

MONTERO, Federico: “Concepto y justificación en una teoría integral de la pena”.
Polít. Crim. Vol. 17 N° 34 (Diciembre 2022), Art. 15, pp. 819-855
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2022/12/Vol17N34A15.pdf>]

Concepto y justificación en una teoría integral de la pena*

Concept and justification in a comprehensive theory of punishment

Federico Montero
Profesor Joven Doctor, Universidad Pompeu Fabra
federico.montero@upf.edu
<https://orcid.org/0000-0002-7556-4965>

Fecha de recepción: 16/05/2022.

Fecha de aceptación: 04/08/2022

Resumen

El artículo afronta el debate de la teoría de la pena retomando la tradicional distinción entre el plano conceptual (un espacio para debatir cómo debe construirse un concepto jurídico de pena estatal) y el plano justificativo (un espacio para debatir sobre las razones que hacen permisible la coacción). Sin embargo, se adopta un matiz importante: lo verdaderamente relevante aquí no es la distinción en sí misma, sino el hecho de analizar cuáles son las relaciones y vínculos que ambos planos mantienen entre sí. La doctrina mayoritaria sostiene que dicha vinculación debe ser totalmente nula, pues el concepto de pena estatal constituye una entidad lógicamente previa y cuyo contenido es completamente independiente respecto de la justificación. Luego de analizar las deficiencias metodológicas, sustanciales y sistemáticas que afectan a esta postura, se establecen los lineamientos y ventajas del camino alternativo. Según creo, un concepto útil de pena estatal no puede construirse al margen de la justificación de la praxis punitiva, pues gran parte de su contenido (y estructura) depende de la justificación previamente adoptada.

Palabras clave: teoría de la pena, concepto, justificación, retribución, prevención.

Abstract

The article approaches the Theory of Punishment by returning to the analytical distinction between the conceptual field (a place to discuss how a legal concept of state punishment should be constructed) and the justification field (a place to discuss the reasons that make state coercion permissible). To draw the distinction is, however, only a first step; the truly meaningful step begins when one considers the relationships and links that can be established between those two fields. The prevailing opinion holds that such a connection must be totally denied because the concept of state punishment is an entity logically prior to justification and, therefore, its content is completely independent from those reasons. After a detailed review of the methodological, substantive, and systematic weaknesses of this approach, I establish the outlines and advantages of an alternative path. I believe that a

* La redacción del presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/511100011033. Un agradecimiento especial merece, por sus valiosas observaciones, uno de los dos revisores anónimos del manuscrito. También debo agradecer al Dr. Oriol Martínez Sanromà, amigo, por su atenta lectura de las primeras versiones; y al abogado Jorge Boulin, por su revisión final.

legally useful concept of state punishment cannot be developed regardless of the justification of the punitive praxis since a large part of its content (and structure) depends on the kind of justificatory reasons that have been previously adopted.

Keywords: theory of punishment, concept, justification, retribution, prevention.

Introducción

Los trabajos académicos sobre la justificación del castigo suelen destacar, desde un inicio, que no estamos ante una cuestión particularmente reciente pues el debate existía ya en la filosofía antigua. Es un dato histórico cuya introducción, a decir verdad, contribuye poco a la discusión de fondo; sin embargo, resulta útil para formular una advertencia velada al lector: se trata de un asunto complejo y debe Ud. moderar sus expectativas. En el marco de esta breve contribución, conviene que tal advertencia se haga explícita y sea llevada al extremo, pues el texto aquí contenido tiene pretensiones bien modestas. En una delimitación negativa, ni siquiera se trata de hacer nuevas interpretaciones de conocidas melodías sobre la justificación de la praxis punitiva, pues en esta oportunidad no me interesa ahondar en el contenido sustancial de los argumentos generalmente esgrimidos para ello.¹ En una delimitación positiva, podría decirse que se intenta dar un paso hacia atrás, adoptar una visión integral del problema y, a partir de allí, aportar una nueva perspectiva metodológica sobre cómo trabajar en el marco de la teoría (jurídica) de la pena. En definitiva: intentaré reordenar –de mejor modo– las estructuras armónicas sobre las que discurren aquellas clásicas melodías.

Para ello, el artículo ha sido dividido en cuatro apartados. En el apartado 1 se realiza un primer acercamiento a la teoría de la pena a partir de las dos premisas con las que, en esta materia, trabaja la doctrina ampliamente mayoritaria. La primera premisa delimita el *contenido* de la teoría de la pena y la define como un debate sobre las razones que permitirían al Estado infligir un mal o un sufrimiento; la segunda plantea una cuestión más bien didáctica y *clasifica* las posiciones en teorías absolutas y relativas (según la clase de razones esgrimidas). Al final de este primer apartado, se pone de relieve que ambas premisas están intrínsecamente relacionadas entre sí y que, además, esta forma de trabajar ha contribuido de manera considerable en el estancamiento del debate.

El apartado 2 sienta las bases de una perspectiva alternativa en relación con la teoría de la pena. Para ello, necesitamos modificar las premisas con las que trabaja la doctrina mayoritaria y redefinir el *contenido* de este bloque de conocimientos; en concreto, necesitamos ampliar su objeto. El primer paso en esta dirección consiste en retomar la distinción analítica entre el plano conceptual y el plano justificativo de la teoría de la pena. Sin embargo, es solo un primer paso: lo realmente importante no es la distinción analítica entre planos (al menos, no por sí misma), sino el hecho de considerar, a partir de esa distinción, si una determinada teoría entiende a esos planos como vinculados o desvinculados entre sí. En la medida en que se adopte esta perspectiva, el debate quedará redefinido de un modo bastante más inteligible, distinguiendo dos metodologías distintas para trabajar en la teoría de la pena. Por un lado, existen autores que pretenden desvincular

¹ La analogía está inspirada en una ponencia de Marcelo Ferrante.

el contenido de los planos conceptual y justificativo de la pena, subordinando el debate sobre la justificación a la previa obtención de un concepto ecuménico y valorativamente neutro de pena. Por otro, existen autores que vinculan el contenido de ambos planos, de modo tal que construyen un concepto de pena rico en contenido valorativo y permeable a las decisiones tomadas en materia de justificación de la praxis punitiva.

Los dos últimos apartados pretenden poner a prueba la capacidad de rendimiento de esta perspectiva integral de la teoría de la pena, esto es, aquella que pone el foco en la relación entre el plano conceptual y justificativo. El apartado 3 realiza una consideración crítica de la posición mayoritariamente sostenida al respecto, según la cual el concepto de pena debe considerarse una entidad lógicamente previa y de contenido absolutamente independiente de la justificación de la praxis punitiva. Aquí se analizan, en detalle, los postulados teóricos y las deficiencias metodológicas, sustanciales y sistemáticas que afectan a esa postura mayoritaria. Finalmente, el apartado 4 está dedicado a delinear los fundamentos y postulados centrales del camino alternativo. Aquí, el concepto de pena estatal (su contenido y estructura) no puede considerarse, en ningún caso, un producto completamente desvinculado de los argumentos justificativos de la praxis punitiva. En efecto, un concepto jurídico e institucional como el de pena solo puede considerarse dogmáticamente útil en la medida en que posea elementos valorativos. Pero resulta que la presencia de estos elementos en el concepto, a decir verdad, solo puede fundamentarse de forma racional si, antes de proceder a su construcción, ya hemos adoptado una determinada justificación de la praxis punitiva.

1. Dos premisas en la teoría de la pena

En el bloque de conocimientos que llamamos “teoría de la pena”, la doctrina mayoritaria trabaja con dos premisas básicas. La primera es una cuestión de contenido y se obtiene respondiendo a la pregunta siguiente: ¿qué es la teoría de la pena? La respuesta dominante es que se trata de un debate filosófico-jurídico sobre las razones o argumentos que se esgrimen para justificar –en el sentido de hacer permisible– que el Estado inflija, sobre un ciudadano y de forma intencional, un mal o un sufrimiento. La segunda es una cuestión didáctica pues, para dar cuenta de ese debate, la doctrina dominante distingue entre las teorías absolutas y las teorías relativas de la pena.

Sin embargo, respecto de esto último, un sector de la doctrina especializada siempre ha mostrado –con mayor o menor intensidad– cierta reticencia a la utilización de esa clasificación.² De hecho, en los últimos tiempos puede observarse un importante crecimiento de esta actitud reticente, de modo tal que no solo encontramos detractores a su utilización, sino también críticas a la formulación misma de esa clasificación. Según afirman estos detractores, al menos tal y como se encuentra delineada, la taxonomía binaria posee muy poca capacidad de rendimiento en la actualidad. Esa conclusión es, en mi opinión, absolutamente correcta; pero también creo que quienes la formulan no han logrado explicar de modo convincente el porqué de esa escasa o prácticamente nula capacidad de rendimiento.

² NAGLER (1918), *passim*, en uno de los estudios más profundos sobre el fenómeno punitivo, ni siquiera hace mención a esta clasificación.

En este apartado, de hecho, intentaré poner de relieve que la deficiencia mencionada no es solo una cuestión actual, pues no se trata de que esta herramienta didáctica “nos haya quedado vieja”. Tal deficiencia se explica, en gran medida, porque la respuesta formulada por la doctrina dominante a la primera pregunta –aquella que versa sobre el contenido de la teoría de la pena– también es analíticamente insuficiente e históricamente imprecisa. Antes de entrar en esto último, sin embargo, puede ser útil recordar brevemente el contenido y las críticas más importantes que se han formulado a esa binaria taxonomía.

1.1. La clasificación tradicional. Origen y consolidación

En el largo camino que ha recorrido este debate, es posible encontrar algunos períodos de gran trascendencia. Entre ellos se encuentra, sin duda, la primera mitad del siglo XIX, momento en el cual se produjo la “consagración teórica definitiva” de la clasificación tradicional que divide las teorías de la pena entre absolutas y relativas.³ En efecto, luego de atravesar un paulatino proceso de ligeras modificaciones en el significado con el que originalmente habían sido propuestos,⁴ los términos absoluto y relativo cristalizaron en una taxonomía binaria que encontró, rápidamente, recepción y profundo arraigo en la doctrina penal alemana.⁵ Tanto es así que, de hecho, se trata de la clasificación más divulgada sobre las teorías de la pena y “con la cual todo científico del Derecho penal [...] debe estar familiarizado”.⁶

La distinción en teorías absolutas y relativas de la pena consiste en una contraposición antagónica entre dos grandes posiciones a la hora de justificar el castigo estatal. En su formulación más aceptada, dicho antagonismo está asentado en la idea siguiente: las teorías relativas justifican infligir un sufrimiento solo cuando, con ello, el Estado logra determinados fines u objetivos; por el contrario, las teorías absolutas serían aquellas que, a la hora de justificar la imposición de sufrimiento, prescinden de esos fines (para estos autores, se dice, la pena es un “fin en sí misma”). En este primer esquema, el término “absoluto” indicaría una total desvinculación entre el sufrimiento del agente y las finalidades que se intentan conseguir a través de su imposición por parte del Estado.⁷ Incorporando un matiz diferente, otro sector de la doctrina ha identificado las teorías absolutas con aquellas que, a decir verdad, no desvinculan la pena de *todo* fin, sino que adoptan una justificación orientada “allende-de-lo-trascendental”. Aquí la pena solo puede considerarse justificada en la medida en que está orientada a obtener un fin (no terrenal, sino de carácter) trascendental: materializar el valor “Justicia”. Las relativas, por el contrario, vinculan la justificación del castigo con el cumplimiento de un objetivo “aquende-de-lo-social”, esto es, a la satisfacción de necesidades o funciones sociales.⁸

³ SILVA SÁNCHEZ (2010), p. 327.

⁴ La terminología original distinguía entre un “sistema de justicia penal relativa” y un “sistema de justicia penal absoluta”; ZACHARIÁ (1801); ZACHARIÁ (1805), §§ 16 ss. Véase también V. HIPPEL (1925), t. I, p. 457; V. WÄCHTER (1877), t. I, b. 6, § 2.

⁵ MARTIN (1825), § 10; BAUER (1825), § 9; ABEGG (1836), §§ 36 y 37; KÖSTLIN (1855), §§ 118/2.

⁶ HÖRNLE (2011), t. 2, p. 11.

⁷ Véase ROXIN y GRECO (2020), t. I, § 3/2 ss.; FRISTER (2015), pp. 18 ss.; KINDHÄUSER (2013), § 2/9; KREY y ESSER, (2011), § 132; MIR PUIG (2015), L.3, nm. 11.

⁸ Los términos pertenecen a LESCH (1999), p. 5.

En resumen, pareciera que la doctrina trabaja con dos criterios básicos para identificar a las teorías absolutas.⁹ Por un lado, podría tratarse de aquellas teorías que no tienen en cuenta los efectos de la punición, de modo que la justificación es *absoluto ab effectu* o “libre de finalidades”.¹⁰ Por otro y en una versión matizada, la justificación sería absoluta solo cuando queda desvinculada de las consecuencias empírico-sociales del castigo.¹¹ Sin embargo, aquí la pena sigue vinculada a la finalidad de alcanzar el valor metafísico de la Justicia y, por ello, se las denomina también “teorías de la Justicia”.¹² Sea como fuere, una vez trazada la distinción en esos términos –radicales o matizados–, la “polarización ideológica”¹³ de fines del siglo XIX (propia de la lucha de escuelas) no hizo más que contribuir a esa dicotomía a través del paralelismo entre la idea de retribución como una “teoría ajena a fines”, y la idea de prevención como paradigma de las “teorías de la finalidad”.¹⁴

1.2. Las deficiencias de esta clasificación

La doctrina especializada, cada vez con mayor frecuencia, insiste en que la taxonomía reseñada resulta insuficiente e imprecisa y que su utilización ha hecho encallar el debate sobre la teoría de la pena.¹⁵ Lo primero (su carácter insuficiente), porque existen posiciones que toman elementos de ambas concepciones y, por ello, no podrían ser clasificadas a partir de esos criterios binarios.¹⁶ En mi opinión, además de no ser precisamente novedosa, esta primera objeción resulta superflua pues no trasciende la mera cuestión terminológica.¹⁷ Para la solución de ese problema sería suficiente con incorporar una tercera categoría (teorías mixtas) o modificar la terminología utilizada (p. ej., por la de teorías puras y teorías mixtas). Cualquiera de esas modificaciones hace perder fuerza a la objeción, y, sin embargo, no aporta nada relevante a la discusión de fondo. La cuestión de su imprecisión, por el contrario, es más interesante: la clasificación tradicional, a decir verdad, no puede reflejar la complejidad de las posiciones que pretende clasificar.¹⁸

Esta última deficiencia se manifiesta, insiste Hörnle, en la poca capacidad de rendimiento que tienen los criterios a partir de los cuales se etiqueta como “absoluta” a una determinada teoría de la pena.¹⁹ Por un lado, si teorías absolutas son aquellas que persiguen alcanzar el

⁹ HÖRNLE (2017), pp. 18 ss., identifica hasta cinco variantes de teorías absolutas.

¹⁰ NEUMANN y SCHROTH (1980), p. 11; FEIJOO SÁNCHEZ (2014), p. 22; HÖRNLE (2011), p. 28.

¹¹ STRATENWERTH y KUHLEN (2011), § 4; HASSEMER (1999), p. 108; RODRÍGUEZ HORCAJO (2017), p. 30. Matizando su posición anterior, ROXIN y GRECO (2020), § 3, nota 7, afirma que esa distinción no es más que una diferencia terminológica.

¹² BELING (1908), p. 1.

¹³ FROMMEL (1987), p. 97.

¹⁴ BELING (1908), p. 1.

¹⁵ Con ulteriores referencias y entre otros, WOHLERS (2019), p. 426; HÖRNLE (2017), p. 3; FEIJOO SÁNCHEZ (2014), p. 29.

¹⁶ Las modalidades de las teorías de la unión son diversas, a destacar [a] la teoría de la armonización (JESCHECK y WEIGEND), [b] la teoría de la prevención limitada por la culpabilidad (ROXIN) y [c] la teoría de las variantes preferenciales (STRATENWERTH).

¹⁷ A esta insuficiencia se refería ya V. WÄCHTER (1877), t. I, B. 6, § 2.

¹⁸ Insiste en ello ANDRISSEK (2017), pp. 10 y 87; también, ZIMMERMAN (2012), p. 7.

¹⁹ HÖRNLE (2011), p. 28; HÖRNLE (2017), p. 3; HÖRNLE (2019), p. 519.

valor Justicia, las teorías relativas –por oposición– deberían definirse como fundamentaciones del castigo desinteresadas por la materialización de esa idea.²⁰ Por otro, si absolutas son aquellas teorías completamente desentendidas de los efectos o consecuencias del fenómeno punitivo, estamos ante un parámetro absurdo. Así planteada la cuestión, hallar una teoría construida en términos realmente absolutos es, a decir verdad, imposible; dicho a la inversa: bajo ese criterio, “no hay nadie que no sea relativista”.²¹ Afirmar que la idea de retribución puede considerarse completamente ajena a fines es directamente erróneo; esa caracterización, de hecho, está lejos de describir de modo adecuado los postulados filosófico-jurídicos de los autores que recurren a esa idea.²² La prueba más evidente radica en que muchos de esos autores entienden a la retribución, incluso ya en el siglo XIX, como una teoría relativa que se orienta al “mantenimiento de la autoridad de la ley lesionada” o el restablecimiento del ordenamiento jurídico.²³ Dicho de otro modo: más que una descripción fiel de la idea de retribución, esa afirmación es un recurso argumentativo tendencioso y generalmente motorizado por los partidarios de una justificación preventivo-profiláctica del castigo.²⁴

En definitiva, la doctrina especializada cuestiona la taxonomía reseñada advirtiendo que, con esos criterios, no se logra obtener una descripción correcta de las distintas y complejas posiciones filosófico-jurídicas sobre la materia. A pesar de que esto es indiscutible, la escasa o prácticamente nula capacidad de rendimiento de esa clasificación, en mi opinión, tampoco ha sido explicada de modo satisfactorio. Según creo, esta deficiencia solo puede comprenderse cabalmente cuando se repara en una cuestión que, salvo excepciones, ha sido obliterada por la doctrina continental. Dicha cuestión está relacionada con la primera de las premisas que hemos destacado al inicio, esto es, con el *contenido* de la teoría de la pena.

1.3. El contenido de la teoría de la pena en la doctrina mayoritaria

Frente a la primera pregunta, la doctrina dominante define la teoría de la pena como un debate exclusivamente limitado al plano justificativo. Se trata de una comprensión restrictiva sobre su contenido porque el debate queda circunscripto a esgrimir las *razones* que permitirían al Estado infligir un mal sobre el ciudadano; lo que significa: no se discute sobre cuestiones relativas al contenido y el método con el que se construye el *concepto* de pena. Para decirlo de modo preciso: la doctrina dominante ha asumido, sin discusión alguna, que todos los intervinientes en ese debate poseen un mismo punto de partida, a

²⁰ FEUERBACH (1847), pp. 33-34, señalando que esto “no corresponde, porque también las relativas pretenden obtener lo justo”; vehemente también, V. WÄCHTER (1877), t. I, B. 6, § 2, p. 12.

²¹ BELING (1908), p. 3. Véase también ZIMMERMAN (2012), pp. 7 y 47.

²² Un estudio detallado e integral de Kant y Hegel, cuyos sistemas han sido tradicionalmente caracterizados como el paradigma de las teorías absolutas, deja completamente desfasada esa caracterización. Sobre el particular y entre otros, SILVA SÁNCHEZ (2010), p. 328; BYRD y HRUSCHKA (2007), pp. 957 ss.; SCHILD (1998), p. 437; DU BOIS-PEDAN (2016), p. 40; SEELMANN (2011), pp. 79 ss.; BROOKS (2004), pp. 113-126.

²³ FROMMEL (1993), p. 271. Ya en el siglo XIX, BAUER (1830), p. 300: “las teorías relativas se dividen en teorías de la retribución y teorías de la prevención”; V. HIPPEL (1925), p. 500. En la actualidad, FREUND y ROSTALSKI (2019), § 1, 2., nm. 5; PAWLIK (2012), p. 109; KÖHLER (1997), p. 43; JAKOBS (1997a), § 1/20; LESCH (1999), nota 13, p. 5.

²⁴ HÖRNLE (2017), p. 17 destaca que, normalmente, son autores partidarios de la prevención quienes deciden cuáles y en virtud de qué deben considerarse teorías absolutas. Algunos, de hecho, han llegado a etiquetar como absoluta cualquier teoría que no esté directamente vinculada a la idea de prevención del delito.

saber, un mismo concepto de pena estatal, que se define como mal o sufrimiento cuya utilización hay que justificar. Esto no debe llevar a confusión: la doctrina dominante restringe el debate al plano justificativo, pero no porque carezca de un concepto de pena, sino porque ese concepto ya ha sido preconcebido como una “herramienta de producción” para la obtención de un determinado fin (por lo general, de índole preventivo).²⁵

Una vez que se advierte el carácter restrictivo con el que se delimita el contenido de la teoría de la pena, la deficiencia señalada en el punto anterior se vuelve perfectamente comprensible. La clasificación entre teorías relativas y absolutas solo puede quedar reducida al antagonismo entre “teorías de la finalidad” vs. “teorías ajenas a fines” en la medida en que, previamente, la pena se defina como instrumento o herramienta de producción (de seguridad). Y es precisamente por eso que, en dicho esquema, resulta difícil hallar a alguien “que no sea relativista”. La clasificación tiene –y siempre tuvo– muy poca capacidad de rendimiento porque atiende, de forma exclusiva y distorsionada, al plano justificativo. En definitiva, la clasificación tradicional ha ocultado una parte importante de la teoría de la pena que es necesario sacar a la luz: la cuestión sobre qué contenido tiene, por qué y cómo se construye el concepto de la pena estatal. De hecho, la deficiencia sobre la que insisto ahora no es ninguna novedad, pues ya en 1908 Beling señalaba que:

“[Si] la pena es considerada como algo fijo en sus rasgos esenciales, solo queda por determinar el sentido de su aplicación [...]. Esta formulación es absolutamente inadmisibles, porque [algunas de esas teorías] toman como punto de partida una determinada naturaleza de la pena y formulan la pregunta acerca de la finalidad a cuyo cumplimiento esa pena es llamada; mientras que otras parten de una finalidad determinada y derivan, a partir de ella, las consiguientes características de la pena”.²⁶

Ahora bien, si este es el déficit sustancial que explica la escasa capacidad de rendimiento de la clasificación tradicional, también es posible delinear un camino distinto; en concreto, uno que permita hacer más inteligible el debate. En este sentido, para poder volver a contemplar el problema con toda la complejidad que le es propia, es necesario ampliar el objeto de la discusión y (re)introducir en el debate los problemas relativos al concepto de la pena estatal. El concepto de pena estatal –más preciso: la forma en la que se construye ese concepto y cómo se determina su contenido– constituye una parte importante de aquello que llamamos “teoría de la pena”, de modo tal que no puede considerarse una cuestión sobre la que exista un acuerdo unánime en la doctrina.

2. Una perspectiva integral en la teoría de la pena

2.1. La distinción analítica entre el plano conceptual y el plano justificativo

Tiempo antes de que el debate se encapsulara en el antagonismo reseñado, la doctrina continental trabajaba con una concepción distinta acerca del contenido de la teoría la pena. En efecto, hacia el interior de este bloque de conocimiento era perfectamente posible encontrar autores que formulaban la distinción entre el plano justificativo y el plano

²⁵ MAÑALICH (2015), p. 6.

²⁶ BELING (1908), p. 3.

conceptual. De hecho, se trata de un punto destacado en la obra de Feuerbach, el penalista más importante de la época. En reiteradas ocasiones y con base en la distinción analítica entre objeto y condiciones de legitimación del objeto (de origen kantiano), este autor no solo distinguió los problemas de cada una de esas dimensiones, sino también los posibles vínculos que el teórico de la pena podía establecer entre ellas.²⁷ Por eso, resulta curioso que la paulatina simplificación del debate (con fines didácticos) haya hecho perder relevancia a la distinción en general y al plano conceptual, en particular.²⁸ En la doctrina anglosajona, por el contrario, esa distinción entre el plano conceptual y el justificativo de la teoría de la pena está bastante más difundida, se hace de forma explícita y con frecuencia.²⁹ Actualmente y debido al incremento del fructífero diálogo entre ambas tradiciones, algunos autores alemanes –y muchos otros vinculados a esa tradición continental– han comenzado a insistir, nuevamente, en la importancia de esa distinción y, sobre todo, en la relevancia del plano conceptual de la teoría de la pena.³⁰

2.2. La relación entre el concepto y la justificación. Lo absoluto y relativo en la teoría de la pena

Distinguir entre los planos conceptual y justificativo constituye un paso fundamental e irrenunciable pues, aun cuando sea de forma implícita, esa distinción siempre está presente en la teoría de la pena.³¹ Sin embargo, debe recordarse que también es un paso de carácter preliminar: la cuestión verdaderamente relevante aquí es la clase de relación o vínculo que ambos planos mantienen entre sí.³² Dicho de otro modo: para adoptar una perspectiva integral en la teoría de la pena, no basta con tener presente la distinción analítica entre el concepto y la justificación, sino establecer si, y en su caso cómo, ambas dimensiones pueden quedar vinculadas. Además de Feuerbach, entre aquellos autores que adoptaron esa perspectiva y prestaron atención a la vinculación (o desvinculación) entre el concepto y la justificación, podría mencionarse al propio Zachariä, el jurista que introdujo los términos “absoluto” y “relativo” sobre los que, posteriormente, la doctrina construyó la taxonomía binaria. De hecho y según creo, es precisamente por eso que la caracterización realizada por ese autor (en relación con los sistemas absolutos y relativos en el marco de la teoría de la pena) parece diferir bastante del que normalmente hace la doctrina dominante. De modo preciso: esa diferencia trae causa en que, para Zachariä, la relación entre el plano conceptual y el plano justificativo parece jugar un papel importante a la hora de clasificar un “sistema” como absoluto o relativo. En efecto, un “sistema de justicia penal relativa” supone, para este autor, que “la finalidad del castigo es una característica indispensable del concepto jurídico de la pena”. Por el contrario, en un “sistema de justicia penal absoluta”, el

²⁷ Véase GRECO (2015), pp. 44 ss., 205 ss.

²⁸ No obstante, es cierto que algunos penalistas contemporáneos y posteriores a Feuerbach reconocieron la importancia de este paso metodológico; véase GRECO (2015), p. 209, nota 249, quien menciona, entre ellos, a Kleinschrod, Kantorowicz y Gallas.

²⁹ Por mencionar algunos, FLEW (1954), pp. 291 ss.; MCPHERSON (1967), pp. 21 ss.; DUFF (2001), pp. XIV ss.; BERMAN (2008), pp. 258 ss.; YAFFE (2022), pp. 478 ss.

³⁰ WOHLERS (2019), pp. 426 ss.; PAWLIK (2017), pp. 51 ss.; PAWLIK (2010a), pp. 75 ss.; PAWLIK (2004), pp. 14 ss.; MAÑALICH (2015), pp. 6 ss.; MAÑALICH (2007), pp. 117-205.

³¹ ROXIN y GRECO (2020), § 2/1.a-i; § 3/1.a.; HÖRNLE (2019), pp. 517 ss.; VOLK (2008), pp. 709 ss.; PAWLIK (2012), p. 58; PAWLIK (2004), pp. 14 ss.; NEUMANN (2007), pp. 437 ss.; PÉREZ BARBERÁ, (2014), p. 3; MAÑALICH (2007), pp. 121 ss.

³² Similar, WOHLERS (2019), pp. 425-442.

concepto jurídico de la pena “no puede incluir la finalidad o propósito que con ella se busca”.³³

Aquí no es difícil advertir lo siguiente: en la medida en que se tenga en cuenta la distinción y la clase de vínculo que mantiene el plano conceptual con el justificativo, el criterio con el cual se clasifica a las distintas teorías de la pena queda sustancialmente modificado. En mi opinión, esa modificación genera una ventaja indudable, pues el debate se vuelve bastante más inteligible: en la medida en que hacemos foco sobre la relación que mantienen el concepto y la justificación, ninguna imposición de castigo debe quedar necesariamente desvinculada de fines o funciones determinadas.³⁴ El carácter absoluto de los sistemas solo supone que esos fines o funciones no pueden considerarse elementos del concepto de pena; esto es, que el contenido de dicho concepto debe considerarse independiente de su justificación. Por el contrario, en los sistemas relativos, esos elementos deben ser considerados como una característica esencial del propio concepto, de modo que ambos planos quedan intrínsecamente vinculados. El sistema es relativo porque el *concepto* de pena se vuelve *relativo* a la función: aquello que justifica la praxis punitiva se incorpora al concepto de la pena estatal, de modo tal que, cuando se modifica la justificación, el concepto también se altera.

A partir de aquí, para evitar confusiones terminológicas, sería prudente abandonar la “incandescente y finalmente renunciabile” terminología absoluto–relativo.³⁵ Si se adopta una perspectiva integral, resulta más propicio caracterizar los enfoques utilizando una denominación distinta: por un lado, encontramos autores que trabajan con un concepto mínimo de pena, para cuya construcción (mediante abstracción) se debe ser lo más neutral posible desde el punto de vista valorativo; un concepto ecuménico que solo representa un punto de partida para, luego, afrontar el debate sobre la justificación. Por otro lado, existen muchos autores que trabajan con un concepto de pena que, en gran medida, debe considerarse como un producto (para cuya construcción necesitamos de cierta materia prima que proviene) de la justificación de la praxis punitiva. Los primeros trabajan con un concepto “impermeable” a la justificación, esto es, previo e independiente a las razones que justifican la praxis punitiva; los segundos, con un concepto de pena “permeable” o construido con base en una determinada teoría de la justificación de la praxis punitiva.³⁶

3. Concepto ecuménico y “funcionalmente aséptico” de pena

3.1. Sus premisas

La primera alternativa consiste en jerarquizar los planos conceptual y justificativo en una especie de “orden lógico, [de modo tal que] primero cabe decidir qué cosa es el castigo para luego decidir si esa cosa está [...] justificada o no”.³⁷ Así las cosas, solo cuando hayamos

³³ ZACHARIÄ (1801), p. 6 y 40; ZACHARIÄ (1805), §§ 19, 2), c) y 21, 2).

³⁴ De hecho, esto es explícitamente aclarado por ZACHARIÄ (1801), p. 40; ZACHARIÄ (1805), § 21, 2), a) y b); calificar un sistema como absoluto “no excluye la vinculación de las penas con determinados fines”.

³⁵ HÖRNLE (2017), 2ª ed., p. 61. El término utilizado es *schillernd* –iridiscente o deslumbrante–: brilla de tal forma que encandila y ciega al observador.

³⁶ Agradezco la precisión aportada aquí por uno de los revisores anónimos del manuscrito.

³⁷ ARMSTRONG (1961), p. 476.

descubierto aquello que *es* la pena (en sí misma), estaremos en condiciones de debatir sobre las razones que pueden justificar su utilización.³⁸ En la medida en que el concepto de pena se considere un “punto de partida” lógicamente previo a la justificación, la siguiente premisa parece ineludible: el contenido del concepto debe ser necesariamente independiente de la justificación de la praxis punitiva.³⁹ Aquí no solo se trata de formular la distinción analítica entre planos, sino de desvincular completamente su contenido; en palabras de Greco: “ningún argumento de las llamadas teorías de los fines de la pena, puede decir algo respecto de los presupuestos conceptuales de la pena”.⁴⁰

Ahora bien, si la pena es considerada como una entidad previa e independiente del teórico que pretende justificar la praxis punitiva, ese concepto solo puede obtenerse mediante una descripción –lo más precisa posible– del objeto y del mundo en el que este “se encuentra”. Como consecuencia, la construcción del concepto solo puede tener lugar mediante el conocido procedimiento de la abstracción: del fenómeno “castigo” se abstraen o seleccionan aquellas propiedades que se consideran necesarias para tener por habido el concepto de pena estatal (en tanto este se considera una “porción de realidad” seleccionada por el agente). Por esa razón, prácticamente todos los conceptos de pena así construidos tienen una estructura similar, a saber, un sustantivo (un eje de rotación) respecto del cual se predicen (orbitan) diversas propiedades que se consideran individualmente necesarias y en conjunto suficientes. A modo ejemplificativo, puede recordarse la definición de Hart: la pena estatal es un dolor que se impone a un ofensor (real o supuesto), a raíz de la realización de una ofensa contra las normas, de forma intencional y por una autoridad constituida a través del sistema legal contra el cual se comete la ofensa.⁴¹

3.2. Problemas metodológicos: ¿es un concepto realmente útil?

Un concepto de pena estatal realmente útil debería presentar alguna capacidad de rendimiento en, al menos, dos sentidos. En términos *prospectivos*, el concepto debe ser capaz de eliminar (o cuanto menos disminuir) la ambigüedad previa a su existencia, distinguiendo entre los objetos abarcados por su campo extensional y aquellos otros que quedan fuera. Además, en términos *retrospectivos*, deberíamos ser capaces de explicar por qué el concepto tiene esas propiedades;⁴² esto es, responder por qué deben ser esas, y no otras, las propiedades que hemos seleccionado (como elementos individualmente necesarios y en conjunto suficientes) para que un fenómeno determinado se caracterice como pena. Pues bien, resulta que un concepto funcionalmente aséptico de pena presenta problemas en ambas dimensiones. Al primero, utilizando una terminología propuesta por

³⁸ En palabras de MCPHERSON (1967), p. 21: “la idea es que uno puede, y de hecho debe, descubrir primero lo que la palabra castigo significa para después, de forma subsecuente y como operación independiente, desarrollar alguna «teoría» acerca de la justificación [...]”.

³⁹ HÖRNLE (2019), p. 518: el concepto de pena es una mera “[descripción] del objeto de la posterior indagación normativa, para distinguirlo de otros fenómenos”.

⁴⁰ GRECO (2015), p. 216. Adhiriendo expresamente también a esta perspectiva, FEIJOO SÁNCHEZ (2007), p. 44.

⁴¹ HART (1960), p. 4. Críticos, FEINBERG (1970), pp. 95 ss.; WRINGE (2015), pp. 615 ss.

⁴² La misión de un concepto más abstracto es hacer inteligible otro concepto de *inferior* grado de abstracción, exponiendo su verdadera esencia. Dicho con un ej.: el concepto de animal (“ser orgánico que vive, siente y se mueve por propio impulso”) debe contener todos los aspectos comunes que definen también los conceptos de caballo, perro, etc.

Atria, le llamaremos aquí ‘problema de la individuación’; al segundo, ‘problema de la relevancia de las propiedades seleccionadas’.⁴³

3.2.1. El problema de la individuación

Esta deficiencia es relativamente conocida en la ciencia del Derecho. En el caso del Derecho penal, Feinberg formuló esta objeción de una forma tan clara que se ha vuelto paradigmático citarlo: bajo una definición semántica-estructural de pena, no es posible diferenciar las penas de otras reacciones estatales que son estructuralmente idénticas a ella pero que, a decir verdad, no consideramos como verdaderas penas.⁴⁴ Esa diferencia solo puede apreciarse a partir del carácter reprobatorio que tiene la pena y que está ausente en otras reacciones estatales; pero resulta que ese carácter no puede considerarse una “propiedad estructural” del concepto.⁴⁵ En palabras de Atria: “hay entidades que en su forma (en su existencia) son indistinguibles de la pena pero no son (en su concepto) sanciones penales”.⁴⁶

Los casos más ilustrativos a este respecto son, quizás, el de la prisión preventiva y las medidas de seguridad, pues un concepto de pena cuyo contenido sea completamente independiente de la justificación, no permite trazar diferencia alguna entre ellas. En este sentido, ha destacado últimamente Wohlers que “si la pena no contiene un elemento reprobatorio, entonces no se puede distinguir la prisión perpetua de la medida de seguridad ni la prisión por tiempo determinado de la prisión preventiva”.⁴⁷ Precisamente por eso no debe extrañar que, en una extensa monografía destinada a trazar la distinción entre pena, medidas de seguridad y prisión preventiva, Mushoff traicione sus propias premisas metodológicas y termine delineando un concepto de pena que está lejos de su pretendida neutralidad del plano justificativo. En efecto, la pena se define allí como una “reprimenda o desaprobación” formulada a modo de “respuesta” frente a una “infracción de una norma penal objetivamente imputable y cometida de modo culpable”. Como es evidente, Mushoff ha introducido en el concepto de pena numerosos elementos propios de una justificación retributiva: el juicio de desaprobación de la conducta, la imputación personal y la culpabilidad por el hecho.⁴⁸

A medida que uno avanza en la obra de este autor, el supuesto carácter neutral del plano conceptual se desdibuja cada vez más. De hecho, según Mushoff, el principal problema de las teorías de la prevención radica en que todas ellas se “desprenden de la esencia del concepto de la pena”, es decir, de “la característica relación fundamental”

⁴³ Véase ATRIA (2016), pp. 138 ss.: todo concepto institucional construido por abstracción “necesita (pero carece de recursos para) justificar [...] la individuación de la estructura identificada” y también la “relevancia de la estructura [individuada]”.

⁴⁴ FEINBERG (1970), pp. 95 ss. Mucho antes, BELING (1908), p. 5: “el pago de una deuda civil y la pena de multa son eventos fácticamente indistinguibles”, NAGLER (1918), pp. 5 y 22, remitiendo a la investigación de PFENNIGERS (1877). Véase también BERMEJO (2008), pp. 184 y 190 ss. Recientemente, WEYRICH (2021), pp. 151 ss., destaca la importancia del elemento reprobatorio para el concepto de pena.

⁴⁵ Agradezco la precisión aportada en este punto por uno de los revisores anónimos del artículo. Similar, MOORE (1997), pp. 24 ss.; MOORE (2000), pp. 294 ss.; MAÑALICH (2007), pp. 117 ss.

⁴⁶ ATRIA (2016), p. 139. Los agregados entre paréntesis son propios.

⁴⁷ WOHLERS (2019), p. 439.

⁴⁸ Véase también, NEUMANN (2007), pp. 435 ss.

(o “estrecha relación de sentido”) que existe entre “injusto, culpabilidad y pena”.⁴⁹ La pregunta es, entonces, la siguiente: un concepto cuya esencia radica en la estrecha relación de sentido entre injusto-culpabilidad-pena, ¿puede considerarse independiente de una justificación retributiva?

Dicho lo anterior, puede adelantarse lo siguiente: todos aquellos autores que pretendan mantenerse fieles a las premisas metodológicas señaladas, deberán renunciar a la posibilidad de contar con un concepto que les permita distinguir entre pena, prisión preventiva y medidas de seguridad. A decir verdad, todos los conceptos de pena que han sido elaborados por los coherentes defensores de esta perspectiva reflejan, claramente, esa renuncia. Quien haya leído con atención la definición de Hart acerca del “caso central o estándar del castigo”, habrá advertido que la pena también puede imponerse sobre un sujeto inocente o, como lo llama ese autor, un “supuesto ofensor”. Sobre este particular, sin embargo, volveremos en el punto siguiente.

3.2.2. El problema de la relevancia de las propiedades seleccionadas

Los autores que trabajan con un concepto ecuménico de pena (previo y neutro respecto de la justificación) tienen un problema adicional y más grave que el anterior. Al prescindir de todo elemento valorativo proveniente de la justificación, les resulta extremadamente difícil explicar cómo deben seleccionarse –con qué criterio– las propiedades relevantes que utilizan para la construcción de su concepto de pena estatal. Como consecuencia, una vez construido el concepto de pena, estos autores no pueden explicarnos por qué son *esas* concretas propiedades que se han seleccionado –y no otras– las que deben considerarse relevantes para la elaboración del concepto. Formulado de otro modo, no pueden responder a la siguiente pregunta: ¿por qué considera Ud. correcto afirmar que son las propiedades [a, b, c], y no *otras* [tales como x, y, z], las que “describen” adecuadamente el objeto?⁵⁰

Cuando se trata de conceptos que pretenden captar una realidad material preestablecida y absolutamente independiente de nuestro discurso, la pregunta anterior podría encontrar una respuesta más o menos aceptable, pues el carácter correcto (o incorrecto) de la selección realizada puede evaluarse a partir de la propia realidad a la que hacemos referencia con el concepto. En un ejemplo: si se trata del «agua», estamos construyendo un concepto con el cual hacemos referencia a una entidad cuya forma y sustancia es previa y completamente independiente del uso que hacemos de ese concepto.⁵¹ Ninguna cosa que nosotros digamos acerca del concepto del agua podrá alterar ese objeto: afirmar que se trata de un «objeto sólido y de color rojo, proveniente del planeta Tlön» no modificará, en un ápice, la composición molecular, el estado líquido y el carácter incoloro del agua. En el marco del Derecho penal, por el contrario, generalmente se trabaja con conceptos institucionales, esto es, conceptos que nunca pueden considerarse totalmente independientes de las teorías que

⁴⁹ MUSHOFF (2008), pp. 124 y 137: „die charakteristische Begründungszusammenhang“; „der enge Sinnzusammenhang von Unrecht, Schuld und Strafe“.

⁵⁰ Véase ATRIA (2016), pp. 140-141.

⁵¹ En este caso, la definición se construye a partir de un enunciado empírico, esto es, a partir de un enunciado que “a) versa sobre hechos, b) puede ser verdadero o falso, y c) es verdadero o falso en virtud de su relación con el mundo: es verdad si corresponde a los hechos [...] es falso si no corresponde a los hechos [...]”; GUASTINI (2017), p. 25.

los construyen y emplean.⁵² Por eso, el proceso de evaluación anteriormente descrito es inviable: si el ‘objeto’ al que nos referimos con el concepto no es una realidad preestablecida, sino un constructo normativo que se altera o irrita con nuestro discurso conceptual, no tiene sentido “volver sobre él” para verificar si lo que hemos dicho es correcto o no (pues tal ‘objeto’ se ha visto modificado por nuestro discurso). En el caso de la pena estatal, esta deficiencia es evidente: el criterio no puede venir impuesto por una realidad independiente de nuestro discurso pues, dicho de modo sencillo, “en el mundo real no hay pena alguna”.⁵³

Con lo anterior, debe aclararse, no quiero decir que todos estos autores carezcan de criterio de selección alguno a la hora de construir su concepto. Estos conceptos institucionales solo pueden construirse de modo exitoso en la medida en que contemos con un criterio normativo-valorativo para seleccionar las propiedades que consideramos relevantes y, además, para vincular los elementos del concepto en una concreta relación de sentido.⁵⁴ Lo único que pretendo poner de relieve es que los autores que defienden este modelo, salvo honrosas excepciones (véase el punto siguiente), ocultan ese criterio bajo el manto de una aparente neutralidad del concepto respecto de la justificación. En definitiva, debemos sospechar de estos conceptos de pena, pues aquel que lo construye siempre posee un determinado criterio que le permite seleccionar las propiedades y vincular sus elementos. No puede ser de otro modo, pues solo puede abstraer “quien ya ha conocido y reconocido como relevantes esos aspectos comunes antes de realizar el acto de abstracción, es decir, quien en realidad ya posee el concepto que busca”.⁵⁵

3.3. Problemas sustanciales: ¿un concepto “valorativamente neutro” de pena?

La exposición de las deficiencias metodológicas no ha tenido un objetivo puramente teórico. Por el contrario, como es de esperar, tales deficiencias se materializan en la obtención de resultados prácticos que considero, por diversas razones, sustancialmente criticables. Para la exposición de esas críticas, utilizaré como punto de referencia el concepto de pena que, siguiendo este modelo, ha elaborado recientemente Luis Greco: “las penas son [a] males especialmente graves, [b] de tipo físico o comunicativo, impuestos por el Estado, que [c] se infligen como reacción objetiva frente a un supuesto delito”.⁵⁶

[a] Definir la pena como un *mal* excluye, lógicamente, la posibilidad de concebirla como algo de carácter neutro o incluso como un bien (cosa que, por cierto, es perfectamente

⁵² NINO (1989), p. 13: “no tiene sentido una elucidación conceptual que se lleve a cabo con independencia de la elaboración de la teoría [...] que emplea el concepto en cuestión”.

⁵³ BELING (1908), p. 5.

⁵⁴ Pero entonces resulta que el concepto, en palabras de CASSIRER (1923), p. 17: “no es deducido [de la realidad sensual], sino presupuesto” por quien lo construye.

⁵⁵ PAWLIK (2017), pp. 25-26. En este sentido, la crítica de Pawlik al concepto de acción que propuso Radbruch, es idéntica a la que aquí se formula: ese concepto vacío de contenido valorativo es producto de una *petitio principii* oculta, por lo que “el método de abstracción es constitutivamente incapaz de responder a la pregunta de por qué son relevantes para el concepto de delito precisamente estos elementos y en este orden”.

⁵⁶ GRECO (2015), p. 228.

posible).⁵⁷ Aquí podría uno preguntarse, haciéndose eco de la última deficiencia metodológica señalada, ¿por qué se ha seleccionado el mal o sufrimiento como propiedad relevante de la pena, en lugar de otra propiedad o descripción distinta? Incluso más: ¿no estamos ante una barrera definicional?⁵⁸ Según Greco, afirmar que la pena es siempre un mal por definición no es producto de un *definitional stop*, pues no implica introducir, subrepticamente y sin discusión alguna, elementos valorativos dentro del concepto. Por el contrario, la descripción queda fundamentada por una cuestión propia del plano conceptual, a saber, aquello que Greco denomina “pesimismo metodológico”.

Cuando queremos definir algo, siempre contamos con variadas descripciones disponibles, muchas de ellas igualmente verdaderas.⁵⁹ El pesimismo metodológico es, precisamente, el *criterio valorativo* que orienta la selección de propiedades, inclinando la balanza en favor de una u otra descripción determinada. Así las cosas, el pesimismo metodológico nos indica que, entre todas las descripciones igualmente verdaderas (e igualmente parciales) que podemos hacer sobre la pena, debemos optar por aquella que destaque sus aspectos más negativos. Ahora bien, la pregunta es entonces la siguiente: ¿por qué debemos utilizar ese criterio e inclinarnos por una descripción que destaque los aspectos negativos del fenómeno punitivo? Según el autor, la razón por la que deben descartarse las demás descripciones (positivas o neutras) no radica en que estas sean parciales (el pesimismo también lo es) sino, simplemente, porque en ellas se destacan aspectos del fenómeno punitivo que no son relevantes para nosotros. Y no lo son porque, a la hora de realizar esa descripción, lo que nos interesa es *justificar* la praxis punitiva.⁶⁰ En palabras de Greco “la pregunta por la definición de la pena [...] es la pregunta por aquello que hace que la cosa ‘pena’ necesite una justificación, [esto es, por] aquellas cosas que la hacen parecer cuestionable”.⁶¹

En mi opinión, este modo de proceder es perfectamente legítimo. Pero utilizarlo implica reconocer, en primer lugar, que esa selección de propiedades siempre está orientada por un criterio valorativo determinado. Y además que, en segundo lugar, dicho criterio está estrechamente vinculado con el plano justificativo, pues la construcción del concepto de pena se hace *en función* del interés que tenemos en justificar la praxis punitiva. En otras palabras, nuestra descripción de “la pena” siempre está “hecha a medida” de la potencial justificación que pretendemos obtener. Eso significa que, evidentemente, el plano conceptual no puede considerarse lógicamente previo ni su contenido completamente independiente del plano justificativo. Más bien al contrario: nuestro interés por la justificación determina las propiedades que seleccionamos para construir el concepto de la pena, a punto tal que no somos libres para elegir cualquier descripción verdadera y parcial

⁵⁷ Esta tradición se puede rastrear hasta Platón y adquirir diversas formulaciones, algunas vinculadas a la idea de resocialización, otras a la filosofía hegeliana –por ejemplo, ABEGG (1836), § 114–.

⁵⁸ El término “definitional stop” se utiliza para designar la violación de la premisa metodológica que exige la separación tajante entre los planos justificativo y conceptual, es decir, cuando se incluyen elementos de la justificación dentro del concepto de pena (por ejemplo, el principio de culpabilidad). Fue popularizada por Hart, en su conocida crítica al modelo de Rawls (quien distinguía entre *punishment* y *tellishment*); véase HART (2008), p. 5.

⁵⁹ Este punto de partida se comparte plenamente; en la terminología de PAWLIK (2017), p. 21: «el mundo es mucho más rico que las descripciones que hacemos de él».

⁶⁰ GRECO (2015), p. 219.

⁶¹ GRECO (2015), p. 217.

de la misma. Esa descripción, siempre y en todo caso, debe ser realizada de modo tal que “quede un espacio” para justificarla; dicho a la inversa, aun cuando sea pesimista, la descripción no puede hacer que la pena se vuelva algo completamente injustificable.

A mi modo de ver, es precisamente por eso (y no porque sea “falsa”) que Greco rechaza la definición de pena formulada por Zaffaroni, quien la describe como “un genocidio colonialista”. Esa descripción es, probablemente, la más pesimista y no cabe descartar que pueda considerarse como parcialmente verdadera en determinados contextos. Pero ese concepto, está claro, no es algo neutro e independiente de la justificación de la praxis punitiva: la única forma de construir semejante concepto de pena es haber adoptado, previamente, una teoría agnóstica o abolicionista de la praxis punitiva y, a partir de ella, formular un concepto de pena que la haga injustificable.⁶²

[b] Una vez establecido que la pena es un “mal”, puede uno preguntarse si cualquier clase de mal puede ser considerado pena. Aquí la respuesta de Greco es evidentemente negativa, por lo que necesita añadir otras propiedades que le permitan precisar qué clase de males pueden considerarse penas. En palabras de Greco: “¿es una teoría de la imposición legítima de un *mal sensorial* o una teoría de la imposición legítima de un *mal comunicativo*?” El autor considera que, en este punto, el pesimismo metodológico nos arroja una respuesta clara: ambas descripciones son igualmente verdaderas y, además, se encuentran en una relación “*disyuntivo-inclusiva*”. Esto significa que, presentes las demás condiciones, tanto una como otra constituyen (individualmente consideradas) una condición suficiente para tener por habida una pena, de modo que “puede haber penas que solo consistan en un mal físico, como penas que solo consistan en un mal comunicativo”.⁶³

Aquí nos encontramos con un punto de tensión importante. En efecto, para intentar mantener firme la supuesta neutralidad del plano conceptual frente al justificativo, este modelo paga un precio demasiado alto. En la medida en que la concurrencia de un mal sensorial representa una condición suficiente para dar por habido el concepto de pena, estamos obligados a degradar la dimensión comunicativa de la pena, transformándola en una propiedad accidental o contingente del concepto, de modo tal que se vuelve algo prescindible. Las limitaciones e inconvenientes que arrastra un concepto de pena como ese, en el que se prescinde de toda dimensión expresivo-comunicativa, son ampliamente conocidas y no serán reproducidas aquí.⁶⁴

[c] Para limitar la clase de males en los que puede consistir la pena, la siguiente propiedad seleccionada es la *estructura reactiva*. A este respecto, existe un acuerdo prácticamente unánime en la doctrina y aquí no tengo objeción alguna: cualquier teórico debe reconocer que la pena constituye un consecuente relativo a un antecedente.⁶⁵ Sucede que el mero reconocimiento de este carácter reactivo de la pena, en mi opinión, basta para poner en

⁶² GRECO (2015), p. 218, nota 300.

⁶³ GRECO (2015), pp. 222-223.

⁶⁴ Véase, en lugar de muchos y con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ (2018), pp. 113 ss.; PAWLIK, (2012), pp. 127 ss.; JAKOBS (1997), p. 55 ss.; JAKOBS (2001), pp. 23 ss.

⁶⁵ WOHLERS (2019), p. 427; SILVA SÁNCHEZ (2018), p. 113; GÜNTHER (2014), p. 126; PÉREZ BARBERÁ (2014), p. 3; FEIJOO SÁNCHEZ (2007), p. 48; NEUMANN (2007), p. 438; NAGLER (1918), p. 40.

duda la posibilidad de que existan penas no-comunicativas, como pretende el autor. Si la pena es siempre una respuesta reactiva frente a un hecho “que se encuentra en el pasado”,⁶⁶ resultará difícil negar el carácter intrínsecamente comunicativo que esta posee.⁶⁷

Una vez aclarado esto, lo verdaderamente importante radica en precisar *cuál* es el antecedente que habilita esa reacción punitiva y qué clase de *vínculo* existe entre ambos. En efecto, quien pretenda trabajar con un concepto de pena valorativamente neutro quedará sometido a una tensión importante en este punto, pues para precisar ese antecedente (frente al cual se reacciona con pena), no podrá recurrir al principio de culpabilidad por el hecho delictivo, pues este pertenece al plano justificativo. Ante el dilema reseñado, se han seguido dos caminos distintos. Por un lado, algunos autores han optado por disolver esa tensión modificando el antecedente que da lugar a la pena estatal y, como consecuencia, debilitan el vínculo de la secuencia conceptual «delito-pena».⁶⁸ En esta línea, afirma Greco: “para no quebrar la separación entre los presupuestos del concepto de pena y los de la justificación [...], la pena se impone como reacción objetiva frente a un *supuesto delito*”.⁶⁹ Reemplazar el antecedente de la secuencia conceptual (delito) por el “supuesto delito” (o la supuesta comisión de un delito), a decir verdad, es la manifestación concreta del déficit metodológico que llamamos “problema de la individuación”. Es precisamente este reemplazo lo que hace particularmente difícil distinguir entre pena y prisión preventiva; y tan grande es esa dificultad que, finalmente, se termina reconociendo lo siguiente: “[si] la prisión preventiva dura varios años, lentamente va cambiando su contenido [...] y se torna [...] en una pena”.⁷⁰

El segundo camino ha sido trazado por los autores que adoptan aquellas teorías conocidas como “dualistas”. En esos modelos, ya no se trata de reemplazar el antecedente de la secuencia conceptual («delito-pena»), sino de *crear* una secuencia conceptual paralela. El ejemplo más gráfico en este punto, hasta donde alcanzo, viene dado por la distinción conceptual de tinte “*hartiano*” que ha efectuado Berman y, según la cual, deberíamos reconocer la existencia de *dos clases* de castigos:

[∅] El *caso central* del castigo [P_(c)], que se define como “la imposición de algo doloroso o gravoso a un delincuente real por el delito que cometió y solo en la medida en que la imposición satisfaga algún límite de proporcionalidad”.⁷¹

⁶⁶ HÖRNLE (2017), p. 20.

⁶⁷ De hecho, GRECO (2015), nota 326, reconoce que la *reactividad* de la pena se encuentra “estrechamente vinculada con su dimensión como mal comunicativo [...]”.

⁶⁸ Señala también esta cuestión, WRINGE (2015), p. 616.

⁶⁹ GRECO (2015), p. 226 (el destacado es propio), agregando que, “*sin dudas, la pena puede alcanzar a una persona que no ha cometido el supuesto delito*”, solo que entonces se trata de “*una pena ilegítima*”. Similar, WOLF (1992), pp. 18-19: a los fines de obtener una definición, únicamente resulta necesario que el castigado sea *tomado por* infractor o quebrantador de la ley.

⁷⁰ GRECO (2015), pp. 226-227. En mi opinión, el período de tiempo durante el cual se mantiene una medida cautelar no puede generar una mutación de su naturaleza. La diferencia entre una y otra reacción está en el estímulo que las desencadena y el vínculo que existe entre ambos. Eso no quiere decir, por supuesto, que la prisión preventiva no tenga nada en común con la pena; de hecho, es probable que la prisión preventiva pueda ser concebida como un verdadero equivalente funcional de la pena. Véase al respecto SILVA SÁNCHEZ, (2018), pp. 147 ss.; RAGUÉS I VALLÈS (2020), pp. 112 ss.; MIRANDA (2021).

⁷¹ BERMAN (2008), p. 261.

[Ø] Los *casos periféricos* del castigo [P_(p)], que son aquellos en los que alguno de esos elementos claves es meramente *supuesto*. Aquí se trata de un castigo impuesto a personas que [a] no son los autores materiales del hecho delictivo, o bien [b] no hay hecho delictivo alguno, o bien [c] el sujeto no puede ser considerado responsable por ese hecho delictivo; o incluso [d] si el castigo impuesto infringe el límite de proporcionalidad.⁷²

Los casos de [P_(p)] se caracterizan por presentar algún déficit, pues su antecedente no viene dado por la comisión de un delito; y precisamente eso es lo que los sitúa al margen del concepto central de castigo. A partir de aquí, uno podría preguntarse si y por qué esos casos deficitarios deben formar parte de cualquier concepto de castigo: ¿no sería más apropiado ignorarlos y centrarse en la justificación de [P_(c)]? Según Berman, los casos de [P_(p)] no pueden ignorarse al momento de formular el concepto de pena, pues

“producen al menos un beneficio consecuencialista muy importante –disuasión general. [...] De este modo, algunos consecuencialistas concluirán que los casos periféricos están justificados a pesar de ser errores. Por lo tanto, dudo que podamos tomarnos la libertad de excluir de entrada los casos periféricos de nuestra empresa justificativa”.⁷³

En otras palabras: los casos de [P_(p)] no pueden excluirse porque una determinada teoría de la justificación “no lo permite”. Esta argumentación de Berman pone de relieve, con claridad, la objeción formulada: si el contenido de este concepto se considera completamente independiente de la justificación (pues el plano conceptual se considera lógicamente previo al justificativo), ¿por qué algunos elementos como la proporcionalidad o la culpabilidad del agente forman parte del concepto [P_(c)] y no del concepto [P_(p)]? Esta pregunta solo puede tener dos respuestas posibles. La primera supondría afirmar que, en el mundo y de forma independiente a la justificación, existen dos clases de penas distintas. La segunda, en cambio, es bastante más plausible: Berman puede construir dos conceptos de pena *porque* adopta una postura dualista de la justificación de la praxis punitiva. Dicho de modo inverso: adoptar una justificación dual de la praxis punitiva nos arroja, como *producto*, dos conceptos distintos de pena. De este modo, en una praxis punitiva justificada a partir de la idea de retribución, la culpabilidad y proporcionalidad formarán parte del concepto (central) de pena. Por el contrario, en una praxis punitiva justificada de modo preventivo-profiláctico, esas propiedades quedan fuera del concepto (periférico) de pena.

Otro grupo de autores, por último, ha advertido la seriedad del problema señalado y, para hacerle frente, siguen una estrategia argumental distinta. El primer paso consiste en formular un concepto retributivo de pena para, luego, justificar su utilización mediante una teoría esencialmente preventiva. En este sentido, se ha vuelto verdaderamente frecuente encontrar modelos en los que, o bien se reconoce abiertamente que la pena es

⁷² La expresión “no fue responsable” debe leerse aquí en sentido amplio: concurren causas de exclusión de la acción, de la tipicidad, causas de justificación, de inimputabilidad o de exculpación.

⁷³ BERMAN (2008), p. 262. La pregunta es ¿por qué esas mismas consecuencias beneficiosas no pueden alegarse para incluir dentro del concepto, también, a los casos que Berman denomina *castigo degenerado* (condenas a sabiendas de un inocente)? Según el autor, eso sería posible, pero “ningún consecuencialista estaría dispuesto a asumir un riesgo semejante”. Esta argumentación, como es evidente, no puede convencer.

“conceptualmente retribución”, o bien se introducen diversos “elementos retributivos” en el concepto de pena.⁷⁴ A partir de allí, esos autores pretenden esgrimir una justificación preventiva (o dual) de la praxis punitiva.⁷⁵ En mi opinión, esta estrategia nos sitúa frente a una trampa argumental que consiste en introducir elementos retributivos en el concepto de pena (culpabilidad, proporcionalidad o merecimiento) para, luego, situar a la prevención como idea dominante y excluyente del plano justificativo. Para decirlo con McPherson: una vez que el teórico de la prevención ha concedido a la retribución el cargo de “presidente honorario y perpetuo” del concepto, se siente libre para ignorar sus planteamientos a la hora de la justificación.⁷⁶ Al margen de la discutible viabilidad general de esta estrategia, lo realmente importante aquí es lo siguiente: estos autores han claudicado a la objeción formulada, pues han reconocido (aunque más no sea de modo implícito) que la premisa metodológica de base es completamente falsa. Un concepto previo y de contenido independiente a la justificación no puede tener, repentinamente, “elementos retributivos”.

3.4. Problemas sistemáticos: la paridad perdida entre teoría de la pena y teoría del delito

El Derecho penal está compuesto, en términos generales, por dos grandes bloques de contenido: la teoría del delito y la teoría de la pena. En este último bloque, según hemos dicho, las premisas metodológicas asumidas por la doctrina mayoritaria afirman lo siguiente: para entrar en el debate sobre la justificación debemos contar, primero, con un concepto ecuménico o universalmente válido de pena. Una vez que hemos logrado describir de la forma más neutra posible ese objeto, podremos ingresar en el plano justificativo para analizar las razones que podrían legitimar su utilización. Ahora bien, respecto del primer bloque de contenido –esto es, la teoría del delito–, lo cierto es que la doctrina dominante trabaja con una metodología prácticamente opuesta: el concepto dogmático del delito representa un producto cuya construcción siempre ha estado “orientada por los fines de la pena”. Con mayor precisión: el concepto dogmático del delito posee una estructura compleja y su contenido, sin duda valorativo, depende de la posición que adoptemos en relación a la justificación de la praxis punitiva.⁷⁷

Esto explica, en mi opinión, la enorme disparidad que existe entre un concepto de delito dogmáticamente desarrollado y un concepto de pena estatal que se mantiene en la más absoluta precariedad teórica. Mientras el primero constituye un concepto lleno de contenido valorativo (un producto de la teoría del delito), el segundo posee un contenido mínimo y una estructura tosca. Por supuesto, esto no significa que uno deba aspirar a construir un concepto de pena que sea, desde el punto de vista estructural y valorativo, un producto tan complejo como el concepto de delito. Lo que pretendo aquí es más modesto, pues consiste en señalar que la utilización de metodologías inversas para la teoría del delito y de la pena

⁷⁴ FEIJOO SÁNCHEZ (2007), p. 528; PÉREZ BARBERÁ (2014), pp. 3 ss.; WOHLERS (2019), p. 426; COGLEY (2017); BOONIN (2008).

⁷⁵ El carácter total o parcial de la justificación preventiva varía en cada modelo y, generalmente, depende de quiénes se consideren destinatarios del mensaje punitivo. Véase, PÉREZ BARBERÁ (2014), pp. 7 ss.; HÖRNLE (2017), pp. 20 ss.

⁷⁶ MCPHERSON (1967), p. 22: “¿Cómo puedes decir [tú, retribución] que no te apreciamos lo suficiente? ¿Acaso no te hemos hecho Presidente Honorario Perpetuo [del concepto]?”»

⁷⁷ PAWLIK (2012), p. 17, entiende que esta metodología en la construcción del concepto de delito es “una de las conquistas más importantes del Derecho penal moderno”. Véase también, p. 57, nota 116.

resulta incoherente y genera resultados insatisfactorios. En la medida en que delito y pena constituyen una secuencia conceptual de carácter reflexivo-comunicativa, ambos conceptos se encuentran en una relación de interdependencia recíproca, se co-definen el uno al otro; por esa razón, dichos conceptos no pueden ser contruidos con métodos antagónicos.⁷⁸ En el apartado siguiente, con la pretensión de contribuir al “restablecimiento de la paridad perdida entre teoría de la pena y teoría del delito”, se exponen los lineamientos metodológicos de una concepción alternativa.⁷⁹

4. La construcción de un concepto valorativo-funcional de pena

En el apartado precedente, espero haber demostrado que la construcción de un concepto valorativamente neutro de pena es un camino engañoso y poco prometedor. Esa premisa metodológica no es más que una “ilusión teórica”, pues no existe tal cosa como un concepto ecuménico de pena estatal, previo e independiente de la justificación de la praxis punitiva.⁸⁰ En este caso, al igual que con la mayoría de los conceptos del Derecho penal, el teórico no se limita a describir un objeto sino que, con su discurso, da forma a ese objeto. A lo sumo, en el proceso de construcción del concepto, la descripción inicial se puede tomar como un “preconcepto extrajurídico” o “un símil más o menos felizmente elegido”, pero en ningún caso “un concepto dogmáticamente resistente” ni con verdadera capacidad de rendimiento.⁸¹

Optar por una metodología alternativa nos exige poner atención a la distinción de los planos conceptual-justificativo y, especialmente, al *vínculo* que ambos mantienen entre sí. Para ser precisos: si bien la distinción analítica puede y debe mantenerse, también debe recordarse que no se trata de planos desvinculados entre sí, de modo tal que el contenido de este concepto no puede considerarse independiente de la justificación de la praxis punitiva; esto último moldea, en una medida considerable, lo primero.⁸² Por supuesto, esta forma de afrontar el problema de la teoría de la pena no está exenta de problemas y ha sido blanco de algunas críticas. En el punto siguiente, haremos una consideración detallada de las mismas utilizando el trabajo que, en mi opinión, formula de forma más precisa esas críticas: la tesis doctoral de Luis Greco.⁸³

⁷⁸ “Lo que el delito es, depende de lo que la pena significa y, a la inversa, la pena debe determinarse a través de la esencia del delito”; la cita es de Dahm y ha sido tomada de PAWLIK (2012), p. 52, cita 208. Ciertamente es que esta premisa, según el propio Pawlik, nos sitúa frente a un “círculo desesperanzador” pues no nos indica por dónde comenzar. Sin embargo, no nos interesa ahora la solución de este problema (si es que puede hablarse en estos términos) pues, a fin de demostrar el carácter reflexivo de la secuencia conceptual, es irrelevante por cuál de ellos comenzar el análisis. Evidentemente, una elección como esa no es para nada inocente –PAWLIK (2012), pp. 53 ss.–; RADBRUCH (1930), pp. 158 ss. Diferente, ROXIN y GRECO (2020), § 3/36.e.

⁷⁹ PAWLIK (2012), p. 19.

⁸⁰ La expresión pertenece a MCPHERSON (1967), p. 21.

⁸¹ PAWLIK (2012), p. 292; PAWLIK (2010b), p. 82.

⁸² PAWLIK (2010a), p. 77: “la pena legitimada desde la perspectiva de la prevención [...] tiene otros requisitos que la pena retributiva”.

⁸³ GRECO (2015).

4.1. Exposición y respuesta a las principales objeciones

4.1.1. El argumento “intuitivo – open question”⁸⁴

La primera objeción sostiene lo siguiente: cuando los elementos valorativos de la justificación se introducen en el concepto de la pena estatal, esta queda “por definición” legitimada.⁸⁵ Nuestro modelo sería, entonces,

“contra-intuitivo [...], porque en la vida cotidiana y en la ciencia jurídica todos hablamos siempre de penas a pesar de que no cumplen con todos los presupuestos de justificación. Antes bien, el sentido particular de la teoría de la pena [...] es el de poder estigmatizar tales castigos como ilegítimos. [...] Aquí uno podría servirse [...] de un argumento *open question* [...] y afirmar lo siguiente: la palabra pena no presupone, por su significado, legitimidad, pues siempre tiene sentido preguntarse si cada pena en particular es legítima”.⁸⁶

El núcleo de la objeción se asienta en un argumento de carácter semántico: “pena” y “condiciones de justificación” no pueden considerarse términos sinónimos. Esto es evidentemente correcto, pero completamente irrelevante para decidir la cuestión metodológica que está en juego. Según creo, sucede aquí lo siguiente: con el “argumento de la pregunta abierta”, Greco pretende probar algo que, por sí mismo, el argumento no está en condiciones de probar (esto es, se le exige por encima de su capacidad de rendimiento). Un argumento semántico solo puede probar que el concepto de pena y las condiciones de legitimidad de la praxis punitiva no pueden considerarse términos sinónimos (y esto es correcto). Lo que no puede probar, en mi opinión, es el carácter lógicamente previo e independiente del contenido del concepto en relación a la justificación de la praxis punitiva. La premisa de la que se parte y según la cual “siempre tiene sentido preguntarse si una pena está o no justificada”, a decir verdad, *presupone* la subordinación de los planos, pero no fundamenta –al menos no lógicamente– la adopción de una metodología que sostenga esa subordinación. Para que la observación resulte más comprensible, puede “traducírsela” a términos dogmáticos más familiares: reemplazaremos la distinción concepto–justificación (en el párrafo del autor) por términos equivalentes referidos a la distinción tipicidad–antijuridicidad.

«El esquema según el cual toda *acción típica* es a la vez *antijurídica* y en donde las *causas de justificación* son ya *causas de atipicidad*, resulta contra-intuitivo, porque en la vida cotidiana y en la ciencia jurídica, todos hablamos siempre de *acciones típicas* a pesar de que no cumplen con todos los presupuestos de la *antijuridicidad*. Antes bien, el sentido particular de la teoría de la *justificación*, [...] es el de poder [des]estigmatizar tales *acciones típicas*, calificándolas como *justificadas*. Una teoría que no pudiera marcar la diferenciación entre *acciones típicas justificadas* y *acciones típicas no justificadas*, por conocer únicamente *acciones típicas no justificadas*, nos

⁸⁴ La denominación pretende hacer notar (a) la similitud estructural que guarda el argumento con la segunda de las objeciones de MOORE, G. E. (1903) contra el naturalismo ético, así como también (b) la necesaria concurrencia de “intuiciones” para que este argumento pueda tener capacidad de rendimiento.

⁸⁵ Similar, ROXIN y GRECO (2020), § 3/1.a.

⁸⁶ GRECO (2015), p. 206.

serviría muy poco. Por ello, constituye un requisito de la justificación en el marco de la *teoría del delito*, el que *las causas justificación* sean dejadas de lado al definir la *tipicidad*. Aquí uno podría servirse [...] de un argumento *open question* [...] y afirmar lo siguiente: la palabra *tipicidad* no presupone, por su significado, *antijuridicidad*, pues siempre tiene sentido preguntarse si cada *acción típica* en particular *está justificada*”.

El ejercicio es útil porque pone de relieve la debilidad lógica del argumento. Uno puede considerar metodológicamente valioso distinguir tipo y antijuridicidad; incluso, puede subordinar el debate sobre las causas de justificación a la previa formulación de un juicio sobre la tipicidad de la conducta. Lo que no puede hacer, en mi opinión, es argumentar en favor de esa metodología afirmando que, de no proceder de esa manera, las acciones típicas y justificadas no existirían como tales; y que, además, esa es una conclusión contra-intuitiva pues “siempre tiene sentido preguntarse” si una acción típica está justificada. Así planteado, el argumento es circular: solo puede tener sentido preguntarse tal cosa si (y en la medida en que) el juicio de tipicidad se considera materialmente autónomo del juicio de antijuridicidad; en caso contrario, la pregunta pierde cualquier clase de interés. En otras palabras: esa pregunta solo tiene sentido cuando *ya hemos adoptado* la premisa metodológica (según la cual el plano conceptual es previo y su contenido completamente independiente de la justificación), pero no es un argumento fértil para *inclinarnos a aceptar* esa premisa.

Por lo demás, el carácter contra-intuitivo denunciado, a decir verdad, no afecta la metodología aquí propuesta. Esta objeción solo puede alegarse frente a quien pretenda *borrar* la distinción analítica entre el plano conceptual y el justificativo, afirmando que toda pena es, por definición, legítima. Pero resulta que aquí no pretendo afirmar tal cosa: en la medida en que se intenta establecer un vínculo entre concepto y justificación, se presupone que ambos planos son analíticamente distinguibles. En este esquema, entonces, es perfectamente posible introducir algunos elementos valorativos en el concepto y, sin embargo, que existan condiciones de legitimación de la praxis punitiva que queden fuera del mismo. La ausencia de estas últimas, naturalmente, podría dar lugar a la existencia de verdaderas penas ilegítimas.⁸⁷

4.1.2. El argumento del “fraude de etiquetas”

Según este argumento, quien no trabaje con un concepto valorativamente neutro de pena queda expuesto al riesgo de incurrir en un “error categorial” pues, en la medida en que no concurren los elementos valorativos introducidos en el concepto, solo podrá negar la concurrencia del objeto (eso no es pena) cuando debería afirmar que su aplicación es ilegítima (es una pena injustificada). Este proceder sería problemático, pues una vez que se produce este fraude de etiquetas –disfrazar la pena de otra cosa–, podría dispensarse a ese objeto del cumplimiento del resto de las condiciones de legitimidad propias de la pena. Esta

⁸⁷ Basta pensar, p. ej., en los muchos límites deontológicos (sustanciales o procesales) que se imponen a la actividad punitiva del Estado. Si se reconoce que la aplicación de penas solo puede ser legítima cuando se respetan esos límites, entonces el hecho de incluir elementos valorativos en el concepto de pena –por ej., el merecimiento– no excluye *per sé* la posibilidad de que puedan existir penas merecidas pero ilegítimas. En el mismo sentido, PAWLIK (2012), p. 58; ORTIZ DE URBINA (2017), pp. 419 ss.

deficiencia se ha manifestado, según Greco, en diversas resoluciones del Tribunal Constitucional Alemán. A título ejemplificativo, puede recordarse que dicho Tribunal ha afirmado lo siguiente: si bien es cierto que la restricción de libertad que conlleva la custodia de seguridad puede tener lugar en el mismo establecimiento penitenciario en el que se cumplió la pena originalmente impuesta, aquella persigue un fin diferente al de la pena y, por esa razón, no pueden ser consideradas penas ni tampoco quedan sujetas al principio de culpabilidad por el hecho. Según Greco, el fraude de etiquetas consiste en negar la presencia del objeto (pena) y, como resultado, liberar a la medida del requisito básico de la justificación: la culpabilidad del agente.⁸⁸

Esta objeción no es más que una aplicación derivativa del argumento anterior, reformulado ahora desde el punto de vista que remarca sus consecuencias. En otras palabras, el “fraude de etiquetas” solo desplaza el centro de atención: lo que interesa ahora son las consecuencias que podría acarrear el hecho de no haber calificado como pena un determinado fenómeno que, a partir de un concepto valorativamente neutro, debería ser considerado como tal (en este caso, la custodia de seguridad). Dicho esto, creo que la objeción pretende transformar su propia debilidad en fortaleza, invirtiendo la carga de la prueba argumental. En lugar de explicarnos cómo es posible resolver el *problema de la individuación* (esto es, que no permite distinguir entre medida de seguridad, prisión preventiva y pena), directamente renuncia a ello y acusa al Tribunal de cometer un “error categorial” cuando pretende diferenciar entre pena y custodia de seguridad posterior al cumplimiento de la condena. En mi opinión, es el Tribunal quien lleva razón: la custodia de seguridad no puede considerarse parte de una pena por el mero hecho de ser ejecutada en el mismo establecimiento penitenciario. Dado que dicha restricción de libertad es siempre posterior al cumplimiento de la condena, una medida de seguridad como esa solo puede dictarse en virtud de un pronóstico acerca de la posible comisión de delitos futuros. Por lo tanto, la única forma de integrar “custodia de seguridad” y “pena” bajo un mismo concepto consiste en alterar el antecedente que gatilla la reacción punitiva. Pero aquí, en verdad, ya ni siquiera se trata de un delito supuestamente cometido por el agente (como en el caso de la prisión preventiva), sino de un delito todavía inexistente, una pura “potencialidad delictiva” del condenado.

4.1.3. El argumento del “*definitional stop*”

Quien filtra elementos valorativos en el concepto de pena –p. ej., el carácter merecido del reproche– incurre en una barrera definicional y genera un *efecto excluyente* pues, a partir de allí, uno queda obligado a afirmar que algunos partidarios del debate sobre la justificación no están pensando en la pena, sino en alguna otra cosa. Dicho con un ejemplo: si el encierro de un inocente no es pena, dejamos fuera del debate justificativo a todo aquel que pretenda justificarlo a través de, p. ej., razones utilitarias. Constatada la deficiencia, la construcción de un concepto de pena de modo previo e independiente a la justificación sería, según se dice, el único medio capaz de evitar el efecto excluyente. Tal concepto presenta el objeto a

⁸⁸ BVerfG, t. 109, pp. 133 ss. (p. 174). Cfr. GRECO (2015), p. 208, cita 247. Se trata de la *Sicherungsverwahrung*, esto es, una medida de seguridad en virtud de la cual un delincuente considerado especialmente peligroso es obligado permanecer en prisión una vez finalizada su condena. En el ordenamiento alemán se la considera como “la última medida de emergencia en política criminal” y tiene por objeto “proteger a la comunidad” de aquellos de quienes cabe esperar la comisión de nuevos hechos delictivos.

justificar de la forma más neutral posible, permitiendo que todas las opiniones sobre su justificación tengan la posibilidad de “sentarse” en la mesa del debate justificativo.

No es ningún secreto que la objeción acierta en lo primero, pues un concepto de pena rico en contenido valorativo puede generar el efecto excluyente mencionado. Pero lo cierto es que yerra en lo segundo: adoptar un concepto a-valorativo de pena no es el único mecanismo capaz de evitarlo. Como ha puesto de relieve Zaibert, el “*definitional stop*”⁸⁹ solo nos exige que, en virtud de lo primero, no resolvamos un problema normativo (la cuestión justificativa) *mediante* la mera formulación de un concepto descriptivo, pero no nos obliga a trabajar con un concepto valorativamente neutro de pena (esto es, lógicamente previo y de contenido completamente independiente al plano justificativo).⁹⁰ En palabras de Zürcher:

“tenemos que distinguir entre dos casos distintos: si la definición es el resultado o producto de un debate [...], entonces no es objetable el condicionamiento del concepto (esto es, el carácter excluyente). Sin embargo, si esa argumentación no ha aparecido y dicho condicionamiento del concepto (con efecto excluyente) se establece de forma axiomática, entonces se presenta una barrera definicional”.⁹¹

Lo anterior significa que, frente a esta objeción, pueden tomarse dos caminos distintos. El primero de esos caminos ha sido blanco de nuestras críticas en el apartado precedente y concibe al concepto de pena como algo previo e independiente de la justificación, como un punto de partida para discutir sobre la justificación de la praxis punitiva. El segundo de los caminos advierte que la construcción de un concepto dogmáticamente fructífero de pena, aquel que de algún modo puede completar la secuencia conceptual con el concepto de delito, no puede tener un contenido neutro respecto de la justificación, por lo que tampoco puede concebirse como un punto de partida, sino más bien como un punto de llegada. El concepto de pena siempre es, en cierta medida, el *producto* de una determinada justificación de la praxis punitiva.⁹²

4.2. Problema metodológico y solución

En la medida en que uno se incline por transitar el último de los caminos señalados, se encontrará rápidamente con el siguiente desafío metodológico: para justificar algo, parece evidente, es necesario tener una noción mínima acerca de ese algo. A modo de pregunta: ¿cómo debatimos sobre la justificación de una praxis si no sabemos qué es aquello que se

⁸⁹ La expresión es de HART (1959), p. 5; y fue utilizada para dar cuenta de ciertos trampas cometidas por los defensores de las teorías preventivas. Cuando los retribucionistas señalaban que una tesis preventiva se expone a considerar como justificado el castigo de personas inocentes, la respuesta de algunos preventivistas era sorprende. Esa respuesta consistía en afirmar que el castigo sobre un inocente no es una pena, sino algo distinto. De esta misteriosa forma, se introducía el principio de culpabilidad y merecimiento (propio de la teoría de la retribución) dentro del concepto de la pena, de manera tal que el objeto sobre el que se discutía (y sobre el que se pensó que existía acuerdo) rápidamente había cambiado. Véase RAWLS (1955), pp. 3-32.

⁹⁰ ZAIBERT (2006), pp. 24 ss.

⁹¹ ZÜRCHER (2014), p. 32.

⁹² Señalando esta metodología, BELING (1908), pp. 3 ss.; similar, MAÑALICH (2007), p. 125; MAÑALICH (2010), p. 54.

hace en el marco de dicha praxis?⁹³ Para contestar esa pregunta, debemos recordar que, en primer lugar, esta problemática no es privativa del Derecho penal; muy por el contrario, se trata de un problema común a toda disciplina científica que con su discurso no solo describe su objeto, sino que también lo construye. Además, la dificultad señalada tampoco puede considerarse en absoluto concluyente: para afrontarla, de hecho, se han desarrollado diversos modelos teóricos, entre los cuales se encuentra la “reconstrucción racional de los conceptos”.⁹⁴ Se trata de una metodología holística para la construcción de los conceptos, un ir y venir que pretende dar cuenta del proceso de transformación que experimenta una determinada noción preliminar hasta convertirse en un verdadero concepto normativo.⁹⁵ Para ponerlo en términos ya conocidos: es un proceso similar al equilibrio reflexivo de Rawls, pero adaptado a un esquema de pensamiento holístico-dialéctico.⁹⁶

La reconstrucción racional de los conceptos, lejos de ser un método extraño en el Derecho penal, constituye uno de los aspectos característicos de nuestra ciencia y, en especial, de la dogmática jurídico penal de cuño alemana.⁹⁷ Tómese por caso el concepto de “*sujeto mediado por lo social*” con el que trabaja Jakobs,⁹⁸ o el proceso de reconstrucción hegeliano que hace Pawlik del concepto de ciudadano.⁹⁹ Ese mismo proceso parece ser utilizado por Robles Planas para la construcción del concepto de “autonomía”.¹⁰⁰ En la dogmática del injusto culpable, de hecho, el quiebre del concepto unitario de injusto no es más que la consecuencia de este proceso holístico de reconstrucción conceptual aplicado a diferentes institutos.¹⁰¹ Como ejemplos pueden mencionarse el concepto de delito de tentativa¹⁰² o “el proceso de ajuste” al que se ve sometido el concepto de agresión en el instituto de la legítima defensa.¹⁰³ En la tradición jurídico-penal anglosajona, también Duff y Dagger han recurrido, recientemente, a este método.¹⁰⁴

⁹³ NINO (1989), p. 13: “[...] por un lado, es cierto que la articulación de la teoría que incorpora el concepto determina en última instancia cuáles son sus propiedades relevantes [...] Pero, por otro lado ya se ha dicho que no puede haber valoración si no se identifica previamente [...] lo que se valora [...]”.

⁹⁴ Sobre el método de la reconstrucción racional de los conceptos, ALCHOURRÓN y BULYGIN (1987), Cap. I. Para una aplicación del método al Derecho penal, DUFF (2018), Cap. I; similar PAWLIK (2004), pp. 14 ss.

⁹⁵ DUFF (2018), p. 13: es “un proceso de idealización: reconstruye lo que la práctica o institución en cuestión debe aspirar a ser”.

⁹⁶ La referencia al equilibrio reflexivo estaba en el manuscrito original y fue suprimida por miedo a generar confusión. Por sugerencia de un revisor anónimo, a quien agradezco, la he vuelto a incluir.

⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ (2021), p. 367: “el lenguaje [...] propio de la dogmática es el adscriptivo, [...] característico de los conceptos [...] “normativos”. Estos [...] toman un enunciado descriptivo previo y lo procesan conforme a un determinado código. En función del código que toman como baremo conducen a la asignación de sentido a un acontecimiento”. Véase también, SILVA SÁNCHEZ (2019), pp. 1 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ (2019), pp. 25 ss.

⁹⁸ JAKOBS (1996), p. 34: si la noción de sujeto es un presupuesto, pero también una consecuencia de la sociedad, es porque existe una dimensión del concepto que es *previa* a la sociedad, pero también otra que es posterior y dependiente de esa sociedad.

⁹⁹ La *persona* abstracta se desarrolla, a la luz de la idea de autodeterminación, en un verdadero *sujeto* que, finalmente, se convierte en *ciudadano*; véase PAWLIK (2016), pp. 42 ss.; PAWLIK (2015), pp. 13 ss.; PAWLIK (2012), pp. 90 ss., 151 ss.; PAWLIK (2004), pp. 76 ss.; PAWLIK (2010), pp. 84 ss.

¹⁰⁰ ROBLES PLANAS (2014), pp. 35 ss.

¹⁰¹ SILVA SÁNCHEZ (2014); COCA VILA (2016), pp. 75 ss.; WILENMANN (2017), pp. 161 ss.

¹⁰² SCHMIDHÄUSER (1984), § 11/8: dicho concepto es el *producto* de una discusión acerca de las diversas teorías que legitiman la punibilidad de esas acciones de tentativa.

¹⁰³ WILENMANN (2017), pp. 180; similar, PALERMO (2006), pp. 287 ss.

¹⁰⁴ DUFF (2018), pp. 13 ss.; DAGGER (2020), pp. 71 s.

La reconstrucción racional de los conceptos es un proceso que puede descomponerse, básicamente, en dos etapas diferenciadas. Es la primera de estas etapas la que nos interesa en el punto siguiente (4.3) y solo pretende proporcionar una noción inicial del “objeto a justificar”.¹⁰⁵ En nuestro caso, se trata de proporcionar una descripción de las *acciones punitivas* que sea idónea para desempeñar el papel de “objeto de la justificación”. Con base en esa noción inicial de las acciones punitivas, se abre la posibilidad de formular preguntas sobre el carácter permisible de las mismas, lo que denominamos aquí “formulación de las demandas concretas de justificación” (4.4). Las distintas respuestas esgrimidas frente a esas demandas, dan lugar a una determinada teoría acerca de la *justificación* de la praxis punitiva (4.5). Por último, es a partir de estas respuestas que obtenemos gran parte del contenido o materia prima con la que, finalmente y en la segunda etapa, se construye el *concepto de pena* estatal.¹⁰⁶

Este método permite, entonces, distinguir entre [a] el objeto de la justificación y [b] el concepto de pena. El primero constituye, si se quiere, una mera noción pre-científica destinada (¡exclusivamente!) a delimitar el objeto del debate justificativo.¹⁰⁷ El segundo, en cambio, es un producto construido con base en (y cuyo contenido depende de) la teoría sobre la justificación de las acciones punitivas. La distinción es particularmente valiosa en esta materia, porque no solo permite obtener ventajas en el plano conceptual (a saber, nos da la posibilidad de construir un concepto complejo y útil de pena), sino que también aporta cierta precisión en el plano discursivo de la justificación. En la medida en que hagamos referencia al “objeto de la justificación”, es incorrecto pensar en ‘la pena’ como concepto. En el marco de la praxis punitiva, lo único que puede estar sometido a justificación son las *acciones*, no los conceptos; estos no se justifican, se construyen.¹⁰⁸ Esta precisión no debería sorprender a nadie, pues lo mismo sucede con la contraparte de la secuencia conceptual: el objeto de un juicio de reproche solo puede consistir en una acción delictiva. El delito, en tanto concepto, es un producto teórico complejo que se construye mediante un discurso: la dogmática. Para decirlo con Pawlik: aquello que resulta “objeto de enjuiciamiento o de legitimación [es el] actuar delictivo o punitivo, respectivamente; no una entidad abstracta como «el delito» o «la pena»”.¹⁰⁹

4.3. El objeto de la justificación: “acción punitiva”

La descripción de una acción punitiva solo pretende proporcionar una noción inicial y exclusivamente destinada a delinear el objeto de la justificación. Sin embargo, esa descripción tampoco puede considerarse totalmente neutra pues al momento de hacerlo, ya hemos dicho, siempre estamos influidos por un interés justificativo. Por esa razón, puede ser útil comenzar por atender a dos cuestiones relativas a esa actividad argumentativa que

¹⁰⁵ ALCHOURRÓN y BULYGIN (1987), p. 29, la denominan “*elucidación informal del explicandum*”.

¹⁰⁶ Denominada “construcción del explicatum”; ALCHOURRÓN y BULYGIN (1987), p. 29.

¹⁰⁷ PAWLIK (2004), pp. 15 ss.; similar, SCHMIDHÄUSER (1984), Cap. 1, nm. 2 y 14 habla de un “*Vorbegriff der Strafe*” que, para transformarse en un verdadero concepto de pena, debe situarse bajo el “*Oberbegriff*” de la retribución.

¹⁰⁸ Véase KLEINIG (1968), p. 2.; SCHMIDHÄUSER (1987), p. 77.

¹⁰⁹ PAWLIK (2017), pp. 51-52.

llamamos justificación; en concreto: [a] ¿qué clase de cosas pueden ser justificadas?; y [b] ¿por qué necesitamos justificar la acción punitiva?¹¹⁰

Respecto de la primera, hemos adelantado ya que la justificación es una tarea que solo puede tener por objeto acciones, esto es, algo que un agente ha realizado, está realizando o planea realizar. Si bien es cierto que podemos pedir a alguien que, p. ej., justifique su opinión acerca de algo, también lo es que nuestro pedido solo tiene sentido en la medida que el agente haya *formulado* esa opinión. Para ser precisos: lo único que puede ser objeto de un discurso justificativo es una *acción* desplegada por un *agente*. A partir de aquí, nuestra descripción del objeto de la justificación debe comenzar señalando el carácter agencial y estatal de las acciones punitivas.¹¹¹ También debe recordarse que, sin excepción, toda acción punitiva constituye una *re-acción*, el “consecuente de” o respuesta frente a un determinado antecedente emitido por un agente comunicativamente relevante. No es momento de interesarse por el contenido material de dicha reacción, ni por los detalles del antecedente que la origina o la relación que existe entre ambos. Lo único relevante, por ahora, es que toda acción punitiva posee un carácter reactivo, de modo tal que un suceso solo puede describirse como acción punitiva en la medida en que sea una *respuesta reactiva*.¹¹² Ahora bien, dado que se trata de un comportamiento reactivo de un agente estatal emitido como respuesta a un antecedente (también agencial), siempre posee naturaleza comunicativa. Esto no puede perderse de vista: aquí estamos lidiando, en todo momento, con tomas de posición reactivas susceptibles de ser argumentadas y, por tanto, se trata de algo comunicativamente relevante.¹¹³

Respecto de la segunda pregunta, debe recordarse que esa descripción siempre estará orientada por nuestro interés en la justificación. Por eso, es necesario que resalte los elementos de la acción punitiva que la hacen cuestionable, lo cual significa: la descripción debe ser idónea para poner en duda su permisibilidad. Aquello que Greco denomina “*pesimismo metodológico*” puede considerarse un recurso teórico de gran ayuda para articular esta exigencia. En los términos que utilizaremos aquí, se trata de destacar aquellos elementos que sustentan la “*base de la demanda*” por la justificación.¹¹⁴ En definitiva: la descripción debe resaltar el elemento problemático que permite formular demandas concretas de justificación. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el elemento problemático de las acciones punitivas es el carácter coactivo que presentan.¹¹⁵ Para decirlo de modo preciso: la acción punitiva es algo particularmente necesitado de justificación porque su ejercicio parece implicar, en todo caso, una hetero-administración del espacio de

¹¹⁰ Esto fue puesto de relieve ya por KLEINIG (1968), pp. 1 ss. En la actualidad, señala la importancia de esta cuestión BERMAN (2008), pp. 259-260.

¹¹¹ El carácter estatal aparece desde un inicio porque la noción de acción punitiva (al igual que cualquier otra) no se hace en un espacio vacío, sino dentro de una determinada “esfera discursiva” o “campo de sentido” –la moral, la física, la química, etc. –. En nuestro caso, dicho campo de sentido viene dado por el Derecho en tanto praxis colectiva, lo cual presupone, a su vez, la existencia del Estado (y también de otros intervinientes). Sobre la noción de esfera discursiva y campo de sentido, véase KLEINIG (1968), pp. 7, 14-15; GABRIEL (2015), pp. 157 ss.

¹¹² Destaca esta característica, NAGLER (1918), p. 40.

¹¹³ PAWLIK (2017), pp. 7 ss. Nuevamente debo agradecer al evaluador anónimo que insistió en conceder mayor precisión a este punto.

¹¹⁴ La terminología pertenece a BERMAN (2008), p. 263.

¹¹⁵ BINDING (1890), pp. 483 ss. Véase, con ulteriores referencias, MAÑALICH (2010), pp. 56 ss.; ROBLES PLANAS (2021), pp. 45 ss.

libertad jurídicamente garantizado al destinatario sobre el que recae. Sobre esto volveremos en el punto siguiente; sin embargo y por ahora, lo dicho resulta suficiente para proporcionar la descripción inicial que, a los fines de abrir el debate justificativo, estábamos buscando. Las acciones punitivas consisten en una actividad estatal y reactiva (a título de respuesta frente a una acción precedente) cuya permisibilidad puede ser puesta en duda debido a su carácter coactivo, pues su ejercicio conlleva la hetero-administración del espacio de libertad jurídicamente garantizado al destinatario sobre el que recae.

4.4. Las demandas concretas de justificación

Un sector de la doctrina, a mi juicio con razón, ha puesto de manifiesto que, si se quiere ser razonable en este ámbito, es mejor limitar las expectativas. Intentar proporcionar una justificación global de la praxis punitiva (*tout court* o contra cualquier objeción que pudiera esgrimirse contra ella) es una tarea imposible, pues está fuera de la capacidad de rendimiento de cualquier filosofía práctica. Por el contrario, uno debe tener en cuenta que “la justificación de una práctica es siempre provisional, siempre parcial y siempre responde a una particular motivo o base de demanda”.¹¹⁶ Por lo tanto, tomar como punto de partida un interrogante genérico, del tipo «¿está justificada la praxis punitiva?» es más bien inútil en este contexto.¹¹⁷ Para poder dar una respuesta plausible e idónea a la cuestión la justificación de las acciones punitivas, es necesario que la demanda explicita la razón o motivo por el que considera que estas acciones son cuestionables. En palabras de Berman: “el enunciado «X requiere justificación» es [...] incompleto. Para hacer explícito lo implícito, deberíamos decir que «X requiere justificación en virtud de Y»”.¹¹⁸

Esta precisión ayuda a alivianar el peso de las respuestas que exigimos a una teoría *jurídica* de la pena, en la medida en que esa teoría solo nos puede proveer una justificación siempre parcial, provisoria y revisable de la praxis punitiva; y en ningún caso es una justificación *tout court* (“*all things considered*”). Por supuesto, reconocer el carácter parcial de esta justificación no nos exime de buscar las respuestas a otras posibles objeciones (que pueden y deben ser formuladas), pero si nos permite ordenar la discusión. De hecho, dentro de las objeciones más importantes que una teoría *jurídica* de la pena no puede afrontar, según creo, se encuentra la cuestión de la legitimación *política* de la pena estatal y, relacionado con esto último, la cuestión de la *legitimidad de las normas* de comportamiento cuyo quebrantamiento se castiga.¹¹⁹

¹¹⁶ BERMAN (2008), p. 264. Abogando también por una pretensión modesta en la teoría sobre la justificación de la práctica punitiva, DUFF (2011), pp. 3 ss. La distinción proviene de FEINBERG (1970), pp. 221 ss.

¹¹⁷ Con mayores referencias, HÖRNLE (2017), pp. 3-4; BERMAN (2008), pp. 264 ss., formula una distinción que considero particularmente útil, entre una *justificación genérica* (*all-things-considered*) y una *justificación adaptada* a la pregunta que expresa o pone de manifiesto una *concreta demanda* de justificación (*tailored justification*).

¹¹⁸ BERMAN (2008), p. 263.

¹¹⁹ Sobre lo primero (la legitimidad moral y política que el Estado debe ostentar al momento de castigar al ciudadano), la obra de CIGÜELA SOLA (2019) constituye un esfuerzo teórico audaz. Respecto de lo segundo, es evidente que una teoría de la pena no puede saltar sobre su propia sombra: si las leyes penales y las normas de comportamiento que de allí derivan son ilegítimas, la sanción impuesta por el quebrantamiento de la misma también lo será; véase, MAÑALICH (2007), pp. 180 ss.; DOLD (2017), pp. 29 ss.

Según la descripción que hemos formulado en el punto anterior, la permisibilidad de las acciones punitivas puede ser puesta en duda en virtud de su *carácter coactivo*. Sin embargo, esta precisión es todavía insuficiente, porque uno podría preguntarse por qué la coacción jurídica debe considerarse un elemento problemático. Para precisar el motivo de esa demanda, entonces, es indispensable hacer también referencia al principio o regla en virtud del cual la coacción punitiva puede ser cuestionada. En este sentido y hasta donde alcanzo, dicho elemento problemático puede dar lugar a dos demandas de justificación distintas, dependiendo del principio o regla que se considere violentado por la coacción.¹²⁰

[π] En su primera formulación, la base de demanda queda vinculada con un principio de índole moral y conocido en la doctrina: esa coacción punitiva debe generar *sufrimiento* en el destinatario y, por ello, su realización implica incrementar un estado de cosas *intrínsecamente malo*. La coacción punitiva se considera aquí violatoria de un principio o axioma (no estrictamente jurídico) que exige no aumentar el nivel de sufrimiento de los individuos. En mi opinión, la demanda de justificación queda aquí mal formulada, por dos razones.

[Ω] La primera es relativamente conocida: una remisión al sufrimiento del agente obliga a adoptar una perspectiva subjetiva sobre las acciones punitivas. En efecto, la objeción solo puede tener sentido si el agente sobre el que recae la coacción punitiva efectivamente *sufre* a raíz de su imposición. De esta manera, la justificación de una acción punitiva no podría ser reclamada (al menos no en estos términos) cuando es el propio agente quien desea la imposición de la misma. En un ejemplo clásico: el indigente noruego que (de cara al invierno que se avecina) delinque para ser condenado y no morir de frío en la calle, a todas luces, no sufre la acción punitiva; aquí, por tanto, debería concluirse que no existe elemento problemático alguno ni necesidad de justificar tal acción punitiva.¹²¹

[Ω] La segunda razón no está tan difundida, pero ataca el axioma mismo sobre el que se asienta la demanda. Tal axioma da por sentado, sin más, que el sufrimiento de un individuo es un estado de cosas “intrínsecamente malo”. Pero sucede que esa afirmación es más bien discutible pues, precisamente, lo que muchos autores niegan es que el hecho de incrementar el sufrimiento de un sujeto determinado sea, siempre y en todo caso, un estado de cosas malo en sí mismo. Para esos autores, el sufrimiento merecido es un estado de cosas intrínsecamente bueno o valioso que debemos propiciar.¹²² Si se plantea el debate en estos términos, el eje de la discusión ha virado por completo y se asienta ahora en el carácter intrínsecamente bueno o malo de un determinado estado de cosas. Ya no estamos discutiendo sobre acciones que se llevan a cabo dentro de una determinada praxis jurídica, sino sobre bondades y maldades intrínsecas; y resulta que, para eso, carecemos de recursos argumentativos jurídicamente atendibles.¹²³

¹²⁰ Similar, BERMAN (2008), p. 281 ss.

¹²¹ Sobre el particular, con mayores referencias, SILVA SÁNCHEZ (2018), p. 115; SILVA SÁNCHEZ (2015), pp. 261 ss.

¹²² MOORE (1997), pp. 87 ss.; MOORE (1993), pp. 15 ss. Críticos, TADROS (2011), pp. 23 ss.; DUFF, (2013), pp. 109-127; DOLINKO (1997), pp. 507 ss.

¹²³ Similar, BERMAN (2008), p. 270; HUSAK (2016), p. 55.

[π] En una segunda formulación, la concreta demanda por la justificación debe obtenerse vinculando el elemento problemático de las acciones punitivas (la coacción) con el principio fundamental de la praxis en el marco de la cual pretendemos justificarlas; a saber, el principio de autodeterminación.¹²⁴ En otras palabras, la permisibilidad de la coacción punitiva queda en duda debido a que su imposición conlleva la hetero-administración de la libertad jurídicamente garantizada.¹²⁵ En esa medida, una acción punitiva parece lesionar el axioma fundamental de todo el sistema, a saber, el estatus de persona en Derecho en tanto agente capaz de autodeterminación. En definitiva: la acción punitiva tiene, en su existencia, la apariencia de una nueva infracción del Derecho.¹²⁶

4.5. Posibles vías de respuesta

La concreta demanda de justificación que hemos identificado nos exige resolver la tensión generada por la disonancia armónica entre la coacción punitiva estatal y el principio de autodeterminación. Esa tensión puede ser resuelta, en términos generales y hasta donde alcanzo, a partir de dos estrategias discursivas:

[∅] La primera concede el ataque y reconoce la existencia *real* de una fricción irresoluble entre coacción punitiva y principio de autodeterminación; como consecuencia, aquí se debe concluir que el ejercicio de una acción punitiva constituye una nueva infracción de dicho principio. Si se adopta esta perspectiva, es evidente que la base sobre la que se sustenta la demanda “no desaparece”: la coacción punitiva se considera algo efectivamente lesivo de la autodeterminación que, en esa medida, solo admite ser compensada a través de “razones prevalecientes” o a título compensatorio.¹²⁷ Dicho de otro modo: la lesión del principio solo puede justificarse en la medida en que existan razones de mayor peso que compensen pagar el costo que su ejercicio conlleva.

[∅] La segunda, por el contrario, entiende que la contradicción entre coacción punitiva y autodeterminación del ciudadano es, en verdad, solo aparente. En este sentido, la coacción punitiva no implica afectación alguna para el principio de autodeterminación pues, a decir verdad, su ejercicio no constituye negación alguna del reconocimiento recíproco que es propio de las personas en el marco del Derecho. En este esquema, las acciones punitivas se justifican a través de “razones cancelatorias” que, como consecuencia, eliminan o “hacen desaparecer” la base que sustenta la demanda.

¹²⁴ PAWLIK (2004), pp. 9 ss.; PAWLIK (2017) pp. 7 ss. En nuestra lengua, POLAINO ORTS y POLAINO NAVARRETE (2013), pp. 163 ss.

¹²⁵ BAURMANN (1987), p. 255. GÜNTHER (1983), p. 245; ALTPETER (1990), p. 29. Al respecto, BERMAN (2008), pp. 272 ss., propone utilizar una sutil distinción entre la *infracción* de derechos (lesión de intereses) y *violación* de derechos (infracción de un derecho no justificada). La acción punitiva parece implicar, entonces, la infracción de derechos susceptible de ser justificada y no la violación (siempre injustificada) de derechos del agente.

¹²⁶ PAWLIK (2017), p. 47, citando a Möllers, se refiere a esta cuestión como «*el dilema de la retribución*»: queremos que la teoría de la pena sea capaz de establecer una conexión material con el delito y, al mismo tiempo, le exigimos que no transforme a la pena en una nueva infracción disfrazada de sanción.

¹²⁷ Sobre la noción de razones prevalecientes (*overriding reasons*) y condiciones cancelatorias (*cancelling conditions*) en el ámbito de la justificación de la pena, BERMAN (2008), pp. 264 ss. Como es sabido, la terminología pertenece a RAZ (1991), p. 30.

Generalmente, las teorías de la pena estructuradas con base en la primera estrategia argumental, presentan dos caracteres básicos: [Ω] en el plano justificativo y dado que se trata de razones prevalecientes, la idea de necesidad se vuelve un elemento paradigmático; [Ω] en el plano conceptual, la pena se concibe como una *herramienta de producción de seguridad* (la obtención de mayor seguridad compensa afectar, en la medida necesaria, la autodeterminación del destinatario). Las teorías de la pena estructuradas con base en la segunda estrategia, en cambio, presentan dos caracteres distintos: [Ω] en el plano justificativo, la necesidad abandona su papel preponderante y aparece la idea de merecimiento; [Ω] en el plano conceptual, la pena deja de concebirse como herramienta de producción para configurar un *símbolo comunicativo* (no hay lesión a la autodeterminación del destinatario porque este merece el reproche, precisamente, por haber hecho un uso erróneo de su libertad).¹²⁸

Cualquiera que sea el camino elegido, el teórico de la pena (y del delito) encontrará desafíos importantes en todos los frentes. En este artículo, mi único objetivo era proporcionar una perspectiva integral sobre el asunto, poniendo de relieve que la teoría de la pena no es un mero debate circunscripto a las razones que pueden hacer permisible que el Estado aplique sufrimiento; pues detrás del tradicional “peloteo” entre prevención y retribución se esconden problemas de mucha mayor complejidad.¹²⁹ Entre ellos, la visión que tenemos del Derecho penal en su conjunto (poiesis vs. praxis), la identidad del destinatario de la norma (sujeto a controlar vs. agente capaz de lenguaje) y, especialmente, una determinada concepción acerca del concepto de pena (herramienta de producción de seguridad vs. símbolo comunicativo) y su relación con el concepto de delito.

Conclusiones

El debate sobre la teoría de la pena tiende a quedar atrapado porque generalmente se reduce a una discusión sobre las razones que permiten al Estado infligir sufrimiento sobre el ciudadano. Se trata de una perspectiva restrictiva sobre el contenido de la teoría de la pena que, erróneamente, asume la existencia de un acuerdo unánime sobre el concepto de pena estatal (el cual tiene su eje de rotación en el sustantivo “mal o sufrimiento”). Una perspectiva intelectualmente más honesta y fructífera para el debate no solo debe tomar en consideración la distinción entre (y la falta de acuerdo en) el plano conceptual y justificativo, sino también hacer foco sobre las relaciones que, según los distintos autores, es posible trazar entre ambos.

A partir de allí, pueden distinguirse perfectamente dos metodologías distintas para trabajar en el marco de la teoría de la pena y, en particular, para la construcción de un concepto jurídico de pena estatal. La primera supone romper todo vínculo entre ambos e independizar su contenido: aquí se trata de construir un concepto de pena mediante abstracción que, en el mejor de los casos, no tendrá vestigio de influencia alguna por parte del plano justificativo. Este modelo adolece de deficiencias metodológicas, sustanciales y sistemáticas fuertes. La segunda, invierte la premisa anterior: un concepto jurídico de pena estatal no puede construirse de forma independiente a la justificación de la praxis punitiva,

¹²⁸ MAÑALICH (2015), pp. 6 ss.

¹²⁹ La expresión original es “Pingpongspiel” (juego de ping pong) y pertenece a PAWLIK (2017), p. 84.

porque gran parte de sus elementos solo adquieren sentido en la medida en que se vinculan a esas razones justificativas.

Esta segunda vía tampoco está exenta de problemas, especialmente, uno de índole metodológico. Para resolverlo, se ha optado aquí por el método de la reconstrucción racional de los conceptos; se trata de un recurso vastamente difundido en la ciencia del Derecho que, en el ámbito propio de la teoría de la pena, permite distinguir entre el objeto de la justificación (la acción punitiva) y el concepto jurídico de pena estatal. Mientras el primero constituye una noción pre-científica o descripción inicial destinada a lanzar el debate justificativo, al segundo solo se llega luego de haber adoptado una determinada teoría sobre el fundamento de la praxis punitiva. La descripción de las acciones punitivas, sin embargo, tampoco es una tarea neutral: dicha descripción debe destacar el elemento que las hace parecer cuestionables. Solo así es posible establecer las razones por las que uno podría cuestionar la posibilidad de reaccionar punitivamente frente a un agente (formular demandas concretas por la justificación).

El elemento problemático de las acciones punitivas radica en su carácter coactivo, lo que significa que esas acciones implican la hetero-administración del espacio de libertad del ciudadano y, por tanto, parecen infringir el axioma jurídico de base: el principio de autodeterminación. Frente a esa demanda de justificación, es posible seguir dos caminos distintos. El primero de ellos reconoce la existencia de una contradicción *real* entre coacción punitiva y principio de autodeterminación que, por tanto, solo puede ser compensada por los beneficios o consecuencias obtenidas a través de la coacción. La segunda afirma que la supuesta contradicción es solo *aparente*, pues la coacción punitiva no viola el principio de autodeterminación, al menos no cuando el ciudadano sobre el que recae merece la formulación del reproche punitivo; esto es, cuando dicha acción punitiva – la existencia– no es más que una expresión concreta de la pena retributiva –el concepto–.

Bibliografía citada

- ABEGG, Julius (1836): Lehrbuch des Strafrechts-Wissenschaft (Neustadt a. d. Orla, Wagner).
- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio (1987): Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales (Buenos Aires, Astrea).
- ALTPETER, Frank (1990): Strafwürdigkeit und Straftatsystem (Francfort del Meno, Peter Lang).
- ANDRISSEK, Tobias (2017): Vergeltung als Strafzweck (Tubinga, Mohr Siebeck).
- ARMSTRONG, K. G. (1961): “The Retributivist Hits Back”, en: Mind (num. 70), pp. 471-490.
- ATRIA, Fernando (2016): La forma del Derecho (Madrid, Marcial Pons).
- BAUER, Anton (1825): Grundlinien des philosophischen Criminalrechts (Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht).
- BAURMANN, Michael (1987): Zweckrationalität und Strafrecht (Berlín, Springer).
- BELING, Ernst (1908): Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, (Leipzig, Engelmann Verlag).
- BERMAN, Mitchell (2008): “Punishment and Justification”, en: Ethics (vol. 118), pp. 258-290.
- BERMEJO, Mateo (2008): “Aflicción directa e indirecta en el concepto de pena”, en: ALEGRE, Marcelo, GARGARELLA, Roberto, ROSENKRANTZ, Carlos (coords.), Homenaje a Carlos Nino, (Buenos Aires, La Ley) pp. 183-199.
- BINDING, Karl (1890): Die Normen und ihre Übertretung, 2ª ed. (Leipzig, Engelmann Verlag).
- BINDING, Karl (1877): Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft (Viena, Holder Verlag).
- BOONIN, David (2008): The Problem of Punishment (Cambridge, Cambridge University Press).
- BROOKS, Tom (2004): “Is Hegel a Retributivist”, en: Bulletin of the Hegel Society of Great Britain (vol. 49/50), pp. 113-126.
- BYRD, Sharon; HRUSCHKA, Joachim (2007): “Kant zu Strafrecht und Strafe im Rechtsstaat”, en: Juristenzeitung (vol. 20), pp. 957-964.
- CASSIRER, Ernst (1923): Substance and Function, and Einstein’s Theory of Relativity (Chicago-Londres, Open Court Publishing Company).
- CIGÜELA SOLA, Javier (2019): Crimen y castigo del excluido social (Valencia, Tirant lo Blanch).
- COCA VILA, Ivo (2016): “La legítima defensa frente a omisiones”, en: Anuario de Derecho penal y ciencias penales (vol. 69, núm. 1), pp. 75-122.
- COGLEY, Zac (2017): “Fortifying the Self-Defense Justification of Punishment”, en: Public Affairs Quarterly (vol. 31, núm. 4), pp. 325-343.
- DAGGER, Richard (2020): “Republicanism ; los fundamentos del Derecho penal”, en DUFF, Antony; GREEN, Stuart (eds.), Fundamentos filosóficos del Derecho penal, (Barcelona, Marcial Pons), pp. 71-98.
- DOLD, Dennis (2017): Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch (Tubinga, Mohr Siebeck).
- DOLINKO, David (1997): “Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment”, en: Law & Philosophy (vol. 16, núm. 5), pp. 507-528.

- DU BOIS-PEDAN, Antje (2016): “Hegel justification of real-world penal sanctions”, en: *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* (vol. 29, núm. 1), pp. 37-70.
- DUFF, Antony (2018): *The Realm of Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press).
- DUFF, Antony (2013): “Punishment and the Duties of the Offenders”, en: *Law and Philosophy* (núm. 32), pp. 109-127.
- DUFF, Antony (2001), *Punishment, Communication and Community* (Oxford, Oxford University Press).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2014): *La pena como institución jurídica* (Montevideo-Buenos Aires, BdeF).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2007): *Retribución y prevención general* (Montevideo-Buenos Aires, BdeF).
- FEINBERG, Joel (1970): *Doing and Deserving* (Princeton, Princeton University Press).
- FEUERBACH, Paul A. (1847): *Lehrbuch des gemeinen in Deutschen gültigen Peinlichen Rechts*, 14ª ed. (Giessen, Heyer Verlag).
- FLEW, Antony (1954): “The Justification of Punishment”, en: *Philosophy* (vol. 29, núm. 3), pp. 291 ss.
- FREUND, Georg; ROSTALSKI, Frauke (2019): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., (Berlín, Springer Verlag).
- FRISTER, Helmut (2015): *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed. (Munich, Beck).
- FROMMEL, Monika (1987): *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion* (Berlín, Duncker & Humblot).
- FROMMEL, Monika (1993): “Umrisse einer liberal-rechtsstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht“, en Albrecht, Peter-Alexis et al. (eds.), *FS-Schüler*, (Colonia, Carl Heymanns Verlag), pp. 257 ss.
- GABRIEL, Markus (2015): *Fields of sense: A new realist Ontology* (Edinburgh, Edinburgh University Press).
- GRECO, Luis (2015): *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach* (Madrid, Marcial Pons).
- GUASTINI, Ricardo (2017): *Teoría analítica del Derecho* (Lima, Zela Grupo Editorial).
- GÜNTHER, Hans L. (1983): *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß* (Colonia, Carl Heymanns Verlag).
- GÜNTHER, Klaus (2014): “Criminal Law, Crime and Punishment as Communication”, en: Simester, A. P.; Du Bois-Pedain, Antje; Neumann, Ulfrid: *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas v. Hirsch* (Oxford, Hart Publishing), pp. 123-140.
- HART, Herbert L. A. (1960): “Prolegomenon to the principles of Punishment”, en *Proceedings of the Aristotelian Society* (vol. 60, núm. 1), pp. 1-26.
- HASSEMER, Winfried (1999): *Persona, mundo y responsabilidad* (Madrid, Dykinson).
- HÖRNLE, Tatjana (2019): “§ 12 Straftheorien“, en Hilgendorf, Eric; Kudlich, Hans; Valerius, Brian (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. 1 (Heidelberg, C. F. Müller).
- HÖRNLE, Tatjana (2017): *Straftheorien* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- HÖRNLE, Tatjana (2011): “Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: die herkömmliche deutsche Diskussion“, en v. Hirsch, Andreas; Neumann, Ulfrid; Seelman, Kurt (eds.): *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie. Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik*, t. 2 (Baden-Baden, Nomos), pp. 11-30.

- HUSAK, Douglas (2016): “What do Criminals Deserve”, en Ferzan, Kimberley; Morse, Stephen (eds.) *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore* (Oxford, Oxford University Press), pp. 49-62.
- JAKOBS, Günther (2001), “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* (núm. 11), pp. 23-4.
- JAKOBS, Günther (1996), *Sociedad norma y persona en una teoría del Derecho penal funcional* (Universidad Externado Colombia, Bogotá).
- JAKOBS, Günther (1992), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. (Madrid, Marcial Pons).
- KINDHÄUSER, Urs (2015): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed. (Baden-Baden, Nomos).
- KLEINIG, John (1968): *Desert and Punishment* (Canberra, Australian National University).
- KÖHLER, Michael (1997): *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Berlín, Springer).
- KÖSTLIN, Reinhold (1855): *System des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil* (Tubinga, Laupp Verlag).
- KREY, Volker; Esser, Robert (2011): *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. ed., (Stuttgart, Kohlhammer Verlag).
- LESCH, Heiko (1999): *La función de la pena* (Madrid, Dykinson).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2015): “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva”, en: *InDret* (2).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010): “La retribución como coacción punitiva”, en: *Derecho y humanidades* (vol. 16, núm. 1), pp. 49-67.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2007): “La pena como retribución”, en: *Estudios Públicos*, (108), pp. 117-205.
- MARTIN, Christoph (1825): *Lehrbuch des Deutschen gemeinen Criminalrechts* (Heidelberg, Winter Verlag).
- MCPHERSON, Thomas (1967): “Punishment: Definition and Justification”, en: *Analysis* (vol. 28, núm. 1), pp. 21-27.
- MIR PUIG, Santiago (2015): *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed. (Barcelona, Reppertor).
- MIRANDA, Gonzalo (2021): “La prisión preventiva como equivalente funcional de la pena”, en: *Revista Argentina de Derecho penal y procesal penal* (núm. 30).
- MOORE, George E. (1903): *Principia Ethica* (Cambridge, Cambridge University Press).
- MOORE, Michael (2000): “Law as a Functional Kind”, en: Moore, Michael: *Educating Oneself in Public. Critical Essays in Jurisprudence* (Oxford, Oxford University Press), pp. 294-334.
- MOORE, Michael (1997): *Placing Blame* (Oxford, Oxford University Press).
- MOORE, Michael (1993): “Justifying Retributivism”, en: *Israel Law Review* (vol. 27, núm. 1), pp. 15-49.
- MUSHOFF, Tobías (2008): *Strafe, Maßregel, und Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention* (Berna, Peter Lang).
- NAGLER, Johannes (1918): *Die Strafe: Eine Juristisch-empirische Untersuchung* (Aalen, Scientia Verlag).
- NEUMANN, Ulfrid (2007): “Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe”, en: Pawlik, Michael; Zacyk, Reiner (coords.), *FS-Jakobs* (Colonia, Carl Heymanns), pp. 435-450.
- NEUMANN, Ulfrid; SCHROTH, Ulrich (1980): *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe* (Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft).

- NINO, Carlos (1989): *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación* (Barcelona, Ariel).
- ORTIZ DE URBINA, Íñigo (2017): “¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental”, en: Carnevali, Raúl (coord.), *Derecho, Sanción y Justicia Penal* (Montevideo-Buenos Aires, BdeF).
- PALERMO, Omar (2006): *La legítima defensa: una revisión normativista* (Barcelona, Atelier).
- PAWLIK, Michael (2017): *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens* (Baden-Baden, Nomos).
- PAWLIK, Michael (2016): *Ciudadanía y Derecho penal* (Barcelona, Atelier).
- PAWLIK, Michael (2015): “Una teoría del Estado de necesidad exculpante”, en: *InDret* (4).
- PAWLIK, Michael (2012): *Das Unrecht des Bürgers* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- PAWLIK, Michael (2010a): *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho Penal* (Madrid, Marcial Pons).
- PAWLIK, Michael (2010b): “Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke“, en: Schumann, Eva, *Das Strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat* (Berlín, De Gruyter), pp. 59-93.
- PAWLIK, Michael (2004): *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, (Berlín, Duncker & Humblot).
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (2014): “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, en: *InDret* (4).
- POLAINO ORTS, Miguel; POLAINO NAVARRETE, Miguel (2013): “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, en: Álvarez García, Francisco Javier et al. (coord.): *LH-Rodríguez Ramos* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 163-186.
- RADBRUCH, Gustav (1930): “Zur Systematik der Verbrechenslehre“, en Hegler, August, *Festgabe für Reinhard v. Frank zum 70. Geburtstag* (Aalen, Scientia Verlag), pp. 158-178.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (2020): “¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? Una revisión del art. 58 CP desde la teoría de los equivalentes funcionales de la pena”, en: *InDret* (3), pp. 112-136.
- RAWLS, John (1955): “Two concepts of Rules”, en: *The Philosophical Review* (núm. 64), pp. 3-32.
- RAZ, Joseph (1991): *Razón práctica y normas*, 2ª ed. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ROBLES Planas, Ricardo (2021): *Teoría de las normas y sistema del delito* (Barcelona, Atelier).
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2014): *Estudios de Dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico* (Montevideo-Buenos Aires, BdeF).
- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel (2017): *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad* (Madrid, Marcial Pons).
- ROXIN, Claus; GRECO, Luis (2020): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1., 5ª ed. (Munich, Beck).
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2019): “Lo normativo y lo fáctico”, en: García Cavero, Percy; Chinguel Rivera, Alejandro (coords.): *Derecho penal y persona* (Lima, Ideas).

- SCHILD, Wolfgang (1998): “Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit. Zur Verbrechens –und Strafphilosophie von Immanuel Kant“, en Zaczyk, Rainer; Kohler, Michael; Kahlo, Michael (eds.): FS-Wolff (Berlín, Springer Verlag), pp. 429-441.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1987): “Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht“, en: Küper, Wilfrid; Puppe, Ingeborg; Tenckhoff, Jörg (eds.): FS-Lackner (Berlín, De Gruyter), pp. 77-94.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1984): Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed. (Tubinga, Mohr).
- SEELMAN, Kurt (2011): “Hegels Straftheorien“, en: v. Hirsch, Andreas; Neumann, Ulfrid; Seelmann, Kurt (eds.): Strafe-Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie. Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik (Baden-Baden, Nomos), pp. 79-86.
- SEELMAN, Kurt (1995): Anerkennungsverlust und Selbstbehauptung. Hegels Straftheorie (Friburgo de Brisgovia, Karl Alber).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2021): “Metadogmática jurídico-penal. Sobre el método de elaboración de las reglas doctrinales”, en: SANTANA VEGA, Dulce María; Fernández Bautista, Silva; Cardenal Montraveta, Sergi; Carpio Briz, David; Castellví Montserrat, Carlos (dirs.): Una perspectiva global del Derecho penal. LH-Queralt-Jiménez (Barcelona, Atelier).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2019): “Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal”, en: InDret (4).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2018): Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal (Barcelona, Atelier).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2015): En busca del Derecho penal (Montevideo-Buenos Aires, BdeF).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2014): “¿Adiós a un concepto unitario de injusto?”, en: InDret (3).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2010): Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 2ª ed. (Montevideo-Buenos Aires, BdeF).
- STRATENWERTH, Günther y Kuhlen, Lothar (2011): Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6ª ed., (Múnich, Vahlen).
- TADROS, Victor (2011): The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law, (Oxford, Oxford University Press).
- V. HIPPEL, Reinhard (1925): Deutsches Strafrecht, t. I (Berlín, Springer Verlag).
- V. WÄCHTER, Carl Georg (1877): Beilagen zu Vorlesungen über das Deutsche Strafrecht. Einleitung und Allgemeiner Teil, t. I (Stuttgart, Metzler).
- VOLK, Klaus (2008): “Alles Strafe, oder was? – Zum Begriff der Strafe“, en: Jung, Heike; Luxenburger, Bernd; Wahle Eberhard (coord.), FS-Müller (Baden-Baden, Nomos), pp. 709-714.
- WEIGEND, Thomas (2011): “Kommentar zu T. Hörnle Gegenwärtige Strafrechtsbegründungstheorien“, en: v. Hirsch, Andreas; Neumann, Ulfrid; Seelmann, Kurt (eds.): Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie. Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik (Baden-Baden, Nomos), pp. 31-43.
- WEYRICH, Hanna (2021): Straftheorien und Rechtswirklichkeit (Tubinga, Mohr Siebeck).
- WILENMANN, Javier (2017): La justificación de un delito en situación de necesidad (Madrid, Marcial Pons).

- WOHLERS, Wolfgang (2019): “Die Vergeltungsstrafe – mehr als ein weißer Schimmel?“, en: *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (N° 7), pp. 425-440.
- WOLF, Jean-Claude (1992): *Verhütung oder Vergeltung?: Einführung in ethische Straftheorien* (Friburgo de Brisgovia, Alber Karl).
- WRINGE, Bill (2015): “Perp Walk as Punishment”, en: *Ethical Theory and Moral Practice* (vol. 18, num. 3), pp. 615-629.
- WRINGE, Bill, (2013), “Must Punishment Be Intended to Cause Suffering?”, en: *Ethical Theory and Moral Practice* (vol. 16, num. 4), pp. 863-877.
- YAFFE, Gideon (2022): “The Norm Shift Theory of Punishment”, en: *Ethics* (vol. 132, núm. 2).
- ZACHARIÄ, Karl S. (1805): *Anfangsgründe des philosophischen Criminal-Rechtes* (Leipzig, Sommerschen).
- ZACHARIÄ, Karl S. (1801): “Beantwortung der Preisfrage“, *Archiv des Criminalrechts*, (B. III, S. IV).
- ZAIBERT, Leo (2006): *Punishment and Retribution* (Nueva York, Routledge).
- ZIMMERMAN, Florian (2012): *Verdienst und Vergeltung* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- ZÜRCHER, Tobias (2014): *Legitimation von Strafe: die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe* (Tubinga, Mohr Siebeck).