinatarios. Desde el punto de vista de la justicia como imparcialidad, una norma es justa en tanto su observancia es ventajosa para todos⁷¹. Este criterio de legitimación de normas de comportamiento puede ser designado, siguiendo nuevamente a KINDHÄUSER, como principio de estricta universalización, que asegura la compatibilidad de la libertad de uno con la libertad de cada uno de los demás⁷².

69 *Ibíd.* p. 71.

70 RAWLS, JOHN: *A Theory of Justice*, 1971, p. 313.

71 *Ibíd.* p. 11-17.

72 KINDHÄUSER, URS: "Personalität, Schuld und Vergeltung", 1989, p. 494.

b) Culpabilidad como falta de reciprocidad

A pesar de que las normas que satisfacen esta exigencia de universalización pueden ser aceptadas por cualquiera de sus destinatarios como una razón vinculante para la acción, su justicia no obsta a su inestabilidad. Como ya se indicó, KINDHÄUSER remarca el hecho de que toda norma de comportamiento es necesariamente inestable desde el punto de vista de su seguimiento, en la medida en que si sus destinatarios se comportan de modo estratégicamente racional, para cada uno de ellos puede resultar individualmente ventajoso su incumplimiento⁷³. KINDHÄUSER ilustra el punto recurriendo al bien conocido dilema del prisionero, que muestra cómo en situaciones de falta de coordinación de la conducta individual de dos sujetos, la decisión estratégicamente racional para cada uno en un escenario de incertidumbre acerca de cómo actuará el otro necesariamente produce un resultado menos eficiente que el resultado que podría haber sido obtenido si la decisión hubiese tenido lugar en circunstancias diferentes⁷⁴. La confianza de *ego* en cuanto a que *alter* no incumplirá la norma es condición necesaria para que *ego* sea racional su cumplimiento.

El sujeto que no reconoce como vinculante una norma cuyo cumplimiento generalizado es beneficioso para todos, incluido él mismo, se aprovecha de la confianza depositada *ex ante* en él como persona moral por parte de los demás.⁷⁵ O sea, ese sujeto se posiciona como un *free rider* frente a aquellos con quienes se produce el reconocimiento recíproco de agencia moral. Puesto que el sujeto que actúa sin reconocer la norma como una razón para la acción pretende beneficiarse unilateralmente del cumplimiento generalizado de la norma, KINDHÄUSER afirma que lo que su comportamiento manifiesta es una falta de *sentido de la justicia*⁷⁶, en la medida en que, como RAWLS lo sugiere, una de las manifestaciones del sentido de la justicia de una persona se encuentra, precisamente, en la aceptación de instituciones justas con cuya vigencia ella y los demás se benefician⁷⁷.

Sobre esta base, el reproche de culpabilidad puede ser visto como un reproche por una falla personal que muestra una falta de sentido de la justicia, de modo tal que ese reproche se expresa en la irrogación del mal en que se materializa la imposición de la pena. La pena, de este modo, resulta justificada como pena retributiva, pero su justificación no es absoluta, en el sentido de las teorías retribucionistas tradicionales, sino relativa⁷⁸, en el sentido que la pena expresa el reproche por un abuso unilateral de la confianza cuya reciprocidad es indispensable para la estabilidad de las normas de com-

73 *Ibíd.* 496.

74 *Ibíd.* 496-7.

75 *Ibíd.* 503-4.

76 *Ibíd.* 501-2.

77 RAWLS, JOHN: *A Theory of Justice*, 1971, p. 474.

78 KINDHÄUSER, URS: "Personalität, Schuld und Vergeltung", 1989, p. 504.

portamiento cuyo seguimiento posibilita la coexistencia de iguales espacios de libertad. Que la imposición de la pena pueda reforzar las inhibiciones morales de ciudadanos que muestran fidelidad al Derecho, sólo puede derivarse de su rol de expresión juicios reprobatorios acerca de determinadas conductas⁷⁹.

6. RETRIBUCIÓN, CULPABILIDAD Y DETERMINISMO

a) Determinismo y libertad de voluntad

Una de los argumentos que ROXIN ofrece a favor de su tesis de que la culpabilidad sólo puede constituir un límite a la imposición de la pena, no su fundamento, consiste en que la posibilidad de culpabilidad humana presupondría “la libertad de voluntad (el libre albedrío)”, cuya existencia, “como conceden incluso los partidarios de la idea de retribución, es indemostrable”⁸⁰. O sea, puesto que la indeterminación del comportamiento humano no parecer científicamente plausible, la noción de culpabilidad no podría invocarse como fundamento de la imposición de la pena. Si la culpabilidad es una ficción, dice ROXIN, una concepción retributiva de la pena ofrecería una justificación ficticia de ésta. Por eso, sólo sería posible una justificación de la pena que descanse, positivamente, en la noción de prevención, y que sólo recurra a la ficción de la culpabilidad para restringir la imposición preventivamente orientada de la pena⁸¹. La premisa del argumento de ROXIN entraña la tesis de que si la tesis del determinismo es correcta, la noción de libertad de voluntad que parece implicada en la idea de culpabilidad resultaría infundada. Pero esta asunción es incorrecta: la verdad del determinismo no obsta a la libertad de voluntad.

La pregunta es, entonces, cómo puede la libertad de voluntad ser afirmada incluso bajo la asunción de una concepción determinista del comportamiento humano. Esta proposición constituye el núcleo de lo que en la filosofía de la mente se conoce como *compatibilismo*⁸². Asumiendo que la libertad de acción y la libertad de decisión presuponen la existencia de alternativas⁸³, lo que una tesis compatibilista tiene que afirmar es que el hecho de que el comportamiento efectivamente realizado por el agente haya estado causalmente determinado no obsta a que sea verdad que el agente podría haber actuado y decidido actuar de modo diferente. La versión más célebre de esta tesis compatibilista,

79 HIRSCH, ANDREW VON: *Past or Future Crimes*, 1985, p. 51.

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

81 *Ibid.* p. 28.

82 SCHRÖDER, JÜRGEN: *Einführung in die Philosophie des Geistes*, 2004, p. 312.

83 Esta proposición no está exenta de controversia. La defensa más célebre de la tesis contraria se encuentra en FRANKFURT, HARRY: “Alternate possibilities and moral responsibility”, 1988. Para una discusión pormenorizada de este punto WIDERKER, DAVID y MICHAEL MACKENNA: *Moral Responsibility and Alternative Possibilities*, 2003.

en el nivel de la libertad de acción, fue defendida por G.E. MOORE, cuyo argumento se centra en la disponibilidad de dos interpretaciones divergentes de la cláusula “podría” que figura en esa proposición⁸⁴. Si “podría” en “podría haber actuado de otro modo” se interpreta como incondicional, entonces esta proposición no es compatible con la aseveración de que el comportamiento realizado se encontraba causalmente determinado. Pues si el comportamiento estaba causalmente determinado, la proposición de que el sujeto podría haber actuado de otra manera es falsa. Pero “podría” admite ser interpretado en un sentido distinto, esto es, como una cláusula condicional. En este sentido, “podría haber actuado de otro modo” puede interpretarse como “podría haber actuado de otro modo, si hubiese decidido actuar de otro modo”.

Bajo esta interpretación, que el comportamiento efectivamente realizado haya estado determinado resulta compatible con la afirmación de que el agente podría haber actuado de otro modo si hubiese decidido actuar de otro modo, pues de haber decidido actuar de otro modo las condiciones causalmente determinantes del comportamiento habrían sido diferentes. Esta defensa del compatibilismo en el nivel de la libertad de acción admite ser transferida al nivel de la libertad de voluntad, la cual, en los mismos términos, exigiría que el agente haya tenido una alternativa a la voluntad expresada en su decisión de ejecutar u omitir la acción en cuestión. Una interpretación compatibilista de la libertad de voluntad, entonces, tendría que atender a si el agente pudo haber decidido actuar de otro modo, de haber decidido decidir de otro modo.

La consideración fundamental a este respecto se encuentra en la idea de que la libertad de voluntad supone una capacidad de tomar decisiones, eficaces para la acción, de acuerdo a preferencias personales, que pueden ser reconducidas a preferencias más básicas, que son constitutivas de la propia identidad del agente. En la medida en que una acción esté determinada por condiciones que son internas a la identidad del agente, esa determinación del actuar puede ser reformulada como autodeterminación. Lo cual significa que la noción de libertad de voluntad no puede entenderse en términos de una falta de determinación causal del actuar. Si libertad de voluntad se entiende como autodeterminación, entonces la dicotomía relevante no es aquella que se da entre determinación e indeterminación, sino entre autonomía y heteronomía⁸⁵. Y bajo esta redefinición de libertad como autodeterminación, se vuelve claro que la indeterminación de un comportamiento no puede fundamentar libertad alguna, pues que un evento sea indeterminado no significa otra cosa que su ocurrencia es azarosa o fortuita. Esto contraviene la función del concepto de autonomía como un criterio de agencia. Pues

84 SCHRÖDER, JÜRGEN: *Einführung in die Philosophie des Geistes*, 2004, p. 313.

85 PAUEN, MICHAEL: *Illusion Freiheit?*, 2004, pp. 59 ss., 105 ss.; BIERI, PETER: *Das Handwerk der Freiheit*, 2001, pp. 21 ss., 81 ss., 230 ss. En términos análogos, BAURMANN, MICHAEL: *Zweckrationalität und Strafrecht*, 1987, pp. 74 ss. Fundamental para el desarrollo de esta concepción, DENNETT, DANIEL: *Freedom Evolves*, 2003, pp. 25 ss., 97 ss., 259 ss.; también MELE, ALFRED: *Autonomous Agents*, 1995, pp. 131 ss.

sólo es agente de un evento quien puede determinar, esto es, condicionar de modo contextualmente suficiente, la ocurrencia de ese evento.

Esta noción de libertad de voluntad, compatible con la verdad del determinismo, se encuentra reproducida en la concepción de HARRY FRANKFURT, que entiende la libertad de voluntad como la libertad de querer lo que se quiere querer⁸⁶. El punto de partida se encuentra en la tesis de que lo distintivo de la condición de persona es la capacidad de formarse voliciones de segundo orden, esto es, voliciones acerca de las voliciones con las que el agente puede actuar. Las voliciones de segundo orden constituyen una clase especial de deseos de segundo orden, y son aquéllas y no éstos lo que distingue a una persona como tal. Esto hace posible diferenciar a una persona de lo que FRANKFURT denomina un *wanton*, esto es, un individuo que aun pudiendo ser capaz de deliberar acerca de cómo hacer lo que quiere o desea hacer, tiene como característica esencial una indiferencia acerca de su propia voluntad⁸⁷. Si bien esto implica que lo genuinamente distintivo de ser persona se encuentra en la dimensión de lo volitivo, la estructura de la voluntad de una persona presupone su carácter racional: sólo en virtud de ciertas capacidades racionales una persona es capaz volverse críticamente consciente de su propia voluntad y de formarse voliciones de segundo orden⁸⁸.

b) Autonomía y responsabilidad

El ejercicio de la libertad de voluntad consiste, entonces, en asegurar la conformidad de la voluntad con las propias voliciones de segundo orden. La libertad de voluntad se ve afectada, por ende, cuando tiene lugar una discrepancia entre ciertas voliciones de segundo orden y la voluntad realizada en la acción, o bien cuando la congruencia entre ésta y aquéllas es puramente fortuita⁸⁹. Y como observa el propio FRANKFURT, esta concepción de la libertad de voluntad en modo alguno supone una defensa del indeterminismo. Según FRANKFURT, es perfectamente concebible que esté causalmente determinado que una persona sea libre de querer lo que quiere querer⁹⁰. Lo crucial es que en algún punto de la indagación en la cadena de condiciones causales se ha de alcanzar un punto en el cual las condiciones en cuestión aparecerán como constitutivas para la persona, en el sentido de que co-definen su propia identidad, lo cual rompe un posible regreso al infinito. Que sea difícil establecer qué preferencias cuentan como elementos definitorios de la identidad de una persona no implica que esas preferencias no existan⁹¹. Y en ese nivel, la pregunta por la posibilidad de una alternativa se

86 FRANKFURT, HARRY: "Freedom of the will and the concept of a person", 1988, p. 20.

87 *Ibíd.* pp. 16-17.

88 *Ibíd.* p. 17.

89 *Ibíd.* pp. 20-21.

90 *Ibíd.* p. 25.

91 En este sentido PAUEN, MICHAEL: *Illusion Freiheit?*, 2004, pp. 75 ss.

transforma en una pregunta por la posibilidad de que esa persona sea alguien distinto. Y esta pregunta carece de sentido, cuando de lo que se trata es de explicar las acciones y las decisiones de *esa* persona: la pregunta de si yo soy libre de mí mismo carece de sentido, porque entonces el pronombre “yo” carecería de objeto de referencia. Pues como sarcásticamente sugiere DENNETT: “If you make yourself really small, you can externalize virtually everything”⁹².

Que la acción humana está causalmente determinada no obsta, entonces, a su carácter de autónoma. Y si la noción de culpabilidad descansa en una capacidad personal de formarse y realizar intenciones de segundo orden, la verdad del determinismo no implica que el fundamento de la pena retributiva descansa en una ficción. Por lo demás, ésta es exactamente la conclusión que alcanza HART al analizar una posible objeción determinista, en el sentido del incompatibilismo, al reconocimiento de condiciones de excusa como criterios de exclusión de la responsabilidad penal. Si la determinación del comportamiento fuese incompatible con la autonomía del comportamiento, no tendría sentido reconocer una diferencia moral significativa entre la punición de un sujeto en quien se da una condición de excusa y la punición de un sujeto en quien ella no se da, en tanto por condiciones de excusa se entienda circunstancias en las cuales la acción aparece causalmente determinada⁹³. Pero si la tesis incompatibilista fuera correcta, esa concepción de las condiciones de excusa tendría que carecer de sentido, pues en sus propios términos todo sujeto debería ser siempre excusado, puesto que su comportamiento siempre estará causalmente determinado.

Esto sólo habla en contra de la concepción de las condiciones de excusas que conduce a esta conclusión⁹⁴. Lo distintivo de una condición de excusa no es que ella haga referencia al carácter causalmente determinado del comportamiento en cuestión, sino bien a una falta de capacidad personal para motivarse a formar una determinada decisión, o bien a la inexigibilidad de adoptar una determinada decisión bajo determinadas circunstancias. Y a este respecto es completamente irrelevante que toda decisión pueda ser explicada causalmente⁹⁵. La determinación causal no constituye, por ende, una categoría relevante en el contexto de la atribución de autonomía y responsabilidad personal.

92 DENNETT, DANIEL: *Freedom Evolves*, 2003, p. 122.

93 HART, H.L.A.: “Legal responsibility and Excuses”, 1968, pp. 28-53, 28-29.

94 Sobre esto, en detalle, MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 481-547.

95 HART, H.L.A.: “Legal responsibility and excuses”, 1968, pp. 44-48.

7. LA JUSTIFICACIÓN MORAL DE LA RETRIBUCIÓN

a) La neutralidad metaética del principio de retribución

Despejado el camino de una posible objeción incompatibilista a la fundamentación retributiva de la pena, puede emprenderse el análisis de la justificación del principio de retribución desde el punto de vista moral. A este respecto, puede ser oportuno volver sobre la estrategia de los experimentos mentales usada por MOORE. Los experimentos consistían en una apelación al juicio moral que parece contradecir la conclusión que tendría que inferirse a partir de la proposición de que la pena sólo puede imponerse si ella produce alguna consecuencia ulterior que es socialmente beneficiosa (la premisa mayor) y de la proposición de que en el caso imaginado la punición no conllevara la producción de consecuencia favorable alguna (la premisa menor), conclusión consistente en que en tal caso la punición debería ser negada. Puesto que esto contravendría nuestro juicio moral de que en tal caso el sujeto sí habría de ser sancionado, la única posibilidad de conservar ese juicio moral sería prescindiendo de la proposición expresada en la premisa mayor del argumento. De este modo, la punición del sujeto resultaría consistente con una concepción retribucionista de la función de la pena, de acuerdo con la cual el merecimiento constituye una razón suficiente para la punición.

La pregunta que entonces puede presentarse apunta a la validez de esta estrategia de justificación de una teoría retribucionista. ¿Por qué ha de concluirse que la teoría retribucionista es correcta por el solo hecho de que en un experimento mental como el propuesto nuestro juicio moral parezca consistente con la validez del principio de la retribución? Un argumento conceptual, concentrado en el análisis semántico de “pena”, como ya vimos, no puede estimarse pertinente, dado el vicio de *definitional stop* que encierra. Por eso, lo crucial es el esbozo de una justificación moral del principio de retribución. Una de las contribuciones más significativas de MOORE a este respecto consiste en su observación de que una justificación retribucionista de la pena no presupone, necesariamente, una matriz deontológica de teoría moral, como contrapuesta a una matriz teleológica o consecuencialista⁹⁶. Ésta última es una distinción cuyo estatus es el de la reflexión metaética, esto es, el de la reflexión acerca de las propiedades distintivas de los enunciados morales, independientemente de la clase de teoría moral sustantiva a la cual ellos puedan ser adscritos.

Lo distintivo de una concepción deontológica de la moral es la idea de que los enunciados morales, esto es, los enunciados que determinan las condiciones del carácter moralmente correcto de una acción, una decisión o una práctica, presuponen la identificación de normas categóricas que son relativas-al-agente, en el sentido de que esas normas

96 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 155-159. Para una formulación diferente de la posibilidad de un retribucionismo consecuencialista, TUNICK, MARK: *Punishment. Theory and Practice*, 1992, pp. 162-164.

obligan a sus destinatarios sin que sea pertinente la consideración de la maximización de su seguimiento en ocasiones distintas de aquélla en que actualmente la norma obliga⁹⁷. Lo distintivo de una concepción consecuencialista o teleológica de la moral, en cambio, es la idea de que el carácter moralmente correcto de una acción, una práctica, etc., es función exclusiva de la bondad de las consecuencias que ella produce⁹⁸. La cuestión que aquí interesa es que sería posible concebir una justificación retribucionista de la pena que descansa en una metaética consecuencialista. Bajo una concepción tal, lo que el principio de retribución exigiría es la maximización de la punición de aquellos que lo merecen, en tanto estado de cosas valioso⁹⁹. La justificación moral del principio de retribución, por ende, es neutral frente a la dicotomía deontología-teleología en la indagación metaética.

b) Holismo como estructura de justificación

La estrategia de justificación del principio de retribución que MOORE despliega, por otra parte, supone la adopción de un punto de vista coherentista u holista, lo cual a su vez supone negar que haya algo así como principios auto-evidentes que sirvan como fundamento último en la cadena de justificación moral. Si el principio de retribución no puede ser reducido a un principio más básico, ello de ninguna manera implica que el principio de retribución no requiera de justificación. La estrategia de MOORE consiste en justificar el principio de retribución a modo de una inferencia inductiva a partir de principios más concretos y juicios morales particulares, como aquellos que se reconocen en los experimentos mentales ya analizados¹⁰⁰, así como identificando algún principio más general del cual el principio de retribución pudiera ser inferido deductivamente. De lo que se trata es de ajustar el juicio moral particular en el marco total de un sistema de juicios y principios morales, algunos más generales y otros más particulares que aquél¹⁰¹.

En esto consiste, por lo demás, el modo de justificación moral que es distintivo de lo que RAWLS denomina “equilibrio reflexivo”, de acuerdo con el cual la justificación de un principio siempre requiere que éste sea examinado en el contexto global de una serie de otros principios generales y de juicios e intuiciones particulares, los cuales deben ir siendo modificados y ajustados entre sí hasta alcanzarse una situación, siempre provisional, de equilibrio, sin que ni a los primeros ni a los segundos corresponda un

97 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, p. 155.

98 También MACKIE, JOHN: *Ethics. Inventing Right and Wrong*, 1977, pp. 149-168.

99 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 157-158. Para una distinción correspondiente entre utilitarismo y consecuencialismo, en el sentido de que todo utilitarismo es consecuencialista, pero no todo consecuencialismo es utilitarista, WILLIAMS, BERNARD: “A critique of utilitarianism”, 1973, pp. 77-79, 82-93.

100 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 161-162.

101 *Ibíd.* pp. 49-55.

estatus preferencial en ese proceso de ajuste¹⁰². Por supuesto, mientras más concluyente parezca ser un juicio moral en cuestión, mayor será el peso de ese juicio en el proceso de ajuste, de modo que el principio que condiciona la legitimidad de la punición a la obtención de un efecto preventivo pueda ser abandonado. El peso de ese juicio, empero, no puede tenerse por establecido de antemano. Aquí es pertinente considerar dos objeciones que, según el propio MOORE, pueden ser dirigidas en contra de esta justificación holista del principio de retribución. Una apunta al supuesto carácter (viciosamente) circular del argumento, mientras que la otra, a su supuesta invalidez por depender de una inferencia hecha a partir de emociones.

La objeción relativa al carácter circular de la justificación puede construirse en términos de que el juicio particular que aparece como relevante en los experimentos mentales en cuestión, a partir del cual podría generalizarse el principio de retribución, tendría el mismo contenido que éste, o bien en términos de que en todo caso ese juicio particular ya es un juicio retributivo¹⁰³. En una y otra forma, no obstante, la objeción es inconducente. Ella presupone que la formulación del juicio particular, según el cual en un caso como el del experimento mental sí debería imponerse pena, a pesar de no haber necesidad preventiva, es equivalente a la formulación del principio de retribución. Esta presuposición es errada, sin embargo, pues el principio de retribución sólo es formulado como una abstracción de juicios morales particulares sobre la base de la identificación de una propiedad moralmente relevante que puede ser encontrada en cada uno de esos juicios particulares. Para que la objeción de una petición de principio fuese exitosa, los juicios morales particulares tendrían que enunciar algo así como “en tal caso el sujeto debe ser sancionado sólo porque lo merece”. Pero esa formulación sólo es alcanzada una vez que se ha inferido un principio general a partir de una serie de juicios particulares a través de los cuales se expresa que la punición se considera correcta en relación con el caso examinado. Lo que sugieren los casos como el del experimento mental es que la propiedad moralmente relevante identificada en cada caso es el merecimiento de pena, y no su indicación preventiva. Pero esto no es algo que esté presupuesto en la formulación de cada uno de los juicios particulares¹⁰⁴.

MOORE da cuenta de que entonces podría objetarse que la noción misma de merecimiento no designa más que la adecuación de la imposición una sanción retributiva, por lo cual de todas formas la justificación del principio de retribución resultaría circular. A esto MOORE replica que semejante reducción del significado de “merecimiento” equivaldría a definir “enfermedad” como una instancia adecuada para la intervención de un médico¹⁰⁵. La noción de merecimiento no es vacía, sino que, al menos en contextos de merecimiento de reproche, designa una conjunción de criterios de incorrección de

102 RAWLS, JOHN: *A Theory of Justice*, 1971, p. 48.

103 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 165-167.

104 *Ibíd.*

105 *Ibíd.* pp. 167-168.

formas de comportamiento (*wrongdoing*) y de responsabilidad personal (*culpability*). Que la satisfacción de estas condiciones de responsabilidad personal por formas de comportamiento incorrecto fundamente un juicio de merecimiento de pena, y que éstos a su vez sean suficientes para la justificación de la imposición de una pena, no es algo que esté siendo prejuzgado cada vez que alguien afirma, frente a un caso como el del experimento mental, que la punición resulta correcta¹⁰⁶.

Lo anterior es importante en tanto parece sugerir que el principio de retribución, además de ser inferido de juicios morales particulares, también resulta estar apoyado en un principio más general, del cual podría ser deductivamente inferido. Tal podría ser el estatus de un principio general de merecimiento¹⁰⁷. Se trata de un principio más general que el principio de retribución, puesto que el mismo no presupone que lo merecido sea necesariamente un reproche por un acto incorrecto; el principio de merecimiento también está implicado en la atribución de mérito por actos correctos¹⁰⁸. La relación entre este principio general de merecimiento y el principio de retribución es que, de acuerdo con este último, el merecimiento es condición necesaria y suficiente para la legitimidad de la imposición de la pena. En este punto, sin embargo, es crucial advertir la sensibilidad contextual del uso de esta noción de suficiencia. La tesis de que el merecimiento es condición suficiente para la imposición de la pena ha de entenderse en el sentido de que, entre todas aquellas condiciones que pueden ser vistas como posibles razones para la punición, el merecimiento es suficiente para su justificación. Esto ciertamente no implica que no haya otra clase de condiciones, distintas de aquellas que pueden constituir razones posibles para la punición, que efectivamente son necesarias, pero que en la discusión acerca de las razones admisibles para la punición pueden ser dadas por supuestas¹⁰⁹.

c) La función de las emociones en el razonamiento moral

Hasta este punto, el argumento de MOORE consiste en mostrar cómo a partir de juicios particulares podría ser inferido un principio general de retribución, el cual al mismo tiempo aparece como una concreción de un principio más general de merecimiento, sin que esa inferencia resulte viciada por una petición de principio. La objeción que todavía quedaría por enfrentar apunta a las bases emocionales de la formulación de esos juicios morales particulares. La objeción consiste en impugnar esta justificación del principio de retribución, dado el carácter emocional de su origen. Como el propio MOORE lo sugiere, la evaluación de esta objeción requiere de una clarificación de la relación que se da entre nuestras emociones y nuestros juicios morales¹¹⁰.

106 *Ibíd.*

107 *Ibíd.* pp. 170-171.

108 FEINBERG, JOEL: "Justice and personal desert", 1970, pp. 55-94.

109 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 173-174.

110 *Ibíd.* pp. 181-184.

Bajo una metaética emotivista, por ejemplo, el significado de un enunciado moral aparecería reducido a la expresión de ciertas emociones frente a una situación determinada. Es claro que, sin embargo, ésta no es la única forma posible de articular la relación entre enunciados morales y emociones. Bajo cualquier versión de una metaética cognitivista o racionalista, esto es, una concepción de acuerdo con la cual los enunciados morales pueden ser correctos o incorrectos (lo cual no equivale a que puedan ser verdaderos o falsos), su significado no puede estar determinado por la expresión de emociones. Pero esto no implica que las emociones sean irrelevantes para la identificación de juicios y principios morales. Antes bien, las emociones pueden tener una importante función heurística en la identificación de esos principios, o sea, pueden contribuir al descubrimiento de nuestros principios morales. Y contra lo que pudiera ser un lugar común, las emociones parecen presentar algunas características que apoyan su consideración como guía en la identificación de principios. Tanto en el hecho de que las emociones, tal como las creencias y otras actitudes proposicionales, tengan contenido intencional (esto es, puedan estar referidas a un objeto cuya existencia o inexistencia es independiente del portador de la actitud en cuestión), como en el hecho de que parezcan sujetas a ciertas leyes de proporcionalidad (pues de lo contrario sería imposible juzgar una determinada emoción como inapropiada o excesiva), se muestra que no es insensato hasta cierto punto confiar en las emociones para una identificación provisoria de principios morales con arreglo a los cuales evaluar nuestras acciones y prácticas¹¹¹.

Esta última descripción se ajusta a lo que se conoce como una teoría cognitiva de las emociones, de acuerdo con la cual las emociones presentan contenido cognitivo, en el sentido de que ellas admiten ser consideradas como correctas o incorrectas de acuerdo a parámetros de racionalidad¹¹². Una de las implicaciones del hallazgo del contenido cognitivo de las emociones es que éstas aparecen como susceptibles de control, de modo que cobra sentido la posibilidad de tener responsabilidad por las emociones que se tiene¹¹³.

Para dar cuenta de las emociones que pueden estar implicadas en la formulación de un juicio moral particular relevante para la inferencia del principio de retribución, puede ser conveniente, nuevamente siguiendo a MOORE, considerar la posibilidad de construir los experimentos mentales de dos maneras distintas, a saber, en perspectiva de tercera persona y en perspectiva de primera persona¹¹⁴. Si el experimento se formula en perspectiva de tercera persona, esto es, si el sujeto de cuya punición se trata es un tercero, la afirmación de ésta podría aparecer fundada en alguna variante de resentimiento o de lo que STRAWSON denomina una actitud reactiva, esto es, aquella clase de respuesta

111 *Ibíd.*

112 PILLSBURY, SAMUEL: "Emotional Justice: Moralizing the passions of criminal punishment", 1989, pp. 675 ss.

113 *Ibíd.* pp. 677-679.

114 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 163-5.

emocional a lo que otro hace que es congruente con su reconocimiento como un sujeto que toma parte en la comunicación entre personas, o esa, como un agente moral. Reprochar algo a alguien es, por lo mismo, incompatible con la adopción de una actitud objetivante, que supone ver al otro como un objeto de táctica social¹¹⁵.

Desde este punto de vista, el principio de retribución aparece como una instancia particular de un principio más general de respeto hacia otros, según el cual las personas han de ser respetadas por su capacidad de reconocer y llevar a cabo elecciones morales libres¹¹⁶. En el contexto de la punición, en el que se trata de la respuesta adecuada a un comportamiento prohibido o incorrecto por el cual se es responsable, este principio de preocupación por el otro se corresponde con una emoción de indignación moral¹¹⁷. Si veo en el otro a alguien que me importa, lo que él o ella haga no puede dejarme indiferente. El carácter moral de esta indignación, esto es, su relevancia moral, empero, supone que esa emoción encuentra apoyo en razones morales. Es este apoyo en razones morales lo que vuelve inviable el alegato tradicional de que la pena retributiva no sería más que un mecanismo de ejecución de venganza. Precisamente, la diferencia entre indignación y venganza se encuentra en que la primera emoción es susceptible de ser apoyada en razones que son moralmente pertinentes. En terminología hegeliana: la retribución es expresión de una voluntad que quiere lo general, esto es, que trasciende su propia particularidad, y es precisamente esto lo que la distingue de una reacción puramente vengativa¹¹⁸.

A este respecto, es suficientemente ilustrativa la analogía que PILLSBURY sugiere entre la relación entre venganza e indignación, por una parte, y la relación entre *eros* y *ágape*, por otra¹¹⁹. Ambos términos son denominaciones para la noción de amor. Pero mientras que el amor erótico designaría una vinculación con otro en persecución de un interés propio, el *ágape* representaría un afecto que carece de toda motivación auto-interesada. Ciertamente, esto no supone atribuir una connotación peyorativa al amor erótico. El punto está en que ésta es una forma de pasión que no se conecta con un trasfondo de moralidad. Lo mismo sucede con la venganza, que de este modo puede verse como una disposición amorala o no-moral. La indignación, en cambio, es moralmente significativa en tanto susceptible de descansar en un trasfondo de razones moralmente relevantes. La inferencia del principio de retribución a partir de un juicio moral que entraña esa actitud reactiva, entonces, muestra cómo el principio de retribución es congruente con el reconocimiento del otro, el destinatario del reproche, como un agente moral. Ésta es una virtud fundamental de la justificación retribucionista de la pena.

115 STRAWSON, P.S.: *Libertad y resentimiento*, 1995, pp. 46-47.

116 PILLSBURY, SAMUEL: "Emotional justice: Moralizing the passions of criminal punishment", 1989, p. 686.

117 *Ibíd.* p. 689.

118 HEGEL, G.W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1970, §§ 102-103. También NOZICK, ROBERT: *Philosophical Explanations*, 1981, pp. 366-370.

119 *Ibíd.* pp. 686-687, 690.

c) Solipsismo y escepticismo

Pero también es importante atender a las emociones que pueden venir en consideración frente a una construcción del experimento mental en primera persona, esto es, bajo la suposición de que el sujeto de cuya punición se trata es uno mismo, que es la variante que más interesa a MOORE¹²⁰. El juicio moral de que en tal caso la punición es correcta conllevaría alguna emoción parecida al sentimiento de culpa. Usando la terminología de KINDHÄUSER, ésta tendría que ser la respuesta emocional de un sujeto moralmente maduro frente a la constatación de que se ha aprovechado injustamente, como un *free rider*, de la ventaja que el cumplimiento de la norma por parte de los demás le reporta. La conveniencia de esta formulación en primera persona se encontraría en que ella no parece generar el mismo grado de resistencia que a veces genera la constatación de resentimiento hacia otros. Mas aquí la tentación podría consistir, como el propio MOORE señala, en negarse a generalizar el juicio moral condenatorio para que así también resultara aplicable a otros. Pero esto, lejos de evidenciar generosidad o magnanimidad, sólo mostraría lo que MOORE califica de arrogancia elitista¹²¹. Quien negare que los demás pueden verse sujetos a los mismos estándares de evaluación que uno se aplica a sí mismo sería algo así como un solipsista moral, o sea, alguien que no está dispuesto a reconocer a otros como sujetos capaces de vivir moralmente¹²².

Cualquiera que sea la vía, entonces, la conclusión es la misma: el rechazo de la justificación retribucionista de la pena implica una ausencia de la disposición a reconocer al autor del delito como un igual agente moral. Probablemente, esto resultará insuficiente para convencer al escéptico. Lo que el escéptico no puede negar, sin embargo, es que la alternativa de mantener la defensa de una justificación utilitarista de la práctica punitiva supone el mismo grado de compromiso moral. El principio de utilidad tiene la misma carga moral que un principio de merecimiento; la justificación utilitarista de la pena se encuentra tan moralmente comprometida como la justificación retribucionista de la pena¹²³. La diferencia sólo se encuentra en la matriz de racionalidad subyacente. Lo que el utilitarista tiene que sostener es que la matriz del economista es la que debe prevalecer. El único camino para el escéptico tendría que ser el abolicionismo, que es el lugar adonde lleva el solipsismo en el contexto de la teoría penal¹²⁴.

120 MOORE, MICHAEL: *Placing Blame*, 1997, pp. 164-165.

121 *Ibíd.* p.165.

122 En la filosofía de la mente, por solipsismo se entiende la proposición según la cual uno es el único individuo que tiene estados mentales, proposición que ciertamente puede formularse con diverso grado de intensidad. SEARLE, JOHN: *Mind: A Brief Introduction*, 2004, pp. 13-14.

123 MOORE, MICHAEL: "Moral Reality", 1982, pp. 1067 ss.

124 Para una caracterización de la crítica radical de corte abolicionista al sistema penal como una posición escéptica, TUNICK, MARK: *Punishment. Theory and Practice*, 1992, pp. 17-66.

BIBLIOGRAFÍA

ATRIA, FERNANDO: *On Law and Legal Reasoning*, portland, hart Publishing, 2001.

BAURMANN, MICHAEL: *Zweckrationalität und Strafrecht*, Opladen, westdeutscher verlag, 1987.

BIERI, PETER: *Das Handwerk der Freiheit. Über die Entdeckung des eigenen Willens*. Frankfurt a.M.: Fischer, 2001.

DENNETT, DANIEL: *Freedom Evolves*. New York: Penguin Books, 2003.

FEINBERG, JOEL: “The expressive function of punishment”, en JOEL, FEINBERG: *Doing & Deserving*. Princeton: Princeton University Press, 1970, pp. 95-118.

FEINBERG, JOEL: “Justice and personal desert”, en JOEL, FEINBERG: *Doing & Deserving*. Princeton: Princeton University Press, 1970, pp. 55-94.

FRANKFURT, HARRY: “Alternate possibilities and moral responsibility”, en FRANKFURT, HARRY: *The Importance of What We Care About*. New York: Cambridge University Press, 1988, pp. 1-10.

FRANKFURT, HARRY: “Freedom of the will and the concept of a person”, en Frankfurt, Harry: *The Importance of What We Care About*. New York: Cambridge University Press, 1988, pp. 11-25.

GÜNTHER, KLAUS: *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, 2005.

HART, H.L.A.: “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en HART, H.L.A.: *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1968, pp. 1 ss.

HART, H.L.A.: “Legal responsibility and excuses”. En HART, H.L.A.: *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1968, pp. 28-53

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

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

HOERSTER, NORBERT: “Ética utilitarista y generalización”. En HOERSTER, NORBERT: *Problemas de ética normativa*. Buenos Aires: Alfa, 1975, pp. 50 ss.

JAKOBS, GÜNTHER: *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: THOMSON, CIVITAS, 2006.

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

JAKOBS, GÜNTHER: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin, New York: WALTER DE GRUYTER, 1991.

KINDHÄUSER, URS: *Gefährdung als Straftat*. Frankfurt a.M.: VITTORIO KLOSTERMANN, 1989.

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

LESCH, HEIKO: *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999.

MACKIE, JOHN: *Ethics. Inventing Right and Wrong*. Middlesex: Penguin, 1977.

MELE, ALFRED: *Autonomous Agents. From Self-control to Autonomy*. New York: Oxford University Press, 1995.

MOORE, MICHAEL S.: "Moral reality", en *Wisconsin Law Review*, 1982, pp. 1061-156.

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

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

PAUEN, MICHAEL: *Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*. Frankfurt a.M.: Fischer, 2004.

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

PILLSBURY, SAMUEL: "Emotional justice: Moralizing the Passions of Criminal Punishment", en *Cornell Law Review*, 74 (1989), pp. 655 ss.

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

RAWLS, JOHN: "Two concepts of rules", en *The Philosophical Review*, 64 (1955), pp. 3-32.

ROBINSON, PAUL: "Why does the criminal law care what the layperson thinks is just: Coercive versus normative crime control", en *Virginia Law Review*, 86 (2000), pp. 1839 ss.

ROBINSON, PAUL y JOHN DARLEY: "The utility of desert", en *Northwestern University Law Review*, 91 (1997), pp. 453 ss.

ROXIN, CLAUDIUS: "Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad", en ROXIN, CLAUDIUS: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Madrid: Reus, 1981, pp. 187-200.

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

SCHRÖDER, JÜRGEN: *Einführung in die Philosophie des Geistes*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2004.

SEARLE, JOHN: *Mind. A Brief Introduction*. New York: Oxford University Press, 2004.

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

SEARLE, JOHN: *The Construction of the Social Reality*. London: The Penguin Press, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: "Del Derecho abstracto al Derecho 'real'". En *InDret*, 4 (2006), pp. 377-383.

SMART, J.J.C.: "An outline of a system of utilitarian ethics". En SMART, J.J.C. y BERNARD WILLIAMS: *Utilitarianism. For & Against*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973, pp. 3-74.

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

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

WIDERKER, DAVID y MICHAEL MACKENNA: *Moral Responsibility and Alternative Possibilities*. Aldershot: Ashgate, 2003.

WILLIAMS, BERNARD: "A critique of utilitarianism". En SMART, J.J.C. y BERNARD WILLIAMS: *Utilitarianism. For & Against*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973, pp.

