

LAS TEORÍAS RETRIBUTIVAS EN EL PENSAMIENTO ANGLOAMERICANO CONTEMPORÁNEO

Dr. Adriano TEIXEIRA, LL.M.*

Fecha de recepción: 8 de julio de 2018

Fecha de aprobación: 23 de septiembre de 2018

Resumen

A pesar de su “resurgimiento” en los últimos años, la teoría de la retribución es rechazada prácticamente de inmediato por la opinión dominante en Alemania, en virtud de una equiparación con las teorías de la pena del idealismo alemán. Sin embargo, este rechazo ignora el desarrollo que ha tenido la teoría de la retribución en los últimos años, en especial en el ámbito de discusión anglosajón. En este trabajo se presentará esta última discusión, con el fin de demostrar que la teoría de la retribución es mucho más compleja y refinada de lo que cree la opinión dominante alemana.

Palabras clave: Retribución – Teorías de la pena – Castigo – Deontologismo – Consecuencialismo – Filosofía analítica

Title: Retributivism in the Recent English-speaking debate

Abstract

Despite its ‘renaissance’ in the last few years, the theory of retribution is almost immediately rejected by most German scholars. The main reason for this rejection is related to an alleged equivalence between retributivism and the justification of punishment provided by German idealism. However, this rejection ignores that the theory of retributivist punishment has been recently developed in an astonishing manner in the English-speaking debate. In this article I will

* Doctor en Derecho, Ludwig-Maximilians-Universität München. Traducción del borrador original en alemán de Lucía Solavagione (becaria doctoral DAAD, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn, Alemania). Revisión del Mag. Leandro A. Dias (UBA).

present this debate in order to show that the theory of retributivist punishment is more complex and refined than the classic theory of retribution that most German scholars have in mind.

Keywords: Retribution – Justification of punishment – Punishment – Deontology – Consequentialism – Analytic philosophy

Sumario

I. Introducción; II. Precisiones terminológicas; III. El resurgimiento del retribucionismo en la filosofía del derecho penal angloamericana; IV. Variantes de la teoría de la retribución; V. Conclusión.

I. Introducción

En Alemania, la teoría de la retribución es equiparada automáticamente a las teorías de la pena del idealismo alemán, asociadas a KANT y HEGEL.¹ Aunque en las últimas décadas se ha observado un renacimiento de las teorías absolutas de la pena a través de una exégesis sofisticada de los clásicos,² se afirma que la teoría retributiva “pura prácticamente ya no es defendida”³ o que “ya no es científicamente sostenible”,⁴ al menos en ese país⁵. En la discusión angloamericana, por el contrario, la teoría de la retribución posee una influencia significativa. En la actualidad, el retribucionismo (como es denominada allí esta teoría)⁶ es probablemente —desde su resurgimiento en la década de 1970 como consecuencia de la decadencia teórica y práctica del utilitarismo— la

¹ HÖRNLE, *Straftheorien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 15.

² Críticos al respecto SCHÜNEMANN, “Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur - Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist”, en *FS-Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 327; MAÑALICH, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva” en *InDret*, n.º 2, 2015, pp. 3 ss.; ZIFFER, “Acerca del ‘resurgimiento’ del retribucionismo” en *En Letra Derecho Penal*, n.º 6, 2018, p. 34.

³ STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Múnich, Vahlen, 2011, § 1 n.º m. 14.

⁴ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., t. 1, Múnich, C.H. Beck, 2006, § 3, n.º m. 7; al respecto, JOECKS, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, t. 1, Múnich, C.H. Beck, 2011, n.º m. 54 (Introducción).

⁵ Cfr., sin embargo, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2012: “El renacimiento de la teoría retributiva no ha sido todavía trabajado adecuadamente en la teoría general del delito”, p. 17, también pp. 87 ss.; KLOCKE/MÜLLER “Zur Renaissance der Vergeltung - Ringpublikationsprojekt ‘Prävention und Zurechnung - Präventionsorientierte Zurechnung?’”, en *Strafverteidiger*, n.º 9, 2014, , pp. 370 ss.

⁶ En este trabajo se utilizarán las expresiones “teoría de la retribución” y “retribucionismo” como sinónimos.

opinión dominante en el ámbito angloparlante.⁷ Si se realiza una apreciación acabada de la minuciosa discusión anglosajona sobre las teorías de la pena, tendría que ser cuestionada la ya mencionada tesis del carácter científicamente insostenible de la teoría retributiva. Además, a diferencia de lo que sucede en el debate alemán sobre las teorías de los fines de la pena, el retribucionismo anglosajón corre el foco de atención anclado en KANT y HEGEL, tanto en lo referido a los contenidos normativos matizados, como también en lo que respecta a los planteamientos metodológicos o filosóficos —de la filosofía analítica— utilizados.

El objetivo de este breve estudio es presentar un panorama sobre el desarrollo de la teoría de la retribución en el ámbito anglosajón, analizar sus variantes —sin pretensión de abarcar exhaustivamente todos los autores y sus argumentos— y responder a la pregunta sobre si es aún posible que pueda tener lugar en la justificación normativa⁸ de la pena estatal. No obstante, y por sobre todo, se mostrará que el retribucionismo es una teoría con diferenciaciones finas y que debe ser tomado en serio, cuyo tratamiento a través de la filosofía del derecho angloamericana constituye un desafío para la crítica tradicional contra la teoría de la retribución y de la cual la discusión alemana sobre el fin de la pena puede aprender, incluso cuando no quiera considerarse a la retribución como justificación única o suficiente de la existencia de la pena como institución.

Antes de desarrollar el renacimiento del retribucionismo en el ámbito angloparlante (punto III) y de, seguidamente, analizar sus variantes (punto IV), es necesario realizar algunas aclaraciones conceptuales previas (punto II).

II. Precisiones terminológicas

⁷ Con otras referencias: DOLINKO, “Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment”, en *Law and Philosophy*, n.º 16, 1997, p. 507; CHRISTOPHER, “Deterring Retributivism: The Injustice of 'Just' Punishment”, en *Northwestern University Law Review*, n.º 96, 2002, p. 847; BAGARIC/AMARASEKARA, “The Errors of Retributivism”, en *Melbourne University Law Review*, n.º 24, 2000, p. 126; KAISER, *Widerspruch und Harte Behandlung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1998, p. 136; HUSAK, “Malum Prohibitum and Retributivism” en DUFF/GREEN (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 70.

⁸ Para una distinción entre un enfoque descriptivo y uno normativo, véase HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 1.

A diferencia de la tradición alemana, en el ámbito angloamericano no se distingue entre teorías de la pena absolutas y relativas,⁹ sino entre utilitarias¹⁰ y retributivas. En la discusión angloamericana, la teoría de la retribución no coincide necesariamente con la teoría absoluta de la pena, es decir, con aquella que pretende justificar la pena sin consideración de las consecuencias. En esta tradición, recibe la denominación “teoría de la retribución” (“retribucionismo”),¹¹ en términos generales, toda teoría que considere a la culpabilidad o al merecimiento (“*desert*”) como un elemento normativo de importancia para la justificación de la pena. Las consideraciones orientadas a las consecuencias pueden ser tenidas en cuenta, aunque no necesariamente. Sin embargo, existen discrepancias respecto de la respuesta a la pregunta sobre *cuál* es el rol normativo que debe tener este elemento (culpabilidad o merecimiento).

Con relación a esto, pueden observarse básicamente tres posiciones. Por un lado, se ha defendido que el retribucionismo es una postura que entiende que solo debe ser penado aquel que es culpable o, en otras palabras, que la culpabilidad es una condición *necesaria* de la pena.¹² MOORE, p. ej., sostiene por el contrario que la culpabilidad moral es no solamente necesaria, sino también *suficiente* para la justificación de la pena.¹³ Por último, se ha entendido también que la retribución, o compensación de la culpabilidad, no es un requisito necesario ni suficiente para justificar la pena, sino solamente *una buena razón* para ello.¹⁴

Frente a esta ambivalencia no sería adecuado realizar una valoración global ni, especialmente, una crítica general a la teoría de la retribución en el ámbito angloamericano. Ciertas objeciones que podrían formularse a alguna de estas posiciones no serían pertinentes respecto de alguna de las otras. Por esta razón, en el presente trabajo se considerarán tres variantes como sustrato de la concepción básica de la teoría de la retribución en la discusión anglosajona.

⁹ Con otras referencias y una crítica al respecto, HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 3; en sentido similar, un punto de vista diferenciador también en GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009, p. 354 ss.

¹⁰ La teoría utilitarista de la pena es definida por FEINBERG del siguiente modo: “punishment of the guilty is at best a necessary evil justified only as a means to the prevention of evil greater than itself” (FEINBERG, “The classic debate”, en FEINBERG/COLEMAN (eds.), *Philosophy of Law*, Belmont, Wadsworth, 7.ª ed. 2004, p. 799).

¹¹ Véase HUSAK, “Broad Culpability and the Retributivist Dream”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, n.º 9, 2012, p. 450, nota 7.

¹² QUINTON, “On punishment”, en *Analysis*, n.º 14, 1954, p. 138.

¹³ MOORE, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 88.

¹⁴ ZAIBERT, *Punishment and Retribution*, London, Routledge, 2006, pp. 5-6, *passim*.

La primera variante puede denominarse *teoría negativa de la retribución*, mientras que las otras dos pueden ser clasificadas bajo el rótulo de *teorías positivas de la retribución*,¹⁵ las que, a su vez, pueden subclasificarse en teorías *absolutas o propias* y teorías *relativas o impropias* de la retribución.¹⁶ Según la teoría negativa, cuyos principales exponentes, a comienzos del resurgimiento del retribucionismo, han sido RAWLS y HART,¹⁷ la retribución es solo un factor de limitación en la justificación de la pena o esta funciona *frente al autor* del delito como un elemento legitimador. La *teoría positiva de la retribución*, por el contrario, pone énfasis en la retribución o restablecimiento de la justicia como fuerza activa de justificación respecto de la pena como *institución*,¹⁸ tanto frente al autor del delito como frente a la sociedad.¹⁹ Luego, la situación del autor al que se le impone una pena individual en la medida de su culpabilidad tendría un valor positivo intrínseco.²⁰ Dentro de las teorías positivas de la retribución, las teorías absolutas y relativas se distinguen entre sí por el hecho de que en las últimas, y a diferencia de las primeras, las consecuencias sociales de la pena o las consideraciones vinculadas a la teoría del Estado pueden desempeñar un papel (al menos negativo o limitante) en su su legitimación. No existe entonces ninguna obligación categórica de penar en virtud, exclusivamente, de la culpabilidad del autor.²¹ ²² Ambas son fundamentadas tanto por

¹⁵ Sobre esta clasificación básica, ver MACKIE, "Morality and the retributive emotions", en *Criminal Justice Ethics*, n.º 1, 1982, p. 4.

¹⁶ Esta clasificación se corresponde, fundamentalmente, con la taxonomía de MOORE, *supra* nota 13, p. 156 ss., y de GRECO, *supra* nota 9, p. 463, quienes subdividen la teoría retributiva en una variante deontológica y una consecuencialista.

¹⁷ Ver *infra* IV. 1.

¹⁸ MURPHY, *Retribution Reconsidered*, Springer, 1992, p. 22: "The retributively just or deserved punishment is not merely a limit on the pursuit of utilitarian deterrence but is itself the general justifying aim"; similar, DOLINKO, "Some thoughts about retributivism", en *Ethics*, n.º 101, 1991, p. 542; PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, Humanity Books, 1989, p. 148.

¹⁹ Sobre esta distinción, ver SCHÜNEMANN, "Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie", en ÍDEM *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, p. 112; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 5; HUSAK, "Why Criminal Law: A Question of Content?", en *Criminal Law and Philosophy*, n.º 2, 2008, p. 108.

²⁰ RAWLS, "Two concepts of rules", en *The Philosophical Review*, n.º 64, 1955, p. 5.

²¹ La teoría absoluta de la pena es normalmente definida como aquella que pretende justificar la pena con independencia de una finalidad externa; mientras que la relativa como aquella que quiere atribuirle a la pena un determinado fin social (así, por todos, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980, pp. 4-5). En este trabajo se tomará intencionalmente esta clasificación para distinguir entre diferentes enfoques *dentro* de la teoría de la retribución. Por ello, en el concepto de "teoría relativa de la retribución" se incluirá tanto la postura que tiene en cuenta la consecuencia social de la pena (es decir, como limitación), como también la variante que le atribuye al éxito social de la pena un valor justificativo positivo.

²² Desde el comienzo debe señalarse que la clasificación de la teoría de la retribución anglosajona aquí propuesta no sigue una línea cronológica, pese a que la teoría negativa de la retribución, esto es, la primera en ser expuesta, data de comienzos del resurgimiento de la retribución.

enfoques éticos, que se orientan según la culpabilidad moral, como jurídicos, que hacen hincapié con énfasis en la violación al derecho.²³

Más allá de estos diferentes contenidos normativos, la teoría angloamericana de la retribución muestra un amplio espectro de enfoques justificativos dentro de las modalidades básicas,²⁴ los cuales —en parte como reacción a la crítica constante— se han ido desarrollando y diferenciando de forma ininterrumpida. Con relación a esto, algunos autores han tomado en serio el rol de nuestras intuiciones, sentimientos e, incluso, impresiones estéticas y, con base en ello, han intentado dar una respuesta a la pregunta de la justificación de la pena.

III. El resurgimiento del retribucionismo en la filosofía del derecho penal angloamericana

Hasta la década de 1960, la teoría de la retribución parecía estar muerta en el ámbito angloparlante.²⁵ Así, se la consideraba acientífica, primitiva, irracional o como la simple realización de una sed de venganza.²⁶ Desde el siglo XIX predominaron concepciones utilitaristas sobre la justificación de la pena y la dirección de la práctica penal. Al respecto, eran usuales las condenas indeterminadas con finalidades resocializadoras, de neutralización y, eventualmente, también de prevención general.²⁷ No obstante, desde los años sesenta y setenta se pudo observar un resurgimiento del retribucionismo en la filosofía moral angloamericana.²⁸ Este renacimiento de la teoría de la retribución puede ser considerado como una reacción al fracaso de las teorías utilitaristas

²³ Esta taxonomía se encuentra en FEINBERG, *supra* nota 10, p. 800.

²⁴ COTTINGHAM, “Varieties of retribution”, en *The Philosophical Quarterly*, n.º 29, 1979, pp. 238-246, identifica nueve versiones diferentes de la teoría de la retribución.

²⁵ HAMPTON, “Liberalism, retribution and criminality”, en COLEMAN/BUCHANAN (eds.), *In Harm’s way: Essays in honor of Joel Feinberg*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 168.

²⁶ BRAITHWAITE/PETTIT, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 2; TONRY, “Thinking about punishment”, en ÍDEM (ed.), *Why Punish: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 3.

²⁷ KAISER, *supra* nota 7, p. 136.

²⁸ Cfr. solo DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 8; ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 9; BEDAU, “Retribution and the theory of punishment”, en *The Journal of Philosophy*, n.º 75, 1978, p. 601; MATRAVERS, “Is Twenty-first Century Punishment Post-desert?”, en TONRY (ed.), *Retributivism Has a Past: Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 30.

de la pena y de la práctica penal.²⁹ Este impulso reactivo se basó en consideraciones de naturaleza tanto pragmática como teórico-filosófica.

Las objeciones éticas contra una práctica puramente orientada a las consecuencias desempeñaron un gran papel para desacreditar el sistema penal utilitarista.³⁰ P. ej., se percibía como arbitrario e injusto aplicar penas con el objetivo de neutralización o resocialización, que podían ser manipuladas por los funcionarios y permitían el encierro del autor hasta su regreso “sin peligro” a la sociedad.³¹ ³² Además, el fracaso de la práctica penal utilitarista se debió a la desilusión que generó la ineffectividad de sus métodos para reducir la criminalidad, en especial la ausencia de una disminución del índice de reincidencia a través de programas resocializadores, lo que provocó la conocida expresión de MARTINSON “*nothing works*”.³³

La crítica se basó, asimismo, en consideraciones filosóficas más generales. Se señaló, por un lado, la supuesta necesidad utilitarista del castigo al inocente (*infra* 1) y, por otro, la instrumentalización del autor de delito (*infra* 2).

1. La objeción fundamental contra la teoría utilitarista de la pena se debió a los *derechos del inocente*.³⁴ Así, se le reprochó al enfoque exclusivamente orientado a las consecuencias que permitiera *lógicamente* el castigo de un inocente.³⁵ ³⁶ El problema radica, según sus críticos, en que

²⁹ Cfr. solo WALKER, “Modern Retributivism”, en GROSS/HARRISON (eds.), *Jurisprudence: Cambridge Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 73; DUFF, *supra* nota 28, p. 7; TONRY, *supra* nota 26, p. 5.

³⁰ WALKER, *supra* nota 29, p. 73.

³¹ BRAITHWAITE/PETTIT, *supra* nota 26, p. 4; KAISER, *supra* nota 7, p. 136. Una junta de libertad condicional (“*parole board*”) podía decidir si y cuándo el condenado podía ser liberado.

³² Como reacción a esto, VON HIRSCH (1976) ha contribuido considerablemente al renacimiento del pensamiento retributivo con su libro “*Doing Justice*”, en la medida que introdujo la expresión “*just deserts*” en la discusión y defendió la aplicación de una pena proporcional al hecho. Al respecto, ver GARDNER, “The Renaissance of Retribution”, en *Wisconsin Law Review*, 1976, p. 781 ss.; BAGARIC/AMARASEKARA, *supra* nota 7, p. 132; GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2001, p. 59; ZIFFER, *supra* nota 2, p. 40.

³³ MARTINSON, “What works? - questions and answers about prison reform”, en *The Public Interest*, n.º 35, 1974, p. 22 ss.

³⁴ Cfr. EWING, *The Morality of Punishment with Some Suggestions for a General Theory of Ethics*, Routledge, 1929, p. 17.

³⁵ QUINTON, *supra* nota 12, p. 134; MABBOTT, “Punishment”, en *Mind. New Series*, n.º 48, 1939, p. 152; DUFF, *supra* nota 28, p. 8; MCCLOSKEY, “A non-utilitarian approach to punishment”, en BAYLES (ed.), *Contemporary Utilitarianism*, Gloucester, Peter Smith, 1968, p. 246 ss.; TEN, *Crime, Guilt and Punishment: A Philosophical Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 13 ss.; WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?*, 1992, p. 39.

³⁶ Algunos sostienen que también la teoría de la retribución es consistente con el castigo de un inocente, cfr. BAGARIC/AMARASEKARA, *supra* nota 7, p. 140; RUSSELL, *supra* nota 7, p. 898 ss. Dado que la teoría de la retribución estaría obligada a castigar a todos los autores culpables, en la práctica habría inocentes que serían necesariamente castigados por error.

la teoría utilitarista de la pena, en especial según la variante de su principal exponente, JEREMY BENTHAM, justificaría la prohibición del castigo del inocente únicamente con motivo de su ineficacia preventiva.³⁷ De ahí que, según la perspectiva utilitarista, sea lógicamente posible aplicar una pena injusta, siempre que, de algún modo y en algún momento, pudiera tener efectos provechosos. No existiría, entonces, ningún fundamento ético contra penas injustas; su aplicabilidad dependería solamente de una casualidad.³⁸ En este sentido, los teóricos de la retribución argumentan que el principio retributivo contiene en sí mismo, y forzosamente, el principio de culpabilidad y que este principio es incompatible con, o ajeno a, las teorías de la pena orientadas exclusivamente a las consecuencias.³⁹ La insuficiencia del principio de culpabilidad reconstruido sobre la base utilitarista⁴⁰ indicaría la plausibilidad inicial de la teoría de la retribución.⁴¹

2. Otra preocupación de los teóricos de la retribución se vincula con el tratamiento del delincuente culpable.⁴² Así, la teoría utilitarista daría lugar a que el autor no sea tratado como una persona autónoma, sino que sería *instrumentalizado* como un mero medio para realizar fines ajenos (prevención, neutralización, etc.).⁴³ En este punto, se recurre al principio de prohibición de

En esto se recurre críticamente a la teoría del doble efecto. Al respecto, ver KAPLOW/SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2002, p. 336 ss.

³⁷ Ver BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1907, p. 170 ss. BENTHAM supone que la pena en sí misma es un mal. En relación con el principio de utilidad (“*principle of utility*”), la pena solo podría ser justificada si pudiera conducir a la evitación de un mal mayor. Por ello, la pena no debería ser aplicada cuando fuese *inmotivada* (“*groundless*”), *inefectiva* (“*inefficacious*”), *improductiva* (“*unprofitable*”), *demasiado cara* e *innecesaria* (“*needless*”).

³⁸ MCCLOSKEY, *supra* nota 35, p. 247. El conocido experimento mental a través del cual quedaría demostrado el compromiso del utilitarismo con el castigo del inocente, proviene de MCCLOSKEY: en una región en la que hay conflictos raciales, un hombre de raza negra viola a una mujer blanca. El hombre no puede ser hallado y, si nadie es castigado, puede que se desate una ola de violencia. El comisario puede impedirla si detiene a otro hombre y, a través de la creación de pruebas falsas, le aplica un castigo a modo ejemplificador. Dado que esta alternativa produciría las mejores consecuencias, el utilitarista debería verse obligado a aceptarla, MCCLOSKEY, *supra* nota 35, p. 249. El ejemplo se corresponde con la versión apenas modificada de TEN, *supra* nota 35, p. 13; al respecto también BAURMANN, *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1981, p. 34; GRECO, *supra* nota 9, p. 244.

³⁹ Cfr. solo QUINTON, *supra* nota 12, p. 134 ss. Al respecto BAURMANN, *supra* nota 38, pp. 16-17.

⁴⁰ SCHÜNEMANN, *supra* nota 19, p. 114.

⁴¹ Este carácter reactivo del renacimiento del retribucionismo angloamericano puede ser ilustrado mediante las palabras de MCCLOSKEY: “It is these difficulties of utilitarianism -of act- and rule-utilitarianism- and the facts which give rise to these difficulties which give to the retributive theory, that the vicious deserve to suffer, its initial plausibility” (MCCLOSKEY, *supra* nota 35, p. 254).

⁴² DUFF, “Responsibility, Restoration, and Retribution”, en TONRY (ed.), *Retributivism Has a Past, Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 64.

⁴³ MURPHY, *Retribution, Justice and Therapy: Essays in the Philosophy of Law*, Dordrecht, D. Reidel, 1979, p. 95; GREENAWALT, “Punishment”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, n.º 74, 1983, p. 353; BURGH, “Do the guilty deserve punishment?”, en *The Journal of Philosophy*, n.º 79, 1982, p. 195.

instrumentalización, formulado por KANT, según el cual “el hombre no puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos de los derechos reales (*Sachenrecht*)”.⁴⁴ Como consecuencia de ello, únicamente la pena retributiva estaría éticamente justificada en este sentido, pues respetaría la dignidad humana de la persona y trataría al autor como un individuo autónomo.⁴⁵ De esta manera, la teoría retributiva sería considerada como la única teoría de la pena susceptible de ser defendida moralmente.⁴⁶

Empero, el retribucionismo angloamericano está muy lejos de ser una concepción monolítica. Este se ha desarrollado mediante diversas variantes y sigue siendo, aún hoy, un grupo de diferentes teorías con ventajas y desventajas propias. Esto será analizado en detalle a continuación.

IV. Variantes de la teoría de la retribución

1. Teorías negativas de la retribución

En los inicios del resurgimiento del retribucionismo se formuló una versión modesta⁴⁷ de la teoría de la retribución —si es que todavía puede ser llamada “teoría de la retribución”—, que abrió la puerta al desarrollo de variantes más exigentes.⁴⁸ El núcleo de las reflexiones estaba guiado por el intento de evitar las consecuencias indeseables que se derivaban de las teorías utilitaristas de la pena, especialmente la posibilidad lógica del castigo de inocentes. Por consiguiente, el postulado central de las teorías negativas de la retribución sostiene que solo quien es culpable debe ser castigado. La culpabilidad sería, entonces, una condición *necesaria* de la pena.⁴⁹ Según esta concepción, las consideraciones orientadas a las consecuencias —como la prevención, la

⁴⁴ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Edición t. VIII, Berlín, Suhrkamp, p. 453, [N.T. la cita en español fue tomada de KANT, *La metafísica de las costumbres* /trad. Adela CORTINA ORTS y Jesús CONILL SANCHO], Tecnos, 1996, p. 166]; crítico al respecto DUFF, *supra* nota 28, p. 13; RUSSELL, *supra* nota 7, p. 929 ss.; ROXIN, *supra* nota 5, § 3, n.º m. 57; GRECO, *supra* nota 9, pp. 455-456; HÖRNLE, “Claus Roxins straftheoretischer Ansatz”, en *FS- Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlín, Walter de Gruyter, 2011, p. 14.

⁴⁵ MOORE, *supra* nota 13, p. 151: “Respecting the autonomy of criminals is the grain of truth in the otherwise misleading slogan that ‘criminals have a right to retributive Punishment’”; MARKEL, “What Might Retributive Justice Be? An Argument for the Confrontational Conception of Retributivism”, en WHITE (ed.), *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 51.

⁴⁶ MURPHY, *supra* nota 43, p. 95.

⁴⁷ DOLINKO, *supra* nota 18, p. 542 y ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 130, hablan de un “*modest retributivism*”.

⁴⁸ KAISER, *supra* nota 7, p. 140.

⁴⁹ De allí también la denominación corriente de teoría “lógica” o “minimalista” de la retribución, cfr. COTTINGHAM, *supra* nota 24, p. 240-241; ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 127.

neutralización, la resocialización, etc.— son necesarias para la legitimación de la pena como institución.⁵⁰ Dos reconocidos defensores de esta versión en el ámbito anglosajón son, principalmente, los siguientes autores: RAWLS y HART.

a) En su clásico ensayo “Two Concepts of Rules” RAWLS pretende conciliar la teoría utilitarista con la retributiva.⁵¹ Para ello, distingue entre la justificación de una práctica⁵² y la justificación de un acto particular que forma parte de esa práctica.⁵³ La tesis del autor es la siguiente: “Los argumentos utilitaristas valen para cuestiones en torno a las prácticas, mientras que los argumentos retributivos se circunscriben a la aplicación de reglas particulares a casos particulares”.⁵⁴ En este sentido, el juez mira solo hacia el pasado y el legislador hacia el futuro. Para la justificación de la función del juez valdría la teoría de la retribución y para la de la función del legislador, las teorías utilitaristas.⁵⁵ RAWLS no ve en la teoría retributiva ningún valor para justificar la pena como *institución*. Lo positivo de esta sería la apelación a la culpabilidad como un principio limitador, que funcionaría como una barrera contra el castigo del inocente.⁵⁶ Sin embargo, RAWLS intenta construir este obstáculo de otro modo. Según su concepción, la pena es concebida como una práctica⁵⁷ determinada por reglas, en la cual las decisiones no pueden ser tomadas “*case by case*” a

⁵⁰ Por ello, la teoría negativa de la retribución es también conocida como “*compromise theory*” (Ten, *supra* nota 33, p. 78; KORIATH, “Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe”, en *Jura*, 1995, p. 625), “*mixed theories*” (GOLDMAN, “Toward a new theory of punishment”, en *Law and Philosophy*, n.º 1, 1982, p. 62; MOORE, *supra* nota 13, p. 92; HONDERICH, *Punishment: The Supposed Justifications Revisited*, Londres, Pluto Press, 2006, p. 163 ss.) o consecuencialismo “*side-constrained*” (DUFF, *supra* nota 28, p. 11).

⁵¹ RAWLS, *supra* nota 20, pp. 3-32.

⁵² En el original: “*practice*”. Aquí, como en otros términos y citas, el autor toma la traducción de JANTZEN, extraída de HÖFFE (ed.), *Einführung in die Utilitaristische Ethik*, 4.ª ed. 2008, p. 135 ss.

⁵³ RAWLS, *supra* nota 20, p. 3.

⁵⁴ RAWLS, *supra* nota 20, p. 3, [N. de T.: La cita en español fue tomada de RAWLS, *Teorías sobre la Ética*, México, Fondo de cultura económica, 1974, p. 213].

⁵⁵ RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, p. 139.

⁵⁶ RAWLS, *supra* nota 55, p. 140.

⁵⁷ RAWLS quiere aclarar la diferencia con la mira sumaria, según la cual una regla está constituida por meras generalizaciones ulteriores de experiencia (cfr. HÖFFE, *supra* nota 52, p. 35). “En contraposición a la mira sumaria, las reglas de las prácticas son anteriores, lógicamente, a los casos particulares” sostiene el autor (RAWLS, *supra* nota 55, p. 158; [N. de T.: La cita en español fue tomada de: RAWLS, “Dos conceptos de reglas”, en *Teorías sobre la Ética*, Fondo de cultura económica, 1974, p. 237]. Dado que la regla tiene únicamente un estado contingente, en un caso concreto —en el que una determinada conducta produjera las mejores consecuencias—, un individuo sería libre de oponerse. En esta concepción sería incluso incorrecto hablar de *regla*. P. ej.: en una guerra, el gobierno del país A considera que solo son beneficiosos los ataques estratégicos a objetivos militares y no a objetivos civiles. Esto es así, dado que el gobierno del país enemigo B no tiene la suficiente aprobación de la ciudadanía ni del parlamento para invertir más en la guerra. Si ciudadanos del país B fuesen asesinados con motivo de los ataques de A, la población y el parlamento de B podrían exigir un refuerzo en las defensas militares. Entonces,

partir de consideraciones utilitaristas.⁵⁸ Las reglas son constitutivas de la práctica y no pueden ser infringidas.⁵⁹ Una de estas reglas de la práctica “pena” es, justamente, que una persona puede ser castigada solo si es culpable, es decir, siempre que haya actuado en contra de la ley.⁶⁰ En un sistema hipotético en el que el juez pudiera, inadvertidamente, imponerle una pena a un inocente, este accionar judicial no sería una pena (“*punishment*”), sino una institución hipotética llamada “*telishment*”, cuyo establecimiento o mantenimiento no sería justificable desde un punto de vista utilitarista, ya que o bien fracasaría, o bien provocaría mucha inseguridad.⁶¹

El intento de RAWLS de fundamentar la legitimación de la pena a través de una forma de utilitarismo de la regla ha sido objeto de numerosas objeciones.⁶² Según los críticos, el utilitarismo de la regla no está en condiciones de evitar la posibilidad lógica del castigo al inocente o de una pena injusta,⁶³ pues es inevitable que, en algún momento, se transforme en utilitarismo del acto.⁶⁴ En un caso hipotético, en el que una decisión excepcional contraria a la regla (p. ej., castigar a un inocente) produjera la mejor consecuencia (p. ej., rescatar cientos de vidas o evitar una guerra civil), no existiría ninguna razón, a excepción de un fetichismo supersticioso de la regla,⁶⁵ por la cual el utilitarista, cualquiera que sea la variante de utilitarismo a la que adhiriera, se opondría al sacrificio de un presunto autor.⁶⁶ Dejo de lado la cuestión de si el utilitarismo de la regla puede sortear esta

la prohibición del país A de no matar a civiles de B sería una regla. Sin embargo, nada le impide al país A que, en determinadas situaciones, asesine a cientos de ciudadanos de B, cuando esto implicara, p. ej., una chance importante de ganar la guerra o una victoria definitiva.

⁵⁸ RAWLS, *supra* nota 55, p. 157-158 [N. de T.: La cita en español fue tomada de RAWLS, “Dos conceptos de reglas”, en *Teorías sobre la Ética*, Fondo de cultura económica, 1974, p. 237]: “Según esta concepción, pues, las reglas no generalizan las decisiones de los individuos que aplican el principio utilitarista directa e independientemente a los casos particulares que se van presentando. Por el contrario, las reglas definen una práctica y en sí son sujeto del principio utilitarista”.

⁵⁹ RAWLS menciona el béisbol como un ejemplo de práctica (RAWLS, *supra* nota 20, p. 25). El fútbol podría, desde luego, ser también un ejemplo. En este sentido, un gol, una posición adelantada, un tiro de esquina no existirían independientemente de las reglas que constituyen la práctica.

⁶⁰ RAWLS, *supra* nota 20, p. 7.

⁶¹ RAWLS, *supra* nota 20, pp. 11-12.

⁶² MCCLOSKEY, “Two Concepts of Rules—A Note”, en *The Philosophical Quarterly*, n.º 22, 1972, p. 344 ss.; PRIMORATZ, *supra* nota 18, p. 118; TEN, *supra* nota 35, 67 ss.; HENKE, *Utilitarismus und Schuldprinzip bei der schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis*, Bonn, tesis doctoral, 1990, p. 301 ss.; ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 120; GRECO, *supra* nota 9, pp. 245-246.

⁶³ Cfr. MCCLOSKEY, *supra* nota 35, pp. 253-254; ver también KAISER, *supra* nota 7, p. 147.

⁶⁴ BAURMANN, *supra* nota 38, p. 35.

⁶⁵ HÖFFE, *supra* nota 57, p. 36.

⁶⁶ TEN, *supra* nota 35, p. 70.

crítica.⁶⁷ Aquí solo debe señalarse que RAWLS intentó fundamentar la prohibición del castigo al inocente con independencia de la teoría retributiva como fin de la pena.⁶⁸ Sin embargo, fundamentó esta prohibición con base en una exclusiva atención formal de las reglas, sin ofrecer razones materiales o éticas. En el caso en que, p. ej., el legislador decidiese establecer un delito prescindiendo de la culpabilidad, no existiría contra ello ninguna objeción ética, en el sentido de una justicia material del modelo de RAWLS.⁶⁹

b) El filósofo del derecho británico HART vio la necesidad de desarrollar una teoría de la pena compleja, con el objetivo de encontrar una solución intermedia entre los diferentes principios, que además entran parcialmente en conflicto.⁷⁰ Según este autor, en un enfoque jurídico-penal de la pena sólido estos principios deberían desempeñar un papel en diferentes niveles.⁷¹

Para HART sería necesario distinguir entre retribución como *finalidad justificativa general* del sistema penal⁷² y retribución como principio de *distribución* (“*distribution*”) —esto es, de la cuestión de “¿a quién se le debe aplicar la pena?”—.⁷³ Según este autor, el valor de la retribución en la distribución de la pena sería completamente independiente de su valor como finalidad justificativa

⁶⁷ Un desarrollo minucioso de la discusión sobre el utilitarismo y de la relación entre ambas variantes —utilitarismo de la acción y de la regla— sobrepasa las competencias técnicas del autor. Para un panorama al respecto, ver *supra* nota 57, pp. 28-41.

⁶⁸ En este trabajo debe entenderse el concepto de “fin” en un sentido amplio. Por lo tanto, no solo serán abarcados aquellos “en sentido de la perseguida influencia de la realidad social” (NEUMANN/SCHROTH, *supra* nota 21, p. 4). Es decir, “fines” como la obtención de justicia retributiva están incluidos en el concepto.

⁶⁹ Este no es un ejemplo absurdo. En el sistema jurídico norteamericano actual existen tipos penales independientes de la culpabilidad, como las llamadas “*strict liability offences*”. Un tipo penal de “*strict liability*” existe cuando no se prevé ningún requisito subjetivo para un elemento del tipo penal (DUBBER, *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, Múnich, C.H. Beck, 2005, pp. 59-61 y 74-76). Esto demuestra que quizás la discusión no se reduce simplemente a un juego de abalorios académico y que una fundamentación sólida del principio de culpabilidad es una importante tarea en todo sistema jurídico.

⁷⁰ HART, “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, n.º 60, 1959, p. 1.

⁷¹ HART, *supra* nota 70, p. 3.

⁷² Hart tiene una mirada crítica de la teoría positiva de la retribución, en la medida en que afirma que: “Though in fact I agree with Mr. Benn in thinking that these all either avoid the question of justification altogether or are in spite of their protestations disguised forms of Utilitarianism, I shall assume that Retribution, defined simply as the application of the pains of punishment to an offender who is morally guilty, may figure among the conceivable justifying aims of a system of punishment” (p. 9, el destacado es mío).

⁷³ HART, *supra* nota 70, p. 9; al respecto, PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, en *InDret*, n.º 4, 2014, p. 7.

general.⁷⁴ Por ello sería posible defender, al mismo tiempo, la prevención como fin justificativo general de la pena y el principio de retribución en la distribución de la pena.⁷⁵

En la discusión de las causas de justificación y de exculpación, HART intenta construir una suerte de principio de culpabilidad o de responsabilidad, independiente del fin de la pena. P. ej., cuando una persona comete un homicidio, actuando en error de tipo, no es castigada debido a una exigencia de equidad (*fairness*) o de justicia, sin recurrir a la meta general de la pena.⁷⁶ Este principio funcionaría como barrera (*side-constraint*)⁷⁷ contra la injerencia estatal.⁷⁸ Por esta razón, HART critica la afirmación de los teóricos de la retribución respecto de que los límites contra la prohibición del inocente y contra la imposición de penas injustas son un privilegio de la teoría de la retribución.⁷⁹ Asimismo, desecha el intento de autores como BENTHAM de justificar estas consecuencias exclusivamente mediante argumentos utilitaristas.^{80, 81} La solución intermedia de HART respecto de un “principio de culpabilidad” independiente⁸² se hace visible en su enérgica crítica de la figura de la “*strict liability*”⁸³, pese a que esta podría tener, desde el punto de vista de la prevención, efectos positivos.

Se puede decir que HART, a diferencia de RAWLS, no concibe el principio de culpabilidad como un principio inmanente a la pena como institución, sino como una decisión normativa basada en

⁷⁴ HART, *supra* nota 70, p. 12.

⁷⁵ HART, *supra* nota 70, p. 11.

⁷⁶ HART, *supra* nota 70, p. 14.

⁷⁷ Sobre este concepto, NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, 28 ss.; DUFF, *supra* nota 28, p. 11; GRECO, *supra* nota 9, p. 136.

⁷⁸ BAGARIC/AMARESEKARA, *supra* nota 7, p. 150.

⁷⁹ HART, *supra* nota 79, p. 18: “Retributionists (in General Aim) have not paid much attention to the rationale of this aspect of punishment; they have usually (wrongly) assumed that it has no status except as a corollary of Retribution in General Aim”.

⁸⁰ BENTHAM, *supra* nota 37, 1907, p. 170.

⁸¹ HART, *supra* nota 70, p. 19.

⁸² Llama la atención que HART no le haya dado un nombre a este principio. Ver, p. ej., el siguiente fragmento: “It is therefore impossible to exhibit the principle by which punishment is excluded for those who act under the excusing conditions merely as a corollary of the general Aim – Retribution or Utilitarian – justifying the practice of punishment. Can anything positive be said about this principle except that it is one to which we attach moral importance as a restriction on the pursuit of any aim we have in punishing?” (HART, *supra* nota 70, p. 21). Probablemente una razón de ello sea que este principio no estuviera disponible en la discusión angloamericana o, al menos, no en un estado desarrollado.

⁸³ Ver *supra* nota 76.

consideraciones de equidad (*fairness*), autonomía, posibilidad de elección y justicia,⁸⁴ lo que podría ser compatible con una teoría de la pena orientada a las consecuencias.⁸⁵

c) Las teorías de RAWLS y de HART fueron criticadas con el argumento de que sufrirían de las deficiencias de las teorías mixtas de la justificación de la pena⁸⁶ o que eran científicamente incoherentes.⁸⁷ Esta crítica, sin embargo, es poco convincente. Una teoría no debe ser rechazada sin más con el argumento de que diferentes principios son incompatibles entre sí. En especial en la postura de HART se realiza una clara distinción entre la cuestión de la *justificación* de la pena estatal y la cuestión de los *límites* de esta injerencia coercitiva. Este proceder metodológico es correcto, ya que solo de esta forma es posible brindar una justificación adecuada de la pena frente a distintos destinatarios (el autor y la sociedad).⁸⁸

En esencia, la “teoría negativa de la retribución” (por lo menos en la interpretación de HART) coincide, en parte, con el intento general que tuvo lugar en Alemania de conciliar culpabilidad y prevención, independientemente de las ideas retributivas y del utilitarismo, es decir, de construir un derecho penal orientado a las consecuencias, pero vinculado a un principio de culpabilidad o responsabilidad, limitador de la injerencia estatal.⁸⁹ El análisis de la teoría negativa, sin embargo, mostraría por sobre todo que la construcción de un principio de culpabilidad independiente de ideas consecuencialistas y sin recurrir a la idea de retribución no constituye en absoluto una obviedad.

⁸⁴ Cfr. PRIMORATZ, *supra* nota 18, p. 137.

⁸⁵ Se ha objetado que HART no ha dado ninguna fundamentación de su principio de responsabilidad o que simplemente lo ha presupuesto. Así HENKE, *supra* nota 62, p. 298-299; BAURMANN, *supra* nota 38, p. 44.

⁸⁶ KAISER, *supra* nota 7, pp. 149-149, referido a JAKOBS; GOLDMAN, *supra* nota 50, p. 58 ss.

⁸⁷ KAISER, *supra* nota 7, pp. 149-149, referido a JAKOBS; GOLDMAN, *supra* nota 50, p. 58 ss.

⁸⁸ SCHÜNEMANN, *supra* nota 19, p. 114; ROXIN, en BRITZ (ed.), *Grundfragen staatlichen Strafens: FS für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, p. 703; GRECO, *supra* nota 9, p. 248 ss.; HÖRNLE, *supra* nota 1, pp. 4-5; críticamente, PAWLIK, *supra* nota 5, p. 71, nota 345; además, PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 73, pp. 8 s., 14.

⁸⁹ Cfr. solo SCHÜNEMANN, en IDEM (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín, Walter de Gruyter, 1984, p. 159, *passim* (“El fin preventivo fundamenta la necesidad de la pena y el principio de culpabilidad limita su permisibilidad”, p. 187); SCHÜNEMANN, en HIRSCH/WEIGEND (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, p. 157 ss.; BAURMANN, *supra* nota 38, p. 41 ss.; ROXIN, *supra* nota 5, § 3, n.º m. 37, 51; GRECO, *supra* nota 9, p. 248, *passim*, erige el principio de culpabilidad como una barrera deontológica. Al respecto cfr. FLETCHER, George, “Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht”, en *ZStW*, n.º 101, 1989, p. 814, quien no considera a los penalistas alemanes contemporáneos como utilitaristas, sino que ellos serían de hecho “ovejas en piel de lobo”.

2. Teorías positivas de la retribución

Aunque las deficiencias de las teorías de la pena utilitaristas fueran combatidas, en parte, por la “teoría negativa de la retribución”, para el gusto de algunos autores este limitado impulso retributivo fue insuficiente. De allí que nacieran esfuerzos por intentar fundamentar una teoría de la retribución de mayor alcance, de la cual, como ya ha sido indicado, surgen la variante *propia* o *absoluta* y la *impropia* o *relativa*.

a) Teorías absolutas o propias de la retribución

Dentro de las teorías de la pena defendidas en el ámbito angloamericano que pretenden justificar la pena renunciando de manera consciente a consideraciones de conveniencia o utilidad, pueden mencionarse, entre otras, la conocida *teoría de la equidad (fairness)* (*infra* aa.), que se basa primordialmente en argumentos de filosofía del derecho, y la teoría de la retribución de MOORE (*infra* bb.), en la que predominan consideraciones de filosofía moral.

aa) En su influyente ensayo “Persons and Punishment”, MORRIS delineó por primera vez la *teoría de la equidad (fairness)* o de la “*Unfair Advantage*”.⁹⁰ MURPHY⁹¹ y FINNIS⁹² adhirieron a esta concepción y, con posterioridad, suscribieron a esta también otros autores⁹³, quienes formularon algunas recomendaciones para mejorarla. En este trabajo, se desarrollarán únicamente los lineamientos básicos de esta teoría y, a continuación, la principal crítica, dado que una valoración de la totalidad de los argumentos *pro* y *contra* existentes precisaría de un trabajo independiente.

Se supone que la regulación de la vida reglada en sociedad les ofrece ventajas y desventajas a los ciudadanos. Las ventajas consisten en la no injerencia en los bienes individuales fundamentales de los demás y las desventajas en el ejercicio de autocontrol respecto de inclinaciones que podrían destruir la esfera ajena protegida. Cuando una persona se libera intencionalmente de esta carga,

⁹⁰ MORRIS, “Persons and Punishment”, en *The Monist*, n.º 52, 1968, p. 475 ss., quien posteriormente, sin embargo, ha desistido de su propia interpretación en favor de una teoría de la pena paternalista, cfr. MORRIS, “A Paternalistic Theory of Punishment”, en *The Philosophical Quarterly*, n.º 18, 1981, p. 263 ss.

⁹¹ MURPHY, *supra* nota 43, p. 100 ss., quien hace la salvedad de que la teoría no sería aplicable en una sociedad injusta. Posteriormente él, al igual que MORRIS, ha rechazado la teoría de la equidad (*fairness*), cfr. MURPHY, *supra* nota 18, p. 24.

⁹² FINNIS, “The Restoration of Retribution”, en *Analysis*, n.º 32, 1972, pp. 131-135.

⁹³ SHER, *Desert*, Princeton, Princeton University Press, 1987, pp. 69-90; SADURSKI, “Theory of punishment, social justice, and liberal neutrality”, en *Law and Philosophy*, n.º 7, 1988, pp. 351-373; DAVIS, “Criminal Desert and Unfair Advantage”, en *Law and Philosophy*, n.º 12, 1993, pp. 133-156.

obtiene una ventaja indebida (“*unfair advantage*”) con respecto a quienes sí acatan el derecho. En este sentido, la ilicitud del hecho no solamente repercute en la víctima del delito, sino también en todos los demás conciudadanos que se han comportado conforme a derecho y han ejercido su autocontrol. El autor de un delito sería entonces un “*free-rider*”, es decir, alguien que se saca provecho del sistema porque solo utiliza sus beneficios, sin soportar las cargas necesarias.⁹⁴ El mal de la pena serviría, entonces, para restablecer el equilibrio adecuado entre beneficios y cargas (“*benefits and burdens*”). La pena sería entonces una exigencia del principio de equidad y su función consistiría en la eliminación de la ventaja indebida obtenida por el autor.

La teoría de la equidad (*fairness*) fue enérgicamente criticada. Primero fue cuestionada la idea de la ventaja indebida (“*unfair advantage*”). La prohibición jurídica de ciertos delitos, como el homicidio agravado o la violación, no constituye ninguna desventaja para el ciudadano común, dado que se omiten tales acciones en mayor medida *con independencia* del derecho. La mayoría de los ciudadanos no necesita normalmente autocontrolarse para no matar o violar. Es decir, el cumplimiento de esta clase de prohibiciones no implica, en general, una carga.⁹⁵ Un problema adicional de esta concepción es que parecería valorar estos delitos como algo positivo, atractivo o deseado por las personas.⁹⁶

La teoría tampoco sería capaz de explicar cómo la pena estatal puede restablecer el equilibrio entre ventajas y desventajas. O bien la pena cumple la función de una metáfora⁹⁷ o bien representa una reparación material y, de esta forma, se convierte en una teoría de justicia distributiva, lo que implicaría la total transformación de la teoría.⁹⁸

Otra objeción está relacionada con la capacidad de rendimiento de la teoría para medir la pena. Si la medida de la ventaja indebida dependiera del nivel de autocontrol necesario para abstenerse de cometer un delito, entonces la evasión de impuestos, cuya comisión es, para el ciudadano promedio, mucho más tentadora y respecto de la cual la prohibición jurídica tiene una fuerza inhibitoria más

⁹⁴ MORRIS, *supra* nota 90, p. 477; MURPHY, *supra* nota 43, p. 82; FINNIS, *supra* nota 92, p. 133.

⁹⁵ PRIMORATZ, *supra* nota 18, p. 147; HAMPTON, “The Intrinsic Worth of Persons: Contractarianism in Moral and Political Philosophy”, en FARNHAM (ed.), *The Intrinsic Value of Persons: Contractarianism in Moral and Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 109-110; DUFF, *supra* nota 28, p. 22; HOERSTER, *Muss Strafe Sein?*, Múnich, C.H. Beck, 2012, pp. 40-41.

⁹⁶ HAMPTON, *supra* nota 95, p. 109.

⁹⁷ VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 8.

⁹⁸ HOERSTER, *supra* nota 95, p. 42.

alta, debería ser más duramente penada que el homicidio agravado o la violación.⁹⁹ Pero si la sola violación formal del derecho como tal es entendida como una ventaja indebida, entonces ya no habría ningún parámetro para determinar la gravedad de la pena ya que, en este sentido, un homicidio agravado no daría lugar a una ventaja más indebida que un hurto.¹⁰⁰

Además, coincido con HÖRNLE cuando afirma que la teoría de la equidad no estaría en condiciones de fundamentar una teoría de la pena autónoma, sino, a lo sumo, de ofrecer un fundamento (parcial) para legitimar la irrogación del mal frente al autor del delito.¹⁰¹

bb) Otra fundamentación positiva de la teoría de la retribución se basa esencialmente en consideraciones morales.¹⁰² Esta versión absoluta es principalmente —cuando no, exclusivamente— defendida por el filósofo estadounidense MICHAEL MOORE. En su grandiosa obra “Placing Blame”, MOORE formula la teoría de la retribución probablemente más elaborada y de más alto nivel de la discusión anglosajona actual.¹⁰³ Lo sobresaliente de este autor es su ambicioso proyecto de proponer un retribucionismo fuerte y casi “puro”, a través de una original estrategia de fundamentación.

(1) Una de las pretensiones claras de MOORE es la de “purificar” la teoría retributiva y otorgarle un núcleo normativo sólido a la idea de retribución. Para ello, esta debería, primeramente, ser purgada de todas las “interferencias” de otras concepciones. Aquí es necesario distinguir claramente entre teorías *propias* e *impropias* de la retribución. El retribucionismo propio se debería diferenciar, fundamentalmente, de las teorías negativas de la retribución y de toda teoría que incluya un componente de orientación hacia las consecuencias. Según MOORE, la teoría retributiva no implica que la culpabilidad moral sea una condición necesaria de la pena. Lo que significa es que la culpabilidad moral del autor es entendida como una condición *suficiente* de la pena.¹⁰⁴ Para MOORE

⁹⁹ BURGH, *supra* nota 43, p. 209; DOLINKO, *supra* nota 18, p. 545; VON HIRSCH, *supra* nota 97, p. 8.

¹⁰⁰ KAISER, *supra* nota 7, p. 151.

¹⁰¹ HÖRNLE, *supra* nota 44, p. 19; HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 55.

¹⁰² Esta variante de la teoría de la retribución es también denominada “retribucionismo intrínseco”, cfr. HONDERICH, *supra* nota 50, pp. 24-25; BAGARIC/AMASERAKARA, *supra* nota 7, p. 156.

¹⁰³ Cfr. HUSAK, “Retribution in Criminal Theory”, en *San Diego Law Review*, n.º 37, 2000, p. 959: “In Placing Blame, Michael Moore presents a very ambitious theory of the criminal law – perhaps the most comprehensive and far-reaching examination of the philosophical foundations of the criminal law since Jeremy Bentham”; ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 153.

¹⁰⁴ Como reacción frente a sus críticos, MOORE intenta explicar qué significa “condición suficiente” de la pena. Los críticos (en especial DOLINKO, *supra* nota 18), no habrían notado el carácter sensible al contexto de la palabra “suficiente”. El merecimiento sería una razón *prima facie* para penar. Podría haber razones más importantes contra la aplicación de justicia

el retribucionismo es una teoría completamente lineal. Según él, el merecimiento (“*desert*”), en tanto responsabilidad moral, es suficiente para considerar a una pena como justificada, lo que significa que la sociedad no tendría simplemente un derecho a castigar, sino el deber de hacerlo. Por lo tanto, estaríamos obligados a crear instituciones a través de las cuales la consecución de la retribución fuera posible.¹⁰⁵

(2) MOORE critica la teoría de la pena puramente utilitarista del siguiente modo: mediante la afirmación de la inmoralidad de la posibilidad lógica del castigo a un inocente.¹⁰⁶ Sin embargo, a los fines de desacreditar las *teorías mixtas*¹⁰⁷, utiliza una estrategia diferente. A través de un experimento mental, intenta demostrar que cuando nos vemos confrontados con la comisión de delitos graves, nuestras intuiciones retributivas latentes se activan, por lo cual no necesitamos ninguna razón orientada a las consecuencias para abogar en favor de una punición. En el transcurso de esta *estrategia de fundamentación intuicionista*, MOORE menciona el caso del violador Chaney,¹⁰⁸ quien después del delito y antes de la sentencia sufre un accidente por el cual pierde todos sus impulsos sexuales y, por lo tanto, deja de representar un peligro para las mujeres. Además, el autor recibe una herencia millonaria, de modo tal que ya no necesita robar. De esta manera, no existirían razones de prevención especial para su castigo. Finalmente, hay que imaginar que el Estado tiene la posibilidad de simular la imposición de una pena frente a la sociedad, por lo cual tampoco existirían razones de prevención general. Si, pese a todo esto, aún queremos que este sujeto sea castigado, debemos sincerarnos o, en términos de MOORE, “salir del clóset” (“*bring out of the closet*”), es decir, rechazar la teoría mixta y “revelarnos” (“*outen*”) como teóricos de la retribución.¹⁰⁹ Como el propio MOORE

retributiva en forma de pena, como la existencia de derechos inalienables del autor (como, p. ej., la dignidad humana), lo que impediría que la tortura fuera manejada como pena. No obstante, los críticos son quienes cargarían con la carga de la prueba de señalar razones más relevantes para prescindir de la aplicación de la pena. En otro texto en “Placing Blame”, Moore concede que el rasgo distintivo de la teoría retributiva es el hecho de que la retribución o la compensación de la culpabilidad se ve como un bien inmanente. Esto significa que junto a su teoría retributiva *deontológica*, podría defenderse una *consecuencialista* (MOORE, *supra* nota 13, pp. 156-157).

¹⁰⁵ MOORE, *supra* nota 13, p. 91.

¹⁰⁶ MOORE, *supra* nota 13, pp. 94-95.

¹⁰⁷ Principalmente las teorías de HART y de VON HIRSCH (p. 93).

¹⁰⁸ MOORE, *supra* nota 13, p. 100. Este experimento mental es una modificación del caso real del violador Chaney (State v. Chaney, 477 P 2d 441 – Alaska Sup. Ct. 1970).

¹⁰⁹ MOORE, *supra* nota 13, p. 103. La argumentación de KLEINIG es similar, quien desarrolla el siguiente experimento mental: un criminal nazi es encontrado en una isla inhóspita, en la cual ha tenido una vida idílica por treinta años. Él no desea dejar la isla ni tampoco causar problemas, pero no se ha arrepentido de nada. Su castigo no traería consigo ninguna consecuencia positiva. Según KLEINIG sería justo que este criminal fuera penado. En términos del autor: “The principle that the wrongdoer deserves to suffer seems to accord with our deepest intuitions concerning justice” (KLEINIG, *Punishment and Desert*, La Haya,

reconoce, esto no ofrece aún ninguna fundamentación positiva de la teoría retributiva, sino que solamente muestra que las teorías que compiten con esta serían insostenibles.¹¹⁰ Intenta continuar reflexionando sobre estas intuiciones y sentimientos para fundamentar la verdad moral de la teoría de la retribución.

MOORE se toma en serio la crítica usual vinculada al carácter dudoso de la fundamentación emocional del retribucionismo.¹¹¹ Con relación a esto, trata fundamentalmente la psicología de la venganza de NIETZSCHE, según la cual la necesidad de la retribución es una manifestación de resentimiento, sadismo e hipocresía.¹¹² Intenta refutar esta crítica, afirmando que es posible demostrar que los juicios retributivos no necesariamente tienen que estar vinculados con esos sentimientos oscuros.

Según MOORE, más bien se podría recurrir a dos emociones positivas en favor de la teoría de la retribución. Una sería la indignación moral frente al hecho (“*moral outrage*”). Quien se indignase frente a una violación cometida por Chaney, demostraría tener emociones virtuosas, que pueden ser diferenciadas del resentimiento.¹¹³ Los juicios anti-retributivos (es decir, aquellos en contra de la imposición de una pena en el ejemplo de Chaney), por el contrario, carecerían de este sentimiento solidario y serían manifestación de indiferencia respecto del valor de la víctima.¹¹⁴ El otro sentimiento que conformaría la fundamentación emocional positiva de la teoría de la retribución sería la culpa subjetiva (“*guilt*”). MOORE habla del sentimiento de culpa que experimentaría una persona virtuosa que estuviera en el lugar del autor de un delito grave.¹¹⁵ Que creamos, desde el

Springer, 1973, p. 66-67). En contra ROXIN, *Strafrecht AT* § 3A, n.º m. 44, quien por el contrario ve en estos casos una necesidad de prevención general para el castigo. Diferenciadas son las respuestas de TEN, quien quiere castigar al criminal nazi, excepcionalmente, por una razón retributiva, mientras que los delitos menores estarían justificados por razones orientadas al resultado (TEN, *supra* nota 35, p. 80 ss.); FLETCHER, *supra*, nota 89, p. 813 y HÖRNLE, *supra* nota 44, p. 14, quien se orienta según el principio del tratamiento igualitario.

¹¹⁰ MOORE, *supra* nota 13, p. 103.

¹¹¹ MOORE, *supra* nota 13, p. 119: “the most serious objections to retributivism as theory of punishment lies on the emotional base of retributive judgements”.

¹¹² MOORE, *supra* nota 13, p. 120.

¹¹³ MOORE, *supra* nota 13, p. 144.

¹¹⁴ MOORE, *supra* nota 13, p. 144.

¹¹⁵ MOORE, *supra* nota 13, p. 147.

lugar del autor, que *debemos* ser penados y no solo que *podemos* ser penados, sería un buen indicio epistémico con respecto a la verdad de la teoría de la retribución.¹¹⁶

Respecto de la justificación del retribucionismo, MOORE parte entonces de un método no fundacionista, que consiste en reconocer un principio general que sería el fundamento relevante de nuestros juicios particulares sólidos, y estos últimos serían una buena evidencia de la verdad del primero.¹¹⁷ Según esta metodología, en el marco de la legitimación de la pena, la teoría de la retribución sería la mejor explicación de nuestras reacciones intuitivas en casos como los del violador Chaney.¹¹⁸

(3) Además, MOORE asocia su teoría retributiva —como teoría de la pena— con su moralismo jurídico (“*legal moralism*”) —como teoría de la criminalización—. ¹¹⁹ Para MOORE, el moralismo jurídico es el correlato del retribucionismo. ¹²⁰ Si uno considera que un comportamiento moralmente incorrecto siempre merece una pena, entonces todas las inmoralidades, y solo estas, deberían ser retribuidas por medio de la pena. ¹²¹ Entonces, la sola inmoralidad del comportamiento sería suficiente para justificar la prohibición jurídico-penal, siempre que se haya respetado el

¹¹⁶ MOORE, *supra* nota 13, pp. 148, 164.

¹¹⁷ MOORE, *supra* nota 13, pp. 107, 161-162. Esta sería una justificación coherentista, una posición holística. Ver al respecto, del mismo autor, “Moral Reality” y “Moral Reality Revisited”, en MOORE, *Objectivity in Ethics and Law*, Farnham, Ashgate, 2004.

¹¹⁸ MOORE, *supra* nota 13, p. 109, recurre a otras “historias”, que deberían igualmente dar lugar a una respuesta retributiva, como el ejemplo de la isla formulado por KANT (*Die Metaphysik der Sitten*, p. 455) : “Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (p. ej., decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerarse como cómplice de esta violación pública de la justicia.” [N. de T.: La cita en español fue tomada de KANT, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, 1996, pp. 168 s.]. Para un comentario sobre este ejemplo ver GRECO, “A Ilha de Kant”, en ÍDEM/MARTINS, Antonio (eds.), *Direito penal como critica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*, San Pablo, Marcial Pons, 2012, pp. 263-280, pp. 263 ss.

¹¹⁹ MOORE, *supra* nota 13, p. 186. Sobre la relación entre la teoría de la pena y de la criminalización de MOORE, HUSAK (*Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 197) señala lo siguiente: “To his credit, Moore understands the implications of a theory of punishment for a theory of criminalization”.

¹²⁰ MOORE, *supra* nota 13, pp. 71-73 y 661.

¹²¹ Para una diferenciación entre conminación penal y anuncio de la pena ver HÖRNLE, *supra* nota 1, p. 12. Cfr. también FRISCH, Wolfgang, “Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention”, en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, p. 144, quien explica que solo el anuncio de una sanción sería adecuado para la teoría de la retribución.

principio de legalidad.¹²² Este sería el único camino para alcanzar el bien de la justicia retributiva.¹²³

¹²⁴ El moralismo jurídico de MOORE no es, sin embargo, ilimitado. La inmoralidad de un comportamiento sería una razón *prima facie* para su criminalización. Sin embargo, los bienes liberales como el pluralismo, la tolerancia y la autonomía prevalecerían frecuentemente por sobre el bien (menor) del castigo de pequeñas inmoralidades.¹²⁵ Por esta razón MOORE se autodenomina liberal.¹²⁶

(4) Con lo señalado anteriormente, puede afirmarse que MOORE ha desarrollado una teoría de alto nivel y consecuente, que sin embargo ha recibido diversas *críticas*, que en parte resultan convincentes.

(i) La versión más fuerte de la teoría de la retribución, que aboga por un deber estatal de punir a causa de la necesidad de retribuir, es asociada frecuentemente con una política criminal conservadora y reaccionaria.¹²⁷ Así, se sostiene que el retribucionismo es insensible a las contingencias dinámicas del mundo real y que a su predominio en Estados Unidos le sería imputable el mantenimiento de la pena de muerte¹²⁸ y la brutalidad y abarrotamiento del sistema penal.¹²⁹ También se ha considerado al teórico de la retribución incluso como un “sádico” o un “fanático religioso”.¹³⁰ Esta crítica es, sin embargo, poco convincente. Como acertadamente sostiene KLEINIG,¹³¹ en primer lugar, los estigmas generalizadores de esta clase no ayudan al desarrollo de la discusión.¹³² En segundo lugar, la teoría de la retribución no está de ningún modo comprometida

¹²² El autor hace una excepción en los crímenes contra la humanidad, como el caso de Eichmann y los crímenes juzgados en Núremberg (MOORE, *supra* nota 13, p. 187 y pp. 660-661).

¹²³ MOORE, *supra* nota 13, p. 661.

¹²⁴ Qué es moral o inmoral no se determina a través de las valoraciones morales de la mayoría. Es posible, según MOORE, determinar objetivamente la (in)moralidad de una conducta. Según el moralismo jurídico, el legislador tendría acceso a la verdad objetiva de los planteamientos éticos (p. ej., si la tortura animal o el adulterio son correctos o incorrectos) y podría, por ello, imponer la moral a través del derecho (MOORE, *supra* nota 13, p. 645).

¹²⁵ MOORE, *supra* nota 13, p. 187.

¹²⁶ MOORE, *supra* nota 13, p. 655.

¹²⁷ Cfr. BRAITHWAITE/PETTIT, *supra* nota 26, p. 6.

¹²⁸ Ver DOLINKO, *supra* nota 18, pp. 537-538; crítico respecto de esta postura ZAIBERT, *supra* nota 12, pp. 106/107.

¹²⁹ WHITMAN, “A Plea against Retributivism”, en *Buffalo Criminal Law Review*, n.º 7, 2004, p. 91; BRAITHWAITE/PETTIT, *supra* nota 26, p. 7.

¹³⁰ ARMSTRONG, “The Retributivist Hits Back”, en *Mind*, n.º 70, 1961, pp. 471-472.

¹³¹ KLEINIG, *supra* nota 109, p. 2.

¹³² En sentido similar, GRECO, *supra* nota 118, p. 10.

con penas crueles o inhumanas o con la pena de muerte.¹³³ Por el contrario, el hecho de que ofrece una medición de la pena que respeta el principio de proporcionalidad y una proporcionalidad con respecto al hecho, es un triunfo de la teoría de la retribución.¹³⁴

Por último, es dudoso que la agenda conservadora de los Estados Unidos (“*war on crime*”, “*law and order*”, etc.), con leyes como p. ej. la ley californiana “*three strikes and you are out*”¹³⁵, deba ser entendida como una consecuencia directa de la teoría de la retribución. Prácticas de este estilo más bien parecen ser el resultado de políticas severas de seguridad y control social, más que una exigencia de la justicia.¹³⁶

(ii) Contra la teoría ética absoluta de la retribución se ha sostenido que la vinculación directa entre culpabilidad y pena continúa sin fundamentación y que la justificación retributiva de la pena sería *circular*.¹³⁷ La sola afirmación de que la pena es un bien en sí mismo significa negar la necesidad de su justificación.¹³⁸ Aún más insuficiente resulta la afirmación de que la pena sería justa porque es merecida.¹³⁹ En el mejor de los casos, el retribucionismo sería explicable social y biológicamente, esto es, como sentimiento inmanente de toda sociedad.¹⁴⁰ Una pena que no estuviera guiada por una utilidad de algún tipo seguiría siendo, no obstante, absurda.¹⁴¹

También es objetable el hecho de que esta crítica, en esta forma, asimismo puede ser circular, por lo menos si se exige que la teoría retributiva ofrezca fundamentos *consecuencialistas* para la

¹³³ MOORE, *supra* nota 13, p. 88; ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 111.

¹³⁴ GRECO, *supra* nota 118, pp. 9.

¹³⁵ Según esta ley, aquel que por tercera vez reincide en la comisión de un hurto puede ser castigado con pena privativa de la libertad de 25 años o con cadena perpetua (TONRY, *supra* nota 26, p. 23). Para un análisis crítico, ver DUBBER, “The Unprincipled Punishment of Repeat Offenders: A Critique of California’s Habitual Criminal Statute”, en *Stanford Law Review*, n.º 43, 1990, pp. 193 ss.

¹³⁶ Ver al respecto GARLAND, *supra* nota 32, pp. 193 ss., *passim*; DUBBER, *Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victim’s Right*, New York, NYU Press, 2002, pp. 1, 324 *passim*.

¹³⁷ BEDAU, *supra* nota 28, p. 616; SCHÜNEMANN, *supra* nota 19, p. 114; RUSSELL, *supra* nota 7, p. 955; FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razao: Teoria do Garantismo Penal* (trad. ZOMER SICA et al.), 3.ª ed., San Pablo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 240; HONDERICH, *supra* nota 50, p. 24 (“Circular retributivism is an instance of the fallacy where the supposed reason is identical with the supposed justification”). Similar BRAITHWAITE/PETTIT, *supra* nota 26, p. 164.

¹³⁸ BENN, “An Approach to the Problems of Punishment”, en *Philosophy*, n.º 33, 1958, p. 327.

¹³⁹ HONDERICH, *supra* nota 50, p. 163.

¹⁴⁰ MACKIE, *supra* nota 15, p. 3; SCHÜNEMANN, *supra* nota 19, p. 119; KLAPOW/SHAVELL, *supra* nota 36, p. 354.

¹⁴¹ BENN, *supra* nota 38, p. 329. TEN, *supra* nota 35, p. 75 (“is a strange notion of justice whose demands benefit nobody”); HOERSTER, *supra* nota 95, p. 125.

justificación de la pena.¹⁴² Es posible afirmar que la teoría de MOORE puede, al menos, sortear la crítica de la circularidad. Como se ha visto, él intenta, a partir de la generalización de respuestas retributivas particulares (experimentos mentales como el ejemplo de la isla de KANT o el caso del violador Chaney), derivar un principio retributivo y así demostrar que la retribución de culpabilidad es un bien intrínseco, que debería ser promovido mediante la pena.¹⁴³ Esto es sencillamente una fundamentación no consecuencialista y no fundacionista de la justificación de la pena, pero aun así una fundamentación.¹⁴⁴

El problema de si la fundamentación de la legitimación de la injerencia coercitiva *estatal* es *adecuada*, no obstante, es una cuestión diferente. En este sentido, la teoría moralista de la retribución de MOORE puede ser atacada de distintas formas.

(iii) La crítica probablemente más decisiva a la teoría de la retribución de MOORE, y que podría también aplicarse a todas las demás teorías absolutas de la retribución, se ha planteado en un nivel más fundamental. Una postura usual señala que el retribucionismo no puede fundamentar el rol del Estado en el castigo penal.

En este sentido argumenta HUSAK, quien intenta demostrar que lo que *merecen* los malhechores (especialmente los de aquellos experimentos mentales introducidos por MOORE) no es necesariamente una pena *estatal*.¹⁴⁵ Esto significa que el merecimiento no siempre sería una condición suficiente de la pena justificada.¹⁴⁶ HUSAK presenta el siguiente caso hipotético:¹⁴⁷ alguien comete un hecho atroz, como el del ejemplo de Chaney, pero por una equivocación legislativa el hecho no es punible. El hermano de la víctima encuentra al autor del delito y cobra venganza por el hecho, aplicándole al autor exactamente el mismo sufrimiento que se corresponde proporcionalmente con su merecimiento. HUSAK plantea la pregunta de si nuestras intuiciones

¹⁴² MURPHY, *supra* nota 43, p. 78-79; MOORE, *supra* nota 13, p. 111; HUSAK, “Why Punish the Deserving?”, en *Nous*, n.º 26, 1992, p. 451; GRECO, *supra* nota 9, p. 472; ÍDEM, *supra* nota 118, p. 8. Similar, BEDAU, *supra* nota 28, p. 616; similar STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Múnich, Vahlen, 2011, § 1 n.º m. 11; JOECKS, *supra* nota 4, n.º m. 55 (Introducción).

¹⁴³ HONDERICH, *supra* nota 50, p. 24.

¹⁴⁴ La cuestión de si este método intuicionista es adecuado es una pregunta meta-ética que aquí no puede ser respondida. Al respecto, ver el análisis del filósofo australiano MACKIE en MOORE, *supra* nota 13, p. 177 ss.

¹⁴⁵ HUSAK, *supra* nota 103, p. 970; similar, BAGARIC/AMARASEKARA, *supra* nota 7, p. 165; VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p. 42.

¹⁴⁶ HUSAK, *supra* nota 103, p. 970 ss.

¹⁴⁷ HUSAK, *supra* nota 103, p. 971.

retributivas estarían de este modo satisfechas. Su respuesta es afirmativa.¹⁴⁸ El autor llega así a la conclusión de que la pena estatal no sería el único medio para la consecución de la retribución. Este tipo de experimento mental mostraría que lo que nuestras intuiciones de hecho exigen es que el autor sufra, pero no necesariamente que sea penado por el *Estado*.¹⁴⁹ Sin embargo, a este argumento se le podría objetar que la respuesta retributiva debe ser realizada por el Estado, en tanto el ordenamiento jurídico prohíba la venganza privada.¹⁵⁰ No obstante, MOORE ha afirmado expresamente que la evitación de la justicia por mano propia, que también sería un argumento consecuencialista, no sería una función de la teoría de la retribución.¹⁵¹

Hay también otro problema con la afirmación de que la compensación de la culpabilidad, como bien inmanente, es una condición suficiente para justificar la pena estatal. Este surge cuando se compara el tratamiento del Estado con respecto al merecimiento *negativo*, con el tratamiento con relación al merecimiento *positivo*. No alcanza a entenderse por qué el Estado estaría obligado a castigar el merecimiento *negativo*, pero no a premiar el positivo. La recompensa por empresas sobresalientes —como, p. ej., rendimientos artísticos, científicos o deportivos destacados— podría ser un hecho con un valor positivo intrínseco. Pese a esto, casi nadie afirmaría que el *Estado* está obligado a premiar a estas personas, con independencia de las consecuencias positivas que se derivasen de ello.¹⁵²

De esta manera se señala que MOORE ha desarrollado la idea del restablecimiento de la justicia mediante la pena, pero no ha fundamentado de modo convincente el rol del Estado en este

¹⁴⁸ HUSAK, *supra* nota 103, p. 972. HUSAK presenta también una variación de este caso. En esta no existe ninguna laguna legal, sino que el hermano de la víctima se venga antes de que el autor del delito sea detenido por la policía.

¹⁴⁹ HUSAK, *supra* nota 103, p. 973.

¹⁵⁰ HUSAK reconoce este problema, pero mantiene su conclusión pese a ello. Él afirma simplemente que otros medios podrían satisfacer la exigencia de la justicia retributiva.

¹⁵¹ Ver *supra*, nota 131.

¹⁵² DOLINKO, *supra* nota 18, p. 542; HUSAK, *supra* nota 103, p. 974; similar, LÜDERSSEN, “Muss Strafe sein?”, en *FS-Hassemer*, Heidelberg, C.F. Müller, 2010, p. 476. Se podría considerar a la recompensa estatal de un mérito como una forma de estímulo para el desenvolvimiento de determinadas actividades, pero esto estaría justificado por razones orientadas al resultado y no simplemente por un mandamiento de justicia.

procedimiento.¹⁵³ La teoría moral retributiva absoluta fracasa, entonces, en la explicación del deber del Estado de conseguir justicia retributiva por medio de la pena.¹⁵⁴

Además, se cuestiona si la tarea de un Estado liberal puede ser la de promover la justicia de tal manera que cada autor reciba “su justo merecido” (“*just deserts*”) mediante la pena.¹⁵⁵ Se ha sostenido que el Estado no es un guardián de la justicia (penal)¹⁵⁶ o, más precisamente, que no puede pretender ser un agente de la justicia cósmica.¹⁵⁷

Por último, se ha indicado que la teoría de la retribución estaría obligada a sostener una teoría antiliberal de la criminalización. Así, se afirma que habría una conexión directa entre la teoría retributiva moral y el moralismo.¹⁵⁸ ROXIN sostiene que si se considera que la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, entonces “este no podría valerse de una pena que prescindiera de toda finalidad social para cumplir su cometido”.¹⁵⁹ No sería problemático para

¹⁵³ En idéntico sentido, también ROSEBURY, “Moore’s Moral Facts and the Gap in the Retributive Theory”, en *Criminal Law and Philosophy*, n.º 5, 2011, p. 371.

¹⁵⁴ GRECO objeta que esta crítica es circular: sería solamente una variación de la crítica de la indiferencia hacia las consecuencias, la que también ha resultado ser circular. Uno podría afirmar que la obtención de la justicia es un objetivo legítimo del Estado, lo que de hecho hace el Tribunal Constitucional Federal alemán (GRECO, *supra* nota 118, pp. 7-9, con referencia a BVerfGE t. 36, p. 174 (186); t. 63, p. 45 (61); t. 107, p. 104 (118 s.); t. 122, p. 248 (272)). Si se considera que la promoción de la justicia retributiva a través de la pena es un fin legítimo del Estado, se debe, no obstante, probar que perseguirlo es adecuado, necesario y proporcional (PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte - Staatsrecht II*, 27.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2011, p. 67). Una respuesta completa a estas preguntas, bajo consideración de toda la problemática de la dogmática de los derechos fundamentales, no puede formularse en el marco de este trabajo. Sin embargo, a primera vista, ante la gravedad de la injerencia, de los considerables costos vinculados y de la abstracción del objetivo, castigar únicamente para la consecución de justicia retributiva aparece como una injerencia estatal desproporcionada y, por ende, injustificada. Incluso el Tribunal Constitucional Federal alemán rechaza la retribución como fin único de la pena (con otras referencias, ROXIN, “Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en *FS-Volk*, Múnich, C.H. Beck, 2009, p. 613). HUSAK argumenta aparentemente a favor de la necesidad de ulteriores objetivos legítimos de la pena HUSAK (*supra* nota 142), p. 458. En detalle, *infra*. Según él, solo mediante un elemento adicional —además de la realización de la justicia—, como p. ej. la reducción de la criminalidad, se podrían superar las desventajas de la pena (“*drawbacks of punishment*”), es decir los altos costos del sistema, la posibilidad de abuso y la posibilidad de errores.

¹⁵⁵ BRAITHWAITE/PETTIT, *supra* nota 26, p. 165; VON HIRSCH, *supra* nota 145, pp. 43 y 60.

¹⁵⁶ PAWLİK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 57; similar GRECO, *supra* nota 9, p. 459, quien atribuye este argumento a FEUERBACH; HÖRNLE, *supra* nota 44, pp. 6-7.

¹⁵⁷ SHAFER-LANDAU, “The Failure of Retributivism”, en *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, n.º 82, 1996, p. 311; TEN, *supra* nota 35, p. 48; similar, SCHÜNEMANN, *supra* nota 19, p. 158; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, § 8 III 4; ROXIN, *supra* nota 5, § 3 n.º m. 8; ÍDEM, nota 88, pp. 702-703.

¹⁵⁸ Ver ZAIBERT, “The Moralism Strikes Back”, en *New Criminal Law Review*, n.º 14, 2011, p. 145.

¹⁵⁹ ROXIN, *supra* nota 5, § 3 n.º m. 8; Recientemente, esta idea ha sido utilizada por GRECO, *supra* nota 118, p. 12, como argumento de coherencia.

MOORE si realmente se exigiera tal congruencia, pues él defiende una teoría de la criminalización diferente: el moralismo jurídico. Su concepción tiene tanto un alcance moral como político, en la medida que el Estado es visto como portador de la tarea de retribuir por medio de la pena los comportamientos moralmente incorrectos. La dificultad radica, sin embargo, en que MOORE intenta conciliar su teoría con el liberalismo.¹⁶⁰

Se ha cuestionado, entonces, la combinación teoría retributiva/moralismo jurídico y liberalismo.¹⁶¹ La estrategia de MOORE para aproximarse al liberalismo consiste en la fijación de límites *ad hoc* al moralismo jurídico, como el principio de legalidad, la libertad, la autonomía e, incluso, costos y efectividad.¹⁶² De este modo, él se declara, *en las conclusiones*, un liberal.¹⁶³ Como señala ZAIBERT, esto significa que los fines (resultados) liberales justificarían los medios (principios) potencialmente antiliberales.¹⁶⁴ Aunque las limitaciones al moralismo mencionadas por MOORE pueden ser contundentes, el moralismo jurídico parece seguir siendo una teoría de la criminalización peligrosa y antiliberal, dado que no comparte la necesaria reserva (o temor¹⁶⁵ o pesimismo¹⁶⁶) con relación a la violencia estatal.¹⁶⁷

(iv) En la teoría absoluta de la retribución, resulta bastante problemática la dimensión del valor concedido a la pena retributiva. En este punto, es objetable la afirmación de que moralmente el *deber de castigar al culpable sea igual de valioso que la prohibición del castigo al inocente*.¹⁶⁸ Incluso intuitivamente suponemos que si bien es malo que el autor de un delito escape a la pena es aún peor que un inocente resulte penado por un hecho que no cometió.¹⁶⁹ Es decir, consideramos que el deber de castigar al culpable es menos contundente que la prohibición de castigar al inocente. La corrección de estas intuiciones es demostrada por GRECO mediante una variante (o inversión) del ejemplo de la isla de KANT. El autor propone imaginar que en una isla viven diversas tribus enemigas, las que durante generaciones han entablado guerras sangrientas entre sí. Luego, se

¹⁶⁰ MOORE, *supra* nota 13, p. 661 ss.

¹⁶¹ Cfr. MURPHY, “The State’s Interest in Retribution”, en *Journal of Contemporary Legal Issues*, n.º 5, 1994, p. 285 ss.; ver también HAMPTON, *supra* nota 25, p. 99 ss.; ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 167 ss.; ÍDEM, *supra* nota 158, p. 139 ss.

¹⁶² MOORE, *supra* nota 13, pp. 660-665.

¹⁶³ MOORE, *supra* nota 13, p. 665.

¹⁶⁴ ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 174.

¹⁶⁵ ZAIBERT, *supra* nota 158, p. 149.

¹⁶⁶ GRECO, *supra* nota 9, p. 287 ss.

¹⁶⁷ Para críticas adicionales al “nuevo” moralismo jurídico de MOORE, ver HUSAK, *supra* nota 119, p. 196 ss.

¹⁶⁸ MOORE, *supra* nota 13, p. 160.

¹⁶⁹ Cfr. solo HUSAK, *Retributivism in Extremis*, 2012 (en prensa), p. 11.

descubre que un gran hombre, quien con su carisma había logrado mantener la paz en la isla, ha cometido un delito. Si lo único relevante, en cuanto a la pena, es la retribución, entonces él debería ser castigado, aun cuando esto tuviese como consecuencia la disolución de la sociedad.¹⁷⁰

Además, en la situación opuesta, tampoco estaríamos dispuestos a castigar a un inocente, aunque de esto resultasen las mejores consecuencias posibles.¹⁷¹

Quizás en estos casos MOORE podría renunciar a respuestas absolutistas en favor de soluciones que atiendan a las consecuencias, mediante su deontología de umbral (“*threshold*”). Según esta, las consecuencias de una acción no juegan, hasta cierto punto, ningún rol en la determinación de su moralidad. Sin embargo, cuando se sobrepasa ese límite o umbral, las consecuencias sí deben ser tenidas en cuenta. Por tanto, una regla deontológica puede, excepcionalmente, no ser respetada a los fines de evitar consecuencias extraordinariamente aterradoras.¹⁷² De allí que sería admisible, p. ej., la tortura de un inocente (p. ej., la hija de un terrorista) para poder salvar a una ciudad entera.¹⁷³ Así, se puede asumir, con buenas razones, que MOORE estaría de acuerdo en no castigar al “gran hombre” del ejemplo propuesto por GRECO. Pero si la deontología de umbral fuese aplicable, deberíamos asimismo admitir el castigo de un inocente, siempre que con esto se pudiesen evitar graves consecuencias indeseadas. Si la tortura o el homicidio de una persona inocente para salvar a una ciudad estuviesen permitidos, estaría *a fortiori* igualmente permitido “solamente” castigar a un inocente con la misma finalidad. De esta forma, se mantendría la simetría entre el castigo del culpable y el no-castigo del inocente, dado que ambos se encuentran permitidos o prohibidos en igual medida en circunstancias normales y, en situaciones extraordinarias, son admisibles excepciones a ambos imperativos. Por consiguiente, se puede llegar a la conclusión de que una teoría de la pena que conceda idéntico valor a la necesidad de la retribución y al respeto del principio de culpabilidad es insostenible.

¹⁷⁰ GRECO, *supra* nota 9, p. 234; ÍDEM, *supra* nota 118, p. 11. KAPLOW Y SHAVELL (*supra* nota 36, p. 312) ofrecen otro ejemplo. Uno podría imaginarse un mundo en el que la mitad de la población mata a la otra mitad y, posteriormente, se ajusticia a sí misma. En este mundo la retribución sería completa y perfecta. Sin embargo, una situación como esta aparece como absurda y absolutamente indeseable.

¹⁷¹ Ver *supra*, nota 38, el ejemplo de MCCLOSKEY. GRECO ofrece un ejemplo similar (su “isla 3”). Al respecto, ver GRECO, *supra* nota 9, p. 274, ÍDEM, nota 118, p. 12.

¹⁷² MOORE, *supra* nota 13, p. 719.

¹⁷³ MOORE, *supra* nota 13, pp. 724 y 734. La evitación de la tortura de dos inocentes no justificaría la tortura de uno solo de ellos, pero sí la destrucción de una ciudad completa.

b) Teorías relativas o impropias de la retribución

En las teorías *relativas* o *impropias* de la retribución, la contundencia de la retribución se ve debilitada. A diferencia de las teorías absolutas, la consideración de las consecuencias sí puede desempeñar un papel en la cuestión de la justificación de la pena. La “mirada orientada al pasado” pura es dejada de lado en favor de una “mirada orientada al futuro” (al menos en parte).¹⁷⁴

La teoría impropia de la retribución puede ser subdividida en dos variantes. La primera variante entiende que la retribución de la culpabilidad sería un bien inmanente que debe ser maximizado sin exclusión de consideraciones consecuencialistas y que brinda una justificación *prima facie* de la pena. Por el contrario, según la segunda variante, la pena retributiva tendría un valor intrínseco, pero podría justificarse solo si tuviera además una utilidad social *adicional*, como p. ej. la prevención de hechos punibles futuros.

aa) Retribución como deber *prima facie* de penar

MOORE diferencia su teoría absoluta de la retribución, que denomina “deontológica” o “agencialmente relativa”, de la variante “consecuencialista” o “agencialmente neutral”, según la cual el hecho de que el autor culpable sea condenado sería un buen estado, que debe ser maximizado, aun cuando esto signifique que algunos culpables eludirán la pena.¹⁷⁵ Es decir, no existiría ningún deber categórico de compensar la culpabilidad, sino un imperativo relativo o *prima facie*.¹⁷⁶

En esta corriente general, la idea de retribución ha sido trabajada de diferentes maneras. Para empezar, presentaré a una autora clásica (HAMPTON, *infra* [1]) y a un joven autor (ZAIKERT, *infra* [2]).

(1) Luego de haber defendido una teoría de la pena paternalista (“*the moral education theory*”)¹⁷⁷, sostuvo una teoría expresiva de la pena¹⁷⁸ orientada a la víctima, a la que denominó “nueva” teoría

¹⁷⁴ Sobre esta distinción, HONDERICH, *supra* nota 50, p. 17 ss.

¹⁷⁵ MOORE, *supra* nota 13, p. 156.

¹⁷⁶ MOORE, *supra* nota 13, p. 157.

¹⁷⁷ HAMPTON, “The moral education theory of punishment”, en *Philosophy & Public Affairs*, n.º 13, 1984, pp. 208-238.

¹⁷⁸ Aparentemente la idea de una teoría expresiva de la pena ha sido tratada científicamente por primera vez por FEINBERG (*Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, New Jersey, Princeton University Press, 1970, p. 118). Dada la cantidad de autores del ámbito anglosajón que defienden una especie de teoría de la pena expresiva, simbólica y comunicativa

retributiva.¹⁷⁹ HAMPTON consideró a la retribución como un componente importante, mas no el único, de un sistema penal estatal moral y respetable. Para ella, no todas las respuestas retributivas deben ser punitivas.¹⁸⁰

Según HAMPTON, la retribución constituye la reacción necesaria frente a un ataque a la dignidad o valor de la víctima, es decir, una lesión moral (“*moral injury*”).¹⁸¹ Esta no debe ser confundida con el sufrimiento fáctico o psíquico de la víctima, por lo que el sufrimiento no sería ni condición necesaria ni suficiente de una lesión moral.¹⁸² El delito simbolizaría así una degradación del valor de la víctima, que no tendría necesariamente algo que ver con el daño material.¹⁸³ En este sentido, el contenido expresivo del delito sería importante. Si el autor no fuera castigado, se le comunicaría a la víctima y a la sociedad que el estatus de la víctima es bajo. La retribución sería, de este modo, la respuesta a este ilícito, cuya función sería defender del valor de la víctima. La reacción retributiva refutaría el falso mensaje de superioridad frente a la víctima y confirmaría su estado de igualdad originario, derivado de su humanidad.¹⁸⁴

Sin embargo, según HAMPTON, el *Estado* no siempre estaría obligado a ordenar una retribución frente a un delito. Es decir, la retribución sería un deber moral no absoluto. En ocasiones, otras finalidades estatales legítimas (como la prevención o la educación moral) pueden resultar más importantes que la retribución. HAMPTON asume, así, una concepción pluralista en materia de teorías de la pena, pese a que para ella la retribución continúa siendo la justificación primordial de la pena.¹⁸⁵ Su teoría erige a la retribución expresiva como respuesta fundamental del delito moral, que la reacción estatal puede llevar a cabo, o no.

(como HONDERICH, PRIMORATZ, KLEINIG, FLETCHER, GROSS, DUFF, VON HIRSCH, entre otros), una valoración de sus posiciones sería, en el marco de este trabajo, demasiado superficial.

¹⁷⁹ HAMPTON, “An Expressive Theory of Retribution”, en CRAGG (ed.), *Retributivism and its Critics*, Franz Steiner Verlag Wiesbaden, 1990, p. 1; IDEM, *supra* nota 95, p. 108.

¹⁸⁰ HAMPTON, *supra* nota 95, pp. 108-109.

¹⁸¹ HAMPTON, *supra* nota 95, pp. 115-116.

¹⁸² HAMPTON, *supra* nota 95, p. 120.

¹⁸³ HAMPTON, *supra* nota 95, pp. 129-130.

¹⁸⁴ HAMPTON, *supra* nota 95, p. 135.

¹⁸⁵ HAMPTON, *supra* nota 95, pp. 148-149.

(2) ZAIBERT ofrece un análisis crítico de la teoría retributiva. A partir de un concepto neutral de la pena,¹⁸⁶ ZAIBERT ofrece la siguiente tesis en el ámbito de su justificación: la retribución, o la justicia compensatoria de culpabilidad, sería un bien en sí mismo¹⁸⁷ y no simplemente un bien instrumental para la consecución de otros fines (como la prevención de hechos punibles futuros). La fundamentación de esta proposición se basa en las consideraciones estético-morales inspiradas en el filósofo G.E. MOORE.¹⁸⁸ La combinación de dos males no causa, necesariamente, un mal mayor, es decir, la existencia de dos males puede constituir un mal inferior que la existencia de un mal individual. En el marco de la pena retributiva, dos grandes males —maldad y sufrimiento— pueden conformar una unidad orgánica (“*organic whole*”) con valor positivo.¹⁸⁹ La consecuencia de esto es que cuando la pena es merecida (“*deserved*”), no solo no sería un *mal* necesario, sino de hecho un *bien* intrínseco.¹⁹⁰ Por otro lado, la culpabilidad no sería condición necesaria ni suficiente de la pena.¹⁹¹ En este sentido, la teoría retributiva debería ser vista como una justificación moral *prima facie*,¹⁹² que puede resultar vencida por otros principios normativos o bienes instrumentales. Podría haber casos en los que la justificación retributiva no fuera derrotada, pero el punto central es que es puede ser derrotada.¹⁹³ El merecimiento o culpabilidad (“*desert*”) del autor sería, sin embargo, la única razón y siempre al menos una buena razón para imponer una pena.¹⁹⁴

La concepción de ZAIBERT puede ser distinguida de la teoría negativa de la retribución, de las teorías absolutas y, por supuesto, también de la teoría pura orientada a las consecuencias.¹⁹⁵ Con ello, este autor ofrece una teoría de la retribución que no resulta para nada modesta, pero que no goza de la solidez de una concepción indiferente al resultado, como la de MOORE. No obstante,

¹⁸⁶ ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 36. Según su definición, existe una pena cuando A, como reacción a un comportamiento incorrecto de B, lo desaprueba y le aplica un mal para que B sufra. Por ello, el Estado no es un sujeto necesario y todo elemento justificativo o legitimador se restringe al concepto de pena. Su concepto debería satisfacer tanto a los defensores de la teoría retributiva, como a los de la teoría consecuencialista de la pena. Con esto, ZAIBERT quiere evitar una barrera definicional (*supra* nota 14, pp. 27, 75), es decir, una confusión entre el nivel de la definición y el de la justificación. Al respecto, entre otros, PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 73, p. 4 ss.

¹⁸⁷ ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 202 ss.

¹⁸⁸ Ver G.E. MOORE, *Principia Ethica*, Revised Edition, Cambridge, University Press, 1993, p. 232 ss., *passim*.

¹⁸⁹ G.E. MOORE, *supra* nota 188, p. 264; ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 208.

¹⁹⁰ ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 214.

¹⁹¹ ZAIBERT, *supra* nota 14, pp. 5-6, *passim*.

¹⁹² ZAIBERT señala que normalmente son más bien las justificaciones políticas las que podrían ofrecer una justificación *ultima facie*, dado que son más abarcadoras y no tan impugnables como las justificaciones morales (ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 199).

¹⁹³ ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 199 s.

¹⁹⁴ ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 203.

¹⁹⁵ ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 214.

dado que ZAIBERT se esforzó por brindar únicamente una justificación *moral o estética* de la pena, no dio una respuesta concluyente a la pregunta de la legitimación de la pena *estatal*. La cuestión relativa a en qué medida las ideas retributivas y las eventuales razones instrumentales que entran en conflicto (¿cuáles?) deben desempeñar un papel al respecto permanece sin respuesta, lo que él mismo reconoce al final de su monografía.¹⁹⁶

(3) En cuanto a las *críticas* a estas teorías morales relativas de la retribución, debe señalarse, sin embargo, que no sufren de las insuficiencias de la versión absoluta. La renuncia al deber estatal absoluto de retribuir mediante una pena y el foco en el fundamento moral de la pena hacen que estas versiones más sencillas sean incluso más atractivas. No obstante, también tienen sus debilidades. En este sentido, no ofrecen ningún dato que permita justificar la pena *estatal*. Esto no significa que el problema de la legitimación de la pena no sea un problema ético. El punto es, simplemente, que la tarea del Estado de justificar la pena siempre debe ser abordada. Las consideraciones de teoría del Estado no tienen una mera función complementaria en lo que se refiere a la legitimación de la pena estatal, sino que tienen que ser incluidas desde un principio. La conminación penal estatal y su imposición es siempre un tema de la relación entre Estado y ciudadano. En mi opinión es dudoso que se pueda aprender algo importante para la justificación del castigo estatal de la legitimación de, por ej., castigos religiosos o estatales. Las consideraciones simbólicas o estéticas prácticamente no están en condiciones de brindar parámetros para legitimar la coerción jurídico-penal del Estado si no son incluidos argumentos de teoría del Estado.

bb) Teorías mixtas: combinación con la prevención

Por último, deben considerarse aquellas teorías que, si bien entienden que es legítimo y necesario que la pena tenga finalidades preventivas, todavía son clasificadas bajo la tradición del retribucionismo. Según estas concepciones, el Estado podría imponer una pena porque el autor lo merece, pero únicamente cuando al mismo tiempo pueda ser obtenida una ganancia social.¹⁹⁷ La diferencia con la teoría preventiva tradicional es que si bien la prevención sería un requisito necesario de la justificación de la pena, no sería un requisito suficiente.¹⁹⁸ Esta concepción general

¹⁹⁶ ZAIBERT, *supra* nota 14, p. 216.

¹⁹⁷ Así, según la descripción de MOORE, *supra* nota 13, p. 93.

¹⁹⁸ BAGARIC/AMARASEKARA, *supra* nota 7, 166.

es sostenida por dos de los filósofos del derecho (penal) más importantes de la actualidad: HUSAK (*infra* [1]) y VON HIRSCH (*infra* [2]).

(1) Como se ha visto anteriormente en este trabajo, HUSAK no piensa que el deber del Estado de castigar se origine únicamente en la culpabilidad o merecimiento del autor.¹⁹⁹ Él entiende, en cambio, que la circunstancia de que el autor reciba su justo merecido (“*just desert*”), independientemente de ganancias utilitaristas, tiene un valor positivo.²⁰⁰ Sin embargo, las consideraciones consecuencialistas deberían desempeñar un papel importante en la legitimación en la pena *estatal*.²⁰¹

Según HUSAK, la justificación de la pena estatal contiene dos presupuestos: que el Estado se aproxime al ideal de justicia y que por medio del castigo se le agregue algún valor en el mundo.²⁰² HUSAK no niega el valor positivo de la compensación de culpabilidad.²⁰³ Pero dado que la pena es aplicada por el Estado y no por Dios, esta debe traer consigo un valor adicional, que pueda prevalecer ante los tres problemas tradicionales de la imposición estatal de la pena (“*the drawbacks of punishment*”), a saber: los altos costos financieros, la posibilidad no insignificante de errores y el abuso del sistema penal.²⁰⁴

En la búsqueda de este valor, o más bien, en la búsqueda de qué genera este valor y qué puede compensar las desventajas de la pena, HUSAK ha rechazado la función simbólica o expresiva de la pena como posible candidato. La desaprobación frente al autor del delito no puede por sí sola justificar la pena como institución.²⁰⁵ Lo mismo regiría para la teoría de la “*unfair advantage*”: la mera persecución de equidad (*fairness*) tampoco sería idónea para prevalecer frente a los “*drawbacks of punishment*”.²⁰⁶ HUSAK llega a la conclusión de que el componente adicional buscado para la justificación de la pena solo podría consistir razonablemente en la expectativa de que la pena pueda

¹⁹⁹ HUSAK, *supra* nota 142, pp. 447-464 (“Mere conformity with abstract principles cannot suffice to justify the punishment of the deserving, irrespective of whatever drawbacks accompany it”); ÍDEM, *supra* nota 103, pp. 959-986; ÍDEM, “Holistic Retributivis”, en *California Law Review*, n.º 88, 2000, pp. 991-1000.

²⁰⁰ HUSAK, *supra* nota 19, p. 110.

²⁰¹ HUSAK, *supra* nota 142, p. 451.

²⁰² HUSAK, *supra* nota 142, p. 454.

²⁰³ HUSAK, *supra* nota 199, p. 998, ÍDEM, *supra* nota 142, p. 451 (“I concede that there may be ‘some prima facie rightness in the repaying of evil with evil’”); ÍDEM, nota 169, p. 7.

²⁰⁴ HUSAK, *supra* nota 142, p. 450.

²⁰⁵ HUSAK, *supra* nota 142, p. 457.

²⁰⁶ HUSAK, *supra* nota 142, p. 458.

contribuir a reducir otros delitos.²⁰⁷ Así, sería la prevención general, junto con restablecimiento de la justicia o de la compensación de la culpabilidad,²⁰⁸ un requisito necesario de la justificación. Por consiguiente, deberíamos estar preparados para renunciar al castigo de delitos inevitables (“*nonpreventable offenses*”)²⁰⁹. Esto significa que la concepción de HUSAK contiene grandes implicancias de política criminal, ya que siempre habría que prestar atención al efecto general preventivo de los tipos penales antes de afirmar su legitimidad, lo cual podría abrir la puerta a descriminalizaciones.²¹⁰

Se puede llegar a la conclusión de que la posición de HUSAK es muy próxima a la teoría negativa de la retribución. En su concepción, la culpabilidad o merecimiento (“*desert*”) es una razón débil para que el Estado imponga una pena.²¹¹ El rol negativo del merecimiento es en HUSAK mucho más importante,²¹² es decir, su ausencia sería decisiva para la ilegitimidad de la pena.²¹³ El aspecto retributivo de la postura de HUSAK puede ser reducido prácticamente a una defensa robusta del principio de culpabilidad, por lo que su teoría puede, en principio, asimilarse a la conocida combinación “alemana” entre culpabilidad y prevención.²¹⁴

(2) Pese a que VON HIRSCH es considerado en el ámbito angloamericano como uno de los exponentes del resurgimiento de la teoría de la retribución,²¹⁵ este autor defiende en la actualidad una teoría dualista de la pena, en tanto recurre, junto a la desaprobación frente al autor del delito, también, y expresamente, a fines preventivos.²¹⁶ El presupuesto central de VON HIRSCH es que los

²⁰⁷ HUSAK, *supra* nota 142, p. 459; IDEM, *supra* nota 19, p. 112.

²⁰⁸ De allí que no estaría permitida la imposición de una pena por sobre la culpabilidad (merecimiento) (HUSAK, *supra* nota 142, p. 562).

²⁰⁹ Un delito sería inevitable (“*nonpreventable*”) cuando las ventajas de su realización se muestren como excelentes y sin embargo no sea especialmente grave (HUSAK, *supra* nota 142, p. 462).

²¹⁰ Estas implicancias son desarrolladas en profundidad por HUSAK en su obra “Overcriminalization” (*supra* nota 119).

²¹¹ HUSAK, *supra* nota 169, p. 8.

²¹² HUSAK, *supra* nota 169, p. 11: “I hope that desert provides something close to a necessary condition for justified punishment [...]: the reason not to punish that applies to those who do not deserve to be punished is much more stringent than the reason to punish that applies to those who do deserve to be punished”.

²¹³ HUSAK, *supra* nota 169, p. 11.

²¹⁴ Ver *supra* nota 97.

²¹⁵ Al respecto, GARDNER, *supra* nota 32, pp. 781-815.

²¹⁶ Ver VON HIRSCH, *supra* nota 97.

dos componentes de la pena (desaprobación e irrogación de un mal) son analíticamente distinguibles.²¹⁷

La desaprobación fundamentaría la legitimación ética de la pena frente al autor del delito. Esta funcionaría principalmente como una comunicación moral con el autor, quien, de esta forma, sería tratado como un agente autónomo capaz de valorar moralmente su comportamiento a partir del mensaje normativo.²¹⁸ Además, la desaprobación representada en la pena se refiere también a la víctima, quien de esta forma experimenta que se cometió contra ella un ilícito por medio de un comportamiento culpable de un tercero.²¹⁹

No obstante, la desaprobación no sería suficiente para justificar la irrogación de un mal. El solo fortalecimiento de la credibilidad del mensaje moral de desaprobación no sería una fundamentación suficiente del maltrato.²²⁰ La *prevención* haría las veces de la función de irrogar un mal penal, de manera que esta ofrecería “una ‘*prudential reason*’ para abstenerse de cometer hechos punibles, asociada a una razón normativa manifestada en el elemento de la desaprobación”.²²¹ Finalmente, la irrogación del mal debería ofrecerle al ciudadano tanto razones morales como razones orientadas a las consecuencias para abstenerse de cometer hechos punibles.²²² Como el modelo de HUSAK, la concepción de VON HIRSCH tiene implicancias político-criminales. Esta justificación dualista permitiría, incluso, renunciar a la pena como institución, si ya no sirviese para realizar los fines preventivos.²²³

(2) Estas versiones de la teoría retributiva, que incluyen expresamente finalidades preventivas, tienen desde luego legitimación. Estas tratan las dos cuestiones fundamentales en este tema (la fundamentación y los límites de la pena) desde una perspectiva que incluye aspectos éticos y

²¹⁷ VON HIRSCH/HÖRNLE, “Positive Generalprävention und Tadel”, en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, *passim*.

²¹⁸ VON HIRSCH, *supra* nota 97, p. 11; ÍDEM, *supra* nota 145, p. 49. Sin embargo, la reacción fáctica del autor no tiene ninguna relevancia: “No se defiende aquí una teoría de la penitencia, de acuerdo a la cual la reacción frente al hecho se determina según los sentimientos despertados en el autor, como vergüenza, arrepentimiento u otros sentimientos similares” (VON HIRSCH, *supra* nota 145, p. 49).

²¹⁹ VON HIRSCH, *supra* nota 145, p. 49.

²²⁰ VON HIRSCH, *supra* nota 97, p. 12; ÍDEM, *supra* nota 145, pp. 53-54.

²²¹ VON HIRSCH, *supra* nota 97, p. 12; ÍDEM, *supra* nota 145, p. 54.

²²² VON HIRSCH, *supra* nota 97, p. 13; ÍDEM, *supra* nota 145, p. 55.

²²³ VON HIRSCH, *supra* nota 97, p. 14; ÍDEM, *supra* nota 145, p. 56.

políticos, o de teoría del Estado.²²⁴ No obstante, por la misma razón se muestran como superfluas, dado que en sus conclusiones no difieren prácticamente de las tradicionales teorías preventivas (no utilitaristas) de la pena “limitadas por la culpabilidad”.²²⁵ Dado que la prevención es un requisito necesario de legitimación de la pena, lo que permanece fuera del alcance del principio de culpabilidad no es otra cosa que un elemento declaratorio.

V. Conclusión

El retribucionismo es una teoría polifacética que no puede ser reducida a un único enunciado normativo ni tampoco criticada de manera genérica. Pese a que fue valorada en el transcurso de trabajo como una teoría que no es capaz de brindar una justificación de la pena como institución frente a todos los destinatarios —los afectados y la sociedad—, no puede ser rechazada precipitadamente, como normalmente sucede actualmente en Alemania en la discusión jurídico-penal básica.

Por un lado, la discusión sobre el fin de la pena en el ámbito angloparlante demuestra que la idea de la retribución o merecimiento/culpabilidad (“*desert*”) puede desempeñar distintos papeles en la justificación de la pena. Por otro lado, el debate angloamericano sobre teoría de la pena, en especial desde el fracaso del utilitarismo y el resurgimiento del retribucionismo, enseña que el establecimiento de un principio de culpabilidad sobre una base puramente utilitarista o consecuencialista, lo que aún sigue teniendo mucho peso en Alemania, no puede sostenerse y por ello quien, como teórico de la prevención, quiera aferrarse al principio de culpabilidad, se encuentra frente a un desafío nada fácil de resolver.

VI. Bibliografía

ARMSTRONG, K. G., “The Retributivist Hits Back”, en *Mind*, n.º 70, 1961.

BAGARIC, Mirko/AMARASEKARA, Kumar, “The Errors of Retributivism”, en *Melbourne Univeristy Law Review*, n.º 24, 2000.

²²⁴ Aunque el planteo de VON HIRSCH —entender la desaprobación estatal como una valoración moral del comportamiento del autor— se muestra cuestionable en cuanto a la necesaria distinción entre derecho y moral. Así GRECO, *supra* nota 9, pp. 500-501, quien considera ilegítimo el reproche moral *constitutivo*, o reprobación (a diferencia del declaratorio); y ROXIN, *supra* nota 154, p. 603.

²²⁵ La expresión es de ROXIN, *supra* nota 154, p. 616.

BAURMANN, Michael, *Folgerorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1981.

BEDAU, Hugo Adam, "Retribution and the theory of punishment", en *The Journal of Philosophy*, n.º 75, 1978.

BENN, Stanley Isaac, "An Approach to the Problems of Punishment", en *Philosophy*, n.º 33, 1958.

BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1907.

BRAITHWAITE, John/PETTIT, Philip, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

BURGH, Richard, "Do the guilty deserve punishment?", en *The Journal of Philosophy*, n.º 79, 1982.

CHRISTOPHER, Russell, "Deterring Retributivism: The Injustice of 'Just' Punishment", en *Northwestern University Law Review*, n.º 96, 2002, pp. 843-976.

COTTINGHAM, John, "Varieties of retribution", en *The Philosophical Quarterly*, n.º 29, 1979.

DAVIS, Michael, "Criminal Desert and Unfair Advantage", en *Law and Philosophy*, n.º 12, 1993.

DOLINKO, David, "Some thoughts about retributivism", en *Ethics*, n.º 101, 1991.

—, "Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment", en *Law and Philosophy*, n.º 16, 1997.

DUBBER, Markus, *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, Múnich, C.H. Beck, 2005.

—, "The Unprincipled Punishment of Repeat Offenders: A Critique of California's Habitual Criminal Statute", en *Stanford Law Review*, n.º 43, 1990, pp. 193-240

—, *Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victim's Right*, New York, NYU Press, 2002.

DUFF, R. Antony, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

—, “Responsibility, Restoration, and Retribution”, en TONRY, Michael (ed.), *Retributivism Has a Past, Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press.

EWING, Alfred C., *The Morality of Punishment with Some Suggestions for a General Theory of Ethics*, Routledge, 1929.

FEINBERG, Joel, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, New Jersey, Princeton University Press, 1970.

—, “The classic debate”, en FEINBERG, Joel/COLEMAN, Jules (eds.), *Philosophy of Law*, Belmont, Wadsworth, 7.^a ed. 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razao: Teoria do Garantismo Penal* (trad. ZOMER SICA et al.), 3.^a ed., San Pablo, Revista dos Tribunais, 2010.

FINNIS, John, “The Restoration of Retribution”, en *Analysis*, n.º 32, 1972.

FLETCHER, George, “Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 101, 1989, pp. 803-818.

FRISCH, Wolfgang, “Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention”, en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, pp. 125-145.

GARDNER, Martin R., “The Renaissance of Retribution”, en *Wisconsin Law Review*, 1976.

GARLAND, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.

GOLDMAN, Alan H., “Toward a new theory of punishment”, en *Law and Philosophy*, n.º 1, 1982.

GRECO, Luís, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009.

—, “A Ilha de Kant”, en ÍDEM/MARTINS, Antonio (eds.), *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*, San Pablo, Marcial Pons, 2012, pp. 263-280.

GREENAWALT, Kent, “Punishment”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, n.º 74, 1983.

HAMPTON, Jean, “The moral education theory of punishment”, en *Philosophy & Public Affairs*, n.º 13, 1984.

—, “An Expressive Theory of Retribution”, en CRAGG, Wesley (ed.), *Retributivism and its Critics*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1990.

—, “Liberalism, retribution and criminality”, en COLEMAN, Jules/BUCHANAN, Allen (eds.), *In Harm’s way: Essays in honor of Joel Feinberg*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

—, “The Intrinsic Worth of Persons: Contractarianism in Moral and Political Philosophy”, en FARNHAM, Daniel (ed.), *The Intrinsic Value of Persons: Contractarianism in Moral and Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

HART, Herbert Lionel Adolphus, “Prolegomenon to the Principles of Punishment”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, n.º 60, 1959.

HENKE, Martin, *Utilitarismus und Schuldprinzip bei der schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis*, Bonn, tesis doctoral, 1990.

HOERSTER, Norbert, *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*, Múnich, C.H. Beck, 2012.

HONDERICH, Ted, *Punishment: The Supposed Justifications Revisited*, Londres, Pluto Press, 2006.

HÖRNLE, Tatjana, *Straftheorien*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011.

—, “Claus Roxins straftheoretischer Ansatz”, en HEINRICH, Manfred/JÄGER, Christian/SCHÜNEMANN, Bernd (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlín, Walter de Gruyter, 2011, pp. 3-22.

HUSAK, David, “Why Punish the Deserving?”, en *Nous*, n.º 26, 1992.

—, “Retribution in Criminal Theory”, en *San Diego Law Review*, n.º 37, 2000.

—, “Holistic Retributivis”, en *California Law Review*, n.º 88, 2000.

—, “Malum Prohibitum and Retributivism” en DUFF, Antony /GREEN, Stuart (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

—, “Why Criminal Law: A Question of Content?”, en *Criminal Law and Philosophy*, n.º 2, 2008.

—, “Broad Culpability and the Retributivist Dream”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, n.º 9, 2012.

—, *Retributivism in Extremis*, 2012 (en prensa).

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996.

JOECKS, Wolfgang, en JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, t. 1, Múnich, C.H. Beck, 2011.

KAISER, Hanno, *Widerspruch und harte Behandlung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1999.

KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, t. VIII, Berlín, Suhrkamp, 1997, p. 453 [La metafísica de las costumbres [trad. Adela CORTINA ORTS y Jesús CONILL SANCHO], Madrid, Tecnos, 1996.

KAPLOW, Louis/SHAVELL, Steven, *Fairness versus Welfare*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2002.

KLEINIG, John, *Punishment and Desert*, La Haya, Springer, 1973.

KLOCKE, Gabriele/MÜLLER, Henning, “Zur Renaissance der Vergeltung - Ringpublikationsprojekt ‘Prävention und Zurechnung - Präventionsorientierte Zurechnung?’”, en *Strafverteidiger*, n.º 9, 2014, pp. 370-377.

KORIATH, Heinz, “Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe”, en *Jura*, 1995, pp. 625-635.

LÜDERSSEN, Klaus, “Muss Strafe sein?”, en HERZOG, Felix *et al.* (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller, 2010, pp. 467-480.

MABBOTT, John D., “Punishment”, en *Mind. New Series*, n.º 48, 1939, pp. 152-167.

MACKIE, John, “Morality and the retributive emotions”, en *Criminal Justice Ethics*, n.º 1, 1982, pp. 3-10.

MAÑALICH, Juan Pablo, “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva” en *InDret*, n.º 2, 2015.

MARKEL, Dan, “What Might Retributive Justice Be? An Argument for the Confrontational Conception of Retributivism”, en WHITE, Mark (ed.), *Retributivism: Essays on Theory and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 49-72.

MARTINSON, Robert, “What works? - questions and answers about prison reform”, en *The Public Interest*, n.º 35, 1974, pp. 22-54.

MATRAVERS, Matt, “Is Twenty-first Century Punishment Post-desert?”, en TONRY, Michael (ed.), *Retributivism Has a Past: Has it a Future?*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

MCCLOSKEY, H. J., “A non-utilitarian approach to punishment”, en BAYLES, Michael D. (ed.), *Contemporary Utilitarianism*, Gloucester, Peter Smith, 1968.

—, “‘Two Concepts of Rules’—A Note”, en *The Philosophical Quarterly*, n.º 22, 1972.

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

—, *Objectivity in Ethics and Law*, Farnham, Ashgate, 2004.

MOORE, George Edward, *Principia Ethica*, Revised Edition, Cambridge, University Press, 1993.

MORRIS, Herbert, “Persons and Punishment”, en *The Monist*, n.º 52, 1968.

—, “A Paternalistic Theory of Punishment”, en *The Philosophical Quarterly*, n.º 18, 1981.

MURPHY, Jeffrie, *Retribution, Justice and Therapy: Essays in the Philosophy of Law*, Dordrecht, D. Reidel, 1979.

—, *Retribution Reconsidered*, Springer, 1992.

—, “The State's Interest in Retribution”, en *Journal of Contemporary Legal Issues*, n.º 5, 1994.

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

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books 1974.

PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.

—, *Person, Subjekt, Bürger*, Berlín, Duncker & Humblot, 2004.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, en *InDret*, n.º 4, 2014.

PIEROTH, Bodo/SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte - Staatsrecht II*, 27.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2011.

PRIMORATZ, Igor, *Justifying Legal Punishment*, Humanity Books, 1989.

QUINTON, Anthony, “On punishment”, en *Analysis*, n.º 14, 1954, pp. 133-142.

RAWLS, John, “Two concepts of rules”, en *The Philosophical Review*, n.º 64, 1955, pp. 3-32.

—, *Teorías sobre la Ética*, México, Fondo de cultura económica, 1974.

ROSEBURY, Brian, “Moore’s Moral Facts and the Gap in the Retributive Theory”, en *Criminal Law and Philosophy*, n.º 5, 2011, pp. 361-376.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2006.

—, “Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en HASSEMER, Winfried et al. (eds.), *In Dubio pro Libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, Múnich, C.H. Beck, 2009, pp. 601-616.

SADURSKI, “Theory of punishment, social justice, and liberal neutrality”, en *Law and Philosophy*, n.º 7, 1988, pp. 351-373.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur - Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist”, en PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, pp. 327-344.

—, “Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland”, en HIRSCH, Hans Joachim/WEIGEND, Thomas (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, pp. 147-176.

—, “Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht”, en ÍDEM (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, Walter de Gruyter, 1984, pp. 153-196.

—, “Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie,” en ÍDEM *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, pp. 109-123.

SHER, George, *Desert*, Princeton, Princeton University Press, 1987.

SHAFER-LANDAU, Russ, “The Failure of Retributivism”, en *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, n.º 82, 1996, pp. 289-316.

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., München, Vahlen, 2011.

TEN, Chin Liew, *Crime, Guilt and Punishment: A Philosophical Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

TONRY, Michael “Thinking about punishment”, en ÍDEM (ed.), *Why Punish: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

VON HIRSCH, Andrew, *Censure and Sanctions*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

VON HIRSCH, Andrew, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

VON HIRSCH, Andrew/HÖRNLE, Tatjana, “Positive Generalprävention und Tadel”, en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, pp. 83-100.

WALKER, Nigel, “Modern Retributivism”, en GROSS, Hyman/HARRISON, Ross (eds.), *Jurisprudence: Cambridge Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 73-94.

WHITMAN, James, “A Plea against Retributivism”, en *Buffalo Criminal Law Review*, n.º 7, 2004, pp. 85-107.

ZAIBERT, Leo, *Punishment and Retribution*, London, Routledge, 2006.

ZIFFER, Patricia, “Acerca del ‘resurgimiento’ del retribucionismo” en *En Letra Derecho Penal*, n.º 6, 2018.