

Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva

Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling

Juan Pablo Mañalich R.

Universidad de Chile

*Abstract**

El artículo ofrece una reconstrucción de la concepción de la pena retributiva que fuera delineada por Beling en el marco de la así llamada "lucha de escuelas", la cual se distingue por descansar en una interpretación consecuencialista del principio de retribución. Para ello, se clarifica el sentido en el cual, siguiendo a Beling, cabe concepcionar la pena como un artefacto ideológico, para así redefinir la naturaleza misma de la controversia entre las teorías de la retribución y las teorías de la prevención. Tras dar cuenta de cómo esta disputa se presentaba en el marco de la ya mencionada "lucha de escuelas", se revisa la fundamentación consecuencialista de la punición retributiva propuesta por Beling, para entonces esclarecer la estructura del principio del merecimiento, en referencia a lo cual se defiende una interpretación compatibilista de los conceptos de autonomía y culpabilidad a propósito del "problema del determinismo". El paso siguiente está constituido por un análisis pragmático-lingüístico de la conexión interna que se deja reconocer entre la retribución de la culpabilidad y la reafirmación de la autoridad del derecho. Finalmente, y tras ofrecer una refutación del intento de reinterpretar la teoría kantiana de la pena jurídica en la forma de una teoría "mixta", el trabajo se cierra con una denuncia de la utopía profiláctica de la prevención.

Der Aufsatz bietet eine Rekonstruktion der im Rahmen der sog. „Schulstreit“ von Ernst Beling entwickelten Konzeption von der Vergeltungsstrafe an, die sich durch eine konsequentialistische Auffassung des Vergeltungsprinzips kennzeichnet. Hierzu wird dann untersucht, in welchem Sinne sich die Strafe nach Beling als ideologisches Artefakt begreifen lässt, damit das Wesen des Kampfs zwischen Vergeltungs- und Präventionstheorien genauer definiert wird. Nach einer Betrachtung der Art und Weise, in der diese Kontroverse bei der bereits erwähnten „Schulstreit“ zum Bestand kam, wird nun Belings konsequentialistische Begründung der Vergeltungsstrafe analysiert, um dann die Struktur des „Verdientprinzips“ zu bestimmen, wobei eine kompatibilistische Deutung der Begriffe von Autonomie und Schuld mit Bezug auf das „Determinismus-Problem“ vertreten wird. Der nächste Schritt liegt in einer sprachlich-pragmatischen Analyse der inneren Verbindung, die zwischen Schuldvergeltung und rechtlicher Autoritätsgewährung besteht. Nach einer Widerlegung des Versuches, Kants Konzeption der rechtlichen Strafe im Sinne einer sog. Kombinationstheorie zu deuten, wird schließlich eine Kritik der prophylaktischen Utopie der Prävention skizziert.

The article offers a reconstruction of the conception of retributive punishment developed by Ernst Beling in the context of so called 'Schulstreit', which stands out due to its consequentialist interpretation of the principle of retribution. For that purpose, the sense in which, following Beling, punishment can be understood as an ideological artifact is clarified, in order to restate the very nature of the controversy between retributivist and deterrence-oriented theories. After explaining how this dispute took form during the already mentioned 'Schulstreit', Beling's outline of a consequentialist grounding of retributive punishment is examined, which leads to a clarification of the structure of the desert principle, by reference to which a compatibilist interpretation of the concepts of autonomy and blame is defended in the light of the 'challenge of determinism'. The next step corresponds to a pragmatic-linguistic analysis of the internal connection that can be traced between retribution of blame and reinforcement of legal authority. After offering a rebuttal of the attempt of reinterpreting Kant's theory of legal punishment as a sort of 'mixed' theory, the paper ends with a critique of the prophylactic utopia of crime deterrence.

* Agradezco al abogado y magister en derecho por la Universidad de Chile, Sr. Luis Salazar Torres, por su colaboración en la revisión del último borrador del presente artículo, así como a uno de los árbitros anónimos de InDret por sus muy certeras y pertinentes sugerencias de redacción y estilo.

Titel: Konsequentialistische Vergeltung als Programm einer Bestrafungsideologie.

Title: Consequentialist Retributivism as Program of Punitive Ideology.

Stichworte: Vergeltung, Konsequentialismus, Ideologie, Beling, Kant

Keywords: retribution, consequentialism, ideology, Beling, Kant

Palabras clave: retribución, consecuencialismo, ideología, Beling, Kant

Sumario

1. ¿Neo-retribucionismo?
2. ¿Ética o ideología?
3. **Beling: la pena como artefacto ideológico**
4. La lucha de escuelas
5. **La justificación consecuencialista de la punición retributiva**
6. **Autonomía agencial como presupuesto de merecimiento**
7. **La performatividad de la reafirmación de autoridad del derecho por vía de retribución**
8. **Excurso: ¿Kant como teórico de la prevención general negativa?**
9. **La ideología de la retribución y la utopía prevencionista**
10. **Bibliografía**

También en la actividad preventiva encuentra validez un pensamiento ético, a saber, el pensamiento de que es altruistamente ético subordinar los intereses de uno a los intereses preponderantes de otros, y desde ya al interés de una comunidad mayor, a la cual se pertenece como un "miembro servicial". Ahora, este pensamiento ético es fundamentalmente divergente de aquel que domina el derecho de la retribución: cuando procedemos preventivamente, exigimos del afectado por ello un sacrificio, que él debe prestar, mientras en la retribución se dirige contra él la plena severidad de nuestro juicio de valoración ética, como uno merecido y en ningún caso como un sacrificio de él solicitado. Por ello, en el derecho de la prevención la idea ética figura como nada más que un tipo de excusa para el Estado, cuando él persigue los fines puramente prácticos de la profilaxis, mientras en la retribución la finalidad práctica tiene como aliada la finalidad ética.

(Beling, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht.*)

1. ¿Neo-retribucionismo?

En el debate concerniente a la legitimación de la pena estatal, no es inusual que desde hace algunos años se hable de un supuesto “renacimiento de las teorías absolutas de la pena”, en la forma de un “neo-retribucionismo”¹. A pesar de tratarse de una caracterización para nada inusitada o extravagante, ella es llamativa, por dos razones interconectadas. Por una parte, la jerga de un “neo-retribucionismo” parece encontrarse asociada a la idea de que, en nuestra situación histórico-espiritual, la defensa de una teoría *ortodoxamente* retribucionista de la pena no sería viable; en tal medida, el calificativo “neo-retribucionista” parecería conferir dignidad provisional a un proyecto intelectual que sólo de encontrarse suficientemente distanciado de la correspondiente “versión original” podría ameritar alguna atención teórica (y no sólo historiográfica). Pero esto último lleva al problema de la identificación misma de la “versión original” de una teoría retribucionista de la pena estatal, cuya pretendida inviabilidad pondría al teórico de la retribución en la situación de tener que presentarse a sí mismo como un teórico neo-retribucionista. Esto último se explica, en efecto, por el hecho de que esa “versión original” tiende a ser identificada como una teoría de la pseudo-justificación de la pena, en tanto metafísicamente comprometida con la representación de una realización absoluta de la justicia en la reacción a la manifestación de culpabilidad individual constituida por el respectivo hecho punible.

En el horizonte de influencia de la teoría penal alemana, que la actitud plasmada en el pasaje recién reproducido pudiera llegar a convertirse en un auténtico lugar común se debe, en una medida para nada despreciable, al notable influjo ejercido por un tan breve como eficaz artículo publicado por Ulrich Klug en 1968. En este artículo, Klug ofrecía —literalmente— una no muy cordial “despedida” a Kant y Hegel del foro de la teoría de la justificación de la pena, bajo el predicamento de que las teorías retribucionistas, en lo fundamental determinadas por los “sistemas filosóficos” de estos dos titanes del idealismo alemán, fracasarían manifiestamente al ser medidas bajo los estándares de legitimación secular propios de un Estado de derecho². Dado que aquí sólo se está intentado retratar una determinada actitud intelectual, cabe limitarse a reproducir textualmente el párrafo con el cual Klug cierra su trabajo:

Ha llegado la hora de despedirse definitivamente de las teorías de la pena de Kant y Hegel con sus excesos irracionales de pensamiento lírico, en todas sus extravagancias epistemológicas, lógicas y morales³.

En el ínterin, en la literatura especializada han surgido propuestas de refutación —algunas de ellas marcadamente enérgicas— de la despedida que Klug diera a las concepciones de Kant y HEGEL. En lo relativo a la presentación crítica que Klug hace de la concepción de la pena estatal que se deja rastrear en la *Metafísica de las Costumbres* de Kant, cabe dar la palabra a Hruschka:

¹ Véase SCHÜNEMANN, «Aporías de la teoría de la pena en la filosofía», *InDret* 2/2008, pp. 3 y s.; en la discusión chilena, y en términos coincidentes, DURÁN, «Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos», *Revista de Filosofía* (67), 2007, p. 124. Al respecto, véase también FEIJOO, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 54 y ss.

² KLUG, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, t. II, 1981, pp. 149 y ss. Para una muestra contemporánea de “anti-retribucionismo” del todo equivalente a la de KLUG, véase HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, pp. 25 y ss., 47 y ss.

³ KLUG, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, t. II, 1981, p. 154.

El arrogante proceder de Klug con los textos de Kant ha conducido a un panfleto que se queda muy por debajo de los requerimientos mínimos que han de ser puestos a un trabajo científico⁴.

Con algo menos de vehemencia, impugnaciones similares han sido dirigidas a la manera en que Klug pretendía decir adiós a la fundamentación de la punición jurídica que Hegel ofrece en sus *Lineamientos fundamentales de la filosofía del derecho*⁵.

Pero no es en la defensa de las teorías de la pena que nos legaran Kant y Hegel que habrá que indagar aquí. Lo que interesa, más bien, es poner en cuestión la tendencia generalizada a asumir que, en lo relativo a la elaboración de una teoría retribucionista de la pena estatal en su versión canónica o clásica, Kant y Hegel tendrían la última palabra. Pues como se intentará mostrar, esto último es literalmente falso. Para ello, se examinará la específica versión de una teoría retribucionista de la pena estatal que fuera propuesta por Ernst Beling en el contexto de lo que, en la discusión de la penalística alemana de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, se conoció como la “lucha de escuelas”⁶. Antes de entrar en ello, sin embargo, puede ser conveniente preparar el terreno a través de una acotada disquisición acerca del tipo de indagación en la que nos situamos cuando teorizamos acerca de las condiciones de legitimación de la pena estatal.

2. ¿Ética o ideología?

El debate acerca de las diferentes teorías de la justificación de la pena estatal es correctamente entendido, la mayoría de las veces, como un debate que se sitúa en el nivel de lo que cabría llamar una “indagación ética”. Empleando el término en el sentido que parece ser más generalizado en el marco de la discusión filosófica vinculada a la tradición analítica, por “ética” estaríamos entendiendo lo que técnicamente podemos definir como un discurso –de segundo orden– acerca del estatus propio de aquellas preguntas y problemas que caracterizamos como distintivamente morales, esto es, como una “filosofía (de la) moral”⁷. Con ello, discutir acerca de la “ética de la pena estatal” sería discutir acerca los parámetros evaluativos a los cuales tendría que estar sometida la indagación en la legitimidad o ilegitimidad del aparataje institucional involucrado en el establecimiento, la imposición y la ejecución de sanciones constitutivas de penas bajo un determinado ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista, la pregunta de si la justificación de la punición de una persona a quien se imputa algún delito habría de ser construida a partir de premisas deontológicas o, en cambio, a partir de premisas consecuencialistas, tendría que ser situada, a su vez, en el nivel de discurso de la así llamada “meta-ética”, que se orienta a esclarecer la naturaleza misma de los parámetros de evaluación ética.

Sin embargo, el persistente lugar común según el cual la distinción entre una ética deontológica y una ética consecuencialista se correspondería, linealmente, con la distinción entre teorías de la retribución y teorías de la prevención, ha perdido ya –si alguna vez lo tuvo– cualquier

⁴ HRUSCHKA, «Die ‚Verabschiedung‘ Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (122), 2010, p. 503.

⁵ Véase sólo MOHR, «Unrecht und Strafe», en SIEP (coord.), *G.W.F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2005, pp. 121 y s.

⁶ Véase HRUSCHKA, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (122), 2010, p. 503.

⁷ BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, 2ª ed., 2007, pp. 1 y ss.

rendimiento orientador. Pues ese lugar común se funda en un malentendido, a saber: en una confusión de los conceptos de consecuencialismo y utilitarismo, los cuales no se encuentran en relación de identidad, sino de género y especie, respectivamente⁸. Lo cual significa: toda variante de una ética utilitarista es, *eo ipso*, una variante de una ética consecuencialista, pero no al revés⁹. Ahora bien, y por razones que serán examinadas más adelante¹⁰, una teoría retribucionista de la pena no puede descansar en una ética utilitarista; de ello no se sigue, empero, que una teoría retribucionista tenga que descansar en una ética deontológica, esto es, en una ética que equipare la justificación de la punición estatal con la fundamentación de un “categórico” *deber* punitivo para el Estado; antes bien, ella puede perfectamente descansar en alguna variante no-utilitarista de una ética consecuencialista¹¹, que no conlleve la fundamentación de deber punitivo alguno¹². Y a la inversa: que una teoría de la prevención no pueda descansar en una ética deontológica no significa, empero, que ella tenga que descansar en una ética utilitarista; antes bien, una teoría prevencionista puede asimismo descansar en alguna variante no-utilitarista de ética consecuencialista¹³.

La clarificación de la confusión tiene importancia, en tanto hace posible una cierta “descompresión” del debate entre retribucionistas y prevencionistas, debate que entonces –si se dejan de lado las interpretaciones deontológicas del retribucionismo– puede situarse en el territorio del consecuencialismo como un espacio “meta-ético” cohabitado, con igual legitimidad, por las dos posiciones en disputa. De ahí también que la disputa ya no pueda ser caracterizada como una que enfrentaría a teorías (retribucionistas) de la *justicia* de la pena y teorías (prevencionistas) de la *finalidad* de la pena¹⁴. Y ello lleva aparejada la ventaja de que, por esa vía, el retribucionismo y el prevencionismo se vuelven más fácilmente conmensurables en tanto programas alternativos –y rivales– de una “ética de la pena estatal”.

Pero que el eslogan de “la ética de la pena estatal” pueda servirnos para *identificar* las preguntas y los problemas en referencia a cuya respuesta y solución tendría que trabarse la controversia entre las teorías de la retribución y la prevención, no significa que ese eslogan nos deje en la mejor posición para *formular* adecuadamente esas preguntas y esos problemas. Pues así presentada, la

⁸ Véase BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, 2ª ed., 2007, pp. 173 y ss., 217 y ss.; también PARFIT, *On What Matters*, vol. I, 2011, pp. 371 y ss.

⁹ Específicamente en referencia al problema de la justificación de la punición, véase en detalle BOONIN, *The Problem of Punishment*, 2008, pp. 79 y ss., quien sin embargo persiste en la contraposición de teorías consecuencialistas y teorías retribucionistas, interpretada como una disyunción fuerte; véase ORTIZ DE URBINA, «Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)», *Perspectiva Penal Actual* 2/2013, pp. 45 ss.; FEIJOO, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 27 y s.

¹⁰ Véase MOHR, en SIEP (coord.), *G.W.F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2005, pp. 121 y s.

¹¹ En la literatura más reciente, véase la muy significativa contribución de BERMAN, «Two Kinds of Retributivism», en DUFF/GREEN (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, 2011, *passim*. El punto es pasado por alto por PÉREZ BARBERÁ, «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena», *InDret* 4/2014, pp. 7 y ss., quien por de pronto equipara la distinción entre una justificación retribucionista y una justificación consecuencialista con la distinción entre “una justificación de la pena frente al autor del delito” y una “justificación de la pena frente a la sociedad”, respectivamente.

¹² Véase ya MAÑALICH, «La pena como retribución», *Estudios Públicos*, (108), 2007, pp. 148 y s.; en detalle al respecto MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 101 y ss., 106 y ss., con ulteriores referencias.

¹³ Una muestra reciente de lo cual se encuentra en HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, pp. 64 y ss., 89 y ss.

¹⁴ Sobre el problema, véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 1963, pp. 263 y ss.; validando esa misma caracterización, PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 19 y s. Al respecto, y en referencia a la distinción entre las nociones de justicia distributiva y justicia retributiva, MAÑALICH, «Justicia, propiedad y prevención», en VV.AA., *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, 2013, pp. 173 y ss.

controversia acerca de la ética de la pena estatal parece esconder, eufemísticamente, su propia naturaleza. La superación del eufemismo puede pasar por sustituir ese título por uno que haga suficientemente explícita la naturaleza de esa misma controversia. Un título más adecuado podría ser: “la ideología de la pena estatal”.

A favor de esta redefinición del etiquetamiento del debate no habla la consideración —a todas luces trivial— de que en la discusión acerca de los parámetros bajo los cuales puede resultar legítima o ilegítima una reacción punitiva del Estado necesariamente habrán de manifestarse los “compromisos ideológicos” de quienes toman parte en esa discusión. Pues lo importante no es, meramente, que la discusión acerca de la legitimidad de la punición estatal sea una disputa “ideológica”, sino más bien que el *objeto* de la disputa puede ser presentado como consistente en la querrela de si el concepto mismo de pena tiene como referente un artefacto ideológico.

3. *Being: la pena como artefacto ideológico*

La plausibilidad de esta formulación del problema depende, desde luego, de un esclarecimiento previo del sentido en que está siendo usado el adjetivo “ideológico” en el presente contexto. Aquí puede ser útil considerar la siguiente definición general del concepto de *producto ideológico*, ofrecida por Volóshinov en su monografía dedicada a la relación entre el marxismo y la filosofía del lenguaje¹⁵:

Un producto ideológico no es sólo él mismo una parte de la realidad (natural o social), como cualquier cuerpo físico, cualquier instrumento de producción o cualquier producto para el consumo, [sino que] también, y en contraposición a estos otros fenómenos, refleja y refracta una realidad [que se ubica] fuera de sí mismo. Todo lo ideológico posee significado: representa, figura o remite a algo que se halla fuera de sí mismo. En otras palabras, es un *signo*. *Sin signos no hay ideología*¹⁶.

A este respecto, es importante considerar la manera en que, inmediatamente a continuación, Volóshinov tematiza la distinción entre un producto ideológico —esto es: un signo— y un instrumento de producción —esto es: una herramienta—. Volóshinov comienza su indagación ilustrando la diferencia ontológica que cabe reconocer, por de pronto, entre un signo y un objeto físico cualquiera:

Un cuerpo físico se iguala a sí mismo, por decirlo así; él nada significa, sino que coincide enteramente con su particular naturaleza dada. En este caso no hay cuestión de ideología alguna.

Sin embargo, cualquier cuerpo físico puede ser percibido como una imagen; por ejemplo, la imagen de inercia natural y necesidad corporeizada en esa cosa particular. Cualquier imagen artístico-simbólica de esta índole, a la que dé lugar un objeto físico particular, ya es un producto ideológico. El objeto físico es convertido en un signo. Sin dejar de ser una parte de la realidad material, semejante objeto, en alguna medida, refleja y refracta otra realidad¹⁷.

¹⁵ Acerca de la importancia del trabajo de Volóshinov como precursor del posterior acercamiento de la filosofía marxista a la filosofía del lenguaje de inspiración wittgensteiniana, véase ISRAEL, «Remarks on Marxism and the philosophy of language», en KITCHING/PLEASANTS (eds.), *Marx and Wittgenstein*, 2002, pp. 215 y ss.

¹⁶ VOLÓSHINOV, *Marxism and the Philosophy of Language*, 1973, p. 9.

¹⁷ VOLÓSHINOV, *Marxism and the Philosophy of Language*, 1973, p. 9.

Y entonces agrega Volóshinov:

Lo mismo es verdad de cualquier instrumento de producción. Por sí misma, una herramienta está desprovista de cualquier significado especial; ella realiza nada más que alguna función determinada —la de servir a este o aquel propósito en la producción. La herramienta sirve a tal propósito como la particular cosa dada que es, sin reflejar o representar algo distinto. Sin embargo, una herramienta también puede ser convertida en un signo ideológico. Así lo son, por ejemplo, la hoz y el martillo que componen la insignia de la Unión Soviética. En este caso, la hoz y el martillo poseen un significado puramente ideológico. [...] Pero así tratada, por supuesto, una herramienta todavía no se convierte, ella misma, en un signo¹⁸.

Esta tematización del diferente estatus ontológico que exhibe un producto ideológico frente a un instrumento de producción ciertamente no presupone la validación de una ontología dualista. Pues es claro que, en tanto teórico marxista, Volóshinov asume una posición ontológicamente monista, favorable al materialismo. En tal medida, que un artefacto o dispositivo ideológico no sea reducible a su respectivo “soporte” físico no implica que ese mismo artefacto ideológico deje de tener “existencia material”. Como advierte Volóshinov:

todo signo ideológico no es solamente un reflejo, una sombra de la realidad, sino que es él mismo también un segmento material de esa misma realidad. Todo fenómeno que funciona como un signo ideológico tiene algún tipo de corporeización material, ya sea en el sonido, la masa física, el color, los movimientos del cuerpo, o algún otro¹⁹.

El punto es, más bien, que lo ideológico sólo es reconocible en referencia al distintivo “material social de signos” producido a través del proceso creativo de la comunicación humana²⁰. En terminología más moderna, puede decirse que el estatus ontológico distintivo de cualquier artefacto ideológico es el de un *constructo interpretativo*²¹. Y la identificación de su estatus de tal pertenece, consiguientemente, a un nivel de descripción diferente de aquel al cual pertenece la identificación del soporte que le confiere realización física, por más próxima (y precisa) o remota (y difusa) que pueda ser la correspondiente relación de realización²².

Ahora es posible volver sobre lo que está en juego en la caracterización de la pena (estatal) como un artefacto ideológico, esto es, semiótico. Es difícil encontrar una fundamentación más clara y rigurosa de semejante caracterización que la ofrecida por el jurista alemán Ernst Beling, plasmada en una monografía del año 1908, cuyo título en castellano rezaría: “La idea de la retribución y su significación para el derecho penal”. Beling llega a ocuparse del punto en el marco de su esfuerzo por dar cuenta de la inviabilidad de circunscribir la teoría de la justificación de la pena estatal a una discusión acerca de las funciones que cabría atribuir a aquella forma de consecuencia jurídica que denominamos “pena”, como si la tarea simplemente consistiera —observa Beling— en “exponer sus funciones a la luz”²³. La inviabilidad de semejante método descansaría en que la radical divergencia de los puntos de partida de los participantes en ese debate hace imposible asumir que con la expresión “pena” se esté designando un “objeto de investigación unitario y

¹⁸ VOLÓSHINOV, *Marxism and the Philosophy of Language*, 1973, p. 10.

¹⁹ VOLÓSHINOV, *Marxism and the Philosophy of Language*, 1973, p. 11.

²⁰ VOLÓSHINOV, *Marxism and the Philosophy of Language*, 1973, p. 12.

²¹ Fundamental al respecto LENK, *Interpretationskonstrukte*, 1993, pp. 13 y ss., 77 y ss., 557 y ss.

²² Para una detallada especificación de la correspondiente noción de *realización*, en el marco del programa ontológico de un “físicismo-de-realización”, véase MELNYK, *A Physicalist Manifesto*, 2003, pp. 20 y ss.

²³ BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908, p. 5.

subsistente” que pudiera ser delineado con independencia de cuál sea el eventual resultado de ese mismo debate²⁴.

Este hallazgo se corresponde, de modo enteramente exacto, con aquello que, más de medio siglo después, Hart identificó como el problema de la “barrera definicional” en la discusión filosófica acerca de los principios de legitimación de la praxis de la punición jurídica, a saber: el problema consistente en que cualquier definición pre-teórica –esto es: pretendidamente “ecuménica” – del concepto de pena lleva aparejado el riesgo de prejuzgar cuál haya de ser el espectro de las teorías justificatorias pertinentes²⁵. Según Beling, ello quiere decir que no es siquiera posible “presuponer como autoevidente a priori la preservación de la ‘pena’ y del ‘derecho penal’”, de modo tal que “el concepto y la esencia de la pena deben recién obtenerse como resultado de la investigación: ellos representan su punto de llegada, no su punto de partida”²⁶.

En este contexto, Beling ofrece una extraordinariamente precisa fundamentación de la caracterización de la pena como un dispositivo ideológico *à la* Volóshinov:

La razón más profunda de por qué es inviable anteponer la “pena” como el objeto de investigación [...] radica en que la pena es un puro *voóúμενον* [númeno]. En el mundo real no hay “pena” alguna. Los procesos reales que están dados como apariciones vitales, el encierro y la retención de un ser humano, el pago de una suma de dinero, etc., recién adquieren para nosotros el significado de la “pena” por el hecho de que nosotros, a través de una relación de pensamiento, ponemos en conexión estos procesos con una representación que nosotros tenemos. [...] Sólo el sentido que conferimos al proceso en cuestión deja que éste aparezca como “punición”²⁷.

Más allá de que Beling parece favorecer una interpretación más bien “mentalista” de la manera en que el respectivo “proceso vital” puede llegar a adquirir significación punitiva, es especialmente afortunada su insistencia en el carácter colectivo –y por ende: social– de la atribución de significación propiamente punitiva al respectivo “proceso vital”²⁸: el encierro de un ser humano en una celda adquiere la significación de una pena para *nosotros*, en virtud de una

²⁴ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 4.

²⁵ HART, *Punishment and Responsibility*, 2ª ed., 2008, pp. 5 y s.; al respecto MAÑALICH, *Estudios Públicos*, (108), 2007, pp. 121 y s.; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 57 y s.; más recientemente, PÉREZ BARBERÁ, *InDret* 4/2014, pp. 3 y ss. Para un desconocimiento patente del problema, véase sin embargo HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, p. 23: “Aquí no debe pasarse por alto, empero, que también toda teoría de la prevención incorpora un elemento retrospectivo, en la medida en que un hecho punible ya perpetrado es en todo caso condición necesaria para la pena. Eso se sigue ya del hecho de que, según su propia definición, una pena sólo puede tener lugar en reacción a un presunto hecho incorrecto”. Esto resulta tanto más sorprendente cuando se constata que, diez páginas antes, Hoerster mismo llama la atención sobre el riesgo metodológico de validar semejante barrera definicional: “Uno podría quizá querer decir que una punición de inocentes *no* se deja fundamentar bajo circunstancia alguna. [...] Uno no debería intentar esquivar preguntas todavía pendientes a través de definiciones” (*ibid.*, p. 13).

²⁶ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 4.

²⁷ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 5.

²⁸ Nótese que, en la medida en que el respectivo soporte de la pena en cuestión está constituido por un proceso, un estado o un evento, su caracterización como un *artefacto* (ideológico) podría parecer filosóficamente heterodoxa, en atención a que la discusión acerca de la ontología de los artefactos tiende a asumir que por “artefacto” habría que entender, en sentido estricto, un *objeto* de cierta índole; véase sólo ELDER, «On the Place of Artifacts in Ontology», en MARGOLIS/LAURENCE (eds.), *Creations of the Mind*, 2007, *passim*; RUDDER BAKER, *The Metaphysics of Everyday Life*, 2007, pp. 49 y ss.; HILPINEN, «Artifact», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011, *passim*. Sin embargo, en el marco de la controversia acerca de si las creaciones artísticas exhiben el estatus de artefactos, se observan sugerencias a favor de incluir, en la misma categoría, a *performances* de significación estética o cultural; véase al respecto JOHNSTON, «Protest Cultures: Performances, Artifacts, and Ideations», en EL MISMO (ed.), *Culture, Social Movements, and Protest*, 2009, pp. 15 y ss.

conexión que *nosotros* establecemos entre ese encierro y una representación que *nosotros* nos hacemos del mismo. Lo cual significa: el estatus del encierro de un ser humano en una celda como una pena privativa de libertad no es independiente de nuestra interpretación de ese encierro como una pena ejecutada sobre alguien, interpretación que a su vez descansa en un ejercicio de intencionalidad colectiva²⁹. Lo cual significa: literalmente, no hay tal cosa como una *poena naturalis*. Pues es la praxis interpretativa de la respectiva comunidad de seres humanos lo que sostiene, constitutivamente, el estatus semiótico de una pena *qua* pena.

Esto último puede parecer trivial, pero es de suma importancia para advertir la magnitud del problema de la ideología de la punición. Pues como Beling mismo lo hace explícito: en el hecho de que el encierro de un ser humano en una celda pueda exhibir el estatus de una pena privativa de libertad actualmente ejecutada sobre él, no sólo está en juego que el encierro de ese ser humano no sea reducible a un “proceso vital” cualquiera, cuya constatación pertenezca al dominio de los hechos brutos, sino también —y decisivamente— que el encierro padecido por ese ser humano no haya de ser interpretado como el resultado de un delito de secuestro perpetrado en su persona³⁰. Lo cual significa: cada vez que cualquiera de nosotros desestima, sin más, el alegato de que el Estado mantiene *secuestrada* a una determinada persona en alguno de sus recintos carcelarios, esa desestimación es expresiva de una muestra de solidaridad ideológica para con la interpretación que el propio Estado hace de la situación en la que es dejada esa persona.

4. La lucha de escuelas

Las disquisiciones de Beling, recién reseñadas, se enmarcan en su muy ilustrada toma de posición intelectual en lo que en la historiografía de la dogmática jurídico-penal alemana se conoce como la “lucha de escuelas”³¹. En una controversia cuyo apogeo tuvo lugar en la última década del siglo XIX y la primera década del siglo XX, la academia jurídico-penal alemana vio enfrentadas dos corrientes de pensamiento marcadamente antagonizadas, que en la literatura secundaria tienden a ser etiquetadas como la “escuela clásica” y la “escuela moderna”. Si bien la disputa afectaba, latentemente al menos, cada uno de los múltiples recovecos del edificio de la elaboración teórica del derecho penal, el escenario del combate más enérgico estuvo asentado — como es obvio— en el terreno de la teoría de la justificación de la pena: encabezados por Franz von Liszt, los “modernos” se declaraban partidarios de una teoría de la prevención (especial), mientras los “clásicos”, a la saga de Karl Binding³², defendían una teoría de la retribución.

²⁹ Véase SEARLE, *Making the Social World*, 2010, pp. 42 y ss., 90 y ss. En tal medida, que el encierro de una persona *cuenta como* una pena privativa de libertad actualmente ejecutada sobre esa misma persona significa que su privación de libertad exhibe la “función de estatus” que distingue a una pena jurídicamente validada.

³⁰ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 5. Sobre el problema, y en referencia a su incidencia en el argumento de Beccaria a favor de la abolición de la pena de muerte, véase MAÑALICH, «Beccaria: la pena como exclusión», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2ª ed., 2011, pp. 272 y s.

³¹ Véase al respecto, y por todos, VORBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2ª ed., 2011, pp. 137 y ss.

³² Si bien hay razones poderosas para reconocer en Binding el principal referente de la (mucho menos organizada) “corriente clásica” —así VORBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2ª ed., 2011, p. 138—, no es inusual que también se invoque la figura de Birkmeyer, sobre todo en virtud de su polémico escrito de batalla nominativamente dirigido contra Liszt; véase BIRKMEYER, *Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig?*, 1907, *passim*. Al respecto, véase LIEPMANN, «Strafrechtsreform und Schulenstreit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (28), 1908, p. 2.

A este respecto, no deja de tener importancia que la corriente “modernizadora” liderada por Liszt también llegara a ser conocida como la “escuela sociológica”. Pues esto sugiere una clave para reconstruir el eje fundamental de la disputa entre clásicos (retribucionistas) y modernos (prevencionistas) en términos de la divergencia de la matriz ideológica implicada en una y otra posición: mientras una teoría de la prevención admite ser entendida como anclada en la utopía extra-jurídica de una erradicación profiláctica de la delincuencia, una teoría de la retribución puede ser entendida, modernamente, como un programa de validación autoconsciente de la punición *qua* dispositivo de reforzamiento ideológico (*à la* Volóshinov) de la autoridad del derecho estatal.

Esta última caracterización del compromiso ideológico de una teoría de la retribución encuentra su formulación más ilustrada en la concepción delineada por Beling. Aquí es crucial tener en cuenta en qué consistía, en el contexto de la lucha de escuelas, la objeción capital dirigida por los “modernos” en contra del enfoque retributivo. Se trataba de la objeción de que una pena retributivamente fundamentada no quedaría legitimada por referencia a la obtención de finalidad alguna, con lo cual la punición de una persona por un quebrantamiento imputable del derecho tendría que ser entendida como un “fin en sí mismo”. Esto explica que, desde el punto de vista de los “modernos”, la disputa entre los partidarios de una teoría de la prevención y los partidarios de una teoría de la retribución fuera equiparada a una disputa entre “teleología” –o sea: orientación a fines– y metafísica³³.

Esta perenne objeción dirigida en contra de las teorías de la retribución se encuentra agudamente formulada por Marx en un artículo periodístico referido a la masividad de la ejecución de condenas a muerte en la muy civilizada Inglaterra, publicado el año 1853³⁴. Lo interesante de la toma de posición de Marx está en su ambivalente estimación de los méritos de una teoría de la retribución. Pues él comienza poniendo en cuestión la aceptabilidad de cualquier variante de teoría de la prevención, afirmando que

desde el punto de vista del derecho abstracto, hay sólo una teoría de la pena que reconoce la dignidad humana en abstracto, y es la teoría de Kant, especialmente en la fórmula más rígida que le diera Hegel³⁵.

Inmediatamente a continuación, sin embargo, Marx ofrece la siguiente interpretación del célebre pasaje de la *Filosofía del Derecho* de Hegel en el cual éste caracteriza la punición retributiva como un “derecho del criminal”:

Indudablemente hay algo sospechoso en esta fórmula, en la medida en que Hegel, en vez de mirar al criminal como el mero objeto, el esclavo de la justicia, lo eleva a la posición de un ser libre y auto-determinado. Si se mira el asunto más de cerca, empero, descubrimos que aquí el idealismo alemán, al igual que en la mayoría de las demás cuestiones, no ha dado más que una consagración transcendental a las reglas de la sociedad existente. ¿No es acaso una ilusión sustituir el individuo con sus motivos reales, con multifacéticas circunstancias sociales ejerciendo presión sobre él, por la abstracción de la “libertad de voluntad” – una entre las muchas cualidades del ser humano mismo?! Esta teoría, considerando la punición como el resultado de la propia voluntad del criminal, sólo es una expresión metafísica del viejo

³³ Véase sólo NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, p. 13: “El lugar lógico de la retribución es la trascendencia”.

³⁴ MARX, *Dispatches for the New York Tribune*, 2007, pp. 119 y ss.

³⁵ MARX, *Dispatches for the New York Tribune*, 2007, p. 121.

“ius talionis” [...] ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre. Hablando claramente, y dejando de lado todas las paráfrasis, la punición no es más que un medio de la sociedad para defenderse a sí misma frente a la transgresión de sus condiciones vitales, cualquiera sea su carácter³⁶.

Marx ofrece, de este modo, una radical *desmitificación* de la fundamentación de la punición ofrecida por las teorías retribucionistas. Como ya se anticipara, aquí no interesa entrar directamente en la cuestión de si efectivamente es correcta la imputación de tal compromiso metafísico a las concepciones del principio de retribución que es posible rastrear en las filosofías de Kant y Hegel³⁷. Antes bien, el objetivo consiste en dar cuenta de la rigurosa manera en que la teoría de la pena retributiva articulada por Beling satisface la exigencia marxiana de secularización, o en sus propias palabras: de “terrenalización”³⁸.

5. La justificación consecuencialista de la punición retributiva

Retomando ahora la distinción meta-ética mencionada al comienzo, la premisa decisiva sobre la cual se asienta la concepción de la retribución desarrollada por Beling consiste en que, entendido como problema legislativo, el diseño de un “derecho de la retribución” tiene que orientarse a la realización de alguna finalidad susceptible de ser perseguida a través de la punición, cuya realización confiera legitimidad a ésta. En tal medida, la irrogación de un mal en respuesta a un quebrantamiento imputable del derecho no puede ser entendida como un fin en sí mismo³⁹. Antes bien, la punición estatal tiene que ser susceptible de legitimación –para ponerlo en la terminología de Max Weber– *qua* acción racional con arreglo a fines⁴⁰. Y lo que aquí está en juego, en último término, es la superación definitiva de la interpretación de la disputa entre teorías de la retribución y teorías de la prevención como si se tratase de una disputa entre “teorías absolutas” y “teorías relativas” de la pena⁴¹. Pues como observaba Beling: “[e]n este sentido hoy nadie hay que no sea relativista”⁴². Con ello, su defensa de una fundamentación retributiva de la punición representa una versión especialmente sofisticada del temprano argumento de Adolf Merkel a favor de la “teleología” –no propiamente prevencionista– de la retribución⁴³.

³⁶ MARX, *Dispatches for the New York Tribune*, 2007, pp. 121 y s.

³⁷ Véase *supra*, notas 4 y 5; en cuanto a Hegel, véase asimismo *infra*, notas 63 a 66, junto con la sección del texto principal que ellas acompaña; en cuanto a Kant, véase *infra*, 8.

³⁸ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 31.

³⁹ Véase la vehemente denuncia, por parte de ROSS, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, 1975, pp. 43 y ss., 60 y ss., de la ininteligibilidad de la disputa entre retribucionismo y prevenccionismo entendida como concerniente a la finalidad de la punición, en atención a que el concepto de retribución no podría especificar finalidad punitiva alguna.

⁴⁰ Véase sólo HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, pp. 441 y ss., 452 y ss. Aquí puede ser conveniente prescindir del término “teleología”, dado el uso que éste característicamente recibe en el marco de la moderna filosofía moral, a saber: como designación de todas aquellas variantes de ética consecuencialista que hacen depender la corrección o incorrección moral de una acción exclusivamente de la cualidad *no-moral* de sus consecuencias; véase BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, 2ª ed., pp. 113 y ss., 186 ss. La aclaración es importante, porque, usado el adjetivo en este último sentido (restringido), una justificación consecuencialista de la punición retributiva no podría ser “teleológica”.

⁴¹ Acertadamente en la discusión más reciente HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, pp. 15 y ss., 25 y ss., quien propone redefinir el debate como uno que enfrentaría a teorías prevencionistas, por un lado, y teorías *expresivas*, por otro; en contra de la simple equiparación entre teorías retribucionistas y teorías expresivistas, véase MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 68 y ss. Más recientemente PÉREZ BARBERÁ, *InDret* 4/2014, pp. 16 y ss.

⁴² BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 3.

⁴³ Véase MERKEL, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892, pp. 17 y ss., 24 y ss. De ahí que a lo menos tenga que ser relativizada la frecuente caracterización de la posición de Merkel como constitutiva de una “tercera vía” frente a la lucha entre los clásicos y los modernos; así empero ya LIEPMANN, *Zeitschrift für die gesamte*

Pero aquí es fundamental despejar de inmediato un posible malentendido, que por lo demás se ve favorecido por la terminología empleada por Beling, quien habla a este respecto de una exigencia de “justificación utilitarista”⁴⁴. Lo que él entiende por tal, empero, se corresponde con lo que tendríamos que denominar una “justificación consecuencialista”; en tal medida, y visto desde el estado actual de la reflexión meta-ética, Beling confunde el género con la especie⁴⁵. Pues él identifica tal exigencia con el desiderátum de que la punición sirva a “la protección de intereses reales”⁴⁶, sin que esto alcance todavía a prejuzgar, sin embargo, si acaso ha de tratarse de la protección de *cualquier* interés o, en cambio, de *algún específico* interés ulteriormente cualificado. Y el punto está en que sólo en el primer caso se trataría de una justificación utilitarista, precisamente porque lo que distingue a un utilitarismo de intereses (o de preferencias) es el compromiso radicalmente imparcial con un principio de igual relevancia – y por ende, de entera conmensurabilidad – de todo interés que sea atribuible a cualquier ente capaz de tener intereses⁴⁷.

Beling correctamente advierte que el interés promovido a través de la punición retributiva es un interés *sui generis*, que se deja entender como un interés *de segundo orden* frente al vasto y diverso conjunto de intereses primariamente resguardados por el respectivo ordenamiento jurídico, a saber: el interés en la preservación de la propia autoridad del Estado⁴⁸. Se trata de un interés secundario – o en palabras de Beling: “derivado” –, precisamente porque, en el marco de un Estado de derecho, la autoridad de éste sólo puede legitimarse por referencia a la manera en que las normas jurídicas *autoritativamente* puestas en vigor por ese Estado sirven a la promoción y la salvaguarda del más vasto y diverso conjunto de intereses primarios. Al mismo tiempo, empero, ese meta-interés en la preservación de la autoridad del Estado se autonomiza, en el sentido de que su resguardo se justifica con independencia de “si en el caso concreto alguno de aquellos otros intereses viene en consideración concurrentemente”⁴⁹. Por ello, resultaría equívoco caracterizar una interpretación consecuencialista de la legitimación de la pena retributiva *à la* Beling como comprometida con una justificación estrictamente “prospectiva” de la punición estatal. Pues como acertadamente observa Parfit:

La bondad de ciertas consecuencias puede depender, en parte, de hechos acerca del pasado. Puede ser mejor, por ejemplo, que determinados beneficios lleguen a personas que anteriormente hayan estado en

Strafrechtswissenschaft (28), 1908, p. 4; coincidentemente PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 38 y s.; VORBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2ª ed., 2011, pp. 140 y s. Para una muy refinada reconstrucción de la posición teórica de Merkel, véase GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 5 y ss; en referencia a su comprensión de los presupuestos de la atribución de culpabilidad, recientemente WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 41 y ss.

⁴⁴ Véase BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 36.

⁴⁵ Véase KLUG, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, t. II, 1981, pp. 149 y ss. Para una muestra contemporánea de “anti-retribucionismo” del todo equivalente a la de KLUG, véase HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, pp. 25 y ss., 47 y ss.

⁴⁶ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 36.

⁴⁷ Véase sólo BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, 2ª ed., pp. 217 y ss., 224 y ss. De ahí que a la crítica que PÉREZ BARBERÁ, *InDret* 4/2014, pp. 10 s., dirige a Pawlik subyazca una confusión entre los conceptos de utilitarismo y consecuencialismo. Ciertamente, una concepción de la justificación retribucionista de la pena como la favorecida por Pawlik se deja caracterizar como “consecuencialista”, pero no porque en sus términos “el mantenimiento del orden social [sea] una utilidad”.

⁴⁸ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 36 y s.

⁴⁹ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 37. El desconocimiento de tal distinción es lo distintivo, en comparación con la concepción de Beling, de la (por lo demás muy próxima) propuesta de LIEPMANN, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (28), 1908, p. 6.

peor situación, o que mantengamos las promesas hechas a aquellos que ahora están muertos, o que las personas sólo sean castigadas si ellas han cometido previamente algún crimen⁵⁰.

De ahí también que Beling pueda acertadamente desechar el intento de redefinir la punición retributiva, así entendida, como supuestamente orientada a lo que modernamente llamaríamos una finalidad de “prevención general positiva”⁵¹. Pues afirma Beling: “de la retribución no puede decirse, en todo caso, que ella sea ‘protección de bienes jurídicos por medio de lesión de bienes jurídicos’; ella es protección de un único bien jurídico: la autoridad del Estado”⁵². Así, es a través del reforzamiento de la autoridad implicada en la pretensión de obligatoriedad de las normas jurídicas de comportamiento puestas en vigor por el Estado que la punición indirectamente contribuye, para ponerlo en las palabras de Marx, a la salvaguarda de las “condiciones vitales” de existencia del respectivo grupo social. Y de ahí también que, en estricta oposición al severo juicio de Kant referido a su célebre ejemplo de la isla habitada por un grupo social que habrá de disolverse para que sus otrora miembros se esparzan por la faz de la tierra⁵³, Beling observe que “donde no ha de conservarse erguida la autoridad estatal para el futuro, allí obviamente ya no tiene sentido alguno la retribución estatal”⁵⁴.

El siguiente paso argumentativo consiste en demostrar la idoneidad de la punición retributiva para el aseguramiento de la autoridad del derecho estatal. Pues como sostiene Beling, la subsistencia de una relación de autoridad equivale a la subsistencia del *respeto* manifestado por quienes reconocen tal autoridad. Ello depende, a su vez, de que éstos reconozcan la demostración de poder implicada en el ejercicio de esa autoridad⁵⁵, así como de que experimenten satisfacción ante ello. De ahí que la determinación de la naturaleza y la magnitud del mal a ser irrogado, *qua* punición, contra quien ha delinquido deba ajustarse a un principio de “estricta proporcionalidad”⁵⁶. Pues como observa Beling: de superar la reacción estatal la medida de lo proporcionalmente adecuado a la culpabilidad del hechor, “el Estado, en vez de alzar, enterraría su autoridad, pues entonces las simpatías se irían hacia quien se volvería víctima de la pretendida ‘retribución’, así como las antipatías hacia el Estado injusto”⁵⁷. En atención a la conexión interna que así se constituye entre el principio de retribución y tal principio de estricta

⁵⁰ PARFIT, *On What Matters*, vol. I, 2011, pp. 373 y s.

⁵¹ En referencia a Hegel, véase MOHR, en SIEP (coord.), *G.W.F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2005, pp. 108 y ss.; en contra LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 95 y ss., impugnando la tesis defendida por Seelmann. En contra de la identificación de una concepción expresivista de la retribución con una teoría de la prevención general positiva, véase MAÑALICH, *Estudios Públicos*, (108), 2007, pp. 138 ss.; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 70 y ss. Sobre el problema, véase también NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, 1980, pp. 33 y s., quienes se inclinan por categorizar la teoría de la prevención general positiva como una “teoría de la sociedad castigadora” más que como una teoría de la finalidad de la pena. Latamente al respecto FEIJOO, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 165 y ss., 257 y ss.

⁵² BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 43.

⁵³ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1798, p. 175. Al respecto, véase HRUSCHKA, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (122), 2010, pp. 501 y s.

⁵⁴ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 50.

⁵⁵ Fundamental en este sentido ya MERKEL, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892, pp. 10 y s., 24 y ss., enfatizando la *heteronomía* asociada a la “naturaleza imperativa” del derecho.

⁵⁶ Acerca de la conexión interna entre retribución y proporcionalidad en lo tocante a las “formas de pena”, véase MAÑALICH, *Estudios Públicos*, (108), 2007, pp. 174 y ss., con ulteriores referencias.

⁵⁷ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 62, quien aparece anticipando el convincente alegato de Robinson a favor de la estricta observancia de un parámetro de “merecimiento empírico” como estándar de proporcionalidad ordinal para la determinación de la pena, en pos de la salvaguarda de la *credibilidad moral* del respectivo sistema de jurisdicción penal; véase ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law*, 2008, pp. 135 y ss., 175 y ss.

proporcionalidad, resulta desacertado sostener que “la comprensión correcta del principio retributivo se agota en una prohibición de castigo al inocente”⁵⁸.

Es a propósito de la indagación en la implementación de este régimen de estricta proporcionalidad retributiva que Beling refuta, por lo demás, el compromiso que supuestamente vincularía a la retribución jurídica con la “ley del talión”⁵⁹. Pues la correspondencia que ha de observarse entre la medida de la culpabilidad por el quebrantamiento del derecho y la severidad de la respuesta retributiva merecida por la persona a quien se imputa ese mismo quebrantamiento del derecho no puede ser tematizada en la dimensión puramente fenoménica de la correspondiente (y por el lado del hecho punible: sólo eventual) “irrogación de un mal”⁶⁰. Pero el hecho de que para la cuantificación comparativa de la culpabilidad y del mal a ser irrogado en retribución de esa culpabilidad no dispongamos de “instrumentos aritméticos”, de modo tal que no podamos alcanzar “exactitud matemática” en ello, no significa que esa cuantificación haya de ser irremediabilmente arbitraria. Pues como Beling mismo sugiere, semejante indeterminación es inherente a muchas otras prácticas evaluativas, como lo son las prácticas en el marco de las cuales se califica el examen de un estudiante o se tasa pecuniariamente un inmueble⁶¹.

Luego, si cabe reconocer una conexión interna entre la orientación de la punición al merecimiento y la reafirmación punitiva de la autoridad del derecho estatal⁶², no tiene sustento la objeción, recientemente esgrimida por Pérez Barberá, de que semejante “modelo hegeliano” del reconocimiento implicado en la punición retributiva supondría convertir al sujeto pasivo de ésta en “nada más que [un] mero objeto de una decisión unilateral del Estado”⁶³. Desde luego, la (radical) falta de equivalencia entre la posición del Estado y la posición del penado puede determinar, contingentemente, que ese reconocimiento no llegue a ser recíproco —esto es, que la correspondiente relación de reconocimiento pueda no ser simétrica—⁶⁴, lo cual tiene que ser aceptado por el Estado en tanto sujeto activo de la punición. Pues *qua* Estado de derecho, el Estado no puede reclamar del penado el reconocimiento de la legitimidad de su reacción punitiva; de esto último depende que un reproche jurídico de culpabilidad pueda ser

⁵⁸ Así empero PÉREZ BARBERÁ, *InDret* 4/2014, p. 13.

⁵⁹ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 66 y s.

⁶⁰ Latamente al respecto MAÑALICH, *Estudios Públicos* (108), 2007, pp. 135 y ss., 156 y ss., 161 y ss.; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 81 y ss., 94 y s.

⁶¹ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 67.

⁶² Véase BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, 2ª ed., 2007, pp. 1 y ss.

⁶³ Así empero PÉREZ BARBERÁ, *InDret* 4/2014, pp. 17 y ss., cuyo argumento parece desconocer el hecho de que la punición de cuya *justificación* —y no de cuya mera “explicación”— se trata es, desde el punto de vista de una teoría de la pena jurídica, una punición cuyo agente ha de identificarse —paradigmáticamente al menos— con el Estado. Esto último deja intacto, por supuesto, que la relación de reconocimiento implicada en la punición es *conceptualmente independiente* de que ella se materialice, en el nivel de la “realidad institucional”, como punición estatal. En esto consiste, precisamente, la diferenciación hegeliana de la determinación del concepto de pena retributiva en tanto categoría del “derecho abstracto”, por un lado, y la determinación de su realización institucional como componente de una praxis “ética” al interior de una concreta forma de vida, por otro. Véase sobre esto último, HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §§ 218 y 220; al respecto MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 91 y ss. En cualquier caso, es a lo menos inexacto apelar —por lo demás: sin apoyo exegético alguno— a la existencia de una “relación jerárquica [cabría decir, más precisamente: *vertical*] entre Estado y autor” para negar la plausibilidad de la correspondiente relación de reconocimiento.

⁶⁴ Fundamental para una reconstrucción pragmatista de la lógica de las relaciones de reconocimiento en la filosofía de Hegel, BRANDOM, «The Structure of Desire and Recognition: Self-Consciousness and Self-Constitution», en IKÄHEIMO y LAITINEN (eds.), *Recognition and Social Ontology*, 2011, pp. 33 y ss., 42 y ss.

diferenciado de un reproche moral, tal como lo exige el así llamado “mandato (kantiano) de neutralidad”⁶⁵. Mas ello no implica que el reconocimiento estatal de la agencia racional del condenado no pueda ser genuino. Y una *condicio sine qua non* para esto último consiste en que el Estado reconozca al penado como un agente a su vez capaz de reconocer la pretensión de legitimidad que el Estado imprime a su reacción punitiva⁶⁶, con total independencia de si esa pretensión se encuentra efectivamente justificada.

6. Autonomía agencial como presupuesto de merecimiento

La legitimidad de una pena retributivamente fundamentada tiene que descansar en un juicio de *merecimiento* personalizado. Pues de esto depende que el padecimiento de la reacción punitiva estatal no haya de ser interpretada como un *sacrificio* altruista que se espera del responsable, sino que esa reacción pueda ser entendida como una respuesta individualmente merecida⁶⁷. Y es esta específica orientación de la punición al merecimiento lo que –en clave hegeliana– determina el específico reconocimiento de la persona del hechor como agente racional que la punición exhibe como “valor declarativo”⁶⁸.

Ahora bien, la medida del merecimiento personalizado que fija el parámetro de justificación retributiva de toda instancia de punición jurídica se identifica con la medida de la culpabilidad individual por el quebrantamiento del derecho. Notablemente, y en contra del extendido lugar común que le atribuye, simplistamente, un compromiso “naturalista” con una concepción psicológica de la culpabilidad, Beling equipara esta última noción a la de *reprochabilidad*⁶⁹. Y como él mismo sostiene inmediatamente a continuación, un presupuesto indisponible para que a una persona pueda reprocharse un quebrantamiento del derecho consiste no sólo en que éste haya sido individualmente evitable para esa misma persona, sino también en que ésta haya contado con la suficiente “fuerza de resistencia” para imponerse a los posibles motivos que pudieran

⁶⁵ Véase MAÑALICH, *Estudios Públicos*, (108), 2007, pp. 183 y ss., con referencias ulteriores.

⁶⁶ El punto podría ser fácilmente pasado por alto si se desconociera que, en el contexto de la filosofía de Hegel, y tal como éste lo anuncia en el § 4 de sus *Grundlinien*, el punto de vista del derecho –esto es: del *espíritu objetivo*– “presupone que alguna mutualidad de reconocimiento [ya] ha sido alcanzada, y que este logro establece ‘objetivamente’ un nivel de libertad necesario para un espacio genuinamente social”; así PIPPIN, *Hegel's Practical Philosophy*, 2008, p. 199, quien añade que ello refuta la sugerencia de que, en su filosofía del derecho, Hegel habría “abandonado una teoría intersubjetiva de la libertad por una monológica”. Al respecto, véase asimismo PIPPIN, «Hegel, Freedom, The Will. The Philosophy of Right (§§ 1-33)», en SIEP (coord.), *G.W.F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2ª ed., 2005, pp. 37 y ss. Acerca de la complementariedad sistemática de los modelos hegelianos de “autoridad individual” y “autoridad institucional”, fundamental MOYAR, «Die Verwirklichung meiner Autorität: Hegels komplementäre Modelle von Individuen und Institutionen», en HALBIG/QUANTE/SIEP (coords.), *Hegels Erbe*, 2004, *passim*; véase también BRANDOM, *Reason in Philosophy*, 2009, pp. 66 y ss.

⁶⁷ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 78. Nótese que justamente en esta disyuntiva se manifiesta la oposición entre una justificación distributiva y una justificación retributiva de la punición; en detalle al respecto, a propósito del (incómodo) lugar que ocupa la categoría del merecimiento en la teoría liberal de la justicia de Rawls, MAÑALICH, «Merecimiento, distribución y teodicea. El derecho penal en la teoría rawlsiana de la justicia», en ATRIA et al. (eds.), *Una vida en la Universidad de Chile. Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, 2013, pp. 391 y ss., 402 y ss., con ulteriores referencias.

⁶⁸ Véase en detalle MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 76 y ss., 87 y s.; MAÑALICH, en VV.AA., *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, 2013, pp. 168 y ss., a propósito de la distinción hegeliana entre el “principio objetivo” y el “principio subjetivo” de justificación de la pena.

⁶⁹ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 53. Esto no significa, ciertamente, que Beling renuncie a conceptualizar la culpabilidad como la “relación psíquica entre el injusto y el hechor”, sino que esa relación psíquica no es presentada como mero *factum*, sino que es explícitamente equiparada a la “defectuosa subjetiva” (*subjektive Fehlerbarkeit*) de la acción (o la omisión) en cuestión; véase ya BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 178 y ss.

llevarla a quebrantar el derecho⁷⁰. Es en este punto donde emerge el problema consistente en el supuesto compromiso de toda teoría de la retribución jurídica con una concepción indeterminista de la agencia humana.

Beling enfrenta el problema esbozando una tesis que él mismo caracteriza en términos de un “indeterminismo condicionado”⁷¹. Sin embargo, su presentación de esta tesis resulta enteramente congruente, más bien, con lo que hoy calificaríamos como una tesis *compatibilista*, esto es, una tesis según la cual la eventual corroboración de una hipótesis determinista acerca del comportamiento de los agentes humanos es del todo compatible con la postulación de aquella forma de autonomía personal que es presupuesto de una genuina adscripción de culpabilidad⁷². Aquí conviene dar nuevamente la palabra a Beling, quien, en referencia a la posibilidad de dar cuenta de la capacidad de motivación autónoma de un agente que habita un mundo gobernado por “la ley de la causalidad”⁷³, observa

que precisamente esa fuerza de resistencia, esa capacidad de elección o decisión, puede y en mi opinión tiene que ser ella misma pensada como un producto de causas, de modo tal que cada decisión adoptada, como sea que resulte, está conectada con las circunstancias antecedentes a través de una ligazón causal. La “libertad” ciertamente no necesita ser una libertad frente a la ley de causalidad. Si ella misma es causada y genera consecuencias causales, ¿no sigue siendo [...] por un lado “libertad” frente a aquellas fuerzas que concurren junto a ella queriendo co-condicionar la acción como producto, sin por otro lado caer fuera del suceso causal? [El alma humana ...], con ella la fuerza de resistencia, el poder esto o lo otro, se vuelve causal y así se conecta con el todo; y los productos de su poder, como sea que resulten, por su parte desembocan de vuelta en el suceso causal⁷⁴.

Esta imbricación de la libertad de voluntad en la estructura causal del mundo, lúcidamente defendida por Beling⁷⁵, se ajusta con suma precisión a la observación de Marx, ya reproducida, en cuanto a que la libertad de voluntad no debería ser tratada como una abstracción metafísicamente postulada, sino como una de las múltiples cualidades –empíricamente constatables– del “ser humano mismo”. Pues para que se sostenga una atribución de responsabilidad personal por un determinado comportamiento no interesa si éste se encuentra o no determinado por un conjunto cualquiera de circunstancias antecedentes, sino más bien si ese comportamiento admite ser entendido como auto-determinado. En la formulación de Adolf Merkel: “Que la eficacia del individuo se incorpore al proceso continuo del devenir del mundo con arreglo a leyes [causales] no excluye que él, como uno de los factores de este proceso, simultáneamente signifique algo para sí mismo”⁷⁶.

⁷⁰ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 53 y s.

⁷¹ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 54.

⁷² En detalle al respecto MAÑALICH, «Determinism, Free Will and Criminal Responsibility», en TOEPEL (coord.), *Free Will in Criminal Law and Procedure*, 2010, *passim*; MAÑALICH, «Determinismo, autonomía y responsabilidad penal», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2ª ed., 2011, pp. 181 y ss., con múltiples referencias ulteriores.

⁷³ Aunque nótese que, como observó WITTGENSTEIN, *Logisch-philosophische Abhandlung. Tractatus logico-philosophicus*, 1922, 6.32, “[I]a ley de la causalidad no es una ley, sino la forma de una ley”.

⁷⁴ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 56.

⁷⁵ Una versión del argumento compatibilista en lo fundamental coincidente con la tesis de Beling se encuentra ya en MERKEL, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892, pp. 52 y ss.; véase también LIEPMANN, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (28), 1908, pp. 7 y ss.

⁷⁶ MERKEL, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892, p. 58, quien advertía que la autonomía agencial así fundada resultaba enteramente compatible con el hecho de que no exista alternativa a la personalidad del agente

Puesto en terminología más moderna: la plausibilidad de una adscripción de autonomía agencial capaz de sustentar un juicio de culpabilidad personal depende esencialmente de que el comportamiento del agente pueda ser interpretado como expresivo —y potencialmente: redefinitorio— de su propia identidad⁷⁷, en la medida en que lo que ese agente hace o deja de hacer pueda ser racionalizado como la realización de un sistema de preferencias que son constitutivas de quién es —contingentemente— ese agente⁷⁸. A este respecto, lo distintivo de una atribución de responsabilidad jurídico-penal se halla en su compromiso con lo que Binding llamó la “psicología esotérica del derecho”⁷⁹: la imputación jurídico-penal constituye un programa de *racionalización negativa* del comportamiento eventualmente punible, que se interesa exclusivamente por la circunstancia de que el destinatario de la norma no haya transformado la norma en motivo eficaz para omitir o ejecutar una determinada acción⁸⁰. Y la satisfacción de este criterio basta para que

en cuestión, tal como ésta se expresa en su propio comportamiento (*ibid.*, p. 60); latamente al respecto MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, pp. 72 y ss., identificando el fundamento (determinista) de la responsabilidad personal con la expresión del carácter del agente en su propio comportamiento; véase también LIEPMANN, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (28), 1908, pp. 9 y s. En contra de lo sugerido por WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 41 y ss., 50 y ss., una concepción como la defendida de Merkel no se deja redefinir en el sentido de que las condiciones de autonomía agencial funcionarían como nada más que “condiciones funcionales de sus consecuencias” (*ibid.*, p. 48). A esta afirmación parece subyacer una interpretación reduccionistamente unilateral de la posición de Merkel, que tiende a desconocer su énfasis en que la praxis —también cotidiana— de atribución de responsabilidad en las sociedades occidentales modernas se encuentra configurada por, y reproduce la vigencia de, aquello que —en referencia a Merkel— Günther aptamente caracteriza como un “*ethos* individualizador”; véase GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 22 y ss. Por otra parte, semejante concepción tampoco necesita validar un regreso latente a la postulación de una “causalidad-de-agente”; así empero WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 55 y s. Esta última noción es característicamente invocada por partidarios de alguna variante de concepción indeterminista de la agencia humana para intentar poner un coto —en el sentido de una “prohibición de regreso”— a la vinculación causal susceptible de ser reconocida entre una “decisión de voluntad” y algún vasto conjunto de circunstancias (histórica y biográficamente) antecedentes a ella, en pos de afirmar la libertad de esa decisión de voluntad como una “causación no causada”; al respecto, y críticamente, MAÑALICH, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», *DOXA*, (35), 2012, pp. 676 y ss.; MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 67 y ss., con referencias ulteriores. Frente a esto, la postulación de la propia identidad del agente como el sustrato último de toda posible adscripción de responsabilidad personal, en tanto resultado continuo de un proceso de *autodeterminación vía auto-constitución*, no descansa en la hipótesis de una eficacia causal *sui generis* del propio carácter, sino más bien en el hallazgo de que, desde el punto de vista de la gramática del juego de lenguaje de la atribución de responsabilidad, la pregunta misma de si el respectivo agente pudiera ser “libre de sí mismo” carece de sentido; véase en detalle MAÑALICH, en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2ª ed., 2011, pp. 197 y ss., 200 y s.

⁷⁷ Sobre esto último, y a través de un análisis de la performatividad distintivamente exhibida por el “lenguaje de la imputación”, MAÑALICH, *DOXA*, (35), 2012, pp. 682 y ss.

⁷⁸ Esto supone abandonar cualquier compromiso con la tesis de que toda fundamentación de responsabilidad personal tendría que descansar, en último término, en el paradigma de la responsabilidad por una “acción voluntaria” susceptible de ser interpretada como un ejercicio de “libertad de elección”; véase empero PARFIT, *On What Matters*, vol. I, 2011, pp. 263 y ss., quien —precisamente argumentando desde ese mismo paradigma— niega que podamos ser responsables por quiénes somos (*ibid.*, pp. 267 y s.). Fundamental para la crítica de la hegemonía de semejante paradigma, y a favor de su contextualización bajo los paradigmas de la responsabilidad (constitutiva) por el propio carácter y la responsabilidad (constitutiva) por el “sí mismo”, DAN-COHEN, *Harmful Thoughts*, 2002, pp. 199 y ss., 216 y ss.

⁷⁹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II, 2ª ed., 1914, pp. 3 y ss.

⁸⁰ Véase MAÑALICH, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret* 1/2013, pp. 7 y ss., 20 y ss.; MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 17 y ss., 23 y ss. Es en este nivel que la afirmación de WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, p. 56, según la cual “[l]o azaroso de la concreta personalidad [...] tiene que ser irrelevante según el juego de lenguaje de la responsabilidad”, es del todo correcta, precisamente en atención a la específica contrafactividad que distingue a una adscripción de responsabilidad jurídica. La inteligibilidad de semejante psicología esotérica depende, empero, de la inteligibilidad de que un agente pueda expresar —y potencialmente: redefinir— su propia identidad ejecutando y omitiendo acciones de un modo que haga reconocible qué razones son suyas, en tanto razones que explican lo que ese agente hace o deja de hacer.

un ser humano adulto, en el caso normal al menos, se halle capacitado para quebrantar el derecho de un modo imputable, esto es, de un modo que legitime la interpretación de su comportamiento como una desautorización del derecho⁸¹, que en tal medida legitime, a su vez, una reacción estatal merecida cuyo significado consista en la reafirmación de esa autoridad⁸².

Pero como Beling mismo lo explicita, semejante legitimación de una respuesta punitiva por merecimiento no supone la fundamentación de un *deber* punitivo para el Estado. Pues si la finalidad cuya realización legitima esa respuesta está constituida por la finalidad de resguardar el interés del Estado en la preservación de su propia autoridad normativa, es claro que el resguardo de ese interés puede ceder, eventualmente, frente al resguardo de algún otro interés *in concreto* preponderante⁸³. Beling acertadamente constata, a este respecto, que la retribución punitivamente adecuada a la medida de la culpabilidad personal del hechor sólo fundamenta una *prohibición de exceso*, y no una *prohibición de defecto*. Ello vuelve enteramente comprensible, por lo demás, que Beling asuma –en contra de Kant– como del todo compatible con la fisonomía de un “derecho de la retribución” el reconocimiento de prerrogativas soberanas de gracia, como lo son las prerrogativas (legislativas o ejecutivas) para el otorgamiento de una amnistía o un indulto, a través de cuyo ejercicio pueda ser cancelada una punición retributivamente fundada⁸⁴.

7. La performatividad de la reafirmación de autoridad del derecho por vía de retribución

El mérito teórico capital de una justificación retribucionista de la punición, tal como ella es ofrecida por Beling, radica en que aquella favorece, auto-conscientemente, una comprensión de la pena como nada más (y nada menos) que un artefacto ideológico. Frente a esto, lo que distingue a cualquier teoría de la prevención es el esfuerzo por disimular el estatus de la pena como artefacto ideológico, por la vía de presentarla –para seguir usando la terminología de Volóshinov– como una *herramienta de producción*, a saber: de producción de seguridad a través de la evitación de crímenes futuros.

Este contraste es agudamente detectado por Beling en su caracterización comparativa de lo que él presenta como los modelos puros de un “derecho de la retribución” y un “derecho de la prevención”, en pos de determinar cuál de esos dos modelos se corresponde mejor con lo que entendemos por un modelo de “derecho penal”⁸⁵. En tal contexto, Beling observa que “el resultado de la actividad preventiva es uno condicionado en grado sumo”, en tanto su obtención “depende de que se alcance a repeler la agresión”, lo cual se sigue de que “[t]odo prevenir no sea

⁸¹ Véase MAÑALICH, *InDret* 1/2013, pp. 5 y ss., 15 y ss.

⁸² Esto ciertamente no equivale a sostener que una persona que exhibe semejante capacidad de autonomía agencial pudiera “merecer sufrir” en el sentido analizado en PARFIT, *On What Matters*, vol. I, 2011, pp. 263 y ss., a saber, en el sentido de merecer un padecimiento que pudiera ser análogo a un castigo divino consistente en “sufrir en el infierno” (*ibid.*, pp. 271 y s.). Pues esta última pregunta se ubica manifiestamente fuera del ámbito de pertinencia de la interpretación consecuencialista de una fundamentación secularmente retributiva de la pena estatal como la ofrecida por Beling.

⁸³ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 45 y s., 68 y s.

⁸⁴ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 73 y s. En detalle al respecto, y desde el punto de vista de una conceptualización del ejercicio de prerrogativas de gracia como una *intromisión* en la esfera de la justicia, véase MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 109 y ss., 135 y ss.

⁸⁵ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 114 y ss.

más que un probar"⁸⁶. Ello no vale, en cambio, tratándose de la "actividad retributiva", respecto de la cual Beling sostiene que

[c]omo tal ella no es capaz, por un lado, de proteger los intereses que el autor ha agredido. Por el contrario, ella siempre tiene el valor de resguardar la autoridad del Estado, en la medida en que ella ejerza una coacción estatal que se encuentre al servicio de una idea ética y desencadene sentimientos de respeto. También ella encuentra sus límites, naturalmente, en la capacidad humana: no todos los crímenes pueden ser efectivamente expiados, puesto que muchos criminales se sustraen de la justicia. Pero ciertamente será siempre más fácil esclarecer el hecho ya cometido y lograr atrapar al hechor que olfatear por adelantado crímenes todavía no nacidos. Y adicionalmente, aquí el sentimiento de respeto ante el Estado depende mucho menos de si los esfuerzos retributivos tienen éxito, y mucho más de si el Estado ha hecho lo humanamente posible para realizar la retribución y con ello hacer justicia a la idea ética⁸⁷.

Lo que está en juego en este contrapunto es inmediatamente explicitado: "[a]quí se manifiesta la profunda diferencia interna entre actividades que persiguen fines puramente prácticos y aquellas que al mismo tiempo se orientan a fines éticamente fundados"⁸⁸. Que la actividad retributiva pertenezca a esta última categoría significa que ella

tiene incondicionadamente el efecto del aseguramiento de autoridad, y quizá también casualmente, junto con ello, el de la prevención de delitos futuros; los esfuerzos orientados a la prevención posiblemente no tengan resultado alguno; si lo tienen, empero, entonces primariamente únicamente se tratará del combate del crimen pro futuro, y sólo de modo posiblemente casual también del aseguramiento de la autoridad⁸⁹.

La diferencia detectada por Beling concierne a la naturaleza de la conexión en que se encuentran la respectiva intervención estatal y el específico resultado cuya obtención tendría que fungir como la marca de éxito de esa intervención, según se trate de una intervención retributiva o preventivamente orientada: en el caso de una intervención preventiva, la conexión es causal, y en tal medida "externa"; en el caso de una intervención retributiva, en cambio, la conexión es performativa, y en tal medida "interna"⁹⁰. El punto se deja formular, con mayor precisión, en el vocabulario de la teoría de los actos de habla: la reafirmación de la autoridad del derecho quebrantado por el autor no se corresponde con un (eventual) *efecto perlocutivo* de la punición en

⁸⁶ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 117. Véase BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, p. 491, a propósito de la incertidumbre que acompaña al ejercicio de toda especie de coerción psicológica en tanto "coacción de aseguramiento", quien llegaba a caracterizar la (coacción mediante) amenaza como "tentativa de coacción" (*ibid.*, p. 496); en detalle al respecto MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 213 y ss.; en referencia específica a la versión bindingiana de una teoría de la retribución, MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 95 y ss.

⁸⁷ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 118 y s. Nótese que el uso de la noción de *expiación* que hace Beling resulta desafortunado, en atención a que "expiación" y "retribución" no son expresiones sinónimas en el contexto de la teoría de la justificación de la pena. Acerca de las así llamadas "teorías de la expiación", véase sólo BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 1913, pp. 205 y s., 210 y ss.

⁸⁸ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 119.

⁸⁹ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 119.

⁹⁰ Véase al respecto BERMAN, en DUFF/GREEN (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, 2011, pp. 454 y ss., quien observa que la postulación de tal conexión interna entre la punición (retributiva) y su correspondiente resultado es dependiente de cómo sea identificado aquello cuyo padecimiento es merecido por el sujeto pasivo de la punición. En cualquier caso, el argumento ofrecido por Berman se encuentra esencialmente determinado por una aproximación puramente *moral* al problema de la justificación de la pena. En general acerca de la distinción entre acciones *causalmente complejas* y acciones *constitutivamente complejas*, véase SEARLE, *Making the Social World*, 2010, pp. 36 y ss.

tanto posible instancia de acción simbólicamente mediada⁹¹, sino que se deja reconstruir como la marca de su específica *fuera ilocutiva*⁹², la cual se encuentra implícitamente codificada en la específica instancia de irrogación de un mal que es –ideológicamente– interpretada como reacción retributivamente merecida.

En efecto, la reafirmación de la autoridad del derecho quebrantado no es algo que hubiera de tener lugar, contingentemente, a consecuencia de la punición retributivamente orientada, sino que se trata de una prestación cuya realización se encuentra *constitutivamente determinada* por la satisfacción de las condiciones institucionales de las cuales depende que la respectiva reacción al quebrantamiento imputable del derecho exhiba el estatus de una punición merecida⁹³. En tal medida, se trata aquí de una conexión sólo susceptible de ser tematizada en atención a la especificidad de la punición *jurídica*⁹⁴. De ahí que ya Binding pudiera categóricamente sostener:

Toda pena es pena orientada a una finalidad. La finalidad jurídica de toda pena, según la concepción respectivamente dominante del derecho vigente, es íntegramente alcanzada a través de la ejecución de la pena. No hay finalidad punitiva alguna que se encuentre más allá de la ejecución⁹⁵.

No está de más reparar en que la caracterización de la punición como una reacción implícitamente ilocutiva, aquí favorecida⁹⁶, es consistente con su comprensión como un acto de habla orientado al entendimiento, esto es, con lo que Habermas tematizaría como una “instancia de acción comunicativa”, a saber: como un caso de interacción lingüísticamente mediada que tiene lugar en una concreta situación de habla, en términos tales que las pretensiones de validez implícitamente entabladas por los hablantes puedan ser discursivamente clarificadas⁹⁷. Desde este punto de vista, la comprobación de que la pretensión de validez entablada por el Estado *qua* agente de la punición se encuentra justificada se deja reconstruir como una exigencia de

⁹¹ Que es, a su vez, el estatus pragmático-lingüístico del posible efecto de intimidación (general o individual) que pudiera perseguirse a través de una punición preventivamente orientada. Ello no vale, empero, para un posible efecto (preventivo-especial) de incapacitación individual del condenado, cuya persecución sería propia no de una acción simbólicamente mediada *sub specie* acción estratégica, sino de una acción *instrumental*; véase MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 84 y ss.

⁹² En detalle al respecto MAÑALICH, *Estudios Públicos*, (108), 2007, pp. 156 y ss.; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 76 y ss. En general acerca de la categoría de los actos ilocutivos, en el marco de una aproximación crítica a la filosofía del lenguaje de Habermas, véase MAÑALICH, «¿Reglas del entendimiento? Acerca de la ‘juridificación’ de la comunicación en la pragmática universal de Jürgen Habermas», *Estudios Públicos*, (119), 2010, pp. 127 y ss., 135 y ss.

⁹³ Véase MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 107 y s. Acerca de las implicaciones que ello habría de tener para la comprensión de la ejecución de la pena en tanto realización de una relación punitiva, y en especial para el régimen del así llamado “derecho penitenciario”, véase MAÑALICH, «El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos», *Derecho y Humanidades*, (18), 2011, pp. 171 y ss.

⁹⁴ Es un desconocimiento de esa especificidad lo que explica que PÉREZ BARBERÁ, *InDret* 4/2014, pp. 10 y ss., asuma que una “fundamentación consecuencialista de la retribución” constituiría algo suficientemente parecido a una *contradictio in adjecto*, justamente a consecuencia de su validación de la hipótesis de que la reafirmación del derecho sólo podría contar como una “consecuencia extrínseca” de la punición.

⁹⁵ BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 8ª ed., 1913, p. 235.

⁹⁶ Esto supone, *a contrario sensu*, descartar una interpretación de la punición como un acto *explícitamente* performativo; véase al respecto MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 81 y ss.; MAÑALICH, en VV.AA., *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, 2013, pp. 171 y ss. Para la distinción entre expresiones (ante todo: verbales) explícita e implícitamente performativas, el *locus classicus* es AUSTIN, *How to Do Things with Words*, 2ª ed., 1975, pp. 32 y s., 53 y ss.

⁹⁷ Véase sólo HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen*, 1984, pp. 104 y ss., 114 y s.

“desempeño discursivo” de esa misma pretensión de validez⁹⁸, a saber: como la exigencia de fundamentar racionalmente la alegación de que el *compromiso* práctico reconocible en la reacción punitiva del Estado se encuentra debidamente sustentado en un correspondiente *título legitimador*⁹⁹.

8. Excurso: ¿Kant como teórico de la prevención general negativa?

Hasta aquí se ha intentado reseñar el programa belingiano de un modelo consecuencialista de derecho penal retributivo, dando cuenta de algunas de sus implicaciones fundamentales. Si bien aquí no interesa evaluar cuán divergente resulta ese modelo de las concepciones de la pena estatal que es posible rastrear en las filosofías de Kant y Hegel, no deja de ser oportuno examinar si y – en su caso – en qué medida la crítica que Beling dirige a la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach puede contribuir a clarificar la concepción delineada por Kant en su *Metafísica de las Costumbres*¹⁰⁰.

Esto último podría parecer sorprendente, en tanto sugiere que podría existir una conexión entre la específica variante de una teoría de la prevención general negativa elaborada por Feuerbach y lo que Kant plasma en su célebre acápite dedicado al “derecho penal”, no obstante que, al menos en la literatura de divulgación, Kant es masivamente invocado como el defensor por antonomasia de una concepción rigurosamente retribucionista de la pena¹⁰¹. En la bibliografía especializada, empero, esta caracterización ha sido puesta en cuestión¹⁰². En la última década, el punto ha sido incisiva e insistentemente examinado por Byrd y Hruschka, según quienes Kant atribuiría a la legislación penal una finalidad de prevención general de intimidación *à la* Feuerbach, mientras su defensa del así llamado “principio de la retribución” supondría una comprensión de éste como un estándar de fundamentación y determinación de la pena susceptible de ser judicialmente

⁹⁸ En contra de lo sugerido por PÉREZ BARBERÁ, *InDret* 4/2014, pp. 24 y ss., 27 y ss., no tiene sentido alguno tematizar, con apoyo en la filosofía de Habermas, una “situación de habla discursiva” como aquella que – en la terminología favorecida por Pérez Barberá – podría ocupar el lugar de una “situación de habla objeto”, en contraposición a una “metasituación de habla”. Pues esto desconoce la relación en que se encuentran los conceptos de “habla” (*Rede*) y “discurso” (*Diskurs*) en tanto *termini technici* del proyecto habermasiano de una “pragmática universal”: en referencia a una concreta situación de habla cualquiera – en la terminología de Pérez Barberá: una “situación de habla objeto” –, el discurso emerge como el espacio de evaluación crítico-reflexiva, por parte de los participantes en la comunicación, de la efectiva fundamentación de una o más de las pretensiones de validez entabladas por uno o más de los hablantes, esto es: como la correspondiente “meta-situación de habla”. Véase al respecto MAÑALICH, *Estudios Públicos*, (119), 2010, pp. 124 y ss., 131 y ss., con referencias ulteriores.

⁹⁹ Para el correspondiente modelo de una “pragmática normativa”, véase BRANDOM, *Making It Explicit*, 1994, pp. 141 y ss., 159 y ss., 229 y ss.; BRANDOM, *Articulating Reasons*, 2000, pp. 79 y ss. La aplicación que PÉREZ BARBERÁ, *InDret* 4/2014, pp. 29 y ss., hace de este mismo modelo asume sin más su compatibilidad con algunas presuposiciones básicas de una teoría de la justicia de inspiración rawlsiana, compatibilidad que resulta dubitable si se advierte que mientras la filosofía de Rawls se mantiene dentro de una concepción fundamentalmente kantiana de la racionalidad y la autonomía, el proyecto filosófico de Brandom se deja describir, en palabras de RORTY, *El pragmatismo, una versión*, 2000, p. 252, como un esfuerzo por llevar a la filosofía analítica “del momento kantiano al momento hegeliano”. Véase al respecto BRANDOM, *Articulating Reasons*, 2000, pp. 32 y ss.; también BRANDOM, *Reason in Philosophy*, 2009, pp. 52 y ss., 78 y ss.

¹⁰⁰ Véase BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 80 y ss.

¹⁰¹ Véase, y con matices, MURPHY, *Retribution, Justice, and Therapy*, 1979, pp. 82 y ss.; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, pp. 11 y ss.; CORLETT, *Responsibility and Punishment*, 4ª ed., 2013, pp. 63 y ss.; enfáticamente HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, pp. 29 y ss.

¹⁰² Véase ya MURPHY, «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *Columbia Law Review*, (87), 1987, *passim*, quien concluye que de la correspondiente sección de la *Rechtslehre* no sería posible extraer una concepción de la fundamentación de la pena teóricamente consistente.

impuesta¹⁰³. De ser correcta esta lectura de la obra de Kant, éste tendría que pasar a quedar incluido en el grupo de los partidarios de una teoría mixta o combinatoria de la justificación de la pena¹⁰⁴.

En lo fundamental, la propuesta de exégesis ofrecida por Byrd y Hruschka se apoya en dos argumentos disímiles, a saber: por una parte, en un argumento concerniente a “la función del derecho penal en un Estado de derecho”, que según Kant consistiría, exclusivamente, en “la protección de los derechos de los ciudadanos”¹⁰⁵; por otra parte, en un argumento de texto, referido al célebre pasaje en que Kant rechaza la existencia de un “derecho de necesidad” – a la vez sienta las bases para el posterior desarrollo de la categoría del estado de necesidad exculpante – a propósito del caso de la tabla de Carnéades¹⁰⁶, pasaje en el cual Kant asumiría que la legislación penal persigue la obtención de un efecto – en la terminología de la teoría de los actos de habla: perlocutivo – de intimidación general¹⁰⁷.

El primero de los dos argumentos es ineficaz para sustentar la conclusión a la que Byrd y Hruschka pretenden arribar. Pues aun asumiendo como no problemática esa caracterización unidimensional de la función del derecho penal en el marco de un Estado de derecho, es claro que la comprensión del derecho penal como “derecho de protección” es compatible con la renuncia a predicar una finalidad de prevención intimidatoria de las normas de sanción penal. Lo distintivo de una concepción retribucionista, a este respecto, está constituido por la adopción de un esquema *normológicamente dualista* de legitimación: en tanto “normas secundarias”, las normas de sanción penal no protegen – en la terminología más generalizada – bienes jurídicos, sino que refuerzan la vigencia de “normas primarias” – esto es: de normas de comportamiento – que a su vez dispensan protección a bienes jurídicos¹⁰⁸. En tal medida, no es necesario reconocer una finalidad de intimidación general a la sola producción legislativa de las normas de sanción para poder caracterizar el derecho penal como un “derecho de protección”. Pues la punición retributiva ajustada a la respectiva norma de sanción penal contribuye, como sostiene Beling, al reforzamiento de la autoridad normativa del Estado¹⁰⁹, en circunstancias de que son las normas de comportamiento autoritativamente validadas por el Estado las que se orientan a la protección de los “derechos de los ciudadanos”.

¹⁰³ Véase BYRD, «Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution», *Law and Philosophy*, (8), 1989, pp. 180 ss.; BYRD/HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right*, 2010, pp. 261 y ss.; HRUSCHKA, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (122), 2010, *passim*; HRUSCHKA, «Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts», en PAEFFGEN *et al.* (coords.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70 Geburtstag*, 2011, *passim*.

¹⁰⁴ Véase al respecto MAÑALICH, *Estudios Públicos*, (108), 2007, pp. 131 y ss.; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 63 y ss.

¹⁰⁵ BYRD, *Law and Philosophy*, (8), 1989, pp. 184 y ss.; BYRD/HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right*, 2010, pp. 264 y ss.; HRUSCHKA, en PAEFFGEN *et al.* (coords.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, 2011, pp. 32 y ss.

¹⁰⁶ Acerca de la genealogía de la consideración filosófica y teórica del caso, véase MAÑALICH, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», en EL MISMO (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal*, 2013, pp. 276 y ss., con referencias ulteriores.

¹⁰⁷ BYRD, *Law and Philosophy*, (8), 1989, pp. 189 y ss.; BYRD/HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right*, 2010, pp. 274 y s.; HRUSCHKA, en PAEFFGEN *et al.* (coords.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, 2011, pp. 34 y s.

¹⁰⁸ Al respecto MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 23 y ss., 29 y ss.; MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 103 y ss.; en referencia a la manifiesta consistencia de los puntos de vista de Binding y Hart a este respecto, véase también MAÑALICH, «Reglas primarias de obligación. Las ‘reglas del derecho penal’ en *El Concepto de Derecho de H.L.A. Hart*», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2012, pp. 580 y ss.

¹⁰⁹ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 43.

El segundo argumento, empero, parece difícil de contrarrestar. Pues en efecto dice Kant, en referencia a la situación en la cual se encuentra aquel náufrago que salva su propia a costa de la vida del otro:

No puede haber ley penal alguna que prevea la muerte para aquel que, flotando con otro en idéntico peligro para su vida con ocasión de un naufragio, aparta a éste de un empujón desde la tabla sobre la cual se ha salvado, para así salvarse a sí mismo. Pues la pena amenazada a través de la ley no podría ser mayor que la pérdida de la vida del primero. Por lo demás, semejante ley penal no puede tener el efecto pretendido; pues la amenaza con un mal que todavía es incierto (a saber, la muerte por sentencia judicial) no puede superar el temor ante el mal que es cierto (a saber, el ahogarse)¹¹⁰.

El pasaje ofrece inequívoco respaldo textual a la tesis según la cual Kant habría reconocido una finalidad de prevención general negativa a la legislación penal como tal. En contra de lo sugerido por Byrd y Hruschka, sin embargo, ello no refuta, sino que más bien *confirma*, la caracterización de la concepción kantiana de la justificación de la punición jurídica como una concepción propiamente retribucionista.

Para comprobar lo anterior, cabe reparar en que Kant esgrime dos consideraciones sucesivas que dejan entrever su propia representación de los presupuestos factuales de la realización de la finalidad de intimidación general por él atribuida a la legislación penal, en tanto presupuestos fallidos en un caso como el de la tabla de Carnéades. Por un lado, Kant parece sugerir que, en pos de que la conminación legislativa de la pena en cuestión pueda producir un efecto disuasivo, sería necesario que el mal amenazado como pena susceptible de ser judicialmente impuesta supere el beneficio que el agente pudiera conseguir a través de su comportamiento delictivo. En el caso de la tabla de Carnéades, ese presupuesto falla, puesto que el mal consistente en la destrucción de la vida del condenado a través de la ejecución de una pena de muerte como consecuencia jurídica del homicidio perpetrado sobre el otro náufrago es sin más equivalente al mal cuyo padecimiento es impedido (en su propio interés) por el primer náufrago a través de la ejecución de la maniobra de auto-salvamento a la vez productiva de la muerte del segundo. Y por otro lado, Kant observa que, en este mismo caso, la —irreductible— incertidumbre acerca de la contingencia de la imposición y ejecución de la pena (de muerte) conspiraría contra la eficacia disuasiva de su previa conminación legislativa, en razón de la cabal certeza que ese agente tendría del acaecimiento de su propia muerte en caso de que él se abstuviera de salvarse a costa de la vida del otro náufrago.

Notablemente, las consideraciones de Kant reproducen con exactitud la identificación más generalizada de dos factores cuya multiplicación arrojaría el índice de eficacia disuasoria que pudiera esperarse de la conminación legislativa de una sanción, a saber: la magnitud de la sanción cuya imposición se anuncia, por un lado, y la probabilidad de que la misma llegue a ser impuesta y ejecutada, por otro¹¹¹. Más allá de lo altamente inverosímil que resulta la hipótesis de la satisfacción del conjunto de precondiciones de las cuales dependería que el anuncio legislativo

¹¹⁰ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1798, p. 175, pp. 37 y s.

¹¹¹ Véase en detalle ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law*, 2008, pp. 32 y ss., quien da cuenta de la necesidad de añadir la variable de la mayor o menor tardanza en la (eventual) imposición y ejecución de la sanción como ulterior factor a incorporar en el esquema de análisis.

de sanciones pudiera desplegar un efecto disuasivo empíricamente verificable¹¹², lo crucial es advertir que la caracterización que Kant ofrece del canon de aplicación judicial de la legislación penal en efecto *neutraliza*, íntegramente, cualquier finalidad de intimidación general que pudiera atribuírsele.

Es precisamente en este contexto que Kant introduce su célebre conceptualización de la ley penal como un “imperativo categórico”: la pena legalmente prevista ha de ser judicialmente impuesta sobre el criminal “por el solo hecho de que él ha perpetrado el crimen”, sin que ello pueda verse impactado por consideraciones prudenciales concernientes a la manera en la cual su imposición pudiera fungir como “un medio para promover algún otro bien, ya sea para el criminal mismo, ya sea para la sociedad civil”¹¹³. En tal medida, se trata aquí de una caracterización estructural, y no (directamente) “moral”, de las normas de sanción penal¹¹⁴. Notablemente, Hruschka mismo enfatiza que en este punto radica la divergencia fundamental entre las concepciones de la legitimación de la punición estatal propuestas por Kant y por Feuerbach¹¹⁵: mientras para este último la finalidad –aun cuando no el fundamento– de la imposición (y ejecución) de la pena consiste en hacer eficaz la amenaza legislativa, por la vía de demostrar su seriedad, Kant no legitima la imposición judicial de la pena legalmente conminada en referencia a finalidad alguna. Pues esa acción judicial ha de constituir la conclusión de un silogismo cuya premisa mayor estaría representada por la respectiva norma de sanción en tanto estándar *categórico* de adjudicación¹¹⁶. Con ello, la caracterización kantiana de la posición institucional del adjudicador al que compete la aplicación de la respectiva norma de sanción se traduce en la postulación de una estricta “desconexión teleológica” entre el anuncio legislativo y la eventual imposición judicial de la pena¹¹⁷. Difícilmente pueda encontrarse una formulación más plástica de este último problema que en la siguiente observación de Beling, que detecta la *contradicción performativa* en la que incurre el Estado si se comporta del modo proclamado por la teoría feuerbachiana de la coacción psicológica:

Pues se incurre en una falacia manifiesta cuando uno deriva la necesidad de un derecho a la retribución de la necesidad de amenazar males para la prevención de crímenes. Si el Estado no se representa como indicada de antemano la retribución de fechorías, entonces es imposible que anuncie la retribución anticipadamente. Anuncios acerca de lo que uno piensa hacer presuponen que uno realmente planea el

¹¹² Fundamental al respecto ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law*, 2008, pp. 58 y ss.; para un justificado llamado de atención acerca de la indiferencia que un vasto conjunto de teóricos –¿o retóricos?– de la prevención muestra frente a la carga de validación empírica de su propuesta de legitimación consecuencialista de la punición, véase ORTIZ DE URBINA, *Perspectiva Penal Actual*, 2/2013, pp. 44 y s.; asimismo HOERSTER, *Muss Strafe sein?*, 2012, pp. 68 y ss. Entre esas precondiciones destaca, desde ya, el presupuesto de un cabal conocimiento de la norma de sanción que especifica la pena cuya imposición y ejecución arriesga el potencial autor en caso de llegar a ser efectivamente perseguido; para la crítica de la teoría feuerbachiana de la coacción psicológica en este punto, véase BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 82 y s.

¹¹³ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1798, p. 173; al respecto HRUSCHKA, en PAEFFGEN *et al.* (coords.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, 2011, pp. 28 y ss.

¹¹⁴ Lo cual significa: de esa caracterización no se sigue que la legislación penal se derive inmediatamente del *imperativo categórico* en tanto único principio de un sistema de “moral crítica”; véase al respecto MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 101 y s., con nota 55.

¹¹⁵ Véase HRUSCHKA, en PAEFFGEN *et al.* (coords.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, 2011, p. 34.

¹¹⁶ HRUSCHKA, en PAEFFGEN *et al.* (coords.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, 2011, p. 29.

¹¹⁷ Pues lo contrario supondría, según KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1798, p. 173, usar la persona del condenado como “mero medio para los propósitos de algún otro y ser mezclado entre los objetos del derecho de cosas”. Para una reformulación pragmático-lingüística de la así llamada “objeción kantiana” (a las teorías de la prevención), véase MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 84 y ss.

actuar en cuestión. Uno no vende una casa porque uno la ha anunciado en venta en los periódicos, sino que uno anuncia que está en venta porque uno se ha resuelto a la venta por razones que nada tienen que ver con el anuncio. Si el Estado no pudiera justificar la retribución y la hubiese, empero, anunciado previamente, él no desempeñaría entonces un rol honorable si se considerase en adelante obligado a ejercerla de todas formas [...] ¹¹⁸.

Este pasaje contribuye a clarificar la manera en que la caracterización kantiana de la posición institucional del tribunal habilitado para aplicar la respectiva norma de sanción penal resulta incompatible con un diseño legislativo de la praxis de la punición estatal que pudiese ser globalmente legitimada por la persecución de una finalidad de intimidación general.

Aquí es determinante volver sobre la observación de Kant en cuanto a que, en el caso de la tabla de Carnéades, en la situación en la que se encuentra el naufrago que salva su propia vida a costa de la vida del otro falla el presupuesto de eficacia disuasiva de la conminación legal de la pena, consistente en que el mal amenazado sea superior al beneficio que el destinatario situacional de esa amenaza podría obtener al perpetrar el hecho en cuestión. Pues este presupuesto no puede sino fallar sistemáticamente si la pena legalmente conminada ha de ser una proporcional al crimen en cuya virtud esa pena puede ser judicialmente impuesta, desde ya si —como Kant lo exige— tal relación de proporcionalidad queda determinada por el “derecho a la retribución” identificado con el *ius talionis* ¹¹⁹. Y lo que Kant entiende por esta exigencia no debería dejar espacio a duda alguna:

¿Qué tipo y qué grado de punición es aquel que la justicia pública convierte en principio y medida de juzgamiento? Ningún otro que el principio de la igualdad (en el sitio de la punta de la balanza de la justicia), el de no inclinar más hacia un lado que hacia el otro. Ergo: lo que irrogas como mal inmerecido a otro integrante del pueblo, te lo haces a ti mismo ¹²⁰.

Si bien Kant se apura en mostrar que, en determinados ámbitos, este principio de equivalencia puede no ser susceptible de implementación “literal”, él mismo observa que en tal caso el principio retiene su vigencia en la medida en que se preserve la equivalencia “según el efecto, correspondientemente al tipo de sensibilidad de los de mejor estirpe” ¹²¹.

Con ello, la pena judicialmente impuesta sobre el criminal, por el solo hecho de que éste ha perpetrado un determinado crimen, ha de ser estrictamente proporcional a ese mismo crimen. A este respecto, la principal contribución de la propuesta exegética ofrecida por Byrd y Hruschka radica precisamente en el hallazgo de que, con toda justicia, Kant puede ser considerado el precursor inmediato de la posteriormente célebre formulación del principio de legalidad por parte de Feuerbach ¹²². Pero esto significa, entonces, que la pena susceptible de ser impuesta sobre el hechor ha de ser la pena legalmente prevista para el crimen que se le imputa. ¿Mas de qué depende que la pena proporcionalmente adecuada al crimen en cuestión, que es la única pena cuya imposición judicial resulta retributivamente legítima, sea la pena ya previamente prevista

¹¹⁸ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 82.

¹¹⁹ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1798, pp. 174 y ss.

¹²⁰ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1798, p. 174.

¹²¹ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1798, p. 174.

¹²² BYRD y HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right*, 2010, pp. 270 y ss.; pormenorizadamente HRUSCHKA, en PAEFFGEN *et al.* (coords.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, 2011, pp. 18 y ss., 28 y ss.

por la respectiva ley penal para un crimen de ese tipo? La respuesta es clara: ello depende de que la pena legalmente conminada sea ya una proporcionalmente adecuada, esto es, una pena equivalente en su severidad a la gravedad del crimen que esa misma ley especifica.

En tal medida, el sometimiento simultáneo de la adjudicación jurídico-penal tanto al principio formal de legalidad como al principio retributivo de proporcionalidad, reclamado por Kant, sólo parece posible a través de la renuncia a una formulación legislativa de la respectiva norma de sanción que pudiera resultar idónea para la realización de una finalidad de intimidación general. Pues como observara Beling, un programa regulativo efectivamente orientado a la intimidación general tendría que traducirse en un esquema de amenaza legislativa de sanciones retributivamente desproporcionadas, como el reconocible en el draconiano catálogo de penas del Código Penal bávaro de 1813, redactado por Feuerbach¹²³.

9. La ideología de la retribución y la utopía prevencionista

Ahora es posible cerrar esta defensa de un programa de retribucionismo consecuencialista que invoca su propio énfasis en el estatus de la pena *qua* artefacto ideológico como su virtud capital. Según ya se sostuviera, es en este nivel —y no en el de la reflexión meta-ética— donde hay que trazar la incompatibilidad fundamental entre una concepción retribucionista y una concepción prevencionista de la pena estatal. Pues lo definitorio de ésta es su resistencia a validar la descripción de la pena como nada más (y nada menos) que un artefacto ideológico, para favorecer, en cambio, su representación como una herramienta, y más precisamente: como un instrumento de producción de seguridad¹²⁴.

Un modelo de derecho penal preventivo se halla implícitamente comprometido con la utopía de una “sociedad sin delincuencia”¹²⁵. Para calibrar adecuadamente en qué consiste esa utopía, cabe ceder la palabra al cineasta Raúl Ruiz, quien en un ensayo incluido en la primera de sus tres *Poéticas del Cine*, titulado “Imágenes de ninguna parte”, ofreciera algunas observaciones acerca de la naturaleza misma de cualquier utopía. Dice Ruiz:

Cada vez que leo o releo una utopía, se presente como un sueño encantador o como una pesadilla, tengo la impresión, a imagen de lo que sucede con la reconstrucción de Varsovia, de que le conviene a todo el mundo menos a mí. Así como las buenas utopías no me alegran (la Utopía de Thomas Moore), las malas (el Apocalipsis, digamos) tampoco me parecen dignas de pánico. Sin duda porque, para usar una expresión utópica, parecen no excluir a nadie en general, aunque en los hechos excluyan a todo el mundo en particular.

Otra tradición, más reciente, sostiene que la muerte del socialismo ha vuelto superfluas las utopías. Ahora bien, yo me temo que si el mundo de hoy es aterrador, es precisamente porque es un terreno propicio para las utopías. [...] Algunas nacen para hacer dinero. Otras, como las fuerzas de las Naciones Unidas, para reparar los daños. Algunas son esencialmente profilácticas. Otras, como la Iglesia, militan por el Bien; otras, como un tal Hollywood, pregonan la Maldad. Todas son utópicas, todas creen que la felicidad es la orquestación de ciertas disposiciones plebiscitadas como buenas. Para estas utopías, un hombre feliz es un hombre que se dice feliz y al que le creen. ¿Por qué le creen? Porque su felicidad tiene explicación [...]¹²⁶.

¹²³ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, p. 84.

¹²⁴ Véase KLUG, *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, t. II, 1981, p. 154.

¹²⁵ MAÑALICH, en ATRIA *et al.* (eds.), *Una vida en la Universidad de Chile*, 2013, pp. 407 y ss.

¹²⁶ RUIZ, *Poéticas del cine*, 2013, pp. 34 y s.

En lo que aquí interesa, es especialmente importante que Ruiz caracterice algunas utopías como “esencialmente profilácticas”. Pues la utopía prevencionista de una sociedad sin delincuencia es precisamente eso. No es casualidad que, en el apogeo de la lucha de escuelas, los términos “prevención” y “profilaxis” fuesen usados como sinónimos¹²⁷. Y tal como lo sugiere el título que preside el ensayo de Ruiz, la imagen de una sociedad que efectivamente estuviera liberada del “flagelo de la delincuencia” sería, al menos en lo que al derecho penal se refiere, precisamente eso: la imagen de ningún lugar. Pues como observara Beling:

Y si llegase alguna vez el día en que el Estado poseyese una mano de hierro tal y un aparato preventivo inmaculadamente funcional, tal que él sofocase los crímenes siempre ya en germen, entonces habría llegado la última hora al derecho penal, no sólo porque todos los crímenes habrían desaparecido fácticamente, sino también porque para semejante Estado ideal no sería necesario estar especialmente preocupado de asegurar su autoridad, ya que el absoluto amordazamiento de la criminalidad representaría, para él, un triunfo que le haría posible renunciar a los sentimientos de respeto de la muchedumbre. Pero con este “sí” tiene aquél un anzuelo: el momento en el cual este seductoramente bello “tren hacia la tierra prometida” habría alcanzado su destino jamás llegará, mientras “el Estado” sólo disponga de fuerza y comprensión humanas, y éstas permanezcan imperfectas¹²⁸.

10. Bibliografía

AUSTIN (1975), *How to Do Things with Words*, 2ª ed., Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

BELING (1906), *Die Lehre vom Verbrechen*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.

-EL MISMO (1908), *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Wilhelm Engelmann, Léipzig.

BERMAN (2011), «Two Kinds of Retributivism», en DUFF/GREEN (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, pp. 433-457.

BINDING (1913), *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 8ª ed., Felix Meiner, Léipzig.

-EL MISMO (1914), *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II, 2ª ed., Felix Meiner, Léipzig.

-EL MISMO (1922), *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., Felix Meiner, Léipzig.

BIRKMEYER (1907), *Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig?*, C.H. Beck, Múnich.

BIRNBACHER (2007), *Analytische Einführung in die Ethik*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín y Nueva York.

BOONIN (2008), *The Problem of Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge.

¹²⁷ Véase BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 77 y s.

¹²⁸ BELING, *Die Vergeltungsidee*, 1908, pp. 153 y s.

BRANDON (1994), *Making It Explicit*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) y Londres.

-EL MISMO (2000), *Articulating Reasons*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) y Londres.

-EL MISMO (2009), *Reason in Philosophy*, The Belknap Press, Cambridge (Mass.).

-EL MISMO (2011), «The Structure of Desire and Recognition: Self-Consciousness and Self-Constitution», en IKÄHEIMO/LAITINEN (eds.), *Recognition and Social Ontology*, Brill, Leiden y Londres, pp. 25-51.

BYRD (1989), «Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution», *Law and Philosophy* (8), pp. 151-200.

BYRD/HRUSCHKA (2010), *Kant's Doctrine of Right*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York.

CORLETT (2013), *Responsibility and Punishment*, 4ª ed., Springer, Dordrecht.

DAN-COHEN (2002), *Harmful Thoughts*, Princeton University Press, Princeton y Oxford.

DURÁN (2011), «Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos», *Revista de Filosofía*, (67), pp. 123-144.

ELDER (2007), «On the Place of Artifacts in Ontology», en MARGOLIS/LAURENCE (eds.), *Creations of the Mind*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, pp. 33-51.

FEIJOO (2014), *La pena como institución jurídica*, BdF, Montevideo y Buenos Aires.

GÜNTHER (2005), *Schuld und kommunikative Freiheit*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

HABERMAS (1984), *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

HART (2008), *Punishment and Responsibility*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford y Nueva York.

HEGEL (1821), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Felix Meiner, Léipzig (ed. de 1911).

HILPINEN (2011), «Artifact», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/artifact/>.

HOERSTER (2012), *Muss Strafe sein?*, C.H. Beck, Múnich.

HÖRNLE (2011), *Straftheorien*, Mohr Siebeck, Tubinga.

HRUSCHKA (2010), «Die ‚Verabschiedung‘ Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (122), pp. 493-503.

-EL MISMO (2011), «Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts», en PAEFFGEN *et al.* (coords.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70 Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 17-37.

ISRAEL (2002), «Remarks on Marxism and the philosophy of language», en KITCHING/PLEASANTS (eds.), *Marx and Wittgenstein*, Routledge, Londres y Nueva York, pp. 213-227.

JOHNSTON (2009), «Protest Cultures: Performances, Artifacts, and Ideations», en EL MISMO (ed.), *Culture, Social Movements, and Protest*, Ashgate, Burlington, pp. 3-29.

KANT (1798), *Metaphysik der Sitten*, ed. por KIRCHMANN, Verlag der Dürr'schen Buchhandlung, Léipzig (ed. de 1870).

KLUG (1981), *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, t. II, Springer, Berlín, Heidelberg y Nueva York.

LENK (1993), *Interpretationskonstrukte*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

LESCH (1999), *Der Verbrechensbegriff*, Carl Heymann, Colonia.

LIEPMANN (1908), «Strafrechtsreform und Schulenstreit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (28), pp. 1-21.

MAÑALICH (2007), «La pena como retribución», *Estudios Públicos*, (108), pp. 117-205.

-EL MISMO (2009), *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden.

-EL MISMO (2010a), *Terror, pena y amnistía*, Flandes Indiano, Santiago.

-EL MISMO (2010b), «Determinism, Free Will and Criminal Responsibility», en TOEPEL (coord.), *Free Will in Criminal Law and Procedure*, Franz Steiner/Nomos, Estútgart y Baden-Baden, pp. 49-62.

-EL MISMO (2010c), «¿Reglas del entendimiento? Acerca de la ‘juridificación’ de la comunicación en la pragmática universal de Jürgen Habermas», *Estudios Públicos*, (119), pp. 121-149.

-EL MISMO (2011a), «Beccaria: la pena como exclusión», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2ª ed., BdF, Montevideo y Buenos Aires, pp. 251-287.

- EL MISMO (2011b), «Determinismo, autonomía y responsabilidad penal», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2ª ed., BdF, Montevideo y Buenos Aires, pp. 181-210.
- EL MISMO (2011c), «El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos», *Derecho y Humanidades*, (18), pp. 163-178.
- EL MISMO (2012a), «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», *DOXA*, (35), pp. 663-690.
- EL MISMO (2012b), «Reglas primarias de obligación. Las 'reglas del derecho penal' en El Concepto de Derecho de H.L.A. Hart», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11/2012, pp. 571-585, disponible en: http://zis-online.com/dat/artikel/2012_11_716.pdf.
- EL MISMO (2013a), «Justicia, propiedad y prevención», en VV.AA., *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, pp. 167-187.
- EL MISMO (2013b), «Merecimiento, distribución y teodicea. El derecho penal en la teoría rawlsiana de la justicia», en ATRIA et al. (eds.), *Una vida en la Universidad de Chile. Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Legal Publishing/Thomson Reuters, Santiago, pp. 389-415.
- EL MISMO (2013c), «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret* 1/2013, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/944.pdf>.
- EL MISMO (2013d), «Normas permisivas y deberes de tolerancia», en EL MISMO (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal*, BdF, Montevideo y Buenos Aires, pp. 177-283.
- EL MISMO (2014), *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo.
- MARX (2007), *Dispatches for the New York Tribune: Selected Journalism of Karl Marx*, Penguin, Nueva York.
- MELNYK (2003), *A Physicalist Manifesto*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York.
- MERKEL (1889), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Ferdinand Enke, Estútgart.
- EL MISMO (1892), *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, Karl J. Trübner, Estrasburgo.
- MOHR (2005), «Unrecht und Strafe», en SIEP (coord.), *G.W.F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Akademie Verlag, Berlín, pp. 95-124.

MOYAR (2004), «Die Verwirklichung meiner Autorität: Hegels komplementäre Modelle von Individuen und Institutionen», en HALBIG/QUANTE/SIEP (coords.), *Hegels Erbe*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, pp. 209-253.

MURPHY (1979), *Retribution, Justice, and Therapy*, Dordrecht, Reidel.

-EL MISMO (1987), «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *Columbia Law Review*, (87), pp. 509-532.

NEUMANN/SCHROTH (1980), *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.

ORTIZ DE URBINA (2013), «Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)», *Perspectiva Penal Actual*, 2/2013, pp. 39-60.

PARFIT (2011), *On What Matters*, vol. I, Oxford University Press, Oxford y Nueva York.

PAWLIK (2004), *Person, Subjekt, Bürger*, Duncker & Humblot, Berlín.

PÉREZ BARBERÁ (2014), «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena», *InDret* 4/2014, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf>.

PIPPIN (2005), «Hegel, Freedom, The Will. The Philosophy of Right (§§ 1-33)», en SIEP (coord.), *G.W.F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2ª ed., Akademie Verlag, Berlín, pp. 31-53.

-EL MISMO (2008), *Hegel's Practical Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge.

RADBRUCH (1963), *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., K.F. Koehler, Estútgart.

ROBINSON (2008), *Distributive Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York.

RORTY (2000), *El pragmatismo, una versión*, Ariel, Barcelona.

ROSS (1975), *On Guilt, Responsibility and Punishment*, University of California Press, Berkeley y Los Angeles.

RUDDER BAKER (2007), *The Metaphysics of Everyday Life*, Cambridge University Press, Cambridge y Nueva York.

RUIZ (2013), *Poéticas del cine*, Ediciones UDP, Santiago.

SCHÜNEMANN (2008), «Aporías de la teoría de la pena en la filosofía», *InDret* 2/2008, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/531.pdf>.

SEARLE (2010), *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York.

VOLÓSHINOV (1973), *Marxism and the Philosophy of Language*, Seminar Press, Nueva York y Londres.

VORBAUM (2011), *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2ª ed., Springer, Heidelberg.

WILENMANN (2014), *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, Mohr Siebeck, Tubinga.

WITTGENSTEIN (1922), *Logisch-philosophische Abhandlung. Tractatus logico-philosophicus*, ed. crítica de MCGUINNES/SCHULTE; Suhrkamp, Fráncfort del Meno (ed. de 1989).