

Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena

Una justificación deontológica de la pena como institución

Gabriel Pérez Barberá

Universidad Nacional de Córdoba

Abstract*

El objetivo de este trabajo es desarrollar una teoría expresiva de la pena que, a través de una perspectiva discursiva, sea capaz de justificar la desaprobación y la irrogación de un mal –en tanto que elementos definitorios de la pena– como prácticas institucionales, y de justificarlas no sólo frente a la sociedad sino también, y especialmente, frente al autor del delito. Ello obliga a proporcionar una fundamentación más sofisticada de las teorías mixtas de la justificación de la pena estatal, lo cual, de modo quizás algo sorprendente para la discusión en el ámbito europeo continental, requiere tener por base no una crítica sino una defensa de la retribución.

Anliegen dieser Arbeit ist es, anhand einer diskursiven Perspektive eine expressive Straftheorie zu entwickeln, die fähig ist, den Tadel und die Übelzufügung als institutionelle Praktiken nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch und insbesondere gegenüber dem Straftäter zu rechtfertigen. Dies zwingt dazu, eine anspruchsvollere Begründung für die Vereinigungstheorie zu liefern, der gleichsam überraschend keine Kritik, sondern eine Verteidigung des Vergeltungsprinzips zugrunde liegt.

The aim of this paper is to develop, based on a discursive perspective, an expressive theory of punishment that is capable of justifying the reprobation and the infliction of hard treatment as institutional practices not only toward society, but also and in particular toward the criminal. This compels one to provide a more demanding explanation for the mixed theories, the basis of which, surprisingly, is not a criticism, but a defence of the principle of retribution.

Titel: Probleme und Perspektive der expressiven Straftheorien. Eine deontologische Rechtfertigung der Strafe als Institution.

Title: Problems and perspective of the expressive theories of punishment. A deontological justification of punishment as an institution.

Palabras clave: retribución y teorías mixtas de la pena, razones deontológicas y consecuencialistas, pena como acto particular y pena como institución, perspectiva discursiva, pragmática normativa y semántica inferencial.

Stichworte: Vergeltung und Vereinigungstheorien, deontologische und konsequentialistische Gründe, Strafe als einzelner Akt und als Institution, diskursive Perspektive, normative Pragmatik und inferentielle Semantik.

Keywords: Retribution and mixed theories, deontological and consequentialist reasons, punishment as an act and as an institution, discursive perspective, normative pragmatic and inferential semantic.

* Este artículo es una versión revisada de las conferencias que dictara en la Universität Bonn el 13/01/2014, en la Universitat Pompeu Fabra el 21/01/2014 y en Universidad Autónoma de Madrid el 26/09/2014. Ha sido publicado en lengua alemana en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (9), 2014, pp. 504 y ss. A los colegas que asistieron a aquellas conferencias les agradezco sus muy útiles observaciones. Expreso mi gratitud, además y especialmente, a Luis Greco, por haber leído el manuscrito original, por sus decisivas sugerencias y por su estímulo. También leyeron el manuscrito Íñigo Ortiz de Urbina, José Milton Peralta, Adriano Texeira y Alaor Leite: con todos ellos estoy en deuda por sus muy pertinentes comentarios y finas objeciones. A Ezequiel Malarino y –de nuevo– a Adriano Texeira les agradezco sus valiosas sugerencias bibliográficas. A los integrantes de nuestro Seminario Permanente de Filosofía del Derecho (conocido como “Wineseminar”) les estoy agradecido por la muy interesante discusión del 09/10/2014 en Córdoba (Argentina). A la investigación que dio como resultado este trabajo pude llevarla a cabo en la Ludwig-Maximilian-Universität München merced a una beca de la Fundación Alexander von Humboldt, a la que también expreso mi gratitud. Salvo donde se indica, las traducciones que aparecen en el texto o en las notas a pie me pertenecen.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Algunas precisiones conceptuales**
 - 2.1. Acerca de la definición de la pena**
 - 2.2. El lugar de la retribución en una teoría mixta de la justificación de la pena estatal**
 - a) El retribucionismo como principio moral correcto**
 - b) Retribución y prevención. Razones deontológicas y consecuencialistas**
 - c) El significado de “retribución”. Su ámbito y sus límites en la justificación de la pena como acto particular**
 - d) Más limitaciones de la retribución: la justificación de la pena como institución**
- 3. Teorías expresivas de la pena**
- 4. Capacidad de rendimiento de una perspectiva discursiva**
 - 4.1. Diferentes situaciones de habla**
 - 4.2. Una explicación complementaria de la irrogación de un mal como institución**
 - 4.3. Una justificación discursiva (y deontológica) de la pena como institución**
 - a) Consideraciones generales**
 - b) La estructura fina del discurso**
 - c) El entendimiento original**
- 5. Conclusión**
- 6. Bibliografía**

1. Introducción

En otro lugar he intentado ofrecer una fundamentación comunicativa del ilícito o, más precisamente, de las categorías de imputación que posibilitan señalar a un hecho como jurídicamente típico, a saber: dolo e imprudencia.¹ Debería estar claro que todo intento de explicar y justificar comunicativamente a dichas categorías tiene que estar fundado, a su vez, en una fundamentación de la pena igualmente comunicativa.² Ello es precisamente lo que me obliga a ocuparme de las teorías expresivas de la pena, para las cuales el aspecto comunicativo es, obviamente, central. Gracias a estas teorías pudo apreciarse en la doctrina europeo-continental contemporánea que la identificación de la retribución con una teoría “absoluta”, y de la prevención con teorías “relativas” de la pena simplificaba demasiado la discusión,³ y ello contribuyó a enriquecer el panorama bibliográfico sobre el tema. Ya sólo por eso vale la pena, entonces, dedicarse a las teorías expresivas con cierto detalle.

¹ Véase PÉREZ BARBERÁ, «Vorsatz als Vorwurf. Zur Abkehr von der Idee des Vorsatzes als Geisteszustand», *GA*, 2013, pp. 454 y ss.; EL MISMO, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 2011.

² Porque “pena e imputación se implican recíprocamente” (JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 13). “El esclarecimiento del nexo entre la fundamentación de la pena y el concepto de delito concierne a la teoría general del delito” (PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012, p. 52).

³ Véase HÖRNLE, «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, pp. 28 y s.

Las teorías expresivas de la pena tienen, sin embargo, dificultades considerables para ofrecer una justificación sólida del castigo estatal frente al autor del delito (3). Y si ello es así, entonces quien, en derecho penal, pretende mantenerse en un marco teórico comunicativo, está obligado a brindar una solución que supere esas dificultades (4). Para ello, ante todo será necesario abordar algunas cuestiones conceptuales relativas a la teoría de la pena (2). El resultado de ese abordaje contribuirá a conformar la base teórica para aquella solución. En ese apartado, el objetivo principal será diferenciar entre un elemento descriptivo y un elemento normativo de la retribución, así como analizar las consecuencias de esa distinción para el concepto y para la justificación de la pena (2.1). Conforme a ello se aclarará también por qué una teoría mixta de la justificación de la pena debería *defender* el principio retributivo, qué significa “retribución” y qué no puede significar, así como qué justifica la retribución y qué no puede justificar (2.2).

2. Algunas precisiones conceptuales

2.1. Acerca de la definición de la pena

Existe un cierto consenso en que la pena, conceptualmente, contiene dos elementos que deben ser analíticamente diferenciados: la desaprobación (*reprobation, Tadel*) y la irrogación de un mal (*hard treatment, Übelzufügung*).⁴ La desaprobación es siempre una *reacción*, una *respuesta*. Como tal, se dirige hacia el pasado. Sólo un hecho que ya ha sucedido puede ser aprobado o desaprobado. Pero esto es también lo que caracteriza a la retribución. ¿Quiere decir entonces que la retribución juega ya un papel en la definición de la pena? Es necesario diferenciar. La retribución, conceptualmente, es una *reacción merecida*. Ella contiene, por tanto, un elemento descriptivo (la reacción) y uno normativo (el merecimiento). Aquí quisiera sostener la tesis de que el elemento descriptivo de la retribución, aquel que la caracteriza como reacción o respuesta, forma parte del *concepto* de pena. El elemento normativo de la retribución –el merecimiento– pertenece en cambio a la *justificación* de la pena. A su vez, sólo si se trata de retribución *institucionalizada* podrá hablarse de *pena* o incluso de castigo; si el aspecto institucional falta, la retribución sería caracterizable como *venganza*. También el elemento institucional pertenece, entonces, ya al concepto de pena. Así, es posible definir a la pena como una *respuesta institucionalizada que se manifiesta desaprobatoriamente a través de la irrogación de un mal*. Por supuesto que puede decirse que ya la desaprobación es un mal.⁵ Con todo, la diferencia cuantitativa entre un mal que consiste en sufrimiento físico o en pérdida de derechos y un mal que se reduce a la aflicción que puede producir el mero hecho de ser señalado verbalmente como delincuente es tan significativa que, a mi juicio, el mantenimiento de esta diferenciación entre desaprobación e irrogación de un mal está justificado.

⁴ Así ya FEINBERG, «The Expressive Function of Punishment», en EL MISMO, *Doing and Deserving*, 1970, pp. 95 y ss.; siguiéndolo, VON HIRSCH, *Past or Future Crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, 1985, pp. 51 y ss.; véase asimismo KINDHÄUSER, «Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der kriminal Strafe», *GA*, 1989, p. 493; HÖRNLE/VON HIRSCH, «Positive Generalprävention und Tadel», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, 1998, p. 88; ZAIBERT, *Punishment and Retribution*, 2006, pp. 28 y ss. La expresión „hard treatment“ proviene, como es sabido, de FEINBERG, *Doing and Deserving*, 1970, p. 95.

⁵ Véase al respecto MAÑALICH, «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena», en KINDHÄUSER/MAÑALICH (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 59.

No sería correcto, entonces, afirmar que una pena inmerecida no es una pena. Pues el merecimiento, como se dijo, categorialmente no pertenece al ámbito del concepto sino al de la justificación de la pena.⁶ Sería demasiado fácil postular que una pena inmerecida no es una pena.⁷ Ello implicaría incurrir en una barrera definicional (*definitional stop*), una objeción que HART ensayó precisamente para evitar esta clase de “trucos”.⁸ Pero –como con razón lo ha advertido ZAIBERT– el temor a incurrir en barreras definicionales no debe tampoco conducirnos a renunciar lisa y llanamente a las definiciones.⁹ Éstas son imprescindibles para poder saber con precisión de qué se está hablando. Trabajar sin definiciones sería, incluso, argumentativamente perezoso, y por eso he preferido brindar aquí una definición.

Lo que no se puede hacer es blindar la introducción subrepticia de una cuestión normativa relevante mediante el recurso de bloquear la discusión sobre ella a través de una definición restrictiva.¹⁰ Y eso es precisamente lo que sucedería si al elemento normativo de la retribución (al merecimiento) se lo incluyera en la definición de pena. Pues con esa definición, y por sólo poner un ejemplo, un utilitarista que sostuviera que, por lo menos en algunos casos, la pena no merecida es legítima si resulta socialmente útil, queda directamente *excluido* de la discusión, cuando lo que corresponde es incluirlo y en todo caso rechazar sus fundamentos normativos con razones. Si, en cambio, se tiene como parte del concepto de pena únicamente al elemento descriptivo de la retribución, lo que se obtiene, como se ha visto, es una definición de pena austera e intuitiva (tan austera que, como se vio, hasta sirve como definición de “castigo” y no sólo de “pena” –estatal–), que no cancela ninguna discusión normativa relevante y que, por tanto,

⁶ La distinción que aquí se remarca entre un elemento descriptivo y uno normativo en la retribución es lo que no toma en consideración HÖRNLE cuando afirma que la teoría retributiva no puede responder el interrogante acerca del “por qué” de la pena (así HÖRNLE, «Claus Roxins straftheoretischer Ansatz», en v. HEINRICH *et al.* [eds.], *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, t. I, 2011, p. 6). El merecimiento, en tanto elemento normativo de la retribución, es precisamente lo que fundamenta *por qué* se impone una pena: porque ella es merecida.

⁷ Como aquí GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlegendiskussion*, 2009, pp. 274 y ss.; aparentemente también PAWLK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 58; no del todo preciso FEIJOO SÁNCHEZ, quien sostiene que “[l]a pena es conceptualmente retribución” (FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, 2007, p. 528; así también en EL MISMO, «Positive Generalprävention. Gedanken zur Strafrechtstheorie Günther Jakobs», en PAWLK/ZACZYK [eds.], *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 87), dando a entender que, con ello, se estaría refiriendo a lo que aquí he distinguido como elemento descriptivo de la retribución, pero sin aclararlo suficientemente.

⁸ Véase HART, «Prolegomenon to the Principles of Punishment», en EL MISMO, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed., 2008, p. 5 (1ª ed. en *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, v. 60, 1959, pp. 1 y ss.).

⁹ Véase ZEIBERT, *Punishment and Retribution*, 2006, pp. 24 y ss.

¹⁰ Así ZEIBERT, ebenda. Con la definición que aquí propongo queda ciertamente afuera de la noción de pena toda alternativa que no incluya entre sus características definitorias la irrogación de cualquier clase de mal. Pero esto no merece la objeción de la barrera definicional, dado que incluir al mal obliga a dar una justificación normativa *más* (la del mal), es decir: no resta sino que *suma* justificación. Quien crea que puede haber pena con o sin irrogación de un mal (así por ejemplo K. GÜNTHER, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», en PRITZWITZ *et al.* [eds.], *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002, p. 219) puede, por tanto, considerar a este trabajo como un intento de justificar la pena *si* ella incluye la irrogación de un mal. Si se afirma que el mal es un elemento conceptual de la pena pero que él debe *consistir* (y agotarse) en penitencia o en pedir disculpas, entonces la justificación que ofrezco aquí puede ser útil también para esos enfoques. Si en cambio se considera que tales alternativas no entrañan la irrogación de un mal, entonces una parte de la justificación que ofrezco simplemente “sobra” para ellas. Finalmente, si se acude a la idea de penitencia para *justificar* el mal de la pena, entonces lo que hay que analizar es si con ello realmente se logra la clase de justificación que se intenta –véase al respecto más abajo, previo a llamada a pie 80– (sobre estos enfoques véase DUFF, *Trials and Punishments*, 1986, pp. 233 y ss.; BENNETT, *The Apology Ritual. A Philosophical Theory of Punishment*, 2008, pp. 74 y ss., 125 y ss.).

podría ser aceptada por cualquier punto de vista normativo relativo a la justificación de la pena:¹¹ hasta el más convencido partidario de las concepciones preventivistas concedería que es únicamente en relación con la justificación de la pena –y no con su concepto– que su teoría debe orientarse “hacia el futuro”.

2.2. El lugar de la retribución en una teoría mixta de la justificación de la pena estatal

a) El retribucionismo como principio moral correcto

Una definición de la pena como la que acabo de brindar me compromete tan poco con una justificación de ella basada únicamente en la retribución que, de hecho, aquí defenderé lo que, en materia de justificación de la pena, se conoce como “teoría mixta” (*mixed theory*, *Vereinigungstheorie*), o como “teoría de la unión” (conforme a una no del todo agraciada expresión castellana que prefiero no emplear). Mi propuesta, para decirlo con palabras de PAWLIK, tiene por tanto “su modelo en las reflexiones de ROXIN en torno a la relación entre culpabilidad y prevención”.¹² Al respecto, con todo, quisiera aclarar que considero teorías mixtas a todos los intentos de justificación de la pena que no son unidimensionales, entendiéndose por estos últimos a aquellos que, para la solución de todos los supuestos imaginables, se orientan o bien únicamente en función del merecimiento, o bien únicamente en función de las consecuencias, y ello por cierto sin perjuicio de todas las diferencias relevantes que pudieran presentarse entre las concepciones multidimensionales.

Las concepciones unidimensionales, a mi juicio, no están en condiciones de ofrecer una justificación moral completa de la pena jurídico-estatal, que es en definitiva de lo que aquí se trata. Ello ha quedado demostrado a través de ejemplos extremos, que ilustran cuán inadecuadas son tales concepciones. Así, dos buenos ejemplos de GRECO –inspirados en la famosa alegoría de la isla de KANT y que aquí por razones de espacio no puedo repetir pero que son fácilmente ubicables en la bibliografía especializada– muestran que tanto las teorías que absolutizan la retribución como las que absolutizan la prevención son realmente insostenibles.¹³ No obstante, enseguida puede advertirse que, por lo menos en la discusión de base continental europea, una de las estrategias a la que más acuden los partidarios de las teorías mixtas para demostrar que su punto de vista es el más plausible consiste en presentar al principio retributivo como

¹¹ Véase nuevamente ZEIBERT, ebenda; similar a lo expuesto aquí también MAÑALICH, en KINDHÄUSER/MAÑALICH (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 33 y s. Pero estos autores no aíslan un elemento descriptivo de la retribución y por tanto no lo incluyen como tal en el concepto de pena.

¹² PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 86, nota a pie 448, con referencia a la tesis de GRECO; véase también GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, pp. 247 y ss.; al respecto es fundamental ROXIN, «Zur Problematik des Schuldstrafrechts», *ZStW*, (96), 1984, pp. 645 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 2006, § 19, nm. 1 y ss.

¹³ Véanse ambos ejemplos en GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, pp. 234 y 274. A modo de resumen, en contra de una teoría puramente preventiva de la pena puede decirse que “[t]oda persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que no puede ser cancelada ni siquiera en nombre del bienestar de toda la sociedad” (RAWLS, *A Theory of Justice*, ed. revisada [1ª ed. 1971], 1999, p. 3). Los argumentos en contra de las teorías puramente retributivas son conocidos; véase por ejemplo SCHÜNEMANN, «Zur Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie», en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 115; similar ya antes ROXIN, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», en EL MISMO, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 5.

(moralmente) *incorrecto*,¹⁴ pese a que después ellos mismos terminan recurriendo a ese principio para complementar o para limitar al principio de la prevención.¹⁵ Con apoyo en Michael MOORE, también a estos autores podría considerárseles “*closet retributivists*”, en la medida en que, al igual que aquellos a los que se refiere MOORE, son retributivistas que no se atreven a asumirlo (no “salen del *closet*”).¹⁶

Yo, por el contrario, creo que una teoría mixta consistente tiene que sostener la *corrección* moral de ambos principios, es decir, del principio retributivo y del principio preventivo, ambos como derivados del principio deontológico y del principio consecuencialista, respectivamente. La que aquí se defiende es, por eso, una teoría genuinamente *dualista*. Se gana muy poco si, para relativizar el papel del merecimiento en la justificación de la pena, se afirma que él cumple una función sólo para *limitar* –y no para justificar– la pena.¹⁷ Pues también dicha afirmación presupone la corrección moral del principio retributivo. De lo contrario, debería admitirse que se está dispuesto a limitar la pena con un elemento moralmente *incorrecto* (recuérdese que el merecimiento es uno de los elementos constitutivos del concepto mismo de retribución). Es simplemente *justo* –y por tanto correcto– que sólo aquel que merece ser penado reciba una pena y que ésta se corresponda con la medida de su merecimiento. Ese es el “bien intrínseco” de la retribución y en esa conjunción se resume todo lo que del principio retributivo cabe (legítimamente) inferir. Clarificar el significado correcto del término “retribución” es importante, pues no pocas dificultades de fundamentación que aquejan a las teorías mixtas provienen de su comprensión incorrecta de este principio, como enseguida se verá.

Como trasfondo de la posición que aquí pretendo defender hay una defensa de una concepción cognitivista de la moral.¹⁸ Parto también del presupuesto de que el plano moral es complejo, en el sentido de que él está conformado por diferentes ámbitos morales, en sí mismos cerrados, y que cada uno de ellos es regido por un único principio moral, universalmente válido. La validez universal es la cualidad que logra un enunciado moral precisamente cuando es consistente con el principio que rige el ámbito moral en el que es proferido. En la moral, como en el derecho y en la

¹⁴ Así, entre otros, SCHÜNEMANN, «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», en EL MISMO (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 189 y s.; ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 3, nm. 37 y ss., 44 y ss.; GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, pp. 233 y ss.; HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, pp. 15 y ss.; LA MISMA, 2º FS-Roxin, t. I, 2011, p. 6.

¹⁵ Así, por todos, HÖRNLE, 2º FS-Roxin, t. I, 2011, pp. 10 y s.

¹⁶ Véase M. MOORE, *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, 1997, pp. 83 y ss., 94.

¹⁷ Así ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 3, nm. 51 y ss.; SCHÜNEMANN, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 195. Es lo que en el ámbito anglosajón se conoce como consecuencialismo lateralmente restringido (*side-constrained consequentialism*) o como retribucionismo negativo: véase al respecto DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 2001, pp. 11 y ss.

¹⁸ Fundamental para ello HABERMAS, «Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm», en EL MISMO, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983, pp. 53 y ss.; EL MISMO, «Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral», en EL MISMO, *Die Einbeziehung des Anderen*, 1996, pp. 11 y ss. Crítico al respecto, entre otros, ENGLÄNDER, quien sostiene que el principio habermasiano de la universalización “(U)” no es idóneo para “justificar normas morales cognitivamente” (ENGLÄNDER, *Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, 2002, p. 81). Hay, sin embargo, un problema de ambigüedad en el término “justificar”. “(U)” es el principio a partir del cual se caracteriza el *procedimiento* mediante el cual una norma puede ser justificada moralmente. En ese sentido se puede aceptar a “(U)” como idóneo *para justificar* una norma moralmente; lo que “(U)” no hace –ni pretende hacer– es brindar un criterio sustantivo a partir del cual pueda decirse que una norma *está justificada* moralmente. Claro que tal diferenciación presume la adopción de un cognitivismo moral, lo cual requiere una fundamentación independiente (y que, ciertamente, no es discursiva).

física,¹⁹ conviven diferentes principios sustantivos. Cada principio tiene su propio ámbito de aplicación y *en ese ámbito* rige sólo él, y rige universalmente. Esto implica que cada principio moral tiene un *único significado correcto*.²⁰ Para que a cada principio moral pueda atribuírsele *ese* significado, es necesaria una consideración sistemática de los posibles significados de otros principios morales. El único significado correcto de un principio moral será por tanto aquel que lo haga compatible con los significados correctos de otros principios morales igualmente válidos. Quienes hacemos dogmática jurídica sabemos que el logro de esa sistemática compatibilidad (o mejor: coherencia) es una buena prueba de la corrección del significado de los principios que interpretamos.²¹ No veo motivos para que la cuestión sea diferente en el plano moral.

b) Retribución y prevención. Razones deontológicas y consecuencialistas

Considero adecuado recurrir a algunas ya un tanto antiguas ideas de RAWLS y de HART para identificar los diferentes ámbitos de aplicación de los principios morales que aquí interesan. Conforme a aquellas, distinguiré aquí entre la justificación de la pena frente al autor del delito y frente a los demás ciudadanos (o, para simplificar, frente a la sociedad).²² RAWLS diferencia entre pena como práctica y pena como acto particular de esa práctica. Y HART, de modo muy similar, distingue entre pena como institución general, por un lado, y distribución individual de la pena, por el otro. Con base en estas distinciones afirman que, con respecto a la pena como práctica o institución, los argumentos utilitaristas (o más precisamente: consecuencialistas)²³ resultan adecuados, mientras que los argumentos retributivistas (o más precisamente: deontológicos) serían adecuados para la pena como acto individual o particular.²⁴ Esto se sigue de la premisa,

¹⁹ En cuanto al plano fáctico véase PÉREZ-BARBERÁ, «Kausalität und Determiniertheit», *ZStW*, (114), 2002, pp. 600 y ss.; con más detalle en EL MISMO, *Causalidad, resultado y determinación*, 2006, en ambos casos con ulteriores referencias bibliográficas.

²⁰ Acerca de la “premisa de la única respuesta correcta” en el plano de la moral, y del problema de la objetividad asociado con ello, véase HABERMAS, «Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School», en EL MISMO, *Die Einbeziehung des Anderen*, pp. 318 y ss.; véase también EL MISMO, «Richtigkeit vs. Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteilen und Normen», en EL MISMO, *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, 1999, pp. 298 y s., 308. LAFONT, entre tanto, ha demostrado de modo magistral que la premisa de la única respuesta correcta no implica la premisa de la única interpretación correcta, lo que significaría que, en filosofía moral, una tesis contrarrelativista no es necesariamente una tesis contrapluralista: véase LAFONT, «Universalismo y pluralismo en la ética del discurso», *Isegoría*, (17), 1997, pp. 37 y ss.; LA MISMA, «Realismo y constructivismo en la teoría moral kantiana: el ejemplo de la ética del discurso», *Isegoría*, (27), 2002, pp. 115 y ss. Por razones de espacio no puedo ocuparme aquí de otras importantes implicaciones metaéticas de la tesis que defiendo.

²¹ Lo cual mostraría que la coherencia, aunque no pueda configurar el *concepto* de verdad o de corrección normativa, sí puede constituir, en cambio, un buen *criterio* de verdad o de corrección, tal como de hecho se sostiene con frecuencia, y críticamente, respecto de la teoría de la verdad como coherencia: véase al respecto, por todos, RESCHER, «Truth as Ideal Coherence», *Review of Metaphysics*, (38), 1985, pp. 795 y ss., quien por supuesto rechaza esa crítica habitual contra los coherentistas.

²² Véase RAWLS, «Two Concepts of Rules», *The Philosophical Review*, (64-1), 1955, pp. 3 y ss.; HART, *Punishment and Responsibility*, 2ª ed., 2008, pp. 1 y ss.

²³ Acerca de la diferencia entre consecuencialismo y utilitarismo véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (eds.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, 2012, pp. 392 y ss., con ulteriores referencias. También es importante destacar que el consecuencialismo no se agota en fines *preventivos* (así, acertadamente, HÖRNLE, 2º *FS-Roxin*, t.1, 2011, p. 15).

²⁴ Así, literalmente, en realidad sólo RAWLS, *The Philosophical Review*, (64-1), 1955, p. 5; HART es –y con razón– más estricto. Según él, razones utilitaristas justifican la pena como institución; en cambio, la distribución de la pena en relación con el autor individual *debe* (y no sólo *puede*) ser justificada con razones retributivistas: véase HART, *Punishment and Responsibility*, 2ª ed., 2008, pp. 9 y ss.

que HART hace explícita, de que la pena es una medida estatal compleja,²⁵ con diferentes destinatarios: el autor del delito y los demás ciudadanos (o –si se prefiere decirlo así– el autor del delito y la sociedad). Y dado que la pena, conceptualmente, se define a través de los elementos de la desaprobación y de la irrogación de un mal, una teoría exhaustiva de la pena debería no solamente *explicar* cada uno de esos elementos, sino también *justificarlos* moralmente tanto frente al autor del delito como frente a la sociedad.²⁶

Lo que a mí, con todo, me parece incorrecto de la distinción de RAWLS/HART, es su asunción implícita de que frente al autor del delito sólo cabe justificar la pena como acto particular (o como distribución individual), así como que la pena como práctica o como institución sólo debe ser justificada frente a la sociedad.²⁷ Aquí, en cambio, sostendré la tesis de que *la pena como práctica o institución debe ser justificada también frente al autor del delito*, naturalmente sin perjuicio de su justificación (en tanto institución) también frente a la sociedad, así como de su justificación (en tanto acto particular) frente al autor del delito y a la sociedad.²⁸

En consecuencia, si se es un cognitivista moral y de la concepción kantiana se acepta al menos el principio de autonomía de la persona y la prohibición de su instrumentalización,²⁹ frente al autor del delito corresponde sólo *una clase* de justificación moral de la pena, concretamente una que respete su autonomía y que no lo instrumentalice ni lo trate como un mero objeto. A falta de una expresión mejor, esa clase de justificación será designada aquí como *deontológica*. La retribución, ciertamente, puede brindar esa clase de justificación, *pero únicamente para la pena como acto particular, no para la pena como institución*. Pues el merecimiento, como elemento normativo de la retribución, tiene como referencia, obviamente, sólo al comportamiento defectuoso concreto del autor del delito. Frente a la sociedad –esto es, frente a los demás ciudadanos– y frente a la víctima,³⁰ la justificación de la pena tiene que considerar la cuestión de su utilidad para todos. En

²⁵ Véase HART, ebenda, p. 4.

²⁶ La conexión al menos con HART ha sido recomendada ya en Alemania, y ciertamente con razón, por HÖRNLE, 2º FS-Roxin, t.1, 2011, p. 20. Pero de la toma de posición que ello implica no se sigue la necesidad de una separación estricta entre teoría de la pena y teoría de la determinación de la pena, como sostiene HÖRNLE en ese lugar. Todo interrogante acerca de la justificación de la pena, sea como acto particular o como institución, frente al autor del delito o frente a la sociedad, tiene que ser respondido ya desde la teoría de la pena, a la cual la teoría de la determinación de la pena no debe contradecir. Véase al respecto ya WOLTER, «Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlußgründen, Verfahrenseinstellung Absehen und Mildern von Strafe», en WOLTER/FREUND (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, pp. 5 y ss., 25 y ss.; véase también la introducción de SILVA SÁNCHEZ a la versión en español de esta misma obra: WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, 2004, pp. 15 y ss., así como NAUCKE, «Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht», GA, 1998, pp. 263 y ss.

²⁷ Esta opinión de RAWLS y de HART es compartida en la discusión alemana por HÖRNLE, 2º FS-Roxin, t.1, 2011, p. 7.

²⁸ Pues “no cabe esperar que el merecimiento pueda responder todas las preguntas relativas a la justificabilidad de la distribución de la pena” (HUSAK, «Why Punish the Deserving?», *Noûs*, (26-4), 1992, p. 449).

²⁹ Como por ejemplo hace TUGENDHAT, que asume estos principios kantianos pero no la pretensión de KANT de ofrecer una fundamentación absoluta de la moral (véase EL MISMO, *Vorlesungen über Ethik*, 1993, S. 28, 79 y ss.).

³⁰ La víctima tiene sólo un derecho prima facie al castigo del autor, es decir: en caso de que primen razones consecuencialistas a favor de la no imposición de pena, debe tolerarlo. En especial porque sería realmente artificioso considerar a dicha tolerancia como una disminución de su autonomía, que en rigor fue afectada ya por el hecho punible (véase al respecto ROBLES PLANAS, «Zur Dogmatik der Kriminalpolitik», en FREUND et al. (eds.), *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, p. 117). Y dado que la pena *no puede* restablecer esa porción de autonomía *ya perdida*, no parece plausible sostener que ella es *disminuida* por la no imposición de pena. Pero objeto de este trabajo es únicamente la justificación de la pena frente al autor del delito, por lo que, aquí, no puedo ocuparme de esta discusión con más detalle. Acerca de la importancia de la víctima para la teoría de la pena

este último caso se trata, por tanto, de una justificación *consecuencialista*,³¹ que en ese contexto tendrá en cuenta, principalmente, razones preventivas.

Así, para la justificación de la pena frente al autor del delito sólo tiene validez el principio deontológico, tanto si se trata de la justificación de la pena como acto particular o como institución. En ese ámbito no sólo corresponde que sea aplicado ese principio, sino que es *el único* que corresponde aplicar. En cambio, para la justificación de la pena frente a la sociedad rige únicamente el principio consecuencialista, y también allí vale esta tesis fuerte de que, para dicho ámbito, no sólo corresponde que sea aplicado el principio consecuencialista, sino que él es el único que corresponde aplicar, y por supuesto tanto si se trata de la pena como acto particular como si lo es de la pena como institución.

Como mencionara antes, este trabajo aborda el problema de la pena *estatal*, pero únicamente en lo que atañe a su justificación *moral*. La máxima conforme a la cual en un ordenamiento jurídico liberal (y propio de un Estado de derecho) una medida estatal está claramente justificada si es beneficiosa para los ciudadanos sin menguar su autonomía,³² muestra que ella, en rigor, lo que hace es tornar operativos dos principios morales *correctos*: el consecuencialista y el deontológico.³³ En un Estado de derecho, los diferentes momentos de la pena estatal deberían ser justificados moralmente con la mirada puesta en esa máxima. Así, en lo que se refiere a la pena, la actividad estatal que depende de una declaración de culpabilidad (como la imposición, la determinación y la ejecución de la pena) debe ser justificada tanto frente al autor del delito como frente a la sociedad. En cambio, la amenaza o anuncio de pena,³⁴ en tanto no depende de una declaración de culpabilidad, debe ser justificada sólo frente a la sociedad (esto es, sólo en términos consecuencialistas), es decir: frente a todos los ciudadanos, incluidos los que observan fidelidad al derecho.

véase, entre otros, HAMEL, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, 2009, pp. 166 y ss.; WEIGEND, «Die Strafe für das Opfer? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht», *Rechtswissenschaft*, nº 1, 2010, pp. 39 y ss., 50 y ss.; HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, pp. 37 y ss.; LA MISMA, 2º FS-Roxin, t.1, 2011, pp. 14 y ss.

³¹ Una muy ilustrativa presentación de las posiciones deontológicas y consecuencialistas en metaética ofrece BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, 3ª ed., 2013, pp. 113 y ss., 173 y ss.

³² Una máxima similar puede encontrarse en NINO, *Ética y derechos humanos*, 1989, pp. 345 y s.

³³ Esto mostraría que el liberalismo sería una instancia *política* (e incluso jurídica si una Constitución positiviza su ideario), y no una instancia *moral*. Así, la moral (crítica) permanecería como última instancia a partir de la cual habría de valorarse incluso la justicia de instituciones liberales (similar, aunque sólo con referencia a la política, no al liberalismo, TUGENDHAT, *Vorlesungen über Ethik*, 1993, pp. 170 y s.). Parecería claro, de hecho, que puede haber normas liberales pero injustas (ejemplo: la *permisión* jurídica a hacer política a un partido neonazi), y normas justas pero antiliberales (ejemplo: la *prohibición* jurídica de hacer política a un partido neonazi). El mayor poder revocatorio de la instancia liberal residiría en que ella, en nuestras constituciones, es interna al derecho (por eso sería correcto declarar inconstitucional a una norma por considerársela antiliberal, pero no sería correcto hacerlo por considerársela injusta). Pienso que lo que señalo aquí es una derivación plausible de al menos algunos pasajes de RAWLS, *Political Liberalism*, 1993. Pero el tema requiere de una discusión especial que, obviamente, no puede ser llevada a cabo en este lugar.

³⁴ A la diferencia que, en este contexto, ciertamente ha de existir entre *amenaza* y *anuncio* de pena (véase al respecto por ejemplo HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, pp. 10, 12 y s.; ya antes también HASSEMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, 2009, pp. 107 y ss.), no debe restársele importancia; pero si se tiene en cuenta la distinción que aquí propongo entre una situación de habla que justifica y otra que debe ser justificada (véase al respecto más abajo, 4.1), lo que resulta es que aquella diferenciación entre amenaza y anuncio pierde bastante relevancia.

c) El significado de “retribución”. Su ámbito y sus límites en la justificación de la pena como acto particular

En una teoría de la pena, el principio retributivo es un buen candidato para justificar la pena deontológicamente. No tanto porque tenga al autor del delito como punto central de referencia (también una justificación consecuencialista de tipo paternalista tendría al autor del delito como destinatario principal), sino, antes bien, porque una justificación deontológica exige independencia de utilidades extrínsecas, y el principio retributivo admite por lo menos *un* significado que lo define como completamente independiente de valoraciones relacionadas con las consecuencias de la pena.³⁵ Pienso, de hecho, que ese significado del principio en cuestión es el único acertado. Otras interpretaciones de la retribución, que intentan presentarla como no desvinculada de consecuencias extrínsecas, son por el contrario *incorrectas*.

Considérese por ejemplo el caso de PAWLIK. Él tiene el gran mérito de haber logrado que en la discusión alemana el principio retributivo haya vuelto a estar en el primer plano.³⁶ Sin embargo, considera que la retribución, correctamente entendida, no carece de fines ni es “en ese sentido absoluta, es decir, ‘desvinculada de finalidades ligadas al ser humano y a la sociedad’”.³⁷ Según PAWLIK, la retribución sí tiene un fin extrínseco, que consistiría en el “mantenimiento del orden social”.³⁸ Pero –continúa– no para lograr, en el futuro, optimizaciones fácticas (para el mundo o para el autor del delito); lejos de ello, dicho fin se agotaría en la conservación misma de ese orden social.³⁹

Ahora bien, dado que el mantenimiento del orden social es una utilidad, y que como tal es una consecuencia que trasciende el bien intrínseco de la retribución, esta construcción de PAWLIK acaba siendo, forzosamente, una fundamentación consecuencialista de la retribución.⁴⁰ Porque si

³⁵ Como es sabido, hay muchas variantes del principio retributivo. Una buena panorámica del ámbito anglo-norteamericano ofrece TEXEIRA, «Die Vergeltungstheorien im modernen angloamerikanischen Denken», manuscrito, 2013; véase también GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, pp. 462 y ss.

³⁶ Véase especialmente PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 82 y ss.; pero también ya antes EL MISMO, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation der Strafe*, 2004. En España, que la retribución vuelva a ser considerada ahora como un principio correcto se debe en buena medida, a mi juicio, a la monumental obra de FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, 2007, pp. 515 y ss., 518 y s., 589 y ss. Otra contribución importante anterior es la de PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1986, pp. 248 y ss., 285 y ss., y entre las más recientes cabe mencionar a la de PEÑARANDA RAMOS, «La pena: nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coordinador), *Introducción al derecho penal*, 2011, pp. 221 y ss.

³⁷ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 109, aquí citando a HASSEMER.

³⁸ PAWLIK, *ebenda*; así también STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik*, 2007, p. 487.

³⁹ PAWLIK, *ebenda*, pp. 109 y s.; así también, ya antes, otro importante partidario alemán de la teoría retributiva: KÖHLER. Con sus palabras, lo que él defiende es, ciertamente, una teoría absoluta, “pero absoluta (no) en el sentido de completamente “desentendida de fines’... Antes bien habrá de retenerse que el fin legítimo y práctico-racional del derecho penal es la restitución de la libertad jurídico-legal a través de una determinada ‘negación de la negación’...” (KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 14, paréntesis agregado). La observación crítica que enseguida aparece en el texto vale entonces también para KÖHLER y, en no menor medida, para FEIJOO SÁNCHEZ, que sostiene una opinión muy similar (véase EL MISMO, *Retribución y prevención general*, p. 590; EL MISMO, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 86 y s.).

⁴⁰ M. MOORE considera a un argumento idéntico al de PAWLIK como propio de una “teoría utilitarista”: M. MOORE, *Placing Blame*, 1997, p. 92. Véase asimismo NOZICK, «Retributive Punishment», en EL MISMO, *Philosophical Explanations*, 1981, pp. 371 y ss., donde califica a una posición como la de PAWLIK como “retribucionismo teleológico” (en rigor: retribucionismo consecuencialista). Claro que, según el punto de vista que sostengo en el texto, un retribucionismo consecuencialista ya por definición no es retribucionismo, dado que éste comparte un

bien es cierto que PAWLIK afirma que algunos fines son una suerte de excedente deseable pero ajenos a la justificación de la pena,⁴¹ no menos lo es que, como se acaba de ver, sostiene asimismo que *hay otros fines que sí forman parte de la justificación*. ¿Por qué unos sí y otros no? Por lo pronto habría que aclarar que del hecho de que los fines que se aceptan como propios de la justificación tengan la *apariencia* de ser intrínsecos porque no son observables ni cuantificables o porque su constatación empírica es muy dificultosa (como la mejora moral del autor del delito⁴² o, como lo plantea PAWLIK, el mantenimiento del orden social) no se sigue que ellos sean *bienes intrínsecos* a la retribución: son de todas formas o bien *objetivos* que ella persigue o bien *utilidades* que de hecho genera como *consecuencias*,⁴³ y que, como tales, la trascienden. Tal fundamentación, por otra parte, materialmente no se diferencia en nada de concepciones unívocamente preventivistas, que PAWLIK incluso ha criticado, como la de JAKOBS: “La mirada se dirige hacia adelante, como con el ‘*ne peccetur*’; pero no para que no se cometan otros delitos..., sino para el mantenimiento de la vigencia de la norma”.⁴⁴

El hecho de que ni siquiera los más enérgicos defensores de la retribución estén dispuestos a reconocer que sea admisible que la pena estatal se desentienda por completo de fines y de consecuencias⁴⁵ es, sin dudas, una buena señal para una teoría mixta como la que aquí pretendo desarrollar, a la cual, por lo demás, no se le puede atribuir ningún “*closet complex*” relativo a la

rango esencial del deontologismo: centrarse en el valor o bien intrínseco –y no en el valor de las consecuencias– de lo que se justifica (así también SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 162, en la medida en que afirma que la teoría de la pena de KANT es “preventivista” y no retribucionista precisamente porque no se desentendería de sus consecuencias). Lo que aquí considero retribucionismo es, en definitiva, el punto de vista asumido por las denominadas “*pure retributive theorys*”, para las cuales las consecuencias son totalmente irrelevantes: véase al respecto HUSAK, *Noûs*, (26-4), 1992, pp. 447, 463, n. 1). Es cierto que en filosofía moral es habitual un enfoque menos estricto, conforme al cual cabe admitir como deontológicas a concepciones que, aunque se centran en el valor en sí de lo que se debe hacer, no se desentienden del valor de las consecuencias de la acción. Pero incluso para este enfoque más “generoso” es claro que ya no puede ser considerada deontológica una justificación que, o bien se centra exclusivamente en el valor de las consecuencias, o bien, como la de PAWLIK, concede al logro de esa consecuencia –y a su valor– un peso decisivo en la justificación (véase al respecto BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, 3ª ed., 2013, pp. 116, 119). Por lo demás, el enfoque deontológico menos estricto no está exento de problemas: si al enfoque deontológico estricto le cabe el reproche de que en la práctica no permite considerar deontológica a casi ninguna teoría ética existente (véase BIRNBACHER, ebenda), al menos estricto cabe objetarle que en la práctica no permite considerar *consecuencialista* a casi ninguna teoría ética existente.

⁴¹ Así también NOZICK, ebenda, p. 374. En cuanto a PAWLIK véase la referencia más abajo, en nota a pie 91.

⁴² Véase al respecto NOZICK, ebenda, pp. 371 y ss.

⁴³ Acerca de la diferencia entre éticas teleológicas (centradas en los fines de la acción) y éticas consecuencialistas (centradas en las consecuencias de la acción), véase BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, 3ª ed., 2013, p. 114. Ambas tienen en común, por cierto, que no son deontológicas.

⁴⁴ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 26; véase asimismo PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 84 y s., donde objeta a esa versión de la prevención general positiva. Es cierto que PAWLIK se refiere a un (muy conocido) trabajo de JAKOBS del año 1976 (véase PAWLIK, ebenda, notas a pie 440 y 441). Pero lo importante es que la opinión de JAKOBS que cita coincide completamente con lo que este mismo autor expresa más tarde, en el año 2004, en el trabajo citado al comienzo de esta nota. Como aquí GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 471.

⁴⁵ Esto comprende no sólo a PAWLIK y a KOHLER sino también a M. MOORE, quien, en rigor, no sostiene una teoría retributiva puramente absoluta, sino *absoluta prima facie*. Conforme a ella, la retribución en sí es razón suficiente para el castigo, *salvo que*, en casos extremos, se presentaran razones de mayor peso en contra de la pena: véase M. MOORE, *Placing Blame*, 1997, pp. 158 (también en nota a pie 13), 719 y ss. MOORE reclama no confundir el bien intrínseco de la retribución con el deber de castigar a todos los culpables (ebenda, pp. 157 y ss.). Pero el retribucionista supuestamente intransigente que, no obstante, está dispuesto a no castigar a un culpable en algún caso, aun cuando sea el más extremo, es en verdad un “*closet consequentialist*”.

retribución y que, por lo tanto, es “orgullosamente” dualista.⁴⁶ Para justificar moralmente hechos como la pena estatal, que presentan conexiones con más de un único ámbito moral, es necesario tomar en cuenta todos los principios morales que juegan allí algún papel, esto es: tanto el principio deontológico como el consecuencialista.⁴⁷ Pero para hacer conciliable a la retribución con consecuencias extrínsecas a ella no se necesita modificar el único significado correcto del principio retributivo, diciéndose –como se acaba de ver– que él no está desvinculado de consecuencias (sean utilidades u optimizaciones) o de fines. Simplemente debe entenderse al principio de la retribución de manera tal que resulte consistente con otros principios morales que también tienen un lugar en la justificación de la pena, como el principio consecuencialista. Así se obtendrá su significado correcto.

Otra forma de abordaje problemático del principio retributivo se relaciona no tanto con el significado que se le asigna, sino con su valoración como principio moral. Ese es, por ejemplo, el caso de GRECO. Él, acertadamente, ha llamado la atención respecto a que existe una cierta tensión entre dos posibles derivaciones de dicho principio: la prohibición del castigo a inocentes y el mandato del castigo a culpables.⁴⁸ Es lo que él denomina “problema de la asimetría”.⁴⁹ Pero GRECO, para salir de esta dificultad, intenta demostrar la *incorrección* (moral) del principio retributivo,⁵⁰ y ello pese a que defiende una variante de las teorías mixtas,⁵¹ las que, como se ha tenido ya ocasión de ver, necesitan considerar correcto *también* al principio retributivo. Elige, así, exactamente la estrategia cuya inconsistencia se acaba de mostrar. Pues no parece plausible que alguien recurra en última instancia a la retribución como “barrera absoluta” contra consideraciones preventivas⁵² si, al mismo tiempo, ve en la retribución la encarnación de un principio moral incorrecto.⁵³

⁴⁶ Un punto de vista como el que sostengo casa bien, por tanto, con el que es designado como “consecuencialismo sensible al merecimiento”: véase al respecto ORTIZ DE URBINA GIMENO, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (eds.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, 2012, pp. 395 y s., con ulteriores referencias. Escéptico con esa concepción, sin embargo, RYBERG, «Punishment and Desert-adjusted Utilitarianism», en TONRY (ed.), *Retributivism Has a Past. Has It a Future?*, 2011, pp. 86 y ss.

⁴⁷ En esto creo que mi concepción es muy cercana, también, a un “dualismo integrado” en los términos en que ha sido propuesto por BERMAN, esto es, no un dualismo “ni retribucionista ni consecuencialista”, sino uno que es “tanto retribucionista como consecuencialista”: al retribucionismo le corresponde completamente una parte de la justificación y al consecuencialismo le corresponde completamente otra parte de la justificación, por lo que ninguno de ellos aparece como residual o de segundo rango con respecto al otro, que es lo que sí sucede con las teorías mixtas tradicionales tanto de la tradición anglosajona como de la alemana (sobre todo esto véase BERMAN, «Castigo y justificación», *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, (9), 2008, pp. 27, 29 y s. de la versión digital). Respecto del precipitado rechazo a la retribución en la discusión alemana y española han llamado la atención ya, entre otros, FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, 2007, pp. 589 y ss.; CANCIO MELIÁ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Introducción», en ROBINSON, *Principios distributivos del derecho penal*, 2012, p. 22.

⁴⁸ M. MOORE, como es sabido, insiste con especial énfasis en este mandato: véase EL MISMO, *Placing Blame*, 1997, pp. 91, 154 y *passim.*; mandato que, por su parte, con no menos énfasis es rechazado por HUSAK, *Noûs*, (26-4), 1992, pp. 449 y s.; véase al respecto también DEMETRIO CRESPO, «Humanistischer Kompatibilismus. Ein Versöhnungsvorschlag zwischen Neurowissenschaften und Strafrecht», *GA*, 2013, pp. 20 y s.

⁴⁹ Véase GRECO, «A Ilha de Kant», en GRECO/MARTINS (eds.), *Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu septuagésimo aniversário*, 2012, pp. 275 y ss.

⁵⁰ La solución sería, entonces, “poner en cuestión a la tesis de la retribución” (GRECO, *FS-Tavares*, 2012, p. 276; así también en EL MISMO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, pp. 233 y s., 476).

⁵¹ Véase GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 252.

⁵² Así GRECO, ebenda.

⁵³ En esta misma dirección ha sido criticada la posición de GRECO, y ciertamente con razón, también por PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 86, n. 448.

Para solucionar este problema es necesario, ante todo, considerar a la retribución como un principio moral correcto, pero emplearlo –conforme a su único significado admisible– sólo en su exclusivo ámbito de aplicación, esto es, en la justificación de la pena como acto particular frente al autor del delito. Para *esa* justificación la retribución es razón *suficiente*. La retribución, en cambio, no justifica a la pena como acto particular *frente a la sociedad*. Y no corresponde que lo haga porque esta última clase de justificación es terreno exclusivo del principio consecuencialista, aquí especificado como principio preventivo. Por supuesto que la justificación de la pena como acto particular frente a la sociedad puede ser de interés para el autor del delito, por lo que sería natural que (también) *él* pida que se demuestre que la pena es socialmente ventajosa antes de que se decida su imposición. Pero esto *no* lo convierte en destinatario de esa justificación.

Conforme a lo anterior, si hubiera una razón consecuencialista para no imponer pena a un culpable no debería insistirse en la necesidad de pena invocándose razones retributivas. Porque, de lo contrario, la retribución abandonaría su exclusivo ámbito moral de aplicación e invadiría el ámbito exclusivamente propio de la justificación consecuencialista, donde sólo es aplicable el principio preventivo. Lo dicho, desde luego, vale también a la inversa: no corresponde insistir en la necesidad de aplicar pena a un inocente invocándose razones preventivas. Pues, en ese caso, sería el principio preventivo el que, inconsistentemente, invadiría el ámbito moral exclusivo del principio retributivo.

De ello se sigue que la comprensión correcta del principio retributivo se agota en una *prohibición de castigo al inocente*, y que la comprensión correcta del principio preventivo se agota por su parte en un *mandato de castigar sólo si ello puede generar consecuencias valiosas en ese sentido*. Si se cruzan estos resultados, lo que se obtiene es que nunca es admisible imponer pena a un inocente y que sí es admisible no imponer pena a un culpable.⁵⁴ Estas son las implicaciones deónticas de la aplicación sistemática de ambos principios,⁵⁵ que coinciden con los resultados de las teorías mixtas de la justificación de la pena. Con ello creo que ha quedado en claro que ha sido o bien una incorrecta comprensión del significado del principio retributivo, o bien una errónea valoración de su corrección moral, lo que ha impedido a las teorías mixtas acudir a él sin “complejo” alguno.

d) Más limitaciones de la retribución: la justificación de la pena como institución

Es sabido que los partidarios de las teorías retributivas contemporáneas opinan que lo que aquí he designado como el elemento normativo del principio retributivo –a saber: el merecimiento– justifica deontológicamente a la pena sin más: es justo que aquel que merece ser castigado, sea castigado. O dicho de otro modo: frente al autor del delito –y esto significa: deontológicamente–

⁵⁴ El dualismo de mi concepción, que divide el terreno de lo que corresponde al deontologismo y al consecuencialismo de una manera más cercana a la de RAWLS/HART que a la de BERMAN, obtiene así, según creo, resultados menos contraintuitivos que los de este último autor, cuyo dualismo conduce a admitir, por razones consecuencialistas, castigos que no se merecen, lo cual no parece admisible aun cuando, como él propone, ello quede restringido a “casos periféricos” (véase BERMAN, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, (9), 2008, *passim*).

⁵⁵ Si no fuera así, lo que sucedería es que cada ámbito moral estaría regido por más de un único principio, y eso sí sería incompatible con la única “unidad axiológica” (sobre ello véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 86, nota a pie 448) exigible en el plano moral, a saber: la que se corresponde con cada ámbito moral en particular.

la pena estaría suficientemente justificada si ella es merecida.⁵⁶ Ahora bien, ¿por qué ha de reaccionarse con pena (esto es: con desaprobación e irrogación de un mal) y no con con otras respuestas posibles, como por ejemplo con perdón o con compasión, que son incluso respuestas virtuosas?⁵⁷ Ya se ha dado una respuesta a esto: frente al autor del delito, la retribución sólo puede justificar –y como razón suficiente– la pena como acto particular, pero no la pena como institución (o como práctica).

La retribución, en efecto, justifica el hecho de que se reaccione contra un delito, y desde ya con el argumento de que esa reacción es merecida. Por eso, reacciones que de ningún modo podrían ser consideradas merecidas –como por ejemplo un elogio en relación con un comportamiento defectuoso– quedan excluidas ya desde el comienzo, y por razones conceptuales. Pero el merecimiento, también por razones conceptuales, no puede justificar frente al autor del delito por qué ciertas respuestas alternativas que sí podrían ser vistas como merecidas en relación con un comportamiento defectuoso –como el perdón o la compasión– tienen que quedar excluidas como posibles respuestas *institucionales* al delito.⁵⁸ Una justificación retributivista de la pena como acto particular presume, en verdad, que la pena está ya justificada –y también frente al autor del delito– como *institución*. Y ello requiere de una justificación ciertamente deontológica de la pena pero independiente de la retribución. Porque la retribución, como lo mencionara antes, sólo puede entrar en consideración con respecto a hechos punibles individuales, no con relación a prácticas generales.

Si se considera a la pena globalmente, esto es, como acto particular *y* como institución, entonces la retribución, en su aspecto normativo como merecimiento, es ciertamente condición necesaria, pero no suficiente, de una justificación deontológica de la pena.⁵⁹ *Como acto particular, la pena podrá estar deontológicamente justificada a través del principio retributivo en la medida en que como institución también esté justificada deontológicamente.* Y esto significa que tanto la desaprobación

⁵⁶ Véase, por todos, M. MOORE, *Placing Blame*, 1997, pp. 83, 87, 104, 153. Procesalmente esto significa que *está probado* –de conformidad con un estándar de prueba determinado– que el condenado es culpable. En cuanto a la conexión entre prueba y verdad la bibliografía es muy abundante y no es este el lugar para abordarla. Véase no obstante, para un enfoque más epistemológico, FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., 2005, y para un enfoque más jurídico RAGUÉS I VALLÈS, «Variationen zu dem gesamten Strafrechtssystem», en ZÖLLER *et al.* (eds.), *Festschrift für Wolter zum 70. Geburtstag*, 2013, pp. 190 y s.

⁵⁷ Véase al respecto KLEINIG, «Punishment and Moral Seriousness», *Israel Law Review*, (25-3/4), 1991, pp. 401, 411 y s.; también MURPHY, «Forgiveness, Mercy, and the Retributive Emotions», *Criminal Justice Ethics*, (7-2), 1988, pp. 3 y ss.; K. GÜNTHER, *FS-Lüderssen*, 2002, p. 219.

⁵⁸ Quien, como BERMAN, afirme que el sufrimiento del culpable es un *bien intrínseco* porque eso es lo que aquel *merece*, y que por tanto no está necesitado de más justificación que esa (véase BERMAN, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, (9), 2008, pp. 12 y ss., 19, 26 de la versión digital), incurre en rigor en una barrera definicional. Porque con ello cancela (y no por el peso de sus razones normativas sino por haber pasado a *definir* a dicho sufrimiento mediante una de ellas) la posibilidad de discutir normativamente acerca de su justificación institucional, que es justamente lo que sí permite –y obliga– la consideración del sufrimiento como un *mal*. El merecimiento es sólo un paso justificatorio del sufrimiento, cuyo logro no anula otros pasos; y ninguno de tales logros autoriza a comenzar a definir como un bien lo que en su momento se consideró necesitado de justificación: aun justificado –por merecido y por otras razones– será un *mal* (justificado). El argumento del “pesimismo metódico” formulado por GRECO (véase más abajo, previo a llamada a pie 62) es eficaz también, y especialmente, en contra de estas concepciones “optimistas” del sufrimiento.

⁵⁹ Así en lo esencial SCHÜNEMANN, «Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur», en PRITTWITZ *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, 2002, p. 230; siguiéndolo, también HÖRNLE, 2º *FS-Roxin*, t. 1, 2011, p. 7.

como la irrogación de un mal, en tanto elementos conceptuales de la pena, deben ser justificados como instituciones frente al autor del delito.⁶⁰

Una justificación de la pena como institución tiene que fundamentar por qué tiene que ser aplicada precisamente la más dolorosa de todas esas posibles respuestas institucionales. RAWLS y HART partieron de la convicción de que era suficiente que la justificación de la pena como práctica o como institución fuera consecuencialista, porque entendían que esa justificación debía realizarse *únicamente* en relación con la sociedad. Pero eso, a mi juicio, constituye un grave error. Por supuesto que la sociedad requiere y necesita una justificación consecuencialista de la pena como institución: al ciudadano fiel al derecho debe dejársele en claro, por ejemplo, por qué es justo que él financie la pena, que entre todas las reacciones institucionales posibles es, además de la más cruenta, la más onerosa.⁶¹ Pero la pena como institución debe ser justificada también frente al autor del delito, esto es: *como institución debe ser justificada también deontológicamente*. Claro que, así como el autor del delito puede estar interesado en la justificación consecuencialista de la pena como acto particular, pero ello no lo convierte en destinatario de esa justificación, así también la sociedad puede estar interesada en que la pena, como institución, esté justificada deontológicamente, y puede por tanto requerir esa justificación. Pero esto *no* la convierte en su destinataria.

Es sólo el autor del delito el que tiene que soportar el más controvertido de los elementos de la pena, a saber: la irrogación de un mal. Frente a él, por tanto, no puede dejar de justificarse ese elemento en tanto práctica institucional. GRECO ha fundamentado esto de modo ejemplar: según su “pesimismo metódico”, la irrogación de un mal es el más relevante de los elementos conceptuales de la pena, dado que, al implicar la aplicación de sufrimiento a un ser humano, es el que más controversia genera (es decir: es “lo peor” que la pena trae consigo); y precisamente por eso es el elemento más necesitado de justificación.⁶² Con otras palabras: si se trata de su justificación, lo más cruento de la pena es lo que exige la mayor carga argumentativa.⁶³

Y atento a que el hecho de infringir un mal puede sin dudas ser justificado mucho más fácilmente frente a quien no tiene que soportarlo e incluso se beneficia con él que frente a aquel que lo sufre física, mental y hasta comunicativamente,⁶⁴ es claro que una justificación deontológica de la pena como institución (que incluye obviamente la justificación de la irrogación de un mal) es lo más difícil de lograr. Esto es de hecho demostrado por la historia de la justificación de la pena: hasta ahora, muy pocas teorías de la pena han intentado brindar una justificación deontológica de la pena como institución; y si lo han hecho, no han sido muy convincentes. De la circunstancia de que la retribución no entre en consideración para prácticas generales no se sigue que las prácticas generales no puedan ser justificadas deontológicamente. Pues el argumento de la retribución es obviamente sólo uno entre muchos argumentos deontológicos posibles.

⁶⁰ Este es el lugar en el que las denominadas teorías expresivas de la pena pueden jugar su papel (véase más abajo, 3).

⁶¹ Véase al respecto J. GARDNER, «Introduction», en HART, *Punishment and Responsibility*, 2ª ed., 2008, p. xiii.; HÖRNLE, 2º *FS-Roxin*, t. 1, 2011, pp. 10, 17. Con todo, la relación entre consecuencialismo y análisis económico de la pena (y del derecho penal) es extremadamente compleja y no es este el lugar para abordarla. Un análisis muy detallado ofrece FERRANTE, «Deterrence and Crime Results», *New Criminal Law Review*, (10), 2007, pp. 1 y ss.

⁶² Véase GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, pp. 287 y ss., 297 y ss.

⁶³ Así también J. GARDNER, «Introduction», en HART, *Punishment and Responsibility*, 2ª ed., 2008, p. xiv.

⁶⁴ Véase nuevamente GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, p. 297.

3. Teorías expresivas de la pena

Las denominadas teorías expresivas de la pena⁶⁵ intentan ofrecer justificaciones del castigo estatal como *institución* (esto es: como práctica social), aunque no parten de una distinción explícita entre pena como institución y pena como acto particular. Algunas intentan, incluso, brindar una justificación deontológica al menos de la desaprobación (*Tadel*) como institución, lo que muestra que, para la teoría de la pena, *justificaciones deontológicas de prácticas generales* no son, en verdad, ninguna rareza. A mi modo de ver, una teoría expresiva de la pena es, de hecho, la mejor posicionada para lograr una buena solución a este problema de la justificación deontológica de la pena como institución, especialmente si está estructurada desde una perspectiva discursiva.⁶⁶ Ésta, como enseguida se verá, es ciertamente comunicativa, pero particularmente exigente en cuanto a las reglas y requisitos que dicha comunicación debe respetar (véase más abajo, 4.3). Concretamente es el discurso práctico el que resulta especialmente idóneo, como marco procedimental, para alcanzar justificaciones deontológicas convincentes. Las teorías expresivas de la pena, por su estructura comunicativa, están en óptimas condiciones para ser teorías discursivas. Se analizará, por tanto, si en su fundamentación han aprovechado esa ventaja o si, por el contrario, no han sabido valerse de ella todo lo que hubiese sido posible y deseable.

Recuérdese que dos de los elementos conceptuales de la pena que la caracterizan como tal son la desaprobación y la irrogación de un mal. Téngase presente, asimismo, que es esencial distinguir entre *justificación* y *explicación* de la pena (y por tanto de aquellas características definitorias). La justificación es siempre un argumento normativo con el que se pretende legitimar un acto o una práctica; la explicación, en cambio, es siempre un argumento reconstructivo a través de la cual se pretende dar cuenta de las razones fácticas de un acto o de una práctica. Está claro que esto es una obviedad, pero no que sea ocioso recordarlo, atento a que no pocas veces, incluso en exposiciones contemporáneas sobre teoría de la pena y pese a insistentes advertencias al respecto que vienen efectuándose desde hace años,⁶⁷ esta distinción elemental se pasa por alto (más adelante, en el texto, podrá apreciarse algún ejemplo).

Aquí parto de considerar que lo que *justifica* tanto a la desaprobación como a la irrogación de un mal *como actos particulares* es el merecimiento, esto es, el elemento normativo de la retribución. En lo que respecta a su *explicación*, ambos elementos admiten una fundamentación interna o conceptual y otra externa o convencional. La primera los implica en tanto actos particulares; la

⁶⁵ Véase al respecto FEINBERG, *Doing and Deserving*, 1970, pp. 95 y ss.; VON HIRSCH, *Past or Future Crimes*, 1985, pp. 47 y ss.; KINDHÄUSER, «Personalität, Schuld und Vergeltung», *GA*, 1989, pp. 493 y ss.; KLEINIG, «Punishment and Moral Seriousness», *Israel Law Review*, (25-3/4), 1991, pp. 402 y s., 405, 410; K. GÜNTHER, *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 205 y ss.; HAMEL, *Strafen als Sprechakt*, 2009, pp. 64 y ss., 92 y ss.; HÖRNLE en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, pp. 23 y ss.; LA MISMA, *Straftheorien*, 2011, pp. 29 y ss., diferenciando entre teorías expresivas orientadas en función de la norma y en función de la persona.

⁶⁶ También porque una teoría discursiva dispone de un poder explicativo evidentemente elevado para dar cuenta del *principio democrático*, dado que la democracia puede ser explicada como deliberativa y, por tanto, como discursiva, tal como ha sido mostrado ejemplarmente en HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1992, pp. 349 y ss.; véase asimismo NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997. Esta vinculación es, desde luego, sumamente importante para una teoría de la pena (véase por ejemplo KINDHÄUSER, «Rechtstreue als Schuld-kategorie», *ZStW*, (107), 1995, pp. 722 y ss.), pero su abordaje requiere de un estudio independiente que excede los límites del presente trabajo.

⁶⁷ Véase por ejemplo FEINBERG, *Doing and Deserving*, 1970, p. 95, con ulteriores referencias a literatura incluso anterior; véase también HART, *Punishment and Responsibility*, 2ª ed., 2008, pp. 4 y ss.

segunda, en tanto prácticas institucionales. Con respecto a la desaprobación y a la irrogación de un mal como *actos particulares*, lo que explica a la desaprobación es el hecho de que a circunstancias negativas, como lo es un hecho punible, se las valora negativamente; y lo que explica desde este punto de vista interno a la irrogación de un mal es que el hecho a retribuir es un mal, por lo que también puede serlo la pena. Pero lo que aquí interesa no son estas trivialidades, sino la explicación, y sobre todo la justificación, de ambos elementos como *prácticas*, como *instituciones*.

Una *explicación* convincente de la *desaprobación* como institución fue desarrollada por STRAWSON: la desaprobación sería el modo cultural mediante el cual alguien que ha obrado de manera inadecuada es tratado reactivamente como persona responsable, y no en forma objetivante o puramente táctica, tal como se trata a un niño o a un enfermo mental.⁶⁸ En esa misma dirección va KINDHÄUSER: la desaprobación sería expresión de la atribución de responsabilidad.⁶⁹ Siempre como institución, puede *justificarse* a la desaprobación *frente a la sociedad* (esto es: consecuencialistamente) con el argumento de que ya el mero señalamiento del autor como digno de reproche contribuye a la cohesión de la sociedad o al sostenimiento normativo del orden social.⁷⁰ Ahora bien, *frente al autor* (esto es: deontológicamente), la desaprobación como institución ha sido *justificada* entre otros por VON HIRSCH con el argumento de que, con ella, el autor es reconocido como “agente moral”.⁷¹ La desaprobación –sostiene KINDHÄUSER de modo similar– estaría justificada como institución frente al autor del delito porque “cabe decir, modificando parcialmente el *dictum* de HEGEL, que el que actúa defectuosamente es honrado como persona moral, esto es, como contraparte de un contrato, a través de la atribución de responsabilidad”.⁷²

Considero que este intento de justificar a la desaprobación como práctica institucional (o simplemente como institución) frente al autor del delito es muy insatisfactorio. Los partidarios de las teorías expresivas de la pena recurren una y otra vez –con o sin cita del *dictum* de Hegel– a este argumento del reconocimiento del autor como persona moral por intermedio la pena, en la creencia de que con ello consiguen una justificación deontológica –e incluso discursiva–⁷³ de la

⁶⁸ Así STRAWSON, «Freedom and Resentment», en EL MISMO, *Freedom and Resentment and other Essays*, 2ª ed., 2008 (1ª ed. en *Proceedings of the British Academy*, t. XLVIII, 1962), pp. 7 y ss.

⁶⁹ Véase KINDHÄUSER, «Personalität, Schuld und Vergeltung», *GA*, 1989, p. 501.

⁷⁰ Claro que una realización acabada de ese fin sólo sería posible si la desaprobación se materializa a través de la irrogación de un mal (así KLEINIG, «Punishment and Moral Seriousness», *Israel Law Review*, (25-3/4), 1991, pp. 413 y ss.; PUPPE, «Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik», en SAMSON *et al.*, *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, 1999, p. 479; JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 30), pero ello implica que ya la mera desaprobación contribuye al menos a la consecución de ese fin.

⁷¹ Así VON HIRSCH, *Past or Future Crimes*, 1985, p. 51.; EL MISMO, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Element einer Rechtfertigung», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 51; así también KLEINIG, «Punishment and Moral Seriousness», *Israel Law Review*, (25-3/4), 1991, p. 410.

⁷² KINDHÄUSER, «Personalität, Schuld und Vergeltung», *GA*, 1989, p. 501, conforme a la traducción de MAÑALICH en la versión en castellano de este artículo (véase KINDHÄUSER/MAÑALICH [eds.], *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 3 y s.). El *dictum* de HEGEL es el siguiente: “considerándose a la pena como formando parte de su propio derecho es que se honra al criminal como sujeto racional” (EL MISMO, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 13ª ed., 2013 [1ª ed. 1821]), § 100, p. 191).

⁷³ Así por ejemplo MAÑALICH, en KINDHÄUSER/MAÑALICH (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 60 y ss., 65.

desaprobación como institución.⁷⁴ Pero ese modelo hegeliano poco tiene que ver con un *discurso*,* es decir: con el procedimiento a través del cual ha de lograrse, *entre iguales*, un entendimiento comunicativo.⁷⁵ El “recurso expositivo” (*expository device, Darstellungsmittel*)⁷⁶ de HEGEL presupone, en realidad, un Estado posicionado como superior frente al autor del delito, al que, inicialmente, lo considera un mero objeto. Pues lo cierto es que, en la medida en que este esquema no explicita si (y en su caso en qué términos) el autor del delito toma parte en un discurso con el Estado, y a la vez proclama que ese individuo *es reconocido* (esto es: pasivamente) *por el Estado* como agente moral, sólo cabe inferir que es este último el que, sin el más mínimo rastro de un diálogo genuino, decide en soledad respecto a dicho reconocimiento.

Dado el rol que cumple el Estado en este modelo explicativo (él es el que reconoce al otro) y el silencio que guarda dicho modelo respecto a condiciones indispensables para todo discurso –y para toda justificación deontológica–, como por ejemplo la exclusión de toda relación jerárquica y de toda forma de coacción entre los hablantes que toman parte en el esquema justificatorio, no es posible asumir que esas condiciones de equidad están dadas en el modelo en cuestión, sino antes bien lo contrario: conforme a la formulación aquí analizada, todo indica que si el autor del delito es reconocido como agente moral o racional, es porque el Estado así lo ha dispuesto imponiéndole tal calidad (él es el que impone la pena con la que “reconoce” al autor). Sin embargo, “un acuerdo obtenido comunicativamente tiene un fundamento racional; no puede, en efecto, ser impuesto... por ninguna de las partes”.⁷⁷ Bajo tales circunstancias, por tanto, es imposible una justificación deontológica de la desaprobación como institución, pues el autor del delito aparece aquí nada más que como mero objeto de una decisión unilateral del Estado. Y consider a alguien como un mero objeto implica, sin más, no tratarlo como un fin en sí mismo

⁷⁴ Son evidentes los paralelismos entre el *dictum* de HEGEL y la afirmación de STRAWSON de que con la desaprobación se expresaría una “actitud moral reactiva” (EL MISMO, *Freedom and Resentment*, 2ª ed., 2008, pp. 14 y ss.); con la afirmación de VON HIRSCH de que con la desaprobación se aborda al autor del delito como un agente moral; con la afirmación de BERMAN de que “la imposición intencional de sufrimiento proporcional confiere el respeto que se le debe a la personalidad” del que merece ese sufrimiento (EL MISMO, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 9, 2008, p. 23); y hasta con la afirmación de H. MORRIS de que el culpable tiene un “derecho a ser penado” (EL MISMO, «Persons and Punishment», en EL MISMO, *On Guilt and Innocence. Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, 1976, pp. 45 y s. [1ª ed. en *The Monist*, 1968, pp. 475 y ss.]). También PAWLIK (véase EL MISMO, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 97) y MAÑALICH (EL MISMO, en KINDHÄUSER/MAÑALICH [eds.], *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 65) argumentan con auxilio de esta conocida sentencia de HEGEL.

* Préstese especial atención a la aclaración terminológica efectuada a continuación, en nota a pie 75.

⁷⁵ Véase al respecto HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. I, 1981, pp. 386 y s. La traducción al castellano del vocablo alemán “*Diskurs*”, en el sentido en que lo emplea HABERMAS (que es el sentido en que lo empleo también en este texto), como “discurso” se ha canonizado y por tanto se usará aquí, pero no está exenta de problemas. Porque “discurso”, en castellano, hace referencia por lo general a una alocución llevada a cabo por un sujeto, en forma *monologal*, frente a oyentes que lo escuchan *pasivamente*, es decir: precisamente lo opuesto a lo que se quiere hacer referencia con el término “*Diskurs*” en este contexto, que se aproxima en todo caso a lo que en castellano se expresaría con la palabra “discusión”, en el sentido, a su vez, de una discusión franca entre iguales que buscan genuinamente, y en forma activa y dialogal, llegar a un acuerdo sobre un tema que alguno de ellos ha puesto en cuestión. El lector debe tener presente entonces que este último es el sentido en que la palabra “discurso” es empleada *siempre* en este trabajo.

⁷⁶ Como es sabido, así denomina RAWLS a su idea de la posición original (EL MISMO, *A Theory of Justice*, ed. revisada, 1999, p. 19). Esa misma función cumple esta expresión de HEGEL y todo otro mecanismo hipotético (como el del contrato social o el que propongo aquí hacia el final del presente artículo: véase más abajo, 4.3) a través del cual se pretende explicar o justificar actos o instituciones.

⁷⁷ HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. I, 1981, p. 387, énfasis en el original.

sino como un medio o un instrumento para fines ulteriores. Como dice FRISCH, se convierte “al autor del delito en un objeto disponible para las necesidades de otros”.⁷⁸

Por supuesto que el argumento del reconocimiento *podría* ser empleado para una buena justificación deontológica de la desaprobación como institución, pero para ello debería demostrar que ese reconocimiento resulta no de una relación jerárquica entre Estado y autor, sino de una relación igualitaria entre dos co-sujetos morales (al respecto véase más abajo, 4.3). De lo contrario, el reconocimiento aparece nada más que como una excusa ad-hoc construida a la medida de las necesidades del Estado. Por otra parte, cabe admitir que la forma más estrictamente hegeliana de este argumento no resultaría del todo inadecuada como recurso expositivo para *explicar fácticamente* el fenómeno de la imposición de una pena, como podrá apreciarse enseguida (4.2). El problema residiría entonces, como ya se anunciara, en confundir los planos de la justificación y de la explicación.

Como sea, fuera de estas observaciones respecto a la desaprobación como elemento conceptual de la pena, lo que sí es absolutamente claro es que el argumento del reconocimiento no puede fundamentar una justificación deontológica de la *irrogación de un mal* como institución. Pues si sólo se tratara del reconocimiento del autor del delito como agente moral o racional, entonces “bastaría con la declaración verbal o con cualquier otro mecanismo expresivo carente de dimensión aflictiva”.⁷⁹ Por su parte, considerar que el mal de la pena *es* una “forma secular de penitencia”, como hace DUFF, no mejora la situación para su justificación deontológica como institución si no se explica a dicha penitencia como algo que también el autor del delito ha decidido activamente, en ejercicio libre de su autonomía, y no como algo que se le impone o que, en el mejor de los casos, sólo acepta en forma pasiva. Lo cierto es que DUFF no ofrece *esa* explicación,⁸⁰ y si no se la ofrece nada cambiaría el hecho de que se considerase que lo que se pretende es acudir a la idea de penitencia para *justificar* la irrogación de un mal que consistiría en otra clase de sufrimiento.

En cuanto a la *explicación* de la irrogación de un mal como *institución*, hay disponibles varias opciones en teorías de la pena materialmente expresivas. Así por ejemplo es posible afirmar, con PUPPE, “que la pena tiene que ser un mal si se pretende que, como señal a favor de la persistente vigencia de la norma, sea no solamente registrada sino también *creída* en cuanto a su mensaje”.⁸¹ PAWLIK es de la misma opinión: cita de hecho estas palabras de PUPPE y, tras ellas, agrega que

⁷⁸ FRISCH, «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, t. IV, p. 277.

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, «Del derecho abstracto al derecho “real”. Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad», *InDret* 4/2006, p. 3; así también ya antes VON HIRSCH, «Tadel und Prävention: Die Übelzufügung als Element der Strafe», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, pp. 101 y s., 104; similar NEUMANN, en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 151; más recientemente también BACIGALUPO, «Filosofía e ideología de las teorías de la pena», en EL MISMO, *Teoría y práctica del derecho penal*, 2009, pp. 925 y s.; HÖRNLE en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 28; MAÑALICH en KINDHÄUSER/MAÑALICH (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. 56; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 14.

⁸⁰ Véase DUFF, *Trials and Punishments*, 1986, pp. 233 y ss.; EL MISMO, «Prävention oder Überredung?», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 191 y s.

⁸¹ PUPPE, *FS-Grünwald*, 1999, p. 479, cursiva agregada; así también HÖRNLE en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 28; HAMEL, *Strafen als Sprechakt*, 2009, pp. 156 y ss.

“no se puede renunciar... a que la sanción penal (sea) un tanto drástica; pues de otro modo no es posible establecer en forma convincente la conexidad entre el cumplimiento del deber de cooperación y el goce de la libertad”.⁸² JAKOBS, por su parte, antes de su cambio a favor del reconocimiento de una función cognitiva en el castigo penal, explicaba a la irrogación de un mal diciendo que, si la pena no consistiera en dolor, sufriría un déficit de objetivación.⁸³ Y ya después de ese cambio opina, igual que PUPPE, que “tras la comisión de un delito no alcanza con *señalar* a su autor como criminal...; además debe *tratárselo* como tal”.⁸⁴ “El dolor sirve al aseguramiento *cognitivo* de la vigencia de la norma”.⁸⁵ HÖRNLE dice, entretanto, que al menos en casos de “grave ilicitud..., la renuncia a la irrogación de mal haría fracasar al significado expresivo de la desaprobación”.⁸⁶ La irrogación de un mal sería por tanto necesaria para una “reafirmación intensiva del juicio de desaprobación” propio de la pena.⁸⁷ Similar es la concepción de FEIJOO SÁNCHEZ, quien también comprende a la pena como un “proceso de comunicación”. Así, “dado que el éxito o el fracaso de la comunicación dependen del mal de la pena, su insuficiencia (podría) conducir a que la comunicación fracase”.⁸⁸

Sin perjuicio de los matices diferenciales que sin dudas existen entre estas manifestaciones relativas al mal de la pena, ellas son materialmente equivalentes: todas destacan el papel de la irrogación de un mal como medio efectivo para la transmisión del mensaje expresado con la pena y ofrecen, así, un enfoque explicativo que es característico de las teorías expresivas.⁸⁹ Como *explicaciones* de la institución “irrogación de un mal” son, a mi juicio, bastante convincentes, aunque incompletas, como luego se verá (4.2). Más importante, con todo, es destacar que estas opiniones tienen algo más en común: por regla, ellas fueron esgrimidas por sus representantes como *justificaciones* de la irrogación de un mal. Ello es entendible, pues, si no fuera así, si pretendieran ser exposiciones puramente explicativas, entonces precisamente en ello residiría su déficit principal: “no es aceptable... una concepción de la pena que se desentiende de todo aquello propio del castigo que requiere una justificación”.⁹⁰ Es más: en ocasiones dichas opiniones son presentadas, al menos implícitamente, como justificaciones incluso *deontológicas*,⁹¹ lo cual muestra que estas teorías, más allá de su error y como ya se dijo, al menos han intentado ensayar una justificación de la irrogación del mal –como institución– también frente al autor del delito. Sin embargo, tales ensayos son o bien meras *explicaciones* de la necesidad fáctica de la

⁸² PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 116 y s.

⁸³ Véase JAKOBS, «Zur gegenwärtigen Straftheorie», en KODALLE (ed.), *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen-Juristen-Pädagogen im Gespräch*, 1998, p. 36.

⁸⁴ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 30, cursiva en el original.

⁸⁵ Ebenda, p. 29, cursiva en el original.

⁸⁶ HÖRNLE en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 28.

⁸⁷ Ebenda; similar LA MISMA, *Straftheorien*, 2011, pp. 42 y s.

⁸⁸ FEIJOO-SÁNCHEZ, *FS-Jakobs*, 2007, p. 90.

⁸⁹ Vale aclarar que sólo HÖRNLE se presenta a sí misma expresamente como partidaria de esas teorías (véase LA MISMA en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 24). La importancia de su trabajo para la difusión de las teorías expresivas de la pena en Alemania es, a mi juicio, enorme.

⁹⁰ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 287.

⁹¹ Así por ejemplo HÖRNLE, *Straftheorien*, 2001, pp. 41 y s., donde afirma que la irrogación de un mal sería importante especialmente “desde la perspectiva del condenado” y que sería posible “justificarla con una teoría expresiva de la pena” (cursivas agregadas); también PAWLIK, quien, como teórico de la pena que exige una estricta unidad axiológica, renuncia a toda justificación consecuencialista (véase EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 86, nota a pie 448 y *passim*) y, por tanto, no les concede un papel justificador a las eventuales ventajas extrínsecas que la pena pudiera generar en el futuro, sino a lo sumo un “-aun cuando claramente deseable- efecto (meramente) concomitante” (ebenda, p. 64, paréntesis agregado).

irrogación de un mal (así los he presentado aquí), o bien –supuesto el contexto pragmático correspondiente, es decir: *no ceteris paribus*– podrían ser vistos también, ciertamente, como justificaciones de la irrogación de un mal como institución, pero a lo sumo de índole consecuencialista. Pues se concentran en consecuencias orientadas en función de intereses sociales, en aras de los cuales instrumentalizan a quien sufre directamente el mal de la pena, que obviamente no es otro que el autor del delito.

VON HIRSCH sigue una estrategia diferente. Él reconoce expresamente que su justificación de la irrogación de un mal (implícitamente: como institución) es consecuencialista. “La irrogación de un mal, como elemento de la pena, se explica sin embargo mediante consideraciones preventivas. Se trata, en consecuencia, de una fundamentación consecuencialista de la pena”.⁹² Pero esto, a su juicio, no sería especialmente grave, porque el haber tomado en cuenta a las máximas kantianas para la justificación de la desaprobación lo habría conducido (al igual que a HÖRNLE, que escribió este texto junto con él) a posicionar a la desaprobación, como elemento de la pena, en el primer plano, mientras que el problema de la irrogación de un mal quedaría “en todo caso en segunda línea”.⁹³ Así, una justificación sólo consecuencialista de un elemento de la pena no tan importante sería, según VON HIRSCH, legítima, porque el elemento más importante (la desaprobación) ya habría sido justificado deontológicamente. Y ello, a su modo de ver, sería suficiente para ofrecer al autor *no solamente* razones utilitaristas cuando se trata de la justificación de la pena como institución.⁹⁴

Mi primera objeción contra el punto de vista de VON HIRSCH se remonta nuevamente al “pesimismo metódico” formulado por GRECO. Conforme a él, no sería correcto considerar a la irrogación de un mal sólo como un problema de segundo rango, dado que se trata de lo más cuestionable que la pena trae consigo y, por tanto, lo que más carga justificatoria exige.⁹⁵ Y si ello es así, entonces la segunda objeción se relaciona, obviamente, con la clase de justificación preferida por VON HIRSCH para justificar la irrogación de un mal. Pues el nivel de necesidad y de exigencia justificatoria de la irrogación de un mal está directamente relacionado con ese rango principal que ella ostenta como elemento de la pena. En consecuencia, es especialmente este elemento el que debe ser justificado también deontológicamente, es decir: *frente al individuo*. Porque esa justificación es precisamente la más difícil y exigente. No es posible, en definitiva, legitimar una justificación consecuencialista de la irrogación de un mal con el argumento de que ya la desaprobación fue justificada deontológicamente, como opina VON HIRSCH. HÖRNLE ha reconocido abiertamente que la cuestión de “fundamentar por qué junto a la desaprobación es necesaria además la irrogación de un mal, es un problema que se les presenta a todas las teorías expresivas de la pena”.⁹⁶ Yo, con todo, describiría a ese inconveniente de un modo un poco más específico: el problema que, en rigor, se les presenta a todas las teorías expresivas de la pena, es lograr una justificación *deontológica* de la irrogación de un mal como institución. Argumentos consecuencialistas para esa justificación, o meras explicaciones de dicho elemento, han podido ser expuestos hasta ahora por estas teorías sin mayores dificultades.

⁹² VON HIRSCH en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 106; vid. también en EL MISMO, *Past or Futur Crimes*, 1985, pp. 51 y ss.; EL MISMO, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, pp. 54 y ss.

⁹³ HÖRNLE/VON HIRSCH en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 88.

⁹⁴ Así VON HIRSCH, en EL MISMO *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 61.

⁹⁵ Véase más arriba, previo a la llamada a pie 62.

⁹⁶ HÖRNLE en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 27.

La “teoría del desempeño leal” (*fairness-based theory, Fairnesstheorie*), de raíces claramente contractualistas y desarrollada como teoría de la justificación del castigo por primera vez por Herbert MORRIS⁹⁷ constituye, a mi juicio, un intento interesante para lograr una justificación deontológica de la pena como institución. Así, la pena ha de ser vista como un “mandato del desempeño leal”,⁹⁸ pues la “lealtad es..., en cierto modo, el precio para el goce de la paz y de la libertad”.⁹⁹ Dado que el acatamiento de las normas beneficia a todos los ciudadanos, incluso a los criminales, éstos deben “por tanto aceptar, por razones vinculadas al desempeño leal, que (el Estado) incluso se valga de ellos en aras del aseguramiento de esas normas prohibitivas”.¹⁰⁰

Si la atención se fija en la *irrogación de un mal* como elemento de la pena, enseguida se advierte que el punto de vista del desempeño leal, así formulado, no es idóneo para fundamentar una justificación deontológica de ese elemento como institución. Pues, conforme a la lógica de esa concepción, habría que soportar al mal de la pena porque sólo él, como desventaja, puede compensar en forma suficiente y efectiva aquella ventaja injusta que se obtuvo con la comisión del delito.¹⁰¹ Pero ello constituiría, otra vez, o bien una mera explicación o bien, a lo sumo, una justificación consecuencialista de la irrogación del mal propio de la pena: al autor del delito se lo instrumentaliza en aras de esa compensación. Pero esta fundamentación basada en la idea de desempeño leal es deficitaria incluso como intento de justificación deontológica de la *desaprobación* como elemento de la pena. Porque, para ser genuinamente deontológica, debería demostrar que el autor del delito ha co-configurado y coestablecido, en forma libre y autónoma, las reglas de ese juego que hay que jugar lealmente para no ser desaprobado (sobre esto véase más abajo, 4.3). De lo contrario, vuelve a ser instrumentalizado en aras de la vigencia de la norma.

4. Capacidad de rendimiento de una perspectiva discursiva

En vista de la sinopsis crítica ofrecida más arriba, parecería que la situación no es sencilla para ninguna de las variantes de las teorías expresivas de la pena. El problema podría residir en que ellas no han abordado con suficiente profundidad la estructura de la práctica discursiva, que es en rigor inherente a cualquier teoría expresiva. Querría explorar, por tanto, qué puede aportar una perspectiva discursiva al cometido de una teoría de la pena.

Antes de ocuparnos de los aspectos normativos del problema (que es, como mencionara antes, el objetivo principal de este trabajo) dedicaremos algo de espacio a sus aspectos fácticos, pues ello es importante para evitar una renuncia precipitada a la perspectiva discursiva en virtud de

⁹⁷ Véase H. MORRIS, *On Guilt and Innocence*, 1976, pp. 31 y ss. Tiempo después MORRIS renunciaría a ese punto de vista (véase EL MISMO, «A Paternalistic Theory of Punishment», *The Philosophical Quarterly*, (18-4), 1981, pp. 263 y ss.). La teoría del desempeño leal fue asumida también por MURPHY, «Marxism and Retribution», en EL MISMO, *Retribution, Justice, and Therapy. Essays in the Philosophy of Law*, 1979, pp. 100 y ss.), y también él la abandonó más tarde (véase MURPHY, «Retributivism, Moral Education, and the Liberal State», en EL MISMO, *Retribution Reconsidered. More Essays in the Philosophy of Law*, 1992, p. 24).

⁹⁸ Así PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 106; véase también HÖRNLE, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 23.

⁹⁹ PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 90; siguiéndolo, también PERALTA, «Positive Generalprävention als Achtung der Rechtsordnung», *ZIS*, 2008, p. 511.

¹⁰⁰ HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, p. 54, paréntesis agregado.

¹⁰¹ Así PUPPE, *FS-Grünwald*, 1999, p. 479, cuyo punto de vista es muy cercano a la teoría del desempeño leal.

dificultades que, en rigor, sólo afectan a dicha cuestión empírica. Con relación a ella cabe entonces preguntar: ¿sería plausible afirmar, *descriptivamente*, que la pena *es* fácticamente un discurso? * Considero que ello es extremadamente problemático. Aun si aceptáramos que en el mundo fáctico existen de hecho prácticas discursivas, éstas exigirían, como ya fuera mencionado, como mínimo a dos agentes autónomos que, básicamente en iguales condiciones (es decir, sin ninguna clase de coacción ni de jerarquía entre ellos y en lo posible sin coacciones externas), discuten o argumentan dialogalmente, esto es, dan y piden razones,¹⁰² para llegar a un entendimiento con base en un reconocimiento mutuo como co-agentes morales.¹⁰³

Lo cierto sin embargo es que, en lo que respecta a la práctica de la imposición fáctica de pena, el Estado y el autor del delito no se encuentran en una situación de igualdad. Si uno toma en serio, como yo quisiera, la idea de que las expectativas normativas se diferencian de las cognitivas,¹⁰⁴ entonces ha de concederse que la práctica institucional de la imposición de pena guarda en realidad una relación muy estrecha con aquel modelo hegeliano, ya analizado, en el que la posición jerárquicamente superior que ostenta el Estado en relación con el autor del delito queda muy clara y que, por tanto, de ninguna manera puede ser vista como una situación discursiva. Y no podría ser de otra manera: el ciudadano fiel al derecho realmente quiere que el Estado, con autoridad, simplemente imponga la pena al criminal como respuesta categórica contra su hecho *sin más*, es decir, sin entablar previamente con él ninguna clase de discurso en el que, respecto a la cuestión del castigo como institución, mutuamente se den y se pidan razones. Sólo de ese modo le quedará claro al ciudadano fiel al derecho que él no tiene por qué, frente al hecho punible, adaptarse a la frustración de su expectativa con relación a la vigencia de la norma.

Tal como K. GÜNTHER lo expresara con razón, en la práctica de la imposición de pena no se da ninguna clase de diálogo, dado que, “con la irrogación de su mal, precisamente se termina el discurso. Si encierro a alguien en la cárcel o le impongo una multa, no discuto con él. Cualquier clase de pena acaba con el discurso”.¹⁰⁵ Ahora bien, del hecho de que fácticamente la práctica de la imposición de pena no tenga nada de discursivo (o, lo que es lo mismo, que no se dé en el marco de un discurso) no se sigue, en primer lugar, que no sea posible explicar el funcionamiento fáctico de la pena desde una perspectiva discursiva; y tampoco se sigue, en segundo lugar, que desde una perspectiva discursiva no pueda ser ofrecida una justificación deontológica de la pena como institución.¹⁰⁶

* Recuérdese la aclaración terminológica efectuada en nota a pie 75.

¹⁰² Véase al respecto BRANDOM, *Making it Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, 1994, p. 159: “En el centro de la práctica discursiva tiene su lugar el juego de dar y pedir razones”.

¹⁰³ Sobre esto véase HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. I, 1981, pp. 369 y ss.

¹⁰⁴ Véase LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 1972, t. I, pp. 40 y ss.; siguiéndolo, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 1/4 y ss.

¹⁰⁵ K. GÜNTHER, en SILLER/KELLER (eds.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, 1999, p. 153; similar inconveniente advierte también VON HIRSCH en EL MISMO *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 60; y tal vez es esto mismo lo que se quiere decir cuando se afirma que “la pena, en medida apreciable, es simbólica pero *no* comunicativa” (BLOY, «Symbolik im Strafrecht», en FREUND *et al.* (eds.), *Festschrift für Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, p. 70, cursiva en el original).

¹⁰⁶ Esto último, sin embargo, es lo que insinúa SILVA SÁNCHEZ, «Del derecho abstracto al derecho “real”», *InDret* 4/2006, pp. 2 y s.

4.1. Diferentes situaciones de habla

Para encontrar un poco de orden en este laberinto teórico pienso que es importante, ante todo, aclarar algunas cuestiones metodológicas. Deberían, por lo pronto, ser tenidas en cuenta tres distinciones a mi juicio muy gravitantes.

La primera es la siguiente: una fundamentación discursiva de la pena bien articulada debería diferenciar entre dos clases de situaciones de habla,¹⁰⁷ *discursivas*, que atañen a su vez a dos problemas distintos a los que debe abocarse una teoría del castigo penal. Por un lado, la *explicación* fáctica del funcionamiento de la pena, y por el otro su *justificación* moral. Hay, en efecto, situaciones de habla que explican y situaciones de habla que justifican, y ambas han de consistir en discursos que, a su vez, pueden ser *reales* o *ideales*. Contra HABERMAS ha de decirse, por tanto, que un discurso no tiene que ser necesariamente ideal¹⁰⁸ para poder actuar, contrafácticamente, como “parámetro crítico” efectivo de cada consenso fácticamente obtenido.¹⁰⁹ Cada contraargumento real puede valer como esa clase de parámetro crítico en la medida, por cierto, que cumpla al menos de manera aceptable con las reglas formales del discurso.¹¹⁰ Pero para explicar o justificar algo también es posible acudir, ocasionalmente, a discursos idealizados, esto es, a procedimientos que deben ser entendidos como “recursos expositivos” en el sentido de RAWLS (como su “posición originaria” o cualquier otra metáfora contractualista relativa al origen del Estado).¹¹¹ Se trata de situaciones que son ciertamente ideales,¹¹² pero su poder explicativo o justificatorio se explica porque, como situaciones ideales, se corresponden no obstante con las estructuras fácticas y normativas del mundo real.¹¹³ Por eso confiamos en ellas, aunque sean puramente hipotéticas y, por tanto, nunca hayan ocurrido fácticamente: porque “realmente aceptamos las condiciones en las que (dichos recursos expositivos) se fundamentan”.¹¹⁴

¹⁰⁷ La expresión “situación de habla” proviene, como es sabido, de HABERMAS, «Wahrheitstheorien», en EL MISMO, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, pp. 174 y ss. (1ª ed. en FAHRENBACH [ed.], *Festschrift für Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, 1973, pp. 211 y ss.), donde explica el concepto de “situación ideal de habla”.

¹⁰⁸ Así HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, pp. 174 y ss. HABERMAS y otros “idealizadores” han recibido, de hecho, no pocas críticas por mantener esa posición. Él mismo cita por ejemplo a W. SCHULZ, que se refiere a “la ‘alarmante irrealidad’ de la situación ideal de habla” (véase HABERMAS, ebenda, p. 180, n. 45); otros argumentos contra estas idealizaciones pueden verse, entre otros, en DAVIDSON, «The Structure and Content of Truth», *The Journal of Philosophy*, (87-6), 1990, p. 307, y LAFONT, «Spannungen im Wahrheitsbegriff», *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, t. 42, 1994, p. 1017 (ambos en rigor contra PUTNAM, quien, como es sabido, también identificaba a la verdad con una justificación lograda en condiciones ideales: véase PUTNAM, *Reason, Truth and History*, 1981, pp. 55 y s.).

¹⁰⁹ Véase al respecto HABERMAS, en *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, pp. 179 y s.

¹¹⁰ Acerca de estas reglas véase HABERMAS, ebenda, pp. 174 y ss.; EL MISMO, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, t. I, pp. 369 y ss.

¹¹¹ Véase la nota a pie 71. HABERMAS reconoce expresamente que “surgen ciertos paralelismos entre la situación ideal de habla y la estructura de la ‘posición original’” de RAWLS (HABERMAS, en *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, p. 180, n. 45).

¹¹² “Esa posición original, desde luego, no ha sido pensada como un estado de cosas históricamente real” (RAWLS, *A Theory of Justice*, ed. revisada, 1999, p. 11). Como dice MURPHY, se trata en rigor de un “modelo de decisión racional” (MURPHY, en *Retribution, Justice, and Therapy*, 1979, p. 101).

¹¹³ Así HABERMAS, en *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, pp. 177 y s.; véase asimismo RAWLS, ebenda, p. 19.

¹¹⁴ RAWLS, ebenda.

La segunda distinción, por su parte, aclara que una situación de habla puede ser no solamente un discurso *que explica* o *que justifica*; hay también situaciones de habla que *se explican* o que *se justifican*. Dicho de otro modo: situaciones de habla pueden ser objeto de situaciones de habla. Así, las situaciones de habla que explican o justifican se comportan como *metasituaciones* de habla de las situaciones de habla *objeto* que se explican o que se justifican. Las metasituaciones de habla, por su parte, pueden ser situaciones de habla reales y ubicuas de toda clase, que a su vez explican o justifican situaciones de habla objeto, igualmente reales e igualmente ubicuas, de toda clase; pero también son posibles situaciones de habla ideales, hipotéticas, a las que se puede recurrir para explicar o justificar situaciones de habla (objeto) *de esa clase*, como la posición originaria de RAWLS. La metasituación de habla a la que recurriré enseguida en este trabajo será aprovechada en este último sentido, es decir, en cierto modo como un “entendimiento original” de tipo rawlsiano.

Conforme a la tercera distinción, finalmente, corresponde llamar la atención acerca de que, así como en la realidad pueden tener lugar situaciones de habla que son genuinos *discursos* en el sentido de HABERMAS, así también puede haber otras situaciones de habla que de ningún modo han de ser consideradas discursos. En especial porque en ellas no hay una “completa reciprocidad de expectativas de comportamiento, que excluye privilegios... que sólo obliguen unilateralmente”.¹¹⁵ Brevemente: no todo lo que ocurre en el mundo intersubjetivamente ocurre en forma discursiva. Como discurso vale toda discusión real que cumple con las reglas discursivas, esto es, toda discusión que tiene lugar entre dos personas igualmente competentes y que, por más que no ocurra en condiciones ideales, puede no obstante discurrir sin relevantes coacciones internas o externas, con excepción, claro está, de esa “peculiar coacción no coactiva propia del mejor argumento”.¹¹⁶ No discursivas son, en tanto, las situaciones de habla que no cumplen estas condiciones.

Presupuestas estas tres distinciones, cabe decir entonces que la pena no sólo como acto particular, sino también como práctica o institución, constituye una situación de habla. Es decir: no sólo *cada* pena, sino *la* pena ha de ser caracterizada, precisamente, como comunicación. Pero dicha práctica es una situación de habla que de ningún modo puede ser vista como un discurso, y ciertamente por los motivos señalados por K. GÜNTHER. Con todo, contra el escepticismo de este autor cabe indicar que es posible o bien *justificar moralmente* esa práctica recurriéndose a una metasituación de habla que sí puede ser considerada un discurso porque cumple con los requisitos del *discurso práctico* (4.3); o bien que es posible *explicar fácticamente* dicha práctica, recurriéndose a una metasituación de habla que también puede ser considerada un discurso, aunque en esta ocasión porque cumple con los requisitos del *discurso teórico*, esto es, aquel que tiene como base no una pretensión de justicia sino una pretensión de verdad (4.2).

4.2. Una explicación complementaria de la irrogación de un mal como institución

En lo que atañe a los elementos conceptuales de la pena más necesitados de explicación y de justificación, la desaprobación como institución fue considerada aquí ya suficientemente bien

¹¹⁵ HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, p. 178.

¹¹⁶ HABERMAS, *ibenda*, pp. 161, 179 y s.

explicada en función de las consideraciones de STRAWSON. También han sido desenmascaradas algunas supuestas justificaciones de la irrogación de un mal como, en rigor, *explicaciones* de ella. Éstas, sin embargo, son a mi juicio *incompletas*, porque no toman suficientemente en cuenta el *momento autoritativo* de la práctica de la pena. En efecto: en la práctica real de la pena no tenemos a un Estado que, en igualdad de condiciones, mantiene un discurso con el autor del delito, a quien le ofrece razones acerca de la institución de la pena. Se trata, antes bien, de un Estado que, en virtud del hecho punible, ha perdido su autoridad en relación con el autor del delito y que, por tanto, tiene el objetivo de restablecer esa autoridad mediante la práctica de la pena.

Ahora bien, para lograrlo, el Estado no tiene que dar al autor del delito ninguna otra razón relativa a la práctica de la pena que no sea, precisamente, su (legítima) autoridad.¹¹⁷ Si él diera otras razones, actuaría sin autoridad. Para decirlo en función del marco conceptual ideado por RAZ: actuar con autoridad significa dar una razón de primer orden en relación con algo que se manda para que se actúe de esa manera, y al mismo tiempo dar una razón de segundo orden que excluye toda otra razón de primer orden para no actuar de esa manera. Se trata de “razones protegidas”, esto es, razones para la acción de primer orden que también son “razones excluyentes” de segundo orden.¹¹⁸ Si a mi hijo, por ejemplo, le digo *con autoridad* que vaya a la escuela, le doy una razón de primer orden para que vaya a la escuela (porque yo se lo ordeno), y le doy a la vez una razón de segundo orden que excluye toda otra razón de primer orden para no ir a la escuela, como por ejemplo su cansancio o su pereza, *pero también el permiso de su madre de no ir a la escuela*. Por eso RAZ define a la autoridad como la capacidad de dar y de excluir razones protegidas; autoridad, en suma, significa tener el poder de excluir el balance de razones.¹¹⁹ Pero si se excluye el balance de razones, y con ello la posibilidad de darlas y pedir las, ya no se está en un discurso.¹²⁰ Y eso es precisamente lo que ocurre con la institución de la pena. En ella, como lo mencionara antes, hay una situación de habla (objeto) entre Estado y autor del delito que no puede ser considerada fácticamente como un discurso, pero que puede ser explicada mediante una metasituación de habla que sí es discursiva, como lo es de hecho el presente discurso teórico.¹²¹

Es posible, entonces, concluir lo siguiente: que la pena como práctica, como institución, consista no sólo en expresar una desaprobación, sino también en irrogar un mal, se *explica* fácticamente con estos dos argumentos: en primer lugar, la irrogación de un mal es necesaria para transmitir la desaprobación de manera eficaz (esta es, de hecho, la explicación ofrecida hasta ahora por las teorías expresivas de la pena). Y en segundo lugar cabe señalar que la irrogación de un mal es en ocasiones el único y en ocasiones el mejor medio del que dispone el Estado para comunicar *con*

¹¹⁷ También VON HIRSCH hace referencia a ese contexto autoritativo, aunque sólo muy brevemente: EL MISMO en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 60.

¹¹⁸ Al respecto fundamental RAZ, «Legitimate Authority», en EL MISMO, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 1979, pp. 16 y ss.

¹¹⁹ Véase RAZ, *ibidem*, p. 24 y ss. Como ya dije, se trata siempre de la autoridad *legítima*. De acuerdo con RAZ, no es posible tener únicamente autoridad fáctica: quien tiene autoridad “tiene que afirmar o bien que tiene autoridad legítima, o que los otros lo tienen como autoridad legítima” (RAZ, *ibidem*, p. 9).

¹²⁰ Así también VON HIRSCH en EL MISMO *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 60, aunque sugiriendo que por eso el modelo de HABERMAS no tendría ningún lugar en una teoría de la pena. Esa creencia, sin embargo, es producto de pasar por alto la distinción que destaco más arriba en el texto entre metasituaciones de habla y situaciones de habla objeto.

¹²¹ En el cual, por así decirlo, las contrapartes discursivas somos el lector y yo.

autoridad al autor del delito, a la víctima y a la sociedad que es su voz –y no la del delincuente– la única que debe ser escuchada. Es precisamente el mal de la pena lo que permite al Estado transmitir esa información sin tener que dar otras razones, lo cual, como se ha visto, es indispensable para actuar con autoridad. La cuestión principal, con todo, sigue siendo si es correcto, en términos de justicia, que el Estado obre de esa manera, que sin dudas le es muy funcional a sus objetivos fácticos. Ello es lo que se analiza a continuación.

4.3. Una justificación discursiva (y deontológica) de la pena como institución

a) Consideraciones generales

En este plano la situación es muy diferente. Aquí se trata de demostrar la *justicia* de la desaprobación y de la irrogación de un mal –ambos como prácticas, como instituciones– *frente al autor del delito*. Tal justificación deontológica deberá, por lo tanto, cumplir con las exigencias formales del *discurso práctico* en el sentido de HABERMAS.¹²² En consecuencia, el discurso mediante el cual se busque esa fundamentación en términos de justicia ha de tener lugar entre dos contrapartes discursivas racionales y de igual rango en todo sentido (el Estado y el autor del delito), que se toman en serio mutuamente como agentes morales y que, por ello, nunca se consideran el uno al otro como un mero medio u objeto, sino como fines en sí mismos.

Se trata de un discurso que, como metasituación de habla, intenta justificar una situación de habla (objeto) real que no es posible caracterizar como un discurso: el hecho fáctico de la práctica de la pena. Como todo discurso, ciertamente se distancia un poco de la situación a justificar, pero se refiere continuamente a ella. En la metasituación de habla se discute, con base en determinadas reglas, acerca de lo que se dice en la situación de habla objeto. Ahora bien, esa metasituación de habla constituye un discurso que se da en el marco de un recurso expositivo hipotético, que tiene por objeto dar forma y proporcionar, entre Estado y autor del delito, un *entendimiento original* en el sentido de RAWLS y de la tradición contractualista. El entendimiento original justifica deontológicamente a la pena como institución, y uno puede por tanto acudir a él cuantas veces lo crea necesario no sólo para obtener allí esa clase de justificación, sino también para mejorarla o afinarla mediante reflexión crítica.¹²³

La propuesta que pongo a consideración enseguida es, de hecho, no más que eso: un intento de proveer a la antigua tradición contractualista –en el marco acotado de una teoría de la pena– de una fundamentación un tanto más sofisticada para protegerla de las objeciones más usuales. Esa

¹²² Véase al respecto HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, t. I, pp. 369 y ss.; DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, 2001, pp. 79 y s. También MAÑALICH intenta justificar la pena de la mano de una perspectiva discursiva de base habermasiana (véase EL MISMO en KINDHÄUSER/MAÑALICH (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, pp. 60 y ss.). Pero como no diferencia entre metasituaciones de habla y situaciones de habla objeto, ni entre situaciones de habla discursivas y no discursivas, queda demasiado expuesto a la objeción de que la práctica real de la pena no puede ser vista como un discurso (véase más arriba, previo a la llamada a pie 105). Por otro lado, cabe objetarle que, en lugar de aprovechar al máximo las ventajas de la concepción de HABERMAS, queda aferrado en definitiva al modelo hegeliano, ya criticado aquí, que presenta a un Estado jerárquicamente superior que unilateralmente decide reconocer a otro como agente moral.

¹²³ Especialmente por medio del “equilibrio reflexivo”: RAWLS, *A Theory of Justice*, ed. revisada, 1999, p. 38. “La justificación de una práctica es siempre provisoria, siempre parcial...; esto es, la justificación deriva de la respuesta a bases de demanda particulares, no de un intento vano de identificar y responder toda objeción concebible” (BERMAN, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, (9), 2008, pp. 7 y s. de la versión digital).

tradición –que con relación a la cuestión específica del castigo penal trabaja o bien directamente con la idea de un *contrato*; o bien con la figura, también asociada a un contrato, del *consentimiento* o asentimiento; o bien incluso con el argumento del desempeño leal (*fair*)– está vinculada, como es sabido, a nombres prominentes de múltiples épocas y locaciones.¹²⁴ Tal vez ello constituya una cierta prueba del acierto de este punto de vista y, a la vez, de la permanente necesidad de mejoras en su fundamentación, como de hecho sucede en toda actividad científica.

Las exposiciones propias de esta línea de las que disponemos recurren, efectivamente, a imágenes o figuras que –como la del consentimiento o incluso la del contrato mismo– aparecen enseñada, y no sin buenas razones, como inverosímiles o aisladas de la realidad.¹²⁵ ¿Pues cómo ha de ser posible tomar en serio una fundamentación que afirme que el autor del delito consiente una consecuencia tan desagradable como la pena, o que incluso *está* de acuerdo con ella?¹²⁶ Aceptemos no obstante que dicha fundamentación puede ser mejorada, y que ello se logra si se enfatiza que en rigor no se trata de un consentimiento real, sino de uno que es producto de un recurso expositivo ideal o hipotético conforme al cual el autor del delito *tiene que* estar de acuerdo con la pena, por el sencillo hecho de que, al momento de cometer el hecho punible, él sabe que la pena constituye una consecuencia *normativa*, jurídicamente necesaria, de su hecho.¹²⁷ Sin embargo, aun así aparecería la pena y su configuración como una institución generada únicamente por una contraparte superior (el Estado, o la sociedad o los ciudadanos fieles al derecho) que otra contraparte –inferior– debe aceptar pasivamente (el autor del delito). Esa evidente asimetría que instrumentaliza a quien ha de sufrir la pena (asimetría que resulta completamente inconciliable con un intento comunicativo de lograr entendimiento) es incluso *presupuesta* por esta fundamentación mejorada.

Inverosimilitud e instrumentalización son, entonces, los dos déficits principales que empañan a las teorías contractualistas de la pena, tanto en sus versiones más tradicionales que se centran en la idea de consentimiento o asentimiento como en las más actuales que acentúan la noción de desempeño leal. Y son seguramente esos déficits los responsables de su rechazo generalizado,

¹²⁴ En lo que hace a *teorías de la pena*, para la discusión continental europea debe mencionarse en primer término a FEUERBACH, *Anti-Hobbes*, 1967 (reimpresión; 1ª ed. 1797), pp. 222 y ss., quien se apoya a su vez en GROTIUS (pp. 224 y s.), aunque más tarde abandona este punto de vista en FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5ª ed., 1812, § 17, p. 20. Véase también SEELMANN, «Vertragsmetaphern zur Legitimation des Strafens im 18. Jahrhundert», en STOLLEIS (ed.), *Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*, 1991, pp. 441 y ss., quien menciona a su vez a otros partidarios de las justificaciones contractualistas de la pena del siglo XVIII. Un representante contemporáneo de ese punto de vista es NINO, «A Consensual Theory of Punishment», *Philosophy & Public Affairs*, (12-4), 1983, pp. 289 y ss.; ya antes EL MISMO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 197 y ss.; véanse además las obras ya citadas de MURPHY, PAWLIK y HÖRNLE como partidarios al menos parciales de las teorías del desempeño leal. Si se incluyen los representantes de las teorías contractualistas en el marco de las *teorías del Estado* deben ser mencionados también, obviamente, HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU, KANT y RAWLS, entre otros; véase asimismo la muy ilustrativa panorámica general que ofrece GOUGH, *The Social Contract. A Critical Study of its Development*, 2ª ed., 1957.

¹²⁵ Detalladas referencias con objeciones contra la tesis del consentimiento fundadas en este motivo pueden verse en SEELMANN, *FS-Gagnér*, 1991, pp. 442, 448 y ss.; también en GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrechtstheorie*, 2009, pp. 485 y s.

¹²⁶ Sobre esta objeción véase, entre otros, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 232.

¹²⁷ Así por ejemplo NINO, *ibidem*, pp. 230 y ss. Ya FEUERBACH había dejado en claro casi dos siglos antes –y exactamente con este mismo argumento que NINO emplearía después– que en rigor se trata de consecuencias normativas y no fácticas: véase FEUERBACH, *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleydigung des Verbrechers. Nebst einer näheren Prüfung der Kleinischen Strafrechtstheorie*, 1970 [reimpresión; 1ª ed. 1800], p. 95.

pese al núcleo correcto que habría que reconocer a sus intuiciones centrales.¹²⁸ Ya se dijo que si bien es cierto que un recurso expositivo nunca es real, sino hipotético, no menos lo es que, quien acude a esta clase de mecanismo, debe lograr que él mantenga con la realidad una relación de máximo acercamiento, si es que pretende, con él, explicar o justificar exitosamente esa realidad. Se requiere en consecuencia de un modelo teórico que, sin abstraerse de la realidad, fundamente en forma convincente por qué, en el marco de un recurso expositivo de naturaleza hipotética, es razonable afirmar que el autor de un delito, en forma libre y autónoma, configura la pena en forma conjunta con la sociedad (o el Estado), y que *por eso* no puede considerarla una institución injusta.

Así, la primera pregunta que habría que efectuar en esa dirección es si realmente es correcto plantear al autor del delito y al Estado como contrapartes del discurso justificatorio en el marco de dicho recurso expositivo hipotético. Porque bien podría decirse que esas contrapartes deberían ser, en rigor, el conjunto de ciudadanos (o de sus representantes) que están configurando por primera vez el Estado y en ese momento, de común acuerdo, instituyen a la pena para compensar las deslealtades que después pudieran ocurrir ya en la sociedad real, sin saber –velo de ignorancia mediante– si luego serán o no autores de un delito.¹²⁹ Pues bien, aun en esta imagen, el diálogo entre esos ciudadanos, para justificar algo como la pena, no podría dejar de incluir una apelación hipotética a que cada uno se imagine a sí mismo *como autor de un delito*, para *a partir de ese rol* determinar si estaría de acuerdo en que sea una pena (esto es: una desaprobación de su conducta *y la irrogación de un mal*) lo que en ciertos casos de especial gravedad se imponga en su contra por haberse comportado deslealmente respecto de las demás reglas también acordadas en ese momento. Y como se trata de un discurso –que exige por tanto al menos dos hablantes– es claro asimismo que el otro rol al que apelarán para discutir racionalmente al respecto es al del que ha de imponer la pena: el del Estado. Por supuesto que, dado que no se trata de la justificación de la pena como acto particular sino como institución, es obvio que no cabe plantear como contraparte discursiva al autor real de un delito real. Pero, por lo que se acaba de señalar, también es evidente que ese discurso justificatorio de la pena como institución requiere que una de sus contrapartes represente al (o tenga el rol del) autor de un delito, y que la otra represente al (o tenga el rol del) Estado. De allí que, en aras de la simplificación, en ocasiones se aluda aquí sin más al “autor del delito” y al “Estado” cuando se hace referencia a estas contrapartes discursivas.

4.3.2. La estructura fina del discurso

¿Pero cómo ha de llevarse a cabo tal justificación deontológica y discursiva de la pena como institución? La clave para una solución convincente ha de consistir, según creo, en una profundización del análisis de la estructura de las prácticas discursivas reales. ¿Cómo se nos presenta esa realidad y qué deberíamos tomar de ella para obtener un recurso expositivo adecuado? *¿Qué hacen, concretamente, dos agentes racionales que toman parte en una situación de habla discursiva?* Cada acto de habla producido por ellos –sea a través de una preferencia verbal o de otro medio equivalente no verbal–¹³⁰ expresa no sólo lo que se comunica explícitamente (en

¹²⁸ La vinculación entre contractualismo e instrumentalización, pero también la posibilidad de un contractualismo sin instrumentalización, han sido puestas en relieve por TUGENDHAT, *Vorlesungen über Ethik*, 1983, pp. 81 y ss.

¹²⁹ La invocación a la teoría de la justicia de RAWLS es obvia y no requiere por tanto de mayor aclaración.

¹³⁰ Véase al respecto HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, p. 376.

sentido ilocucionario) con ese acto de habla, sino también, por un lado, todos los compromisos (*commitments*) y habilitaciones (*entitlements*) implícitos que se siguen de dicho acto de habla, así como los compromisos y habilitaciones de los que ese acto de habla se sigue. Quien se encuentra en un discurso y lleva a cabo un acto de habla, queda comprometido con todas las premisas y consecuencias implicadas por él, así como habilitado para asumirlas, y habilita a su vez a su contraparte discursiva a que le adscriba esos compromisos implícitos.¹³¹ Y ello rige, desde luego, recíprocamente.

“En particular, concibo a la práctica discursiva como una contabilidad deóntica (*deontic scorekeeping*): la significación de un acto de habla consiste en cómo modifica los compromisos y habilitaciones que se reconocen o aceptan y que se adscriben”.¹³² Cada hablante puede reconocer (en el sentido de admitir) sus compromisos, o no reconocerlos; de todos modos estará comprometido no sólo con aquellos que ha reconocido como suyos, sino también con todos los que se siguen de su acto de habla y con todos aquellos de los que ese acto de habla se sigue –y que por tanto se le adscribirán–. Ello fundamenta una distinción entre *estar* comprometido y *tener por* comprometido,¹³³ equivalente a la distinción entre estatus deónticos y actitudes deónticas, respectivamente.¹³⁴

BRANDOM reconoce que “compromiso y habilitación se corresponden con los operadores deónticos tradicionales de la obligación y de la permisión”.¹³⁵ Aclara, sin embargo –y esto es de particular importancia para la teoría de la pena que aquí intento defender– que él *rechaza* adrede esa nomenclatura tradicional de la lógica deóntica, porque ésta, conforme a su origen, está demasiado relacionada con esa clase de normas “que se identifican exclusivamente con órdenes de un superior que imponen una obligación o admiten un permiso a un subordinado”, lo cual no sería adecuado porque “la imagen que aquí se presenta no depende de una relación de jerarquía con la autoridad”.¹³⁶ Una razón adicional para no aplicar esa nomenclatura residiría en que ella, formalmente, presupone la interdefinibilidad de los operadores deónticos, lo cual de ninguna manera podría dar base a la idea de “*incompatibilidad material*”, esencial para el modelo de BRANDOM.¹³⁷

Se trata de una *pragmática normativa*, porque este juego del discurso consiste en que los hablantes mutuamente *evalúan* si su contraparte discursiva, en virtud de su acto de habla, tiene que ser tenida por comprometida con algo o por habilitada a algo, así como si él mismo, como hablante, tiene que ser tenido por comprometido con algo o por habilitado a algo.¹³⁸ Desde luego, y como se mencionara antes, no deben ser tenidos en cuenta únicamente compromisos o habilitaciones explícitamente asumidos o reconocidos, sino también todos aquellos compromisos y habilitaciones que, a partir de un examen inferencial, se sigan del acto de habla proferido, así

¹³¹ Fundamental al respecto BRANDOM, *Making it Explicit*, 1994, pp. 166, 193 y s.

¹³² BRANDOM, *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, 2000, p. 81.

¹³³ Véase BRANDOM, *Making it Explicit*, 1994, pp. 495 y ss., 592 y ss.

¹³⁴ Ebenda, pp. 157 y ss.

¹³⁵ BRANDOM, ebenda, p. 160.

¹³⁶ Ebenda. Existe, por tanto, una clara coincidencia con la ética del discurso de HABERMAS, que con relación a las contrapartes discursivas también exige igualdad de condiciones tanto fácticas como morales (véase nuevamente HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981, p. 387).

¹³⁷ Véase BRANDOM, *Making it Explicit*, 1994, ebenda.

¹³⁸ Ebenda.

como aquellos de los que se sigue ese acto de habla.¹³⁹ Ello permite, a su vez, hablar de una *semántica inferencial*. En ella tiene lugar un análisis ascendente y otro descendente, a partir de los cuales se examina con qué antecedentes y con qué consecuencias (implícitos en ambos casos) está comprometido cada acto de habla, y también en virtud de qué antecedentes implícitos está habilitado y qué consecuencias implícitas habilita.¹⁴⁰

Por eso sostiene BRANDOM que se trata de un “juego” en el que cada jugador, en sus respectivas “contadurías deónticas”, continuamente “asienta” o “contabiliza” sus propias evaluaciones acerca de los compromisos y de las habilitaciones que reconoce de sí mismo y que adscribe al otro hablante, así como las evaluaciones de este último respecto de sí mismo y del otro como contraparte discursiva.¹⁴¹ Ahora bien, para BRANDOM, la objetividad a partir de la cual se valora el acierto de cada evaluación no está constituida por una perspectiva externa (como por ejemplo la perspectiva de la sociedad), la cual tendría, por así decirlo, el “privilegio” de saber qué es acertado y qué no lo es, y actuaría por tanto como una autoridad ajena a los jugadores o contadores deónticos.¹⁴² Muy por el contrario, entiende BRANDOM que esa objetividad es directamente inherente a la estructura del discurso, y que ella, en consecuencia, no se corresponde con un modelo “yo-nosotros”, sino, antes bien, con un modelo “yo-tú”.¹⁴³

Así funciona en la realidad una situación de habla discursiva. Esto es, en efecto, lo que debe ser tenido en cuenta para la elaboración de un recurso expositivo hipotético si éste ha de consistir en la representación de un *entendimiento* original como resultado de un discurso genuino, tal como aquí se propondrá. Con esta descripción más precisa del funcionamiento del lenguaje¹⁴⁴ es más fácil comprender por qué, en el plano de la hipotética metasituación de habla, no es una extrañeza afirmar que la pena también es “obra” del autor del delito. Para admitir algo así él no tiene que haber “querido” la pena fácticamente. El modelo muestra en qué consiste la normatividad que permite hablar, al respecto, de un cierto “deber querer” o “tener que aceptar”: el punto de referencia no es un orden jurídico-penal ya impuesto por el Estado –tal como lo plantearon FEUERBACH, NINO y otros–¹⁴⁵ sino el peculiar entrelazamiento de compromisos y habilitaciones que se genera al efectuarse un acto de habla, a partir del cual se estructura la racionalidad y con ello lo que *tenemos que aceptar* para ser considerados agentes racionales.¹⁴⁶

¹³⁹ Ebenda, pp. 67 y ss.

¹⁴⁰ Véase BRANDOM, *Articulating Reasons*, 2000, pp. 193 y s.

¹⁴¹ Véase BRANDOM, *Making it Explicit*, 1994, pp. 180 y ss.

¹⁴² No es seguro que sea incorrecto que la perspectiva en cuestión sea objetiva, en el sentido de independiente de los hablantes (véanse al respecto las referencias de la nota siguiente); en derecho penal lo habitual es que eso sea precisamente lo que se asuma, y no sin buenas razones (véase al respecto, por todos, MUÑOZ CONDE, «¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* [eds.], *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, 1995, p. 194).

¹⁴³ Véase BRANDOM, *Making it Explicit*, 1994, pp. 584 y ss., 592 y ss.; crítico respecto a la concepción de la objetividad de BRANDOM se manifiesta HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung*, 1999, pp. 173 y ss.; también LAFONT, en ABOULAFIA *et al.*, (eds.), *Habermas and Pragmatism*, 2002, pp. 191 y ss.; véase asimismo FABRA, *Habermas: Lenguaje, razón y verdad*, 2008, pp. 288 y ss.

¹⁴⁴ Un enfático reconocimiento de la consistencia de la concepción de BRANDOM puede encontrarse incluso en HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung*, 1999, p. 138.

¹⁴⁵ Véase FEUERBACH, *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleydigung des Verbrechers*, 1800, p. 95; NINO, *Philosophy & Public Affairs*, (12-4), 1983, pp. 297 y s.; SEELMANN, *FS-Gagnér*, 1991, p. 453, con más referencias.

¹⁴⁶ Véase BRANDOM, *Articulating Reasons*, 2000, p. 192. Creo que aquí se aprecia con claridad la vinculación entre esta justificación de la pena y un concepto de dolo conforme al cual también se trata de un cierto “deber saber”,

Es por tanto en un discurso práctico –que ocurre en el marco de un recurso expositivo hipotético y que está orientado a un entendimiento entre los hablantes– en el que, en estricta igualdad de condiciones en todo sentido, toman parte quien asume el rol del autor del delito y quien asume el rol del Estado, con el objetivo de lograr una justificación deontológica de la pena como institución. Ahora bien, dado que, como se mencionara antes, toda metasituación de habla, aun cuando sea puramente hipotética, tiene que tener como referencia a la realidad para poder funcionar eficazmente como recurso expositivo explicativo o justificatorio, es claro que ha de dar por supuestas una serie de condiciones. Desde ya que no son imaginables discursos completamente *no* entimemáticos. Pero si, además, se trata de un discurso que forma parte de un recurso expositivo ideal o hipotético –siempre en el sentido de RAWLS–, entonces esas premisas implícitas actúan incluso como puentes entre situaciones de habla ideales (o hipotéticas) y situaciones de habla reales.¹⁴⁷

Así, ambos participantes en ese discurso comparten un mismo concepto de “delito” (o más precisamente: de hecho punible), conforme al cual ha de entenderse, básicamente, como un mal. Dado que la pena a justificar tiene lugar en una sociedad estructurada en el sentido de STRAWSON, están de acuerdo también en que “pena estatal” es una respuesta desaprobatoria a un hecho punible ya ocurrido, y que la pena, por eso, debe ser definida también a través del elemento descriptivo de la retribución, esto es, a través de su caracterización como reacción, como respuesta dirigida hacia el pasado. “Estado” y “autor del delito” están dispuestos incluso a admitir que es el merecimiento lo que justifica a esa respuesta como acto particular, por lo que aceptan que, por razones conceptuales, queden excluidas respuestas que no pueden ser consideradas merecidas con relación a algo que se ha admitido ya que es un mal, como lo sería un elogio. Asumen, por tanto, que esa respuesta *puede* consistir en un mal, pero acuerdan asimismo en que, como también podría consistir en perdón o compasión (en tanto alternativas no aflictivas que no pueden ser excluidas por razones conceptuales como respuestas a un mal), admitir que consista en un mal es algo que requiere justificación frente al que ha de sufrirlo, y es precisamente sobre eso que discuten en el marco de dicho discurso práctico. Se trata, en efecto, de un discurso sobre la justificación deontológica (esto es: frente al autor del delito) de una práctica punitiva que ha sido aceptada ya por ellos como forma institucionalizada de respuesta al delito. No es tema de discusión, por lo tanto, la cuestión relativa a si debe haber pena y derecho penal.

Las contrapartes discursivas comparten, además, un mismo sentido de justicia, y saben en función de él que tanto la desaprobación como la irrogación de un mal deben aparecer como justas a los ojos *de ambos* para poder ser justas (*aspecto procedimental*).¹⁴⁸ Y dado que una de esas contrapartes representa al individuo que ha de sufrir concretamente la irrogación de un mal que lo desaprueba si es que en ello consiste la retribución, presuponen ambos hablantes que la *justicia* de esos elementos de la pena, considerados como prácticas institucionales, sólo puede ser afirmada frente a ese individuo si pueden ser vistos también como producto del *ejercicio libre de su*

como el que desarrollé en PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 2011; también en GA, 2013, pp. 454 y ss.

¹⁴⁷ Queda claro, pues, que no necesito acudir, como HABERMAS, a presuposiciones discursivas de tipo “pragmático-trascendentales” (véase HABERMAS, en *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983, pp. 93 y s.).

¹⁴⁸ Véase al respecto RAWLS, *A Theory of Justice*, ed. revisada, 1999, pp. 3 y ss.; HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung*, 1999, p. 302.

autonomía. Porque los dos coinciden en que sólo si ello es así podrá decirse que el autor del delito, con respecto a la desaprobación y a la irrogación de un mal, es tratado como un fin en sí mismo y no como un mero objeto ni tampoco como un medio para el logro de otros fines (*aspecto sustantivo*). Por supuesto, están de acuerdo con esta última condición porque comparten también un mismo *concepto* de justicia, definible en términos de máximas deontológicas.

c) El entendimiento original

Presupuesto todo lo anterior en el recurso expositivo hipotético, comienza entonces, en ese marco, el discurso práctico entre quien asume el rol del autor del delito y quien asume el rol del Estado. Ambos intentan, empleando el método mayéutico¹⁴⁹ y siguiendo precisamente el “modelo de la asunción ideal de roles”,¹⁵⁰ analizar el problema de la justicia de la desaprobación a través de un mal acordada como respuesta institucional a la comisión de un delito por parte del primero. De la lógica discursiva que ha sido explicada más arriba –siguiéndose el esquema de BRANDOM– resulta que ambas contrapartes discursivas aceptan, recíprocamente, los siguientes acuerdos intermedios, que acabarán al final en un entendimiento igualmente mutuo.

Por lo pronto aceptan que, dado que el autor del delito ha generado un mal con su hecho, queda *comprometido* frente al Estado a ser desaprobado por ello a través de una respuesta institucional que puede consistir como máximo también en un mal. A la vez, aceptan ambos que el autor del delito, con su hecho, ha habilitado al Estado a que le dé esa clase de respuesta por lo que hizo. Así, de los recíprocos compromisos, habilitaciones y adscripciones resulta que la pena, como institución, ha de ser tenida como *justa* frente al autor del delito porque éste, con el mal que él produjo, en ejercicio libre de su autonomía se ha comprometido a aceptar una respuesta que, como máximo, consista en un mal que desapruebe su conducta. Al mismo tiempo, y siempre en ejercicio libre de su autonomía, con ese compromiso ha habilitado a que sea un mal, que lo desapruebe, lo que le sea impuesto como respuesta. Esto muestra, por lo demás, que esa reacción institucional queda legitimada sólo como facultativa: ella es *habilitada* (*entitled, berechtigt*).

Esta fundamentación es coherente con el punto de vista aquí expuesto de que una justificación deontológica sólo es válida en su específico ámbito de aplicación, esto es, frente al autor del delito. No habría tal coherencia, en efecto, si de dicha fundamentación se siguiera que la pena es una consecuencia obligatoria del delito, pues ello exige también una justificación consecuencialista frente a la sociedad. Pero lo que se sigue de la fundamentación aquí ofrecida, por el contrario, es que el Estado, dando por supuesto que la pena como acto particular es merecida, *puede* –no debe– reaccionar con pena como práctica institucional,¹⁵¹ y siempre que haya también razones consecuencialistas que justifican a la pena como acto particular frente a la sociedad. En este sentido, en el marco de una teoría de la pena no es correcto rechazar

¹⁴⁹ Véanse las referencias de BRANDOM al “método socrático” en EL MISMO, *Articulating Reasons*, 2000, pp. 56 y s.

¹⁵⁰ HONNETH, «Das Andere der Gerechtigkeit. Habermas und die Herausforderung der poststrukturalistischen Ethik», en EL MISMO, *Das Andere der Gerechtigkeit. Aufsätze zur praktischen Philosophie*, 2000, p. 150; al respecto ya G. H. MEAD, *Mind, Self, and Society. From the Perspective of a Social Behaviorist*, 1934, pp. 153 y ss.; también MACKIE, *Ethics. Inventing Right and Wrong*, 1977, pp. 90 y ss.; HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung*, 1999, p. 310, quien se refiere a “una reciprocidad reversible de las perspectivas de todos los afectados”.

¹⁵¹ Así en lo esencial PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 96 y s.; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 109; también JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 13.

globalmente toda razón consecuencialista como razón justificatoria válida y a la vez afirmar que el Estado, no obstante, puede renunciar a la pena.¹⁵² Porque de lo que se trata es de renunciar a la pena como acto particular, y ello presupone que se está ya ante una pena en ese sentido *merecida*. Su no imposición como acto particular estará fundada, por lo tanto, necesariamente en razones consecuencialistas.

Al mismo tiempo vale lo siguiente: el Estado, como pena, puede imponer *como máximo* una cantidad de mal cuya gravedad se corresponda con la gravedad del mal del ilícito.¹⁵³ Sólo puede ser considerada justa la cantidad de mal a la que el autor del delito se ha comprometido con el hecho punible que cometiera en ejercicio libre de su autonomía, y cuya activación por parte del Estado él mismo habilitara libre y autónomamente. Ahora bien, como el mal del ilícito y el mal de la pena son entre sí inconmensurables,¹⁵⁴ no queda otro camino que compensar esa dificultad mediante el cruce de categorías conceptuales muy amplias, que es lo que de hecho hace la dogmática jurídico-penal –y la praxis– con los conceptos de dolo e imprudencia, por el lado del ilícito, y con la consideración, entre otras cosas, de circunstancias atenuantes, agravantes y demás aspectos relacionados también con la víctima y con la sociedad,¹⁵⁵ por el lado de la determinación de la pena.

Con esta fundamentación no se instrumentaliza al autor del delito. Él mismo toma parte activamente y en igualdad de condiciones en el procedimiento justificatorio. No debería haber dudas, entonces, acerca del carácter deontológico de esa justificación. *Ambas* contrapartes discursivas están de acuerdo en que el mal desaprobatorio de la pena, como posible consecuencia del hecho punible cometido, se deriva de los compromisos que el propio autor del delito ha asumido a partir de su hecho, o que corresponde atribuirle, así como de lo que él mismo, siempre en virtud de su hecho punible, ha habilitado. Ambos concluyen, también, en que el autor del delito no puede considerar injusto lo que él, en libre ejercicio de su autonomía, ha habilitado, pues ello sería *materialmente incompatible* con su habilitación.¹⁵⁶ Por el mismo motivo, coinciden las dos contrapartes discursivas en que el autor del delito no puede considerar injusto que se

¹⁵² Esta incoherencia se constata en PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 61 y ss., 109; coherente (pero equivocado) M. MOORE, *Placing Blame*, 1997, pp. 91, 104, 154, donde sostiene que el Estado tiene el *deber* de imponer penas que se merecen.

¹⁵³ Acerca de la proporcionalidad entre hecho punible y determinación de la pena véase entre otros HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 108 y ss.; FRISCH, «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des BGH», en ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, t. IV, pp. 279 y ss.; VON HIRSCH, «Begründung und Bestimmung Tatproportionaler Strafen», en FRISCH et al., (eds.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, 2003, pp. 47 y ss.; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 91 y s.; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 117 y ss.

¹⁵⁴ Esa inconmensurabilidad (en el sentido de *incomparabilidad*) entre ambos males explica, a mi juicio, la razón de ser de la “teoría del margen de juego” (*Spielraumtheorie*) de la jurisprudencia alemana (conocida también como “teoría del espacio de juego”), al menos con relación a su finalidad de superar a una teoría de la determinación “punto por punto” de la pena (*Theorie der Punktstrafe*). Véase al respecto HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 26; una síntesis muy ilustrativa de las ventajas y desventajas de la teoría del margen de juego ofrece FRISCH, *FG-50 Jahre BGH*, 2000, pp. 273 y ss.; véase también el intento de NOZICK de precisar la medida del merecimiento a través de la fórmula $r \times H$, donde “r” es la medida de la responsabilidad del autor y “H” es la medida de la magnitud del daño (NOZICK, «Retributive Punishment», en EL MISMO, *Philosophical Explanations*, 1981, pp. 363 y ss.).

¹⁵⁵ Acerca de esta última diferenciación, acertadamente, KÖHLER, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983, pp. 51 y s.; también PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 92; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 118.

¹⁵⁶ Véase al respecto BRANDON, *Making it Explicit*, 1994, p. 160.

concrete aquello a lo que él se ha comprometido (la pena):¹⁵⁷ “Nuestra dignidad como seres racionales consiste precisamente en estar obligados sólo por reglas que aceptamos, reglas que (como Ulises con las sirenas) hemos elegido libremente para someternos a ellas”.¹⁵⁸

Con lo dicho hasta aquí creo que ha sido posible obtener, desde una perspectiva discursiva, una teoría expresiva del castigo penal idónea para ofrecer una justificación deontológica de la pena como institución, y ciertamente como institución estatal. En conexión con BRANDOM bien podría designarse a dicha justificación como “normativo-inferencial”.

5. Conclusión

He intentado mostrar que, en el marco de una teoría mixta de la pena consistente, la retribución tiene que ser vista como la expresión de un principio moralmente correcto, pero también que la retribución sólo puede ofrecer una justificación deontológica de la pena como acto particular, no de la pena como institución. He sostenido asimismo que una teoría expresiva de la pena puede y debe ofrecer esta última justificación, que incluye una justificación deontológica de la irrogación de un mal como práctica institucional, algo que, a mi juicio, las teorías expresivas de la pena disponibles no han podido brindar. Por eso he propuesto como posible solución para este problema una fundamentación que, tomando en cuenta los resultados más actuales de las perspectivas discursivas en pragmática y semántica –como los aportados por Robert BRANDOM–, intenta demostrar que la tradición contractualista dispone hoy de argumentos más prometedores para ofrecer, frente al autor del delito, una justificación convincente de la pena como institución.

6. Bibliografía

BACIGALUPO (2009), «Filosofía e ideología de las teorías de la pena», en EL MISMO, *Teoría y práctica del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid et al., pp. 915 y ss.

BENNETT (2008), *The Apology Ritual. A Philosophical Theory of Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge et al.

BERMAN (2008), «Castigo y justificación», trad. de J. DE LA PARRA y M. FERRANTE, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, vol. 9, versión digital disponible en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2935&id_item_menu=5858 (1ª ed. en *Ethics*, (118), 2008, pp. 258 y ss.).

¹⁵⁷ Como dice TUGENDHAT, no es el entendimiento ni el consentimiento –y menos aún el discurso en sí– lo que justifica a algo moralmente, sino la idea de justicia que, implícitamente, subyace como fundamento de ese entendimiento mutuo (así TUGENDHAT, *Vorlesungen über Ethik*, 1983, pp. 174 y ss.). Esto, de hecho, ha sido tomado en cuenta expresamente aquí (véase el último párrafo de la sección 4.3.2). Pero también cabe decir que sin discurso –sin afán de entendimiento– no es siquiera defendible ninguna idea de justicia (así en lo esencial FORST, «Einleitung: Der Grund der Gerechtigkeit», en EL MISMO, *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, 2007, p. 16).

¹⁵⁸ BRANDOM, *Making it Explicit*, 1994, p. 50, paréntesis en el original, cursiva agregada. La idea de autolegislación tiene ciertamente su tradición: véase KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 21ª ed., 2014, pp. 63 y s.; RAWLS, *A Theory of Justice*, ed. revisada, 1999, p. 12.

BIRNBACHER (2013), *Analytische Einführung in die Ethik*, 3ª ed., De Gruyter, Berlin/Boston.

BLOY (2013), «Symbolik im Strafrecht», en *Festschrift für Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 59 y ss.

BRANDOM (2000), *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).

- EL MISMO (1994), *Making it Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).

CANCIO MELIÁ/ORTIZ DE URBINA GIMENO (2012), «Introducción», en ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.

DAVIDSON (1990), «The Structure and Content of Truth», en *The Journal of Philosophy*, t. 87, nº 6, pp. 279 y ss.

DEMETRIO CRESPO, «Humanistischer Kompatibilismus. Ein Versöhnungsvorschlag zwischen Neurowissenschaften und Strafrecht», *GA*, pp. 15 y ss.

DUFF (2001), *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, New York.

- EL MISMO (1998), «Prävention oder Überredung?», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, pp. 181 y ss.

- EL MISMO (1986), *Trials and Punishments*, Cambridge University Press, Cambridge *et al.*

ENGLÄNDER (2002), *Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen.

FEIJOO SÁNCHEZ (2007), *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, BdF, Buenos Aires.

- EL MISMO (2007), «Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs'», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns, Köln *et al.*, pp. 75 y ss.

FEINBERG (1970), «The Expresive Function of Punishment», en EL MISMO, *Doing and Deserving*, Princeton University Press, Princeton/New Jersey, pp. 95 y ss.

FERRANTE (2007), «Deterrence and Crime Results», *New Criminal Law Review*, (10), pp. 1 y ss.

FERRER BELTRÁN (2005), *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid.

FEUERBACH (1970), *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleydigung des Verbrechers. Nebst einer näheren Prüfung der Kleinischen Strafrechtstheorie*, reimpression (1ª ed. 1870), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

- EL MISMO (1967), *Anti-Hobbes*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, reimpression (1ª ed. 1797), Darmstadt.

- EL MISMO (1812), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5ª ed., G. F. Heyes, Gießen.

FORST (2007), «Einleitung: Der Grund der Gerechtigkeit», en EL MISMO, *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., pp. 9 y ss.

FRISCH (2000), «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, t. IV, Beck, München, pp. 269 y ss.

J. GARDNER (2008), «Introduction», en HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, pp. xiii y ss.

GOUGH (1957), *The Social Contract. A Critical Study of its Development*, 2ª ed., Oxford at the Clarendon Press, New York et al.

GRECO (2012), «A Ilha de Kant», en GRECO/MARTINS (eds.), *Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu septuagésimo aniversário*, Marcial Pons, Madrid, pp. 263 y ss.

- EL MISMO (2009), *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlegendiskussion*, Duncker & Humblot, Berlin.

K. GÜNTHER (2002), «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», en PRITTWITZ et al. (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, pp. 205 y ss.

- EL MISMO (1999), en SILLER/KELLER (eds.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Nomos, Baden-Baden, p. 153.

HABERMAS (1999), «Richtigkeit vs. Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteilen und Normen», en EL MISMO, *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., pp. 271 y ss.

- EL MISMO (1996), «Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral», en EL MISMO, *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., pp. 11 y ss.

- EL MISMO (1996), «Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School», en EL MISMO, *Die Einbeziehung des Anderen*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. pp. 309 y ss.

- EL MISMO (1992), *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.
 - EL MISMO (1984), «Wahrheitstheorien», en EL MISMO, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., pp. 127 y ss. (1ª ed. en FAHRENBACH [ed.]), *Festschrift für Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Neske, Pfullingen, 1973, pp. 211 y ss.)
 - EL MISMO (1983), «Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm», en EL MISMO, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, pp. 53 y ss.
 - EL MISMO (1981), *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. I, Suhrkamp, Frankfurt a. M.
- HAMEL (2009), *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, Duncker & Humblot, Berlin.
- HART (2008), «Prolegomenon to the Principles of Punishment», en EL MISMO, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, pp. 1 y ss.
- HASSEMER (2009), *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, Berlin.
- HEGEL (2013), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 13ª ed. (reimpresión; 1ª ed. 1821), Suhrkamp, Frankfurt a. M.
- HONNETH (2000), «Das Andere der Gerechtigkeit. Habermas und die Herausforderung der poststrukturalistischen Ethik», en EL MISMO, *Das Andere der Gerechtigkeit. Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., pp. 133 y ss.
- HÖRNLE (2011), *Straftheorien*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- LA MISMA (2011), «Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, Nomos, Baden-Baden, pp. 28 y s.
 - LA MISMA (2011), «Claus Roxins straftheoretischer Ansatz», en V. HEINRICH *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, t. I, pp. 3 y ss.
 - LA MISMA (1999), *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlin.
- HÖRNLE/VON HIRSCH (1998), «Positive Generalprävention und Tadel», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 83 y ss.
- HUSAK (1992), «Why Punish the Deserving?», *Noûs*, vol. 26, nº 4, pp. 447 y ss.
- JAKOBS (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Klostermann, Frankfurt a. M.

- EL MISMO (2004), *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Schöningh, Paderborn et al.

- EL MISMO (1998), «Zur gegenwärtigen Straftheorie», en KODALLE (ed.), *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen-Juristen-Pädagogen im Gespräch*, Königshausen & Neumann, Würzburg, pp. 29 y ss.

- EL MISMO (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., De Gruyter, Berlin/New York.

KANT (2014), *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 21ª ed. (reimpresión; 1ª ed. 1785; 2ª ed. 1786), Suhrkamp, Frankfurt a. M.

KINDHÄUSER (1995), «Rechtstreue als Schuld-kategorie», *ZStW*, (107), pp. 722 y ss.

- EL MISMO (1989), «Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der kriminal Strafe», *GA*, pp. 493 y ss.

KLEINIG (1991), «Punishment and Moral Seriousness», *Israel Law Review*, t. 25, nº 3-4, pp. 401 y ss.

KÖHLER (1986), *Der Begriff der Strafe*, R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg.

- EL MISMO (1983), *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg.

LAFONT (2002), «Realismo y constructivismo en la teoría moral kantiana: el ejemplo de la ética del discurso», *Isegoría*, (27), pp. 115 y ss.

- LA MISMA (2002), «Is Objectivity perspectival?», en ABOULAFIA et al., (eds.), *Habermas and Pragmatism*, Routledge, London/New York, pp. 185 y ss.

- LA MISMA (1997), «Universalismo y pluralismo en la ética del discurso», *Isegoría*, nº 17, pp. 37 y ss.

- LA MISMA (1994), «Spannungen im Wahrheitsbegriff», *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, t. 42, 1994, pp. 1007 y ss.

LUHMANN (1972), *Rechtssoziologie*, Rowohlt, Hamburg, t. I.

MACKIE (1977), *Ethics. Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, New York.

MAÑALICH (2011), «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena», en KINDHÄUSER/MAÑALICH (eds.), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdF, Buenos Aires, pp. 29 y ss.

G. H. MEAD (1934), *Mind, Self, and Society. From the Perspective of a Social Behaviorist*, Ch. W. Morris, Chicago.

M. MOORE (1997), *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford.

H. MORRIS (1981), «A Paternalistic Theory of Punishment», *The Philosophical Quarterly*, vol. 18, n° 4, 1981, pp. 263 y ss.

- EL MISMO (1976), «Persons and Punishment», en EL MISMO, *On Guilt and Innocence. Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, University of California Press, Berkeley et al., pp. 31 y ss. (1ª ed. en *The Monist*, 1968, pp. 475 y ss.).

MUÑOZ CONDE (1995), «¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación», en SILVA SÁNCHEZ et al. (eds.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, pp. 183 y ss.

MURPHY (1992), «Retributivism, Moral Education, and the Liberal State», en EL MISMO, *Retribution Reconsidered. More Essays in the Philosophy of Law*, Kluwer, Dordrecht et al., pp. 15 y ss.

- EL MISMO (1988), «Forgiveness, Mercy, and the Retributive Emotions», *Criminal Justice Ethics*, (7-2), pp. 3 y ss.

- EL MISMO (1979), «Marxism and Retribution», en EL MISMO, *Retribution, Justice, and Therapy. Essays in the Philosophy of Law*, D. Reidel, Dordrecht, 1979, pp. 93 y ss.

NAUCKE (1998), «Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht», *GA*, pp. 263 y ss.

NINO (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.

- EL MISMO (1989), *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires.

- EL MISMO (1983), «A Consensual Theory of Punishment», *Philosophy & Public Affairs*, t. 12, n° 4, 1983, pp. 289 y ss.

- EL MISMO (1980), *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires.

NOZICK (1981), «Retributive Punishment», en EL MISMO, *Philosophical Explanations*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2012), «Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde las teorías de la pena (o viceversa)», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (eds.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, pp. 385 y ss.

PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- EL MISMO (2004), *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation der Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin.

PEÑARANDA RAMOS (2011), «La pena: nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (ed.), *Introducción al derecho penal*, Civitas, Madrid, pp. 221 y ss.

PERALTA (2008), «Positive Generalprävention als Achtung der Rechtsordnung», *ZIS*, pp. 506 y ss.

PÉREZ BARBERÁ (2013), «Vorsatz als Vorwurf. Zur Abkehr von der Idee des Vorsatzes als Geisteszustand», *GA*, pp. 454 y ss.

- EL MISMO (2011), *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires.

- EL MISMO (2006), *Causalidad, resultado y determinación. El problema del presupuesto ontológico de los delitos de resultado en ámbitos estadísticos o probabilísticos. In dubio pro reo y "certeza" en la determinación probabilística*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

- EL MISMO (2002), «Kausalität und Determiniertheit», *ZStW*, (114), pp. 600 y ss.

PÉREZ MANZANO (1986), *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.

PUPPE (1999), «Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik», en SAMSON *et al.* (eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, pp. 469 y ss.

PUTNAM (1981), *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, Cambridge.

RAGUÉS I VALLÈS (2013), «Variationen zu dem gesamten Strafrechssystem», en ZÖLLER *et al.* (eds.), *Festschrift für Wolter zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 183 y ss.

RAWLS (1999), *A Theory of Justice*, ed. revisada (1ª ed. 1971), Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts).

- EL MISMO (1993), *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York.

- EL MISMO (1955), «Two Concepts of Rules», *The Philosophical Review*, t. 64, n° 1, pp. 3 y ss.

RAZ (1979), «Legitimate Authority», en EL MISMO, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, New York, pp. 3 y ss.

RESCHER (1985), «Truth as Ideal Coherence», *Review of Metaphysics*, n° 38, pp. 795 y ss.

ROBLES PLANAS (2013), «Zur Dogmatik der Kriminalpolitik», en FREUND *et al.* (eds.), *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 115 y ss.

ROXIN (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., Beck, München.

- EL MISMO (1984), «Zur Problematik des Schuldstrafrechts», *ZStW*, (96), pp. 645 y ss.

- EL MISMO (1973), «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», en EL MISMO, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, de Gruyter, Berlin, pp. 1 y ss.

RYBERG (2011), «Punishment and Desert-adjusted Utilitarianism», en TONRY (ed.), *Retributivism Has a Past. Has It a Future?*, Oxford University Press, New York, pp. 86 y ss.

SÁNCHEZ OSTIZ (2008), *Imputación y teoría del delito*, BdF, Buenos Aires.

SCHÜNEMANN (2002), «Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur», en PRITTWITZ *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, pp. 327 y ss.

- EL MISMO (1998), «Zur Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie», en EL MISMO *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 109 y ss.

- EL MISMO (1984), «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», en EL MISMO (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, pp. 153 y ss.

SEELMANN (1991), «Vertragsmetaphern zur Legitimation des Strafens im 18. Jahrhundert», en STOLLEIS (ed.), *Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*, Beck, München.

SILVA SÁNCHEZ (2006), «Del derecho abstracto al derecho "real". Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad», *InDret*, (4), pp. 1 ss.

- EL MISMO (2004), «Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 15 y ss.

STRAWSON (2008), «Freedom and Resentment», en EL MISMO, *Freedom and Resentment and other Essays*, 2ª ed., (1ª ed. del libro 1974, 1ª ed. del artículo 1962), Routledge, New York *et al.*, pp. 1 y ss.

STUCKENBERG (2007), *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik*, De Gruyter, Berlin.

TEXEIRA (2013), «Die Vergeltungstheorien im modernen angloamerikanischen Denken», *manuscrito*.

TUGENDHAT (1983), *Vorlesungen über Ethik*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.

VON HIRSCH (2011), «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Element einer Rechtfertigung», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Strafe – Warum?*, Nomos, Baden-Baden, pp. 43 y ss.

- EL MISMO (2003), «Begründung und Bestimmung Tatproportionaler Strafen», en FRISCH *et al.*, (eds.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 47 y ss.

- EL MISMO (1998), «Tadel und Prävention: Die Übelzufügung als Element der Strafe», en Schünemann *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 101 y s.

- EL MISMO (1985), *Past or Futur Crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, Rutgers University Press, New Jersey.

WEIGEND (2010), «Die Strafe für das Opfer? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht», *Rechtswissenschaft*, nº 1, pp. 39 y ss.

WOLTER (1996), «Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlußgründen, Verfahrenseinstellung Absehen und Mildern von Strafe», en WOLTER/FREUND (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 1 y ss.

ZAIBERT (2006), *Punishment and Retribution*, Ashgate, Aldershot.