Carlos Pérez del Valle
Universidad San Pablo CEU,

-

Pœna forensis y retribución ***Propuesta para la restauración de una teoría***

Sumario

-

Las teorías que consideran la pena como retribución tienen como punto de referencia a Kant, aunque también existe una discusión reciente sobre si la retribución era en realidad el fundamento de la pena en su teoría de derecho. Por esa razón, el desarrollo de cualquier teoría retributiva ha de considerar a Kant, porque su teoría de la retribución ha definido el marco de la discusión sobre el concepto, y atender a textos de la filosofía moral o de la razón pura mostrar cuál es el marco de discusión sobre la retribución de la dogmática penal. En ese marco se intenta explicar una teoría de la retribución conforme a la ley natural, como forma de concretar la necesidad moral de la pena y su vinculación a la razón práctica. Sin embargo, no todos los aspectos de la pena con la que se castiga un hecho concreto son abarcados por esta necesidad moral. El objetivo último es, por tanto, la definición de estos límites y de la compatibilidad de la teoría de la retribución con una justa individualización de la pena sobre la base de la culpabilidad -con una adecuada comprensión de la idea de arrepentimiento- y con la posibilidad de suavizar o incluso de suspender la ejecución de penas.

Abstract

-

Theories that regard the punishment as retribution have as a reference point to Kant, although there is also a recent discussion about whether retribution was certainly the foundation of punishment in his theory of law. For this reason, the development of any retribution theory should consider Kant, because his theory of retribution has defined the framework of the discussion on the concept, and to attend to texts of moral philosophy (practical reason) or pure reason to show what is the framework of discussion on retribution in the criminal law doctrine. In this context, an attempt is made to explain a theory of retribution under natural law, as a way of realizing the moral necessity of the punishment and its link to practical reason. However, not all aspects of the punishment for a crime are covered by this moral necessity. The last objective is therefore the definition of these limits and the compatibility of the theory of retribution with a just sentencing on the basis of culpability - with an adequate understanding of the idea of repentance - and with the possibility of softening or even suspending the execution of penalties.

Abstract

-

Die Theorien, die Strafe als Vergeltung betrachten, haben Kant als Bezugspunkt, obwohl es in letzter Zeit auch eine Diskussion darüber gibt, ob Vergeltung in seiner Rechtslehre tatsächlich die Grundlage der Bestrafung war. Aus diesem Grund sollte bei der Entwicklung jeder Vergeltungstheorie Kant berücksichtigt werden, denn seine Vergeltungstheorie hat die Diskussion über den Begriff abgesteckt, und Texte der Moralphilosophie (praktische Vernunft) oder der reinen Vernunft herangezogen werden, um zu zeigen, was der Rahmen der Vergeltung in der Strafrechtslehre ist. In diesem Rahmen wird versucht, eine Theorie der Vergeltung im Einklang mit dem Naturrecht zu erklären, um die

moralische Notwendigkeit der Bestrafung und ihre Verbindung zur praktischen Vernunft zu präzisieren. Allerdings sind nicht alle Aspekte der Bestrafung für eine bestimmte Tat durch diese moralische Notwendigkeit abgedeckt. Letztlich geht es also darum, diese Grenzen und die Vereinbarkeit der Vergeltungstheorie mit einer gerechten Strafzumessung auf der Grundlage der Schuld - mit einem angemessenen Verständnis der Idee der Reue - und mit der Möglichkeit, die Art und Weise, wie die Strafe vollstreckt wird, zu lockern oder sogar auszusetzen, zu definieren.

Title: *Pœna forensis and Retribution. Proposal on the Restoration of a Theory.*

Titel: Pœna forensis und Vergeltung Vorschlag zur Wiederherstellung einer Theorie

-

Palabras clave: Retribución, Teoría de la pena, Imperativo categórico, *ius talionis*, arrepentimiento, ley natural.

Keywords: Retribution, Theory of Punishment, categorical Imperative, *ius talionis*, Repentance, Natural Law.

Stichwörter: Vergeltung, Wiedervergeltung, Theorie der Strafe, kategorische Imperativ, Reue, Naturrecht

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i3.07

3.2020

Recepción

13/04/2020

-

Aceptación

06/05/2020

-

1. Introducción

2. Lo absoluto y lo relativo en la *pœna forensis*

- 2.1 *Pœna forensis* en KANT
- 2.2 Teorías de la pena: qué es absoluto y qué es relativo en la pena
- 2.3 Retribución y estado de la naturaleza
- 2.4 Imperativo categórico
- 2.5 *Ius talionis*

3. El significado de la retribución: el marco de una teoría

- 3.1 Las exigencias de la teoría de la pena (o sobre lo qué deben a KANT las teorías de la retribución)
- 3.2 La dimensión moral de la pena estatal
- 3.3 Razón práctica y retribución
- 3.4 Retribución y determinación de la pena; la consideración del arrepentimiento

4. Conclusión: la retribución restaurada

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introducción*

En 1835, ABEGG, en el prólogo de una monografía sobre las distintas teorías de la pena, aludía a la necesidad de una fundamentación filosófica del Derecho penal “vinculada a los nuevos sistemas del Derecho natural o de la filosofía del Derecho”.¹ El punto de partida es razonable: cualquier teoría sobre la pena debe -o debería- asentarse en una determinada concepción del Derecho sobre presupuestos filosóficos o sobre bases fundadas del rechazo a cualquier fundamento filosófico. Esta perspectiva se observa, tal vez como en ninguna otra teoría de la pena, en las teorías de la retribución. La contribución de la filosofía idealista alemana al desarrollo de la dogmática jurídica moderna, y el hecho de que sus autores más representativos se hiciesen eco de teorías retributivas, permitió un predominio de estas teorías en ciertos momentos; pero también la incidencia especial de sus críticos al reprocharles una excesiva abstracción.² Es posible que, al menos en parte, estos reproches sean ciertos y, desde luego, serían incompatibles con una teoría de retribución que, como pretendo, encuentre sus bases en la ley natural. La contraposición con la filosofía idealista, si se adopta esta idea en una tradición aristotélica es evidente: al Derecho en la comunidad política es esencial la orientación material hacia la virtud en libertad, y no es tan sólo la coordinación de la libertad de sujetos con autonomía en el dictado de su propia ley moral, que es propia, aunque haya de adecuarse a una máxima formal.³

No obstante, ninguna teoría de la retribución puede ignorar que su irrupción en la discusión moderna sobre la pena debe atribuirse básicamente a KANT. KANT no creó de la nada la idea de retribución, pero es el punto de inflexión decisivo e indiscutible en su desarrollo,⁴ porque despliega su teoría del Derecho penal pensando en sus fundamentos en el estado de Derecho;⁵ de ahí la relevancia de la expresión *pœna forensis* en lo que se han denominado teorías absolutas de la pena. Por ese motivo, he de iniciar la exposición a partir de KANT, porque su teoría de la retribución ha definido el marco de la discusión sobre el concepto. No puede olvidarse, en ese sentido, que algunos intérpretes han discutido que realmente KANT mantuviese una concepción de la pena como retribución, y muchas veces ampliando su perspectiva más allá de las manifestaciones explícitas de KANT sobre la pena o la ley penal. En esta situación, es necesario atender a textos de la filosofía moral o de la razón teórica -incluso de su correspondencia- a los que estos intérpretes han acudido en ocasiones. El objetivo de este primer paso (1. *Lo absoluto y lo relativo en la pœna forensis*) es, mediante el examen de los

* Autor de contacto: Carlos Pérez del Valle, perezdevall@ceu.es

¹ ABEGG, *Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, 1835, p. III. En todo caso, y como ya se deriva del título, la intención de ABEGG era precisamente lograr un punto de partida de relación adecuada entre filosofía y Derecho positivo (p. 3).

² Sobre ambos aspectos, LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en EL MISMO, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1 Bd (1875 bis 1891)*, 1882-1905, p. 127, al indicar la *communis opinio* de los penalistas estaba fundada en su vinculación a KANT, a FICHTE, a HEGEL o a HERBART; y -aunque no excluye especulaciones metafísicas sobre el fundamento de la pena- en el rechazo a cualquier especulación metafísica sobre la configuración empírica de la pena (p. 133) o en el rechazo al doctrinarismo (p. 178).

³ Sobre la contraposición, especialmente en SPAEMANN, «Die Aktualität des Naturrechts», en EL MISMO, *Philosophische Essays*, 1994, pp. 69 ss. En todo caso, esta orientación a la virtud, a la felicidad, no prescinde de la vinculación entre libertad y felicidad, que “es constitutiva de la autoconciencia del hombre” (p. 73).

⁴ Cfr. GÜNTHER, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts*-Abt. 2, 1891, con una exposición completa de la doctrina anterior a KANT, y especialmente en quienes considera sus precedentes, en pp. 263 ss. Sobre la idea del punto de inflexión, en Prólogo, p. V.

⁵ HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, 2015, p. 89.

aspectos que considero esenciales en KANT (estado de naturaleza y estado civil; imperativo categórico, *ius talionis*), mostrar cuál es el marco de discusión sobre la retribución en la discusión de la dogmática penal y qué caracteres le son irrenunciables.

Precisamente en este marco intento explicar mi visión de una teoría de la retribución conforme a la ley natural en la segunda parte del trabajo (2. *El significado de la retribución: el marco de una teoría*). Es también incuestionable que este intento requiere un examen de la dimensión moral de la pena estatal y su vinculación a la razón práctica para definir la relación entre pena retributiva y ley natural, porque sus pretensiones de validez objetiva y universal son limitadas.

2. Lo absoluto y lo relativo en la *pœna forensis*

2.1. *Pœna forensis* en Kant⁶

En su conocida fundamentación del Derecho penal, KANT mantiene que la pena que corresponde aplicar a un juez (*pœna forensis*) no puede nunca ser impuesta sin más como un medio para promover el bien de otro, del delincuente o de la sociedad civil, sino siempre porque él ha cometido el delito.⁷ Este principio es reconocido también por KANT en “la *pœna meremoralis*, que es llamada *vindicatiua*, precisamente porque salva la justicia divina” y es extendido más allá: “las penas, en un mundo gobernado (por Dios) según principios morales, son categóricamente necesarias (en la medida que son descubiertas las transgresiones)”.⁸ Expresa en ambos casos que la pena es retribución -lo que especifica después de un modo más claro- porque “la ley penal es un imperativo categórico”.

Con esta fundamentación, KANT se oponía a la doctrina penal del S. XVIII, que de forma mayoritaria había defendido las tesis de la intimidación para posibles delincuentes o de la

⁶ Las citas de KANT proceden de la edición clásica de la Academia: *Kant's gesammelte Schriften* (hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften), Berlin: G. Reimer, Berlin & Leipzig, desde 1902; Walter de Gruyter, Berlin, desde 1922, aunque casi siempre sobre reimpresión): tras la cita de la obra concreta en cursiva, se indica el número de tomo precedido de las iniciales AA (Akademieausgabe) y, a continuación, el número de la página. Para facilitar la comprensión cronológica, en la primera cita se indica el año de publicación.

⁷ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 331. Dejo de lado un aspecto que considero relevante en el texto, aunque no afecta al tema que se aborda, al menos de forma directa, aunque apunto mi idea de por qué aparece en una especial de paréntesis la *pœna naturalis*: KANT da la denominación de *pœna forensis* (*richterliche Strafe*, en alemán, que he traducido como “pena impuesta por un juez” conscientemente, para subrayar la importancia que KANT otorga a la jurisdicción en el paso del Derecho privado al público) para distinguir precisamente entre *pœna naturalis* y *pœna forensis*. La inclusión de la idea de la *pœna naturalis* es, desde mi punto de vista, una forma de subrayar el carácter nouménico de la *pœna forensis*, y por esto indica que el legislador no ha de prestar atención a aquella no, por tanto, a las consecuencias negativas que recaen sobre el que comete el delito por su propia comisión, lo que es evidentemente fenoménico.

⁸ KANT, «Brief an Johann Benjamin Erhard de 21.Dez.1792», en *Briefwechsel-Bd II (1789-1794)*, AA-XI, pp. 398-399. En la carta realiza anotaciones a algunas materias de Derecho penal tratadas con KLEIN (“*die mit Hrn. Klein verhandelte Materien aus dem Criminalrecht bettreffend*”), pero en la correspondencia anterior de KLEIN -que, como es sabido, fue innovador respecto a la concepción de las medidas de seguridad como una segunda vía del Derecho penal, y adversario de las tesis de FEUERBACH (cfr. KLEINHEYER, «Ernst Ferdinand-Jurist», *Neue deutsche Biographie*, (11), 1977, pp. 734 s.) o de ERHARD, reunida en la edición de las Obras completas de la Academia que cito-, no se encuentra la carta que da origen a estas aclaraciones (aunque hay algunas otras cartas de KLEIN que tratan del fundamento del Derecho natural o de los principios de la moral, sin que conste la respuesta de KANT).

utilidad social de la pena.⁹ La concepción penal de la ley penal como imperativo categórico es, a mi juicio, el punto de partida, como se ha de comprobar. No niego con esto que sea correcta la afirmación de que, en KANT, la justicia es una exigencia ilimitadamente válida, como mantiene HÖFFE;¹⁰ pero no parece posible que pueda desligarse la exigencia incondicional de justicia del carácter incondicional del imperativo categórico.¹¹

En efecto, KANT expone la idea del merecimiento de pena como idea de la razón práctica que se vincula con la infracción de una ley moral:¹² “en toda pena, como tal, debe estar presente en primer lugar la justicia, y ésta constituye lo esencial de este concepto”, pues es “un mal físico que, cuando no estuviera asociado como consecuencia natural del mal moral, debe ser vinculado a éste como consecuencia, de acuerdo con el principio de una ley moral”.¹³ Pero esta explicación precede en nueve años a la conocida fundamentación sobre el Derecho penal en *Die Metaphysik der Sitten* a la que he aludido anteriormente. Se trata de la Crítica de la razón práctica (*Kritik der praktischen Vernunft*) que, como es sabido, no pretende sentar las bases del Derecho, sino que está dirigida a exponer con claridad todo lo que contiene -aun lo que es impreciso- la conciencia del agente moral;¹⁴ y estas afirmaciones se incluyen, en todo caso, en una anotación dedicada a los conflictos del principio de la moralidad, especialmente en orden al “principio de la felicidad”. KANT introduce aquí el tema de la pena -en palabras de DYROFF- “para demostrar que la felicidad no puede ser el principio de la conducta moral”.¹⁵ Precisamente la pena no puede ser vinculada al gozo de la felicidad,¹⁶ porque es un mal ocasionado como consecuencia del mal moral.¹⁷ Pero muestra otro aspecto a considerar, y tal vez no suficientemente explorado cuando se indaga sobre la teoría de la pena y de la ley penal

⁹ HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2ª ed., 2007, p. 235. Una completa exposición de esta perspectiva en RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, 1996, pp. 74 ss.

¹⁰ HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2ª ed., 2007, p. 235.

¹¹ En ese sentido se pronuncia BACIGALUPO, «Sobre la ideología de las teorías de la pena», *Circunstancia*, (16), 2008, p. 2.

¹² KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37.

¹³ KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37.

¹⁴ HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2ª ed., 2007, p. 172. Es verdad que *Die Metaphysik der Sitten*, en su segunda parte dirigida a la teoría de la virtud; pero HÖFFE señala que ésta última intenta superar el reproche de formalismo que se dirige a la ética de KANT.

¹⁵ DYROFF, «Zu Kants Straftheorie», *ARWPh*, (17), 1923/1924, pp. 351 ss, 354; este aspecto había sido subyugado ya por DÖHRING, *Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur Kantischen Philosophie*, 1907, p. 10. HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2ª ed., 2007, p. 173, sin embargo, considera que no existe un rechazo total de la eudaimonia (el principio de la felicidad), sino que “está contenida como bien superior con un lugar preciso en la teoría de los postulados”. Esta conclusión de HÖFFE cuenta con el desarrollo de la teoría de la virtud en *Die Metaphysik der Sitten* y con su concepción de la educación como puente entre naturaleza y moral; no es, por tanto, contradictoria con lo defendido en el texto a partir de la visión de DYROFF, aunque no es posible ahora un desarrollo detallado al respecto.

¹⁶ KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37: “Nun läßt sich mit dem Begriffe einer Strafe, als einer solchen, doch gar nicht das Teilhaftigwerden der Glückseligkeit verbinden”.

¹⁷ La tensión entre felicidad y lo bueno es evidente, y la visión del bien en KANT se ha considerado de forma diferente: mientras COHEN ve en la asociación entre PLATÓN y KANT una estricta oposición en el concepto de bien a ARISTÓTELES (en PLATÓN existe *das Gute* -lo bueno- y en ARISTÓTELES *der Gut*-el bien: COHEN, *Kants Begründung der Ethik*, 1877, p. 4; en la segunda edición, especifica más sobre ARISTÓTELES: «die Güter des Guten-las bondades del bien», en *Kants Begründung der Ethik*, 2ª ed., p. 4), GADAMER, *Die Idee des guten zwischen Plato und Aristoteles*, 1978, piensa que *das Gute*-lo bueno en PLATÓN es anticipado sólo de una forma simbólica (p. 101); que ARISTÓTELES lo somete a crítica y modifica metodológicamente con la razón práctica (pp. 99-100); y que KANT sigue en su filosofía moral la perspectiva de la filosofía práctica aristotélica (p. 99, aunque luego indica que al distinguir entre el imperativo moral práctico y los imperativos derivados de la sensatez, se sitúa en la perspectiva platónico-aristotélica).

en KANT: el recurso a los escritos de la ética de KANT como fuente esencial para entender lo que significa retribución.¹⁸

El carácter absoluto de la pena está, en su caso, ligado a dos ideas que, como se han visto, parten de la fundamentación de la moral: la concepción de la justicia y la concepción de la ley penal como un imperativo categórico. De algún modo, justicia e imperativo categórico son los presupuestos para hablar de la retribución en KANT como una teoría absoluta. Por esa razón, una reconstrucción de la teoría requiere, en primer término, la comprensión de lo que supone hablar de una teoría absoluta.

2.2. Teorías de la pena: por qué lo absoluto y por qué lo relativo en la pena

En efecto, no pueden examinarse las tesis de KANT prescindiendo del contexto en que son consideradas, y fundamentalmente porque en KANT se encuentra el paradigma de lo que se denominan teorías absolutas de la pena.¹⁹ Es cierto que las aproximaciones modernas a la teoría de la pena suelen echar la mirada atrás en el tiempo y parten a menudo de la distinción clásica que SÉNECA pone en boca de PLATÓN (*nam ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*) y que BACIGALUPO ha considerado un ejemplo en el mundo antiguo de un “verdadero discurso ideológico del Derecho penal”,²⁰ aunque, en realidad, PLATÓN lo integra en una respuesta de Protágoras a Sócrates²¹ en la que el núcleo central es, más que la pena, la

¹⁸ DYROFF, *ARWPh*, (17), 1923/1924, p. 357. Como señala SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 1643, “la concepción de Kant sobre la teoría de la imputación no está condicionada por lo que entiende sobre la pena, sino en todo caso, al revés”.

¹⁹ HEPP, *Darstellung und Beurteile der deutschen Strafrechts-Systeme*, 2ª ed., 1843, § 1, III, indica que se denominan teorías absolutas “las teorías de la retribución o (preferiblemente) de la justicia” desde ZACHARIÄ. Se refiere a Karl Salomo ZACHARIÄ VON LINGENTHAL (1769-1843), filósofo político y del Derecho, y no al conocido penalista y procesalista contemporáneo de HEPP, Heinrich Albert ZACHARIÄ (1806-1875).

²⁰ BACIGALUPO, *Circunstancia*, (16), 2008, p. 1. La cita es de SÉNECA, *De ira*, 1, XIX. Es claro que los términos de SÉNECA se refieren a PLATÓN con la expresión “*ut Plato ait*”, porque se refiere al diálogo *Protágoras*, en el que éste dialoga con SÓCRATES y PLATÓN pon en su boca esta expresión. En todo caso, lo cita SÉNECA tras contemplar la posibilidad del perdón y, por ello, “de otorgar la impunidad cuando no haya de perjudicar ni a los que la reciben ni a los que la conceden” (“*dabit inpunitatem nec accipientibus nocituram nec dantibus*”): “en todo castigo obrará con el convencimiento de que tiene doble objeto que perseguir: corregir los malvados o destruirlos”, pues “*in utroque non præterita sed futura intuebitur* (en uno y otro caso, no atiende a lo pasado, sino a lo venidero)”.

²¹ PLATÓN, *Protágoras*, 324 a: “En efecto, nadie castiga a los injustos con la atención puesta en, o a causa de, que cometieron injusticias, a menos que se venga irracionalmente como una bestia. El que se pone a castigar con la razón aplica el castigo, no por la injusticia pasada, pues no conseguiría que lo que fue dejase de ser, sino pensando en el futuro, para que ni él ni quien ve su castigo vuelvan a cometer injusticias. Y si lo hace con esta intención, es porque piensa que la virtud es enseñable, pues castiga en prevención”. He reproducido todo el texto porque la primera duda debería surgir en relación con su finalidad, pues SÓCRATES está sólo hablando de si la virtud se puede enseñar, como ya he subrayado (PÉREZ DEL VALLE, «Überlegungen zur Strafe und Vergeltung bei Kant», *JRE*, 2019, p. 636, n. 47; anteriormente incidió en este argumento, FINNIS, «Hart’s Philosophy of Punishment», en EL MISMO, EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, p. 157). En todo caso, no es claro que Platón se expresara de una forma tan clara sobre la pena, como se ha de ver en algún momento posterior (cfr. no obstante NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, p. 4, nota al pie 3; sin precisiones respecto a la frase y únicamente aludiendo a la terminología, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., 2002, p. 53). Ciertamente, la afirmación indicada encuentra cierta correspondencia en las afirmaciones que atribuye PLATÓN a Protágoras, en *Protágoras*, 324a. Pero también es posible dudar si aquí PLATÓN pone en boca de Protágoras lo que él mismo piensa; esto es precisamente indicado por PAULEY, «The Jurisprudence of Crime and Punishment from Plato to Hegel», *The American Journal of Jurisprudence*, 1994, pp. 97 ss., especialmente p. 103, aunque subraya que existen otros pasajes en las obras de PLATÓN que son

virtud, y si la virtud es enseñable.²² Esta diferenciación de posiciones ha constituido, históricamente, el soporte para establecer una clasificación fundamental de teorías absolutas y teorías relativas de la pena en unos términos más o menos claros: se llamaría teoría absoluta aquella que se fija en la pena como fin en sí misma, pues no es otra cosa que la sanción, que el castigo de quien cometió el delito (*quia peccatum est*), mientras que sería teoría relativa aquella que justifica la pena en otros elementos ajenos al propio castigo (*sed ne peccetur*).²³ Análoga ha sido la distinción en la perspectiva del mundo anglosajón cuando se diferencia entre teorías retributivistas y consecuencialistas, y donde los respectivos liderazgos de KANT y BENTHAM sirven para explicar la diferencia entre una concepción de la pena “*backward-looking*” (mirando hacia atrás) y “*desert-oriented*” (orientada a lo ya merecido), que se correspondería con una visión retribucionista; y otra “*forward-looking*” (mirando hacia delante) y “*outcome-oriented*” (orientada a las consecuencias), que se correspondería con una visión consecuencialista.²⁴

JELLINEK había abordado la separación entre unas y otras teorías a partir de la idea de necesidad. En cualquier perspectiva, la pena es considerada necesaria, y lo que diferenciaría las teorías absolutas de las relativas es la razón por la que esta necesidad existe: “la primera considera a la pena una necesidad ética, la segunda como una necesidad social”.²⁵ Lo que entiende JELLINEK por necesidad ética puede observarse en su descripción de las teorías retributivas: “la pena es comprendida por ellas (por las teorías absolutas) como el contenido inmediato de una ley moral categórica o como el momento dialéctico en el proceso, en el que el Derecho ha de ser restaurado por causa de su negación, como un mandato de la autoridad divina o como la superación de un desequilibrio (*Missfallen*) absoluto en la desigualdad entre autor de la lesión/infractor y lesionado/infringido provocada por el delito”. Y añade que, pese a las diferencias en la fundamentación en los principios éticos que les dan fundamento, “todas estas teorías coinciden en que la esencia de la pena se asienta en la retribución”.²⁶ En esta cita se

compatibles con esa afirmación (por ejemplo, en los libros IX y XII de *Las leyes*). Ya había sido escéptico con los decididos partidarios de considerar a PLATÓN un partidario de las teorías de la prevención y favorable a una conciliación (sobre todo, en *Gorgias*, 472c: “el hombre injusto y criminal es desgraciado de todas maneras, pero aún más si no sufre ningún castigo y sus crímenes permanecen impunes, y que lo es menos si recibe por parte de los hombres y de los dioses el justo castigo de sus perversidades”). ANTÓN ONECA, «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena (Discurso pronunciado en la apertura de curso académico de la Universidad de Salamanca)», en EL MISMO, *Obras*, t. II, 2002, pp. 9 ss.; sobre la expresión de SÉNECA que da origen a esta nota en p. 16.

²² Precisamente, inmediatamente antes dice Protágoras a Sócrates: “todo el mundo se irrita y reprende a quien sea, prueba evidente de que se consideran fruto de la aplicación y del aprendizaje” (*ibidem*).

²³ KANT, en *Briefwechsel-Bd II (1789-1794)*, AA-XI, pp. 398 atribuye a la *pœna vindicatiua* el carácter de *quia peccatum est* y no *ne peccetur*: Más adelante haré una referencia a estas reflexiones.

²⁴ Véase, entre otros, BILZ/DARLEY, «What’s Wrong with Harmless Theories of Punishment», *Chicago-Kent Law*, (79), 2004, pp. 1215 ss., especialmente 1217 s.

²⁵ JELLINECK, *Die sociaethische Bedeutung vom Recht, Unrecht und Strafe*, 1878, p. 91. Cfr. prácticamente con las mismas palabras, NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, pp. 19-20, aunque busca apoyo también en una cita de SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 4ª ed., 1954, p. 374.

²⁶ JELLINECK, *Die sociaethische Bedeutung vom Recht, Unrecht und Strafe*, 1878, p. 91. Una clasificación con pretensiones de exhaustividad, con referencia a los autores concretos que defienden teorías absolutas, introduce HEPP, *Darstellung und Beurteile der deutschen Strafrechts-Systeme*, 2ª ed., 1843, p. XVII ss., siguiendo a BAUER, a quien explícitamente reconoce el mérito de haber clasificado las teorías de la pena y del Derecho penal de forma completa (“*eine erschöpfende Classification*”). HEPP previamente había diferenciado entre sistemas absolutos o de retribución y sistemas relativos o de utilidad (p. XIII)

encuentran implícitas las concepciones de KANT y de HEGEL:²⁷ a KANT acude al referirse a la ley moral categórica; y a HEGEL con la alusión a la restauración dialéctica del Derecho requerida por su negación.

La distinción de JELLINEK no es la única en este sentido entre los autores de la época. Véase, por ejemplo, la exposición de AHRENS,²⁸ que intenta superar la contraposición entre concepciones absolutas y relativas: pese a que, de algún modo, su posición podría hoy ser entendida como una teoría de la unión,²⁹ AHRENS quiere situarse al margen de ese debate. La razón se encuentra, a mi juicio, en su crítica a las teorías absolutas,³⁰ que se apoya en un postulado de la razón práctica: según AHRENS, lo inaceptable de las teorías absolutas es precisamente, su carácter absoluto. En efecto, AHRENS estima que o bien están fundadas en una falsa abstracción que separa la pena de un fin racional en el que debe asentarse toda acción humana; o bien consideran la pena como una mera consecuencia de la acción contraria a Derecho.³¹ Las teorías absolutas de la pena pueden derivar de un orden del mundo fijado por Dios que deja una imagen remanente de la pena divina; de un mandato de la razón incondicionado (como, en KANT, el imperativo categórico); o de la idea de justicia que se asienta en el principio formal de igualdad. En cualquiera de estos casos, para AHRENS, se muestran “carencias insalvables” cuando se pretende una analogía entre delito y pena merecida por ese delito.³²

²⁷ Véase, por ejemplo, en la literatura española: BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 1998, p. 8; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., 2002, pp. 48 ss.; también en *Derecho penal-Parte general*, 6ª edic., Barcelona, 2002, p. 84. De especial interés la explicación de las diferencias entre ellas, JAKOBS, *AT*, 1991, 1/19 ss.

²⁸ AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, pp. 449 ss.

²⁹ En AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 450.

³⁰ En realidad, la crítica fundamental a las teorías relativas es que, en su mayor parte, no consideran el fin de la pena en su totalidad, sino sólo partes de ese mismo fin (AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 450); y, pese a las críticas, es comprensivo con la idea de corrección como fin de la pena, sobre todo, con la tesis de que la pena puede ser un bien (“sólo el dolor moral puede conducir al delincuente al arrepentimiento”, porque el Derecho penal debe renunciar al “principio de causación de un mal” (*Princip der Uebelzuefügung*), en lo que por primera vez ha insistido, después de KRAUSE, RÖDER (AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 456). AHRENS había sido discípulo de KRAUSE, como lo fue RÖDER. Por una parte, no debe olvidarse que el propio SANZ DEL RÍO llega a KRAUSE a través de AHRENS, a quien conoce en Bruselas (ALEGRE GORRI, «El krausismo y su difusión en España», en KRAUSE/SANZ DEL RÍO, *Ideal de la humanidad para la vida*, 2002, p. 25), donde éste último era profesor; por otra parte, tampoco puede ignorarse la relevancia que RÖDER tuvo en la versión penal del krausismo español y, por tanto, del correccionalismo. DORADO MONTERO llega a hablar de una escuela española correccionalista (*De penología y criminología*, 1906, p. 140), y este dato es resaltado por ANTÓN ONECA, en EL MISMO, *Obras*, t. II, 2002, p. 38. En todo caso, fundamental fue la traducción al castellano por parte de Fernando Giner de los Ríos de la obra de RÖDER: *Die herrschenden Grundlehren vom Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen* (1867) con el título (traducción literal) de *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Madrid, 1876, y que junto con las traducciones de ROMERO GIRÓN, fue de indiscutible influencia en ese sentido (Cfr. ANTÓN ONECA, «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles», en EL MISMO, *Obras*, t. I, 2000, pp. 157 ss.; sobre estas traducciones en p. 159). En todo caso, KRAUSE y RÖDER no se limitan a considerar la corrección como fin de la pena, sino que “reducen la pena estatal a este aspecto” (REULECKE, *Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts*, 2007, p. 295).

³¹ AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, pp. 450-451.

³² En su perspectiva, la pena es restauración del orden jurídico que comprende, desde el punto de vista del orden jurídico, la restauración de la superioridad de la norma sobre la voluntad delictiva; desde el punto de vista del lesionado, la restauración del derecho lesionado o la reparación del daño causado; y, desde el punto de vista del infractor, en la medida que es posible, la restauración de la “buena voluntad jurídica subjetiva” por el retorno a la base de toda voluntad y acción en la actitud jurídico-moral (AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 451).

El problema fundamental se encuentra, por tanto, en la determinación del merecimiento de pena. AHRENS diferencia entre la forma “más ruda” de la teoría de KANT, como reacción “exterior igual”, que identifica como “ojo por ojo, diente por diente”; y el nivel más elevado, en el que no sólo se tiene en cuenta el hecho exterior, sino también “la malicia interna del delincuente”.³³ A mi juicio, sólo cabe una interpretación de AHRENS: si la pena pone su atención en la “malicia interna del delincuente”, es entonces posible encontrar un fin racional. Esto, desde luego, es coherente con su visión de la pena como reacción total: la pena es restauración de la superioridad de la norma sobre la voluntad delictiva que implica restauración del Derecho lesionado y restauración de la “buena voluntad jurídica subjetiva”.³⁴ Por tanto, lo que acepta AHRENS de KANT es, precisamente, una lectura subjetivista que subordine la idea de pena a la transformación de la mala voluntad en buena y, por tanto, de su corrección;³⁵ lo que acepta AHRENS es un KANT que no pueda ser entendido como cimiento de la teoría de la retribución, pero sí como excusa de una corrección de quien ha cometido el delito.

2.3. Retribución y estado de naturaleza

Regreso ahora a una distinción de AHRENS a la que antes hice referencia: cuando alude a las teorías absolutas y a la medida de igualdad de la pena en relación con el delito, indicaba que entonces “son, según su carácter fundamental, retribución” y utiliza -creo que de una forma consciente- la palabra “*Wiedervergeltung*” y no simplemente “*Vergeltung*”, acudiendo a una distinción que se encuentra ya en VON ROTTECK.³⁶ Recientemente, MERLE ha prestado atención a esta distinción en KANT: la mera retribución (*Vergeltung*) quedaría enmarcada en la afirmación de que “la sanción penal del delincuente representa la retribución por el delito cometido”; mientras que la retribución en un sentido más intensivo (*Wiedervergeltung*) se correspondería con el postulado de que “la pena debe ser equivalente al delito”.³⁷ Sólo la segunda perspectiva estaría vinculada al *ius talionis* y, en opinión de MERLE, la primera afirmación derivaría de la segunda; esto es, la afirmación de la pena como retribución sería una consecuencia de que la pena ha de ser equivalente al delito.³⁸ La conclusión es, como se indica después, que la retribución sería algo propio del estado de naturaleza y no del estado civil.

El punto de partida de esta interpretación es contrario a la visión mayoritaria, que explica HÖFFE: hay una separación entre un principio de retribución general, que responde a la pregunta de por qué y a quién se ha de imponer una pena; y un principio de retribución

³³ AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 451.

³⁴ AHRENS, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 450.

³⁵ Esta lectura subjetivista estaba presente ya en KRAUSE de forma muy clara: “de la observación de sí mismo y del conocimiento de sí mismo parte toda comprensión, toda virtud” (*Das Urbild der Menschheit: ein Versuch: vorzüglich für Freimaurer*, 1811, p. 15); RÖDER, *Die herrschenden Grundlehren vom Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, 1867, por otro lado, añade una dimensión social a esta perspectiva de la corrección: la “corrección moral” (p. 114) del delincuente “suprime totalmente el mal ejemplo de su hecho, con el buen ejemplo de su regreso al bien”(p. 113).

³⁶ VON ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften: Bd. 3. Materielle Politik*, 1834, p. 232, donde indica que la confusión de ambas expresiones constituye una “superficialidad”.

³⁷ MERLE, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: Eine Kritik aus der Perspektive des deutschen Idealismus*, 2007, p. 41 en relación con los postulados formulados en p. 40. La consideración de la equivalencia vinculada a la ley del talión es común en la doctrina. Cfr. HAMILTON, «Making the Punishment Fit the Crime», *J. Crim. Law Criminol.*, (12-2), 1921, pp. 159 ss., 167.

³⁸ MERLE, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, 2007, p. 43.

especial, que responde a la pregunta de la forma y la medida de la pena que el sujeto merece.³⁹ Pero la interpretación alternativa de MERLE tiene por objeto negar que la visión de KANT sobre la pena es fundamentalmente retributiva⁴⁰ y por esa razón es interesante someterla a crítica.⁴¹ A mi juicio, es discutible por varias razones.⁴²

En primer término, y aunque MERLE afirma que pretende apoyar sus conclusiones en una interpretación a partir del principio del Derecho en KANT,⁴³ no lo hace en realidad y prescinde de algunos elementos esenciales para una correcta interpretación. Muestra clara de ello es la inclusión de lo que MERLE denomina “excepciones” a la pena como retribución en KANT.⁴⁴ Se refiere, por una parte, al pasaje de la Metafísica de la Moral en el que KANT se refiere al *ius necessitatis*, y en el que interpreta la *impunitabilitas* relativa al conocido caso del naufrago que arrebató la tabla a otro y, con ello, salva su vida y provoca la muerte del otro, como una renuncia de KANT a la retribución como *Wiedervergeltung*.⁴⁵ Precisamente esta interpretación parece contraria al principio del Derecho, pues, en este pasaje, KANT configura el *ius necessitatis* como *ius æquivocum* porque no es una exigencia del concepto del Derecho; simplemente la conducta no ha de ser imputada en tanto concurre una “impunidad subjetiva”.⁴⁶ La afirmación de que esto implica una excepción a la retribución es irrelevante; como lo sería si se dijese que es una excepción a la retribución el caso de la legítima defensa, que en el texto de KANT estaría aludida cuando habla de *inculpabilitas*. En otras palabras: precisamente porque no es tan claro que el *ius necessitatis* responda al principio del Derecho, KANT lo explica en un anexo a la teoría como *ius æquivocum*, de la misma forma que lo hace con la equidad.

La segunda excepción es otro *casus necessitatis*, en el que KANT, después de afirmar que a varios sujetos que intervienen en un asesinato les corresponde la muerte de cada uno de ellos, la excluye cuando hay una multitud de autores y existe el riesgo de que la situación se convierta en un “estado de naturaleza carente de justicia externa”,⁴⁷ pero se trata de una decisión del soberano que castiga el delito con otra pena, como la deportación, que permite contener a la muchedumbre.⁴⁸ No obstante, creo que tampoco este caso sustenta la conclusión de MERLE y la explicación está ligada además con la respuesta a otro de sus argumentos: que la referencia al *ius talionis* estaría vinculada a un regreso de quien comete un delito al estado de naturaleza.⁴⁹ Es cierto que en KANT es posible la exclusión del estado de naturaleza del individuo que no suscribe el pacto como estado de seguridad jurídica, porque el estado de naturaleza no se concibe como un hecho histórico, sino como una hipótesis para la fundamentación metafísica

³⁹ HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2ª ed., 2007, pp. 236 ss.

⁴⁰ Críticamente sobre este intento, PAWLIK en su reseña («Merle-Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: Eine Kritik aus der Perspektive des deutschen Idealismus (Buchbesprechung)», *ZStW*, (120), 2008, pp. 131 ss.).

⁴¹ PAWLIK califica el intento, con razón tanto en lo relativo a KANT como a HEGEL, de una “arriesgada construcción jurídico-filosófica” (*ZStW*, (120), 2008, pp. 133).

⁴² Precisamente la crítica de VON ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, 1834, p. 232).

⁴³ MERLE, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, 2007, p. 44.

⁴⁴ MERLE, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, 2007, p. 43.

⁴⁵ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, pp. 235-236. Sobre este pasaje, PÉREZ DEL VALLE, «Impunitabilitas y el derecho en ‘sentido subjetivo’», *InDret Penal*, (3), 2017, pp. 1 ss.

⁴⁶ PÉREZ DEL VALLE, *InDret Penal*, (3), 2017, p. 3.

⁴⁷ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 334.

⁴⁸ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 334. Sobre este caso, también JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 13, cuya solución considera poco compatible con el sistema kantiano.

⁴⁹ MERLE, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, 2007, p. 44, 49-51.

de la teoría del Derecho. Pero puede hablarse, como explica HRUSCHKA en relación con el derecho de propiedad, de dos estados de naturaleza diferentes:⁵⁰ un mero estado de naturaleza del individuo; y el estado pre-jurídico de individuo que vive en ciertas sociedades legítimas - como la familia- en las que, sin embargo, no hay ley *a priori* vigente y “no hay juez que decidiera en el caso de disputa sobre mi derecho”.⁵¹

En mi opinión, y como anticipaba, el planteamiento de MERLE es incorrecto: con el fin de oponerse a la retribución, interpreta a KANT de una forma poco coherente con el conjunto de su pensamiento. Es cierto que en KANT se observan textos en los que puede discutirse una formulación tan monolítica de la retribución como la que frecuentemente se presenta. Puede incluso sostenerse que algunos de estos textos podrían estar condicionados a la concepción del contrato social de KANT, como he de explicar de inmediato. Pero esta vinculación es precisamente la contraria a la que sostiene MERLE: fuera del estado civil no hay retribución, sino prevención. En ese mismo sentido, KÖHLER apuntaba ya que no podría concebirse la pena como negación de las relaciones jurídicas hacia el estado de naturaleza o como un enclave del estado de naturaleza en el estado civil.⁵² Esta perspectiva no sólo está abonada por la literalidad de los textos -fundamentalmente por una breve mención que se contiene en el opúsculo sobre la Paz perpetua-⁵³ sino por dos argumentos que, aun diferenciados, se relacionan entre sí.

Por una parte, se exige una interpretación correcta del pacto social y del estado civil en KANT,⁵⁴ y de lo que significa el delito en ese contexto: aunque es posible la autoexclusión, un delito cualquiera, por grave que sea, no puede implicar por sí mismo estado de naturaleza -porque, como se ha visto, el estado de naturaleza conoce dos pasos diferentes hasta el estado civil que presupone protección del derecho-⁵⁵ y, por ello, ruptura del pacto. Retribución implica en KANT estado civil, y sólo en el estado civil la retribución supone restauración de la justicia.⁵⁶ PAWLIK, acudiendo de nuevo al texto sobre la retribución, ha señalado que el presupuesto de la pena es la imposición del soberano a los súbditos y, por tanto, el pacto.⁵⁷ Y ciertamente esto es así, aunque es necesario fijar ciertos límites: es un presupuesto, pero no más que un presupuesto,

⁵⁰ Esta tesis, que he asumido ya en otras ocasiones, es de HRUSCHKA, «Kant Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechtes», *JZ*, 2004, pp. 1088 ss.

⁵¹ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, «La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación del Kant», *RECPC*, (10-3), 2008, p. 7. Las palabras de KANT son “(...) *es keinen Richter gibt, der in Falle eines Streits über mein Recht rechtskräftig entscheiden würde*”.

⁵² KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 53. No se trata, a diferencia de lo que yo intento en el texto, de una interpretación de Kant, pero tiene una innegable relación con su planteamiento, por la cuestión que discute (si la supresión del momento negativo de la pena por el proceso positivo de restitución de la libertad que es la pena permite una concepción de la pena que regrese al estado de naturaleza, en p. 52) y por la conclusión que alcanza (un imperativo categórico de la ley penal así concebido concibe al autor meramente como un medio, en p. 53, con referencias a lo indicado sobre el imperativo categórico kantiano en pp. 25-26).

⁵³ Por ejemplo, en la nota al pie que consta en KANT, *Zur ewigen Frieden*, 1795, AA-VIII, p. 349.

⁵⁴ Esta perspectiva aparece justificada ya en relación con la venganza y en relación con el contrato social: además de lo señalado en el texto, debe considerarse que KANT y ROUSSEAU mantienen visiones diferentes del estado de naturaleza y, sobre todo, del estado pre-social o pre-jurídico. Cfr. sobre esta comparación, PÉREZ DEL VALLE, «Arrebato, venganza y pena», *LH-José Manuel Maza*, t. II, 2018, pp. 232-234.

⁵⁵ HRUSCHKA, *JZ*, 2004, p. 1086; PÉREZ DEL VALLE, *Jakobs-FS*, p. 527.

⁵⁶ PÉREZ DEL VALLE, *JRE*, 2019, p. 640.

⁵⁷ PAWLIK, *ZStW*, (120), 2008, p. 134.

tal como se comprueba en la distinción entre pena y venganza.⁵⁸ El concepto mismo de la retribución en la pena o de la justicia en KANT tiene la tendencia -en palabras de KÖSTLIN- “a mimar el Yo y a atribuir la mínima cuota posible al Derecho (y al Estado)”.⁵⁹ Para KANT, en la pena, y en la teoría de la pena, se pone de manifiesto una necesidad ética, que es también necesidad ética para el Estado. HRUSCHKA ha resaltado, en ese sentido, que “el Estado de derecho es el único valor absoluto (externo) que podemos promover en este mundo”;⁶⁰ y la pena -su imposición- no puede quedar condicionada a otras contingencias.⁶¹

Por otro lado, es también necesario, para una interpretación correcta, un marco conceptual adecuado: no es posible derivar consecuencias de la filosofía práctica de KANT sin prestar atención a la distinción entre lo fenoménico y lo nouménico. No sólo la distinción entre el *homo paenomenon* y el *homo noumenon* -que a veces se entiende como una derivación del paso del *homme* al *citoyen* de ROUSSEAU- es relevante porque para el concepto de libertad respecto a la norma es básico en KANT.⁶² También una separación entre la *respublica phaenomenon* y la *respublica noumenon*⁶³ confirma lo indicado: retribución en la constitución civil de la *respublica noumenon*, “alejada de toda guerra”; y prevención de peligros para los destructores de todo bien a través de la *respublica phaenomenon*, en “guerra para mantener alejados a los destructores de todo bien”.⁶⁴ La pena retributiva es la pena de la *respublica noumenon*, sin duda; la cuestión es cómo explicar la preeminencia de la necesidad ética en ese marco.

⁵⁸ Las reflexiones de KANT sobre la venganza, y también su distinción de la pena, se encuentran fuera de la teoría del Derecho, precisamente porque la venganza cae fuera del pacto. Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *LH-José Manuel Maza*, t. II, 2018, pp. 434-435.

⁵⁹ Cfr. KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, p. 23. DYROFF, *ARWPh*, (17), 1923/1924, p. 356, cita estas palabras como respaldo a su perspectiva crítica, aunque -como se verá más tarde- esto sólo constituye una parte de aquélla. En cuanto a KÖSTLIN, me parece conveniente indicar el contexto de las mismas: se trataba de señalar las deficiencias frente al “idealismo objetivo” -sin hacer mención explícita de HEGEL- que, “sin duda, tenía totalmente la razón (..) cuando afirma la sustancialidad de la voluntad general, cuando hablaba de un espíritu objetivo que vive su vida propia y que establece y utiliza el yo final como su órgano y su medio y que en ningún modo es un producto del mismo” (*loc.cit.*).

⁶⁰ HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, 2015, p. 238.

⁶¹ A mi juicio, KANT busca con esta necesidad moral -que se manifiesta, como se ha de ver, en la concepción de la ley penal como un imperativo categórico- la contraposición a quienes mantienen que existe un derecho del soberano a la renuncia de la pena, lo que no es inusual en la literatura a la que pudo acceder. ENGELHARD explica que todos los delitos pueden ser castigados y deben serlo porque así lo exige el bienestar y la seguridad de todos, aunque “no se puede decir que, de forma natural y en sí, los delitos deben ser castigados”; por eso cabe el derecho de gracia del soberano (*Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechtes aus den Grundsätzen der Weltweisheit, und besonders des Rechtes der Natur hergeleitet*, 1756, pp. 12-13). ENGELHARD es citado por ACHENWALL cuando éste, en la *Pars posterior*, desarrolla el concepto de delito (*Iuris naturalis. Pars posterior. Ius familiae. Ius publicum et Ius Gentium*, 1774, § 191, p. 175), y KANT estaba familiarizado con el sistema de ACHENWALL: desde 1767 a 1788 impartió doce cursos sobre “El Derecho natural según Achenwall”, tal como subraya BYRD, «Kant's Theory of Contract», en BYRD/HRUSCHKA (eds.), *Kant and Law*, 2016, p. 160, n. 29; de once con seguridad, o posiblemente doce, habla CORTINA, «Estudio preliminar» a *Immanuel Kant. La Metafísica de las costumbres* (traducción de Cortina y Conill), p. XVII. Sobre esta influencia de ACHENWALL en KANT: RODRÍGUEZ ARAMAYO, *Crítica de la razón ucrónica. Estudios en torno a las aporías morales de Kant*, 1992, p. 276, n. 16.

⁶² Sobre la relevancia de esta diferenciación en el concepto de Humanidad, y la distinción entre persona empírica y persona moral, WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit: Problemgeschichtliche Untersuchungen als Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, 3 ed., 1960, p. 171.

⁶³ La distinción en KANT, *Der Streit der Fakultäten*, 1798, AA-VII, p. 110: respectivamente, “*enfernt allen Krieg*” y “*im Krieg, den Zerstören allen Guten, entfernt zu halten*”.

⁶⁴ KANT, *Der Streit der Fakultäten*, 1798, AA-VII, p. 91. En el sentido del texto, PÉREZ DEL VALLE, *Jakobs-FS*, p. 527.

2.4. Imperativo categórico

La afirmación de KANT según la cual el Derecho penal es un imperativo categórico⁶⁵ es crucial si se quiere indagar sobre el significado de la retribución en el pensamiento penal moderno. Esto es así porque, ante todo, para KANT, la pena es una cuestión de la filosofía práctica. El razonamiento sobre la pena en la *Crítica de la razón práctica*, al que me referí en la introducción,⁶⁶ muestra hasta qué punto es así: KANT aborda la cuestión de la pena como una consecuencia del mal moral en virtud de un principio moral en la perspectiva del deber ser.⁶⁷ Esta necesidad moral que pone en relación inescindible pena y justicia -el merecimiento de pena de la infracción de una ley moral- se encuentra “en la idea de nuestra razón práctica” y deriva precisamente del propio imperativo categórico como principio moral.⁶⁸

Sin embargo, este análisis podría modificarse o, al menos, matizarse, si se considera la relevancia de la separación, en KANT, entre moralidad y Derecho, o entre Derecho y virtud. Por esa razón, es necesario examinar el significado del principio moral y, por tanto, del imperativo categórico y cuál es su relación con el Derecho. Desde luego, el imperativo categórico ocupa el primer puesto en la jerarquía de los principios morales y políticos,⁶⁹ aunque no siempre queda claro qué significa y no son infrecuentes explicaciones incorrectas de su significado.⁷⁰ Explícitamente, el imperativo categórico es el “principio de la moral”⁷¹ y constituye un enunciado sintético-práctico a priori:⁷² esto significa, en el contexto de KANT, que el imperativo

⁶⁵ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 331.

⁶⁶ KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37.

⁶⁷ Este punto es explicado por COHEN con claridad: “Según Kant, la ética ha de enseñar lo que debe ser” porque la cuestión de la ética es “la posibilidad de otra forma de realidad, la forma de vigencia de lo trascendental” (*Kants Begründung der Ethik*, 1877, p. 4); y lo especifica todavía más en la 2ª edición: “Según Kant, la ética ha de enseñar, no lo que es, sino lo que debe ser” (COHEN, *Kants Begründung der Ethik nebst ihren Anwendungen auf Recht, Religion und Geschichte*, 2ª ed., 1910, p. 5).

⁶⁸ La expresión citada de KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37, como las aludidas en la introducción, se encuentran en la anotación 2ª (*Anmerkung II*) al postulado IV (§ 8. *Lehrsatz IV*): el postulado establece “la autonomía de la voluntad como el único principio de toda ley moral y de los deberes adecuados a ella” y sigue al § 7 relativo al imperativo categórico como principio de la moralidad, al que haré referencia de inmediato; la anotación está dedicada a los conflictos del principio de la moralidad, especialmente en orden al “principio de la felicidad”. La pena es, precisamente, lo que no puede ser vinculado al gozo de la felicidad (“*Nun läßt sich mit dem Begriffe einer Strafe, als einer solchen, doch gar nicht das Teilhaftigwerden der Glückseligkeit verbinden*”, p. 37).

⁶⁹ EWALD, «Comparative Jurisprudence (I); What Was it Like to Try a Rat?», *Penn. Law Review*, (143), 1995, p. 2001. Indica no obstante, que hay dos significados distintos en la moral y en el Derecho: “*The Categorical Imperative has a double use in Kant's late legal philosophy-a juridical use and an ethical use. The distinction comes down to a distinction between external behavior and internal motivation*” (p. 2002).

⁷⁰ Cfr. la afirmación de HÖFFE, *Immanuel Kant*, 2ª ed., 2007, p. 181: “*Der kategorische Imperativ gehört zu den bekanntesten, aber auch gründlich verfälschten Elementen im Denken Kants*”.

⁷¹ KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 32. KANT califica como “*Princip der Sittlichkeit*”, la formulación del imperativo categórico, que es la ley general de la pura razón práctica: “Actúa de tal modo que siempre la máxima de tu voluntad pueda, al mismo tiempo, ser válida como principio de una ley general” (§ 7, p. 30). Se trata de la primera formulación del imperativo categórico tal como aparecía ya en *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* con una redacción similar: “*handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde*” (AA-IV, p. 421); ya en buscaba en *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* buscaba KANT (p. 392: “*Gegenwärtige Grundlegung ist aber nichts mehr, als die Aufsuchung und Festsetzung des obersten Princips der Moralität*”), como subraya KERSTING, «Der kategorische Imperativ, die vollkommenen und die unvollkommenen Pflichten», *ZPhF*, (37), 1983, p. 404. DÖHRING, *Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur Kantischen Philosophie*, 1907, p. 6, habla del imperativo categórico como “principio supremo de la razón ética”.

⁷² KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 420.

categorico no está determinado por la experiencia⁷³ y que, a diferencia de los meros juicios sintéticos a priori,⁷⁴ no contiene ningún juicio en sí, aunque hace posible un juicio moral sobre la acción.⁷⁵ El imperativo categorico es, por oposición, lo contrario al imperativo hipotético:⁷⁶ un imperativo hipotético es aquél que prescribe un medio necesario para alcanzar un fin, mientras que un imperativo categorico es universal y vigente “para todos los seres racionales (*für alle vernünftigen Wesen*)”,⁷⁷ porque no está subordinado a un fin contingente.⁷⁸ Como ha dejado bien claro PATZIG, en la definición de lo que es un imperativo categorico resulta indiferente la formulación lingüística que se utilice, porque la distinción entre un imperativo categorico e hipotético no depende de cómo se exprese en palabras su obligatoriedad, sino de la fuente de la exigencia obligatoria en la que consiste el imperativo.⁷⁹

La cuestión es, entonces, qué posición adopta el imperativo categorico respecto al Derecho. Desde luego, KANT incluye, en la Introducción a la Metafísica de la Moral, el imperativo categorico entre los conceptos previos (“*Vorbegriffe zur Metaphysik der Sitten*”) que considera comunes a las dos partes de la obra: teoría del Derecho y teoría de la virtud.⁸⁰ De hecho, si se recurre al orden de las fuentes, resulta razonable la explicación de HÖFFE, para quien la primera teoría de la ética (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, con una primera edición de 1785) sería una parte general que se concreta en dos partes especiales correspondientes a las dos partes de *Metaphysik der Sitten* (1797): la teoría del Derecho (*Rechtslehre*) y la teoría de la virtud

⁷³ Esto es consecuencia de que se trata de una proposición a priori: esta distinción aparece ya con claridad en *Kritik der reinen Vernunft*, 2º ed., 1787, AA-III, p. 28. No obstante, en el momento de la publicación de *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1786), esta idea de los juicios a priori está publicada en la 1ª edición de *Kritik der reinen Vernunft* (1785): esta introducción, previa a la teoría trascendental, es característica de la 2ª edición. Precisamente en el prólogo de la 2ª edición, KANT incide en la distinción entre conocimiento teórico y conocimiento práctico, aunque en uno y otro debe existir una “parte pura (...) en que la razón determine totalmente sus objetos a priori” (*Kritik der reinen Vernunft*, 2º ed., 1786, AA-III, p. 8).

⁷⁴ La distinción es relevante, porque “los juicios derivados de la experiencia son, como tales, sintéticos” (*Kritik der reinen Vernunft*, 2º ed., 1786, AA-III, p. 34), y aquí no se trata de juicios de experiencia.

⁷⁵ WITTMANN, «Der Begriff des allgemeinen Gesetzes in Kants kategorischen Imperativ», *Arthur Kaufmann-FS*, 1993, p. 364.

⁷⁶ “Todos los imperativos son o bien hipotéticos, o bien categoricos” (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA-IV, p. 414).

⁷⁷ La expresión aparece de forma reiterada cuando KANT retóricamente para explicar la posibilidad de una ley universal de la moralidad en la forma de un imperativo categorico (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 2ª ed. 1786), y especialmente en la pregunta retórica previa a la segunda formulación del imperativo categorico (AA-IV, p. 426).

⁷⁸ Cfr. WILLASCHECK, «Recht ohne Ethik? Kant über die Gründe, das Recht nicht zu brechen», en GERHART (ed.), *Kant im Streit der Fakultäten*, 2005, pp. 188 ss., 197-198. En *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* introduce claramente esta distinción: “el imperativo categorico presenta una acción por sí misma como objetivamente necesaria sin referencia a otro fin” (p. 414), mientras que “los fines que un ser racional se representa como efectos de su acción según su voluntad (fines materiales) (...) son fundamento de un imperativo hipotético” (pp. 427-428).

⁷⁹ PATZIG, «Der kategorische Imperativ in der Ethik-Diskussion der Gegenwart», en LORENZ (ed.), *Konstruktionen versus Positionen-Bd II (Allgemeine Wissenschaftstheorie)*, 1979, pp. 232-233. Los ejemplos de PATZIG son ilustrativos e intentan mostrar “la confusión en la concepción popular del imperativo categorico” a la que el propio KANT “ha nutrido con alguna de sus formulaciones” (p. 231): la expresión “vete a casa” es, pese a su formulación lingüística, un imperativo hipotético, porque depende los deseos e intenciones del destinatario; mientras que la expresión “si tienes una familia, cuida de sus sustento” expresa un imperativo categorico pese a que aparentemente se formula de modo condicional (pp. 232-233).

⁸⁰ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 227: “Gesetz (ein moralisch praktisches) ist ein Satz, der einen kategorischen Imperativ (Gebot) enthält”.

(*Tugendlehre*), y en ellas se desarrolla, respectivamente, el imperativo categórico en el Derecho y el imperativo categórico en la virtud, como ámbitos específicos.⁸¹ Pero, cuando KANT habla del imperativo categórico en el Derecho, podría decirse que lo hace en un sentido diferente. PATZIG entiende que no hay contradicción en este aspecto en KANT, pues su intención es “encontrar un fundamento teórico a partir del cual las normas de conducta moral ya establecidas puedan hacerse inteligibles en una comunidad con unas determinadas instituciones sociales y unas determinadas costumbres”.⁸² De esa forma se entendería el principio del Derecho en KANT como criterio de generalización de las máximas de los individuos, si cada individuo considera su comportamiento previsto en forma de conducta respecto a las instituciones y costumbres sociales efectivas en su sociedad.⁸³ De hecho, KANT lo apunta en la introducción común a la que antes he hecho referencia y reitera el concepto que procede de la teoría de la moralidad anterior:⁸⁴ “el imperativo categórico, que en suma sólo expresa lo que es obligado, es: actúa según una máxima que a la vez pueda estar vigente como ley general; debes considerar tus acciones, ante todo, según su principio subjetivo”. El salto al principio del Derecho llega inmediatamente: “si, sin embargo, este principio ha de ser también válido objetivamente (...), has de someter a prueba de tu razón, por la que pudieras pensarlas simultáneamente como una legislación general”. Este es el principio general del Derecho que se especifica páginas después como la posibilidad de subsistencia de diferentes máximas de sujetos libres bajo una ley general,⁸⁵ y ésta es la ley general del Derecho: “actúa externamente de tal modo que el uso libre

⁸¹ HÖFFE, «Der kategorische Imperativ als Grundbegriff einer normativen Rechts- und Staatsphilosophie», *FS-Robert Spaemann*, 1987, p. 91. En este planteamiento queda abierto cuál es el significado de la Crítica de la razón práctica (*Kritik der praktische Vernunft*, 1788), obra a la que se hace referencia en este artículo por sus reflexiones sobre la pena, y me permito avanzar una hipótesis que confirmaría la perspectiva mantenida en el texto: en un proyecto de desarrollo de la metafísica trascendental, la primera edición de la Crítica de la Razón pura (*Kritik der reinen Vernunft*, 1781) crea una parte general que es desarrollada en los principios de una metafísica que pretende “científica” y, por ello, la inicia con la pregunta de si “es posible una matemática pura” (*Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können*, 1783) y en la indagación sobre la filosofía de la ciencia (*Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, 1786). En esa sucesión aparece la primera edición de *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), que sienta sin duda las bases de la filosofía práctica. Pero precisamente en este marco KANT revisa la Crítica de la razón pura, que modifica en bastantes aspectos (es la única obra que en la edición de las obras completas de la Academia de las Ciencias aparece en dos ediciones, y en un tomo anterior la segunda y, tras la segunda edición de aquella (1787) publica una nueva la Crítica de la razón práctica (1788), aunque esto no afecta a los conceptos sustanciales de la ética. *Grundlegung* sería, en un primer momento, una parte del proyecto de desarrollo de su metafísica; pero en esa función fue sustituido por la Crítica de la razón práctica y posteriormente en la parte general de la teoría moral desarrollada en las partes especiales de Derecho y virtud, tal como indica HÖFFE. En la introducción a la Crítica del juicio, KANT explica la división de la filosofía por los principios en función del objeto: el concepto de naturaleza o el concepto de libertad; en este último caso, que es el de la filosofía práctica, no hay un conocimiento teórico de acuerdo con principios *a priori* (*Kritik der Urteiskraft*, p. 171), sino, como he indicado antes, un enunciado sintético-prácticos *a priori* que es el imperativo categórico (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 420).

⁸² PATZIG, en LORENZ (ed.), *Konstruktionen versus Positionen-Bd II (Allgemeine Wissenschaftstheorie)*, 1979, p. 234.

⁸³ PATZIG, en LORENZ (ed.), *Konstruktionen versus Positionen-Bd II (Allgemeine Wissenschaftstheorie)*, 1979, p. 235.

⁸⁴ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 225.

⁸⁵ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 230. La argumentación de HÖFFE incide en la posición sistemática en la que aparece el principio general del Derecho: KANT no limita la efectividad del principio del Derecho al Derecho privado, porque aparece en el § C de la Introducción a la teoría del derecho (*Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 231).

de tu arbitrio pueda subsistir con la libertad de todos los demás de acuerdo con una ley general”.⁸⁶

Es claro entonces que el imperativo categórico no es un concepto neutral aplicable -y, por tanto, indiferente a su distinción- al Derecho como a la moral, y que está inicialmente referido a la virtud y no al Derecho:⁸⁷ la pureza de la motivación es relevante para el juicio ético, pero no para el juicio jurídico, aunque el Derecho está materialmente comprendido en la virtud, porque cumplir algunos deberes jurídicos puede ser deber de la moralidad. Esta consideración del imperativo categórico en el Derecho implica, no sólo que la obligación es distinta en el Derecho y en la moral, sino que no hay en sentido estricto una consideración del Derecho necesaria y exclusiva del Derecho desde la moral.⁸⁸

Regreso, de todos modos, al Derecho penal: cuando KANT afirma que la ley penal es un imperativo categórico, no hace las matizaciones sobre el principio general del Derecho a las que me acabo de referir. En ese sentido, es posible recordar aquí la perspectiva de DYROFF, que entiende que, en KANT, el Derecho penal tiene una raíz diferente de la del resto del Derecho,⁸⁹ y, por tanto, independiente del significado del principio general del Derecho. La interpretación correcta deriva, sin embargo, de una contraposición distinción observada por HRUSCHKA entre entre “*voluntas communis*” y “*voluntas propria*”:⁹⁰ “*voluntas communis*” es disposición de la persona a las acciones correctas; “*voluntas propria*” es la descripción neutral de la voluntad individual.⁹¹ Si se acepta esta distinción, el principio del Derecho quedaría formulado entonces del siguiente modo: actúa externamente de tal modo que el libre uso de tu “*voluntas propria*” pueda coexistir con la “*voluntas communis*” de acuerdo con una ley general.

En KANT, el significado de la ley penal como imperativo categórico es, a mi juicio, la necesidad moral que surge de la contradicción entre “*voluntas communis*” y “*voluntas propria*”, y en este sentido la exposición de HRUSCHKA sobre el hurto de frutas (*Früchtediebstahl*) es reveladora:⁹² si yo asumo la “*voluntas communis*” de mantenimiento de la institución de la propiedad, debe prohibirse el hurto.⁹³ Por eso el hurto es una autocontradicción del ladrón, que quiere preservar la institución propiedad (“*voluntas communis*”) y, a la vez, infringe conscientemente “*voluntas*

⁸⁶ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 231.

⁸⁷ HÖFFE, *FS-Robert Spaemann*, 1987, pp. 92-99: sustancialmente sobre una diferente fuerza obligatoria de moral y Derecho -sólo el Derecho vincula externamente y por la fuerza- construye KANT ejemplos en los que acción moral correcta está en peligro porque concurren intereses particulares del agente, quien, de todos modos, ha de actuar conforme al deber (moral) y no sólo de acuerdo con la ley.

⁸⁸ Esta perspectiva, que defiende KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, 1984, p. 46, asume (pp. 52 s.), y que ha denominado “ennoblecimiento moral del derecho”, había sido ya mantenida por COHEN al afirmar que aplicaba los conceptos generales de la naturaleza y de la persona” de la teoría moral al Derecho (*Kants Begründung der Ethik*, 2ª ed., p. 390). De todos modos, como se ha de ver en el texto, no comparto totalmente la crítica de HÖFFE, *FS-Robert Spaemann*, 1987, pp. 95: es cierto que la separación entre Derecho y moral es, al menos deficiente; pero existe una subordinación del Derecho a la moral, precisamente por ese motivo.

⁸⁹ DYROFF, *ARWPh*, (17), 1923/1924, p. 356.

⁹⁰ HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, 2015, pp. 191 ss.

⁹¹ KANT, *Bemerkungen zu den Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen*, AA-XX, p. 161. HRUSCHKA estima que estas expresiones, son correspondientes a la ulterior diferenciación entre “*Wille*” und “*Willkür*” (*Kant und der Rechtsstaat*, p. 203-204. Por otro lado, “*voluntas propria*” y “*voluntas singularis*” son también diferentes: “*voluntas singularis*” se caracteriza por su solipsismo.

⁹² HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, 2015, p. 208.

⁹³ HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, 2015, p. 209.

propria) las reglas que derivan de la institución. La aplicación de la ley penal es, por tanto, la consecuencia necesaria de esta autocontradicción de acuerdo con la razón práctica. De ese modo, se observa la relación entre el imperativo categórico, el principio general del Derecho y la exigencia de imposición de la pena: la necesidad moral de la pena supone, en la perspectiva de la razón práctica, garantía de la institución.

2.5. *Ius talionis*

En todo caso, la perspectiva del imperativo categórico no se presenta de forma aislada: las críticas más o menos explícitas hacia KANT por parte de sus contemporáneos -en ocasiones penalistas- se encuentran precisamente en su desarrollo argumental a partir del *ius talionis*;⁹⁴ Desde luego, la interpretación es discutible, pero -como ha observado correctamente MAÑALICH- habría que saber “cuanto relajo admite tal principio antes de convertirse en algo distinto”.⁹⁵ Esta reflexión tiene lugar precisamente a propósito de la interpretación de WALDROM, que estima el talión compatible con teorías de la pena no retributivas, y de la posibilidad de que lo que ha de ser considerado como equivalente puede definirse de una forma abstracta, de tal modo que el talión, para el autor de un delito sexual con violencia, vendría definido no tanto por la acción de carácter sexual, sino por el trauma sufrido por la víctima. Es posible, sin embargo, que incluso en KANT sea posible defender una cierta relajación del *ius talionis*, y que, como señala WOOD, esta rigidez sea una exageración de los críticos del retributivismo.⁹⁶

Como he indicado antes, es incorrecto entender que, en KANT, el *ius talionis* implica un regreso al estado de naturaleza;⁹⁷ sin embargo, la *lex talionis* es, en KANT, un aspecto esencial de la pena como retribución. No es posible desvincular, en la idea de la ley penal de KANT, imperativo categórico y talión, porque ambos expresan la necesidad moral de la pena. Ciertamente, si el imperativo categórico es, como se ha explicado antes, algo incondicional, y el *ius talionis* se expresa en los términos en que KANT defiende la pena de muerte para el delito de homicidio, la visión tradicional parece reforzada. Así fue visto desde los primeros momentos: en sus comentarios a la Metafísica de las Costumbres, publicados en el mismo año que la obra de KANT, STEPHANI hablaba de la teoría de la pena de KANT como “teoría de la pena del Antiguo Testamento”.⁹⁸ Esta perspectiva crítica no es ilógica, porque cualquier referencia a la ley del talión evoca a las formulaciones de la ley mosaica, o indirectamente a la ley *si membrum rupit* de las XII Tablas, a la que precisamente debe su denominación ulterior⁹⁹ y es la usual, sobre

⁹⁴ Cfr. HÜNING, «Kants Strafrechtstheorie und das jus talionis», *FS-Manfred Baum*, pp. 333 ss.

⁹⁵ MAÑALICH, «La pena como retribución», *Derecho Penal y Criminología*, (28-83), 2007, p. 83, n. 28.

⁹⁶ WOOD, *Kantian Ethics*, 2007, p. 212.

⁹⁷ Véase apartado 2.3 sobre la posición de MERLE.

⁹⁸ STEPHANI, *Anmerkung zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, 1797, p. 124: “Das kantische oder vielmehr alttestamentische (Bestrafungs) Prinzip”. Décadas más tarde, se refiere KÖSTLIN a una concepción fundada en la “vieja metafísica” -adjetiva la concepción de KANT como “altmetaphysiche”- refiriéndose, sin duda, a la metafísica pre-crítica (cfr. *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, 1845, p. 7) y, por tanto, una dura censura, pues implica contradicción con sus propios presupuestos.

⁹⁹ La denominación es latina (*talio*). Cfr. ya con referencias a ambas fuentes al citar las teorías de la retribución OSENBRÜGGEN, «Die Talio im altdeutschen Rechte», *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, (18), 1858, p. 173.

todo en consideración a la defensa de la pena de muerte como castigo justo para el homicidio.¹⁰⁰

En efecto, la literalidad de las manifestaciones en el Antiguo Testamento apunta a esta idea: “pero si resultare algún daño, entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal”;¹⁰¹ “el que hiera mortalmente a otro, morirá; quien hiera mortalmente a una bestia, restituirá bestia por bestia; al que maltrata a su prójimo, se le hará como él ha hecho: fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; se le hará la misma herida que él haya hecho a su prójimo; quien matare a una bestia, páguela, pero quien matare a un hombre será muerto”;¹⁰² y “no tendrá tu ojo piedad: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie”, con una referencia previa a la sanción en caso de falso testimonio acusando su hermano (se refiere a un círculo amplio con seguridad) de un delito: “le castigarán haciéndole a él lo que él pretendía que se hiciese con su hermano”.¹⁰³ En relación con la Ley de las XII Tablas, la tabla VIII indica que “si le rompiera un miembro y no hay pacto con él, se aplicará el talió (*si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*)” y que apunta al sentido estricto de *membrum pro membro*.¹⁰⁴

Sin embargo, no creo que ésta sea la única perspectiva a la hora de vislumbrar el significado del *iūs talionis* en KANT, porque no existe históricamente una sola acepción de los términos;¹⁰⁵ y porque es obvio que en muchas ocasiones es incluso “físicamente inaplicable”.¹⁰⁶ La interpretación de las fuentes permite otorgar otro sentido a las palabras y, por tanto, pensar que esta perspectiva podía ser algo diferente.

- a) Por una parte, en la ley mosaica, una cierta relativización de su contenido procede de la constatación de que las diferentes formulaciones del Antiguo Testamento responden a distintas perspectivas del sujeto, según se observe desde el autor o la víctima.¹⁰⁷ Esta diferente perspectiva se confirma si se compara el texto del talió, en sentido estricto,¹⁰⁸ que aparece a propósito de la riña entre dos hombres y el daño

¹⁰⁰ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 333: “Si ha asesinado, debe morir; pero no hay aquí sucedáneo para la satisfacción de la justicia” (“*Hat er aber gemordet, so muß er sterben. Es giebt hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit*”).

¹⁰¹ Éxodo, 21, 23-25. La traducción al castellano de los textos bíblicos desde el original hebreo es de NÁCAR FUSTER/COLUNGA CUETO, *Sagrada Biblia*, 1944.

¹⁰² Levítico, 24, 17-20.

¹⁰³ Deuteronomio, 19, 21.

¹⁰⁴ La cita y la traducción proceden de GARCÍA-HERNÁNDEZ, «La ley romana del talió y su base correlativa: antigüedad e innovación», *Emerita*, (85-2), 2017, p. 225-226, que cita como fuente a POMPEYO FESTO.

¹⁰⁵ Sobre los diversos sentidos que pueden atribuirse al talió, OEMING refiere “diez tipos de interpretación” del talió. Cfr. «Quinque iura talionis. Quinque iura talionis. Texte, Kontexte und Rezeptionen zentraler alttestamentlicher Rechtsprinzipien», *FS-Kreuzer*, 2014, pp. 42 ss.

¹⁰⁶ La expresión es de BENTHAM, *The Rationale of Punishment*, p. 66. En todo caso, KANT reconoce esta imposibilidad, porque existen casos que “no admiten réplica”, porque es imposible o porque atentaría a la dignidad humana (KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 363).

¹⁰⁷ Cfr. DOHMEN, «Exodus-2 (19-40)», en ZENGER (fund.) BERGER/DOHMEN/SCHWIENHORST-SCHÖNBERGER (edic.), *Herders theologischer Kommentar zum Alten Testament*, 2014, p. 165. Lo cierto es que, en el S. I d.C. puede constatare una discrepancia entre fariseos y saduceos precisamente en esta cuestión: mientras los fariseos tienden a permitir una compensación económica en ciertos casos, esta flexibilidad es rechazada por los saduceos (PARISI, *The Genesis of Liability in Ancient Law*, 2001, pp. 30 ss).

¹⁰⁸ Éxodo, 21, 21-26. “Si en riña de hombres golpear uno a una mujer encinta, y el niño naciere sin más daño, será multado en la entidad que el marido de la mujer pida y decidan los jueces; pero si resultare

causado a una mujer embarazada, con la referencia anterior a la represalia por el homicidio en un sentido objetivo:¹⁰⁹ la ley del talión es un límite a la regla de compensación desde el plano de la víctima, que se integra como una matización a la aplicación de la muerte como represalia. Es más: a mi juicio, la previsión de la muerte no es propiamente una aplicación de la regla del talión, sino propiamente la pena más grave reservada para las infracciones más graves; por esa razón no se aplica cuando la muerte no se ha causado de forma intencional¹¹⁰ o se prevé para los casos de lesiones intencionales al padre o a la madre, o de sometimiento a esclavitud de un hombre libre.¹¹¹

- b) Por otro lado, en relación con la regla de las XII Tablas *si membrum rupit*, se ha subrayado que el caso de mutilación *-membrum ruptum-* es el único de lesiones que prevé el talión si las partes no llegan a una composición voluntaria¹¹² y se considera que la norma es más bien un paso en el proceso de confluencia a la sanción de la pena pecuniaria privada.¹¹³ Pero esta interpretación jurídica coincide con las conclusiones en una perspectiva filológica: incluso la palabra *talio* implica precisamente una estructura de correlación cualitativa (*talis/qualis*: cual es el delito, tal será el castigo) y una apertura a la idea de que con ella se alude a una pena -más que igual- equiparable o semejante al delito.¹¹⁴

algún daño, entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal”. JACOBS mantiene, en ese sentido, que puede diferenciarse entre un talión instrumental y un talión reflexivo, y en ambos reside un criterio de “justicia poética”, en el que, para la determinación de la pena apropiada, cuenta más el delito cometido que el daño causado («Natural Law, Poetic Justice and the Talionic Formulation», *Political Theology*, (14-5), 2013, p. 668).

¹⁰⁹ Éxodo, 21, 12: “el que hiera mortalmente a otro será castigado con la muerte”.

¹¹⁰ Éxodo, 21, 13: “pero si no pretendía él herirle, y sólo porque Dios se lo puso ante la mano le hirió, yo le señalaré un lugar donde podrá refugiarse”.

¹¹¹ Éxodo, 21, 15-16: “El que hiera a su padre o a su madre, será muerto. El que robe un hombre, hálalo vendido o téngalo en su poder, será muerto”. Una interpretación en ese sentido, que subraya como lo dispuesto en 21, 25 en relación con los esclavos (“si un hombre golpea en un ojo a su esclavo o a su esclava, y lo deja tuerto, lo pondrá en libertad como compensación por el ojo”) muestra como no hay una aplicación textual, en OSUMI, *Die Kompositionsgeschichte des Bundesbuches Exodus 20,22b-23,33*, 1991, p. 118.

¹¹² SANTALUCIA, *Derecho penal romano*, 1990, p. 57.

¹¹³ SANTALUCIA, «Osservazioni sulla repressione criminale romana in età regia», *Le délit religieux dans la cité antique*, 1981, p. 44.

¹¹⁴ GARCÍA-HERNÁNDEZ, *Emerita*, (85-2), 2017, pp. 231 ss.: “su letra, lejos de dictar un riguroso miembro por miembro, mantenía el espíritu abierto del indefinido *talis*, correlativo de *qualis* que calificaba el delito” (p. 238). De hecho, GARCÍA-HERNÁNDEZ cita, en apoyo de su tesis, a SAN ISIDORO DE SEVILLA, que alude a la “similitud en el castigo”: “*talio est similitudo uindictae, ut taliter quis patiat ut fecit*” (p. 236). Por otra parte, GARCÍA-HERNÁNDEZ observa esta estructura correlativa también en los textos del Antiguo Testamento a los que se ha hecho referencia antes (en los textos hebreo y griego hay correlación adverbial, mientras que en el texto latino la correlación es adjetiva), pero no en el Código de Hammurabi (pp. 234-235). Sin perjuicio de que las reflexiones de PATZIG, antes citadas, sobre la finalidad del razonamiento de KANT al fundamentar el principio general del Derecho, no es posible, en mi opinión, dejar de lado la significación del imperativo categórico de la filosofía moral y acudir a otros conceptos diferentes en la teoría del Derecho, como pretende POTTER (1998), «The Principle of Punishment Is a Categorical Imperative», en KNELLER/AXINN (ed), *Autonomy and Community: Readings in Contemporary Philosophy*, 1998, sobretodo p. 170. En otra perspectiva, pero coincidente en la conclusión, BINDING (1919), «Rechtsvergleichende Vermutungen zu membrum ruptum, os fractum und injuria der Lex XII Tabularum», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*, 1919, (40-53), p. 110,

Esta visión del *ius talionis* puede no ser ajena a la de KANT, tal como -con distintos matices- han mantenido algunos autores como BYRD,¹¹⁵ HRUSCHKA,¹¹⁶ SCHILD¹¹⁷ o, con matices, SÁNCHEZ-OSTIZ,¹¹⁸ para quienes es posible defender que en KANT existe una concepción preventiva de la pena. Aunque no considero correcta esta conclusión,¹¹⁹ me parece verosímil su interpretación sobre el talión: *ius talionis* es la manifestación de la igualdad; *ius talionis* e igualdad son, en ese sentido, una forma de referir el principio de justicia en la pena estatal, desvinculada de la reacción privada o de la venganza.¹²⁰ El significado del *ius talionis* sería “la noción de igualdad entre delito y pena: así como los delitos difieren en su gravedad, las penas difieren en su severidad, y la justa medida de una pena depende principalmente -aunque no enteramente- de la proporcionalidad entre ellos”.¹²¹ Este significado flexibiliza -o relaja, con la expresión de MAÑALICH a la que aludía anteriormente- el contenido del talión en el contexto de la teoría de la pena de KANT, sino que aporta un contenido específico a la necesidad moral de la pena. La pena no es sólo *ius talionis*, aunque implique su única idea determinante a priori;¹²² la pena es, en KANT, pena estatal (*pæna forensis*) y, por tanto, impuesta de acuerdo con una ley penal, que es un imperativo categórico.

3. El significado de la retribución: el marco de una teoría

3.1. Las exigencias de la teoría de la pena (o sobre qué deben a KANT las teorías de la retribución)

En cualquier forma, la tesis de KANT no es indiscutida, ni tan siquiera entre los partidarios de considerar la pena como retribución: es claro que, en su exposición, quedan abiertas algunas cuestiones que requieren respuestas, y precisamente por esta razón existen interpretaciones que discuten que su teoría sea efectivamente retributiva. Tal vez es algo exagerada la crítica de KÖSTLIN a la que hice referencia antes, cuando aludía a su tendencia “a mimar el Yo y a atribuir la mínima cuota posible al Derecho (y al Estado)”;¹²³ pero me parece claro que una teoría

subraya la equiparación al homicidio de las lesiones gravísimas o la mutilación, tal como sucedía también en el Derecho germánico.

¹¹⁵ BYRD, «Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution», *Law and Philosophy*, (8-2), 1989, pp. 151 ss.

¹¹⁶ HRUSCHKA, *Kant und der Rechtsstaat*, 2015, p. 240.

¹¹⁷ SCHILD, «Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit. Zur Verbrechens- und Strafphilosophie von Immanuel Kant», *FS-E.A. Wolff*, 1998, p. 439.

¹¹⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 162: “si por teorías preventivas se consideran aquéllas que atienden al efecto de la ley penal en los destinatarios, la tesis kantiana es prevenciónista”.

¹¹⁹ En ese sentido, en PÉREZ DEL VALLE, *JRE*, 2019, pp. 639 ss.

¹²⁰ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *JRE*, 2019, p. 631. Explícitamente KANT señala que “sólo el derecho de retribución (*ius talionis*) (...) puede determinar de forma concreta la cualidad y la cantidad de la pena” (KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 332).

¹²¹ WOOD, *Kantian Ethics*, 2007, p. 212. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 162, atribuye al *ius talionis* el efecto de impedir, con la pena, el menoscabo de la humanidad del que la padece. Esto implica, como reconoce, una relación del principio con el imperativo categórico, que, a mi juicio, no existe en HRUSCHKA o en BYRD.

¹²² KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 363.

¹²³ Cfr. KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, p. 23. DYROFF, *ARWPh*, (17), 1923/1924, p. 354, cita estas palabras como respaldo a su perspectiva crítica, aunque -como se verá más tarde- esto sólo constituye una parte de aquélla. En cuanto a KÖSTLIN, me parece conveniente indicar el

retributiva de la pena requiere un contenido que el formalismo kantiano no puede aportar. La solución de KÖHLER, al acudir a HEGEL¹²⁴ -pero también a ARISTÓTELES o a SANTO TOMÁS DE AQUINO, aunque a esta cuestión haré referencia después- es una prueba de que esta afirmación es correcta. Sin duda, en la crítica de KÖSTLIN estaba presente que la conexión intrínseca entre delito y pena y su relación con lo público es crucial en HEGEL;¹²⁵ y que su fundamentación de la pena retributiva es más sólida en una perspectiva argumental.¹²⁶ Como institución de la pena retributiva constituye una fundamentación más clara de la pena retributiva como institución.

Precisamente entre aquellas críticas que aíslan las afirmaciones de KANT sobre la pena en la *Metafísica de las Costumbres* minimizando su importancia, se sitúa MURPHY.¹²⁷ En realidad, examina detenidamente algunos pasajes sobre la pena que aparecen en otros textos de KANT, para llegar a la misma conclusión: el fin de mantenimiento de un sistema ordenado de libertad que deriva del principio del Derecho se logra principalmente con la disuasión y no con la retribución.¹²⁸ Esta perspectiva deja de lado, como ya he explicado frente a las tesis de BYRD, HRUSCHKA o SCHILD, que la pena, en el marco del estado civil en el que rige el principio general del Derecho, es expresión de Justicia pública como contraposición a la represalia privada.¹²⁹ En cualquier caso, lo relevante en la crítica de MURPHY es la razón por la que niega que en KANT exista una auténtica teoría de la pena,¹³⁰ porque no existe una respuesta plausible a las preguntas que permiten pensar en la consistencia de la teoría: cuál es la naturaleza del delito y de la pena; cuál es la justificación moral de la pena; cuál es su justificación política; cuáles son los principios propios de la responsabilidad penal; y cuáles son las penas apropiadas.¹³¹ La crítica es, al menos, parcialmente discutible:¹³² al aislar ciertas afirmaciones se ignora que los distintos textos sobre los fundamentos de la moral han sido desarrollados en momentos históricos diferentes;¹³³ y, también por esa razón, se tiende un velo que oculta la continuidad entre fundamentos de la moral y fundamentos del Derecho.

contexto de las mismas: se trataba de señalar las deficiencias frente al “idealismo objetivo” -sin hacer mención explícita de HEGEL- que, “sin duda, tenía totalmente la razón (..) cuando afirma la sustancialidad de la voluntad general, cuando hablaba de un espíritu objetivo que vive su vida propia y que establece y utiliza el yo final como su órgano y su medio y que en ningún modo es un producto del mismo” (*loc.cit.*).

¹²⁴ WOHLERS/WENDT, «Die Bedeutung der Straftheorie Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMAN (ed.), *Strafe - Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte vom Hegels Straftheorie*, 2011, p. 183; BRUCKMANN, *KriPoZ-2* (2019), p. 109.

¹²⁵ GIERHAKKE, «How justify the Open Court Principle in Criminal Proceedings», en HESS/KOPRIVICA HARVEY (eds.), *Open Justice: The Role of Courts in a Democratic Society*, 2019, pp. 111-112 (con una sucinta explicación en n. 36).

¹²⁶ MOHR, «Unrecht und Strafe», en SIEP (ed.), *G. W. F. Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2017, p. 107.

¹²⁷ MURPHY, «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *Columbia Law Review* (87), 1987, pp. 509 ss.

¹²⁸ MURPHY, *Columbia Law Review*, (87), 1987, p. 516.

¹²⁹ PÉREZ DEL VALLE, *JRE*, 2019, p. 640. No hay, en ese sentido, excepciones a la retribución, frente a lo que piensa MERLE; el ejemplo del *ius necessitatis*, al que también se refiere MURPHY, *Columbia Law Review*, (87), 1987, pp. 524 ss., no es relevante, en la medida que es precisamente *ius æquivocum* (*JRE-27* (2019), p. 641).

¹³⁰ MURPHY, *Columbia Law Review*, (87), 1987, p. 512: “It does show, however, that Kant never developed what might be called a consistent «career view» of punishment”

¹³¹ MURPHY, *Columbia Law Review*, (87), 1987, pp. 510-511; su conclusión en p. 532.

¹³² La refutación de CORLETT, *Responsibility and Punishment*, 2006, pp. 55 ss., a MURPHY señala más bien marcos de desarrollo de la respuesta que respuestas concretas, en mi opinión. Véase el ejemplo de los principios de responsabilidad, que CORLETT admite que existe algún “punto crucial no desarrollado” por KANT, y en el que acude a los criterios básicos de imputación, propios de la responsabilidad moral (pp. 57-58).

¹³³ Como he intentado explicar en la n. 81, a partir de una tesis de HÖFFE, en esta evolución explicativa influye también la exposición de la razón pura.

A mi juicio, la crítica de MURPHY no se refiere sólo a KANT, sino a cualquier teoría de la retribución,¹³⁴ y se basa en una interpretación de la distinción entre lo fenoménico y lo nouménico –a la que me he referido antes al explicar la relación entre pena y estado de naturaleza– que estimo inadecuada. No me parece cierto que, en KANT, la religión y la moral constituyan lo nouménico, mientras que la legitimación del Derecho sea una cuestión fenoménica;¹³⁵ esta interpretación deja de lado el relieve de esta dualidad en la conformación del pacto y el estado civil, que KANT ratifica en la diferenciación entre la *respublica phaenomenon* y la *respublica noumenon*.¹³⁶ Sin embargo, MURPHY tiene razón al señalar una cierta deficiencia en la respuesta concreta a estas preguntas. Hay, sin duda, aproximaciones a la respuesta: el delito, y el Derecho penal, se enmarcan en los efectos jurídicos de la unión civil, e incluso son descritos de acuerdo con su naturaleza;¹³⁷ la pena es una consecuencia necesaria del delito derivada de un principio moral y la ley penal es un imperativo categórico;¹³⁸ el Derecho penal es el derecho del titular del poder frente a los que le están sujetos;¹³⁹ y expresamente indica que el *ius talionis* es la respuesta del principio de igualdad y de justicia en relación con la cualidad y la cantidad de las penas.¹⁴⁰

Sin embargo, es posible que KANT no quisiera dar una respuesta precisa, porque ello excede el plano formal en el que aborda la cuestión y, como he indicado antes, lo que a mi juicio representa el problema sustancial de su teoría de la retribución: no desarrolla el significado de la retribución. Pero, lo que sin duda aporta KANT al discurso sobre la fundamentación de la pena, son los planos esenciales que permiten debatir sobre el contenido de la retribución, y que están relacionados entre sí: la dimensión moral de la pena estatal y el marco de fundamentación en la razón práctica.

¹³⁴ Esta afirmación tiene varias expresiones en el texto de MURPHY, pero ya es sintomática su afirmación de que, en BENTHAM si aparecen estas respuestas (*Columbia Law Review*, (87), 1987, p. p. 508-509): a la pregunta “*Does philosopher X have a theory of punishment?*” se responde con la pregunta “*Does philosopher X deal systematically with these five questions?*”, y aquí subraya: “*The answer for Bentham, for example, is clearly yes and thus it seems reasonable to regard Bentham as having a philosophical theory of punishment*”. En todo caso, hay algunas aseveraciones claras en ese mismo sentido; por ejemplo, al atribuir dureza de corazón o falta de humildad a quienes defienden la retribución: “*persons who advocate retributivist goals for punishment reveal serious character defects –specially a hardness of heart and a lack of proper moral humility*” o al mantener que una teoría que pretenda ir más allá de la disuasión es un intento de jugar a ser Dios (“*an attempt to play God*”) sin atención a nuestras propias deficiencias o a la influencia de la suerte en nuestros logros en la virtud (p. 5717). Esta última crítica, por otro lado, sería perfectamente aplicable a la prevención especial, puesto que la corrección implica, necesariamente, superioridad moral de quien define la dirección hacia la cual el sujeto ha de ser corregido.

¹³⁵ MURPHY, *Columbia Law Review*, (87), 1987, p. 517. No creo que exista una separación tal como la describe MURPHY (“*the noumenal world is the home of the moral dispositions, and this world is unavailable to empirical investigation*”);

¹³⁶ A esta cuestión también he hecho referencia antes, y a su base en la idea del paso de *homme* a *citoyen* de ROUSSEAU; en KANT es claro, a mi juicio, en *Der Streit der Fakultäten*, 1798, AA-VII, p. 91.

¹³⁷ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, pp. 318 ss., 331, con la separación entre delito público (*crimen publicum*) y delito privado, e incluso, descriptivamente, la distinción entre delitos de *indolis abiectæ* y de *indolis violentæ*.

¹³⁸ KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37; EL MISMO, 1797, AA-VI, p. 331.

¹³⁹ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 331: “*Das Strafrecht ist das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen*”.

¹⁴⁰ KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, AA-VI, p. 332.

3.2. La dimensión moral de la pena estatal

Que la ley penal es un imperativo categórico significa, como se ha mostrado, que ésta tiene una clara dimensión moral.¹⁴¹ La afirmación de KANT, a mi juicio, puede ser entendida en dos sentidos: por una parte, que la ley penal es una exigencia moral incondicional que no puede alterarse con motivo de la conveniencia o preferencia de alguien; y, en segundo lugar, que la ley penal puede ser derivada de alguna de las formulaciones del imperativo categórico o de su contenido sustancial.

El primer sentido es, precisamente, el que destacaban JELLINECK o AHRENS como carácter absoluto, y al que me he referido anteriormente:¹⁴² la pena como necesidad moral. El contenido de esta necesidad moral se vincula al merecimiento -en ese aspecto es complementario para KANT, como se ha visto, el *ius talionis*- por el hecho cometido: el merecimiento de la pena y su proporcionalidad son manifestación de la justicia sustantiva de la ley penal.¹⁴³ El merecimiento retributivo -o la retribución sobre la base del merecimiento de la pena- se aplica a agentes que son moralmente responsables de sus acciones; es la respuesta apropiada, en tanto merecida, a la infracción, pues con la culpabilidad se transmite al infractor una condena moral por la infracción.¹⁴⁴ Este fundamento moral explica que la pena no es sólo uso de la fuerza: la *pœna forensis*, como pena estatal, supone uso de la fuerza, porque debe ser impuesta, cuando es “merecida”, sin consideración a la voluntad del culpable.¹⁴⁵ La pena no es simplemente sufrimiento,¹⁴⁶ sino un sufrimiento moralmente necesario. Este significado de la necesidad

¹⁴¹ KÖHLER advierte que, desde un punto de vista metodológico, si la categoría de la pena no es contemplada en la perspectiva general de la ley moral, quedaría abierto qué significa el imperativo categórico de la ley penal en el plano del Derecho (*Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 19).

¹⁴² V. supra apartado 2.2.

¹⁴³ Cfr. FINNIS, entendida justicia como “fairness”: el principio procesal sería el “*due process of law*”, y el reconocimiento a las consecuencias del principio de legalidad (*Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 261),

¹⁴⁴ TASIOLAS, «Punishment and Repentance», *Philosophy*, (81), 2006, p. 294.

¹⁴⁵ Este aspecto es destacado por FINNIS, «Retribution: Punishment's Formative Aim», en EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, pp. 173-174), y es característico en SANTO TOMÁS DE AQUINO. Ciertamente, esta visión de la pena *contra voluntatem* es, como indica FINNIS, esencial en SANTO TOMÁS DE AQUINO, y esto es evidente en *S.Th.*, en I-II, q. 46, a. 6, ad.2 (“*est de ratione pœnæ quod sit contraria voluntate*”), aunque aquí con referencia a su carácter afflictivo y a su relación con la culpa. Pero es los Comentarios a las Sentencias de Pedro Lombardo donde aparece detalladamente: “*non autem defectus quilibet ad pœnam obligat (sunt enim defectus quidam involuntarii magis misericordiam quam iram provocantes) sed illi solum defectus qui ex actibus voluntatis relinquuntur pœnam merentur in eo qui voluntarie in defectum inducitur; unde cum transeunte actu remaneat defectus, oportet quod etiam reatus remaneat post actum*” (*II Scriptum super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis*, d. 42, q. 1, a. 2). A esta relación con el merecimiento regresaré posteriormente, cuando explique el sentido de la pena en el marco de la razón práctica.

¹⁴⁶ TASIOLAS, *Philosophy*, (81), 2006, p. 294, subraya esta crítica citando la expresión “ceremonia del sufrimiento” en NIETZSCHE, con expresa referencia a WILLIAMS, «Moral Responsibility and Political Freedom», *Cambridge Law Journal*, (56), 1997, p. 100. ZAIBERT, *Rethinking Punishment*, 2018, p. 7, n. 15, se refiere a esta expresión y la enlaza con FOUCAULT y con la frecuencia con la que éste utiliza esta expresión (ceremonia) referida al castigo o incluso literalmente al sufrimiento. Por una parte, la expresión de NIETZSCHE (*Zur Genealogie der Moral*, II.13) es citada junto con el “escarnio del enemigo” (cfr. PÉREZ DEL VALLE, *FS-Jakobs*, p. 515), lo que abunda en la conclusión de TASIOLAS, pues el “escarnio del enemigo” es -independientemente de su falta de legitimidad- una forma de denuncia. Por otra, la asociación a esta idea de la pena como sufrimiento y denuncia en FOUCAULT puede tener la referencia general (respecto a toda pena en su origen y, por ello, también la del sufrimiento corporal, discontinuo del Antiguo Régimen) o, en sentido estricto, únicamente a la pena de los “reformadores”, que sustuyen el castigo corporal con la

moral excluye la interpretación usual que supondría identificar el carácter absoluto de la retribución con la total objetivación de su significado: no se retribuye el comportamiento ilícito sino al autor culpable, y éste puede ser culpable ante el Derecho sólo en la medida que moralmente lo es.

El segundo sentido, que comportaría entender la ley penal como una derivación del imperativo categórico, puede entenderse también como condicionamiento de la culpabilidad -por tanto, de lo subjetivo en un sentido amplio- porque se trata de una atribución a la libertad humana; este significado, que ha de ser examinado a continuación, es la derivación del imperativo categórico a la ley penal.¹⁴⁷ El carácter absoluto de la pena -lo categórico del imperativo que significa la ley penal- no supone ausencia de fin ni la mera negación empírica de la libertad;¹⁴⁸ al contrario, esta necesidad moral de la pena en relación con la culpabilidad es también constitutiva de la restauración del orden quebrantado, como anticipaba DE CASTRO: “lo propio de la pena es poner en orden la culpa; es decir, restaurar el orden que la culpa había dañado”.¹⁴⁹ El quebrantamiento del orden, que ha de ser restaurado, es precisamente el delito.¹⁵⁰ El delito es, por tanto, quebrantamiento del orden jurídico, entendido como orden de la razón práctica; por eso el delito constituye fundamentalmente una máxima de conducta del sujeto en el ejercicio de su libertad, “que afirma lo contrario a la razón como razón”.¹⁵¹ Pero el delito, como presupuesto de la pena, sólo se puede entender como expresión de la culpabilidad del sujeto, porque más allá de ésta no cabe una pena. El presupuesto de esta afirmación también se encuentra en KANT: como indica SÁNCHEZ-OSTIZ, “el ser humano es ser moral en cuanto que su existir lleva aparejado la conciencia de la propia vinculación a leyes”.¹⁵²

Sin embargo, esta perspectiva de la necesidad de la razón práctica, en sus consecuencias, no es sólo asumida en la visión kantiana de la pena, para la que la culpabilidad como imputación de la libertad exterior del sujeto es garantía frente a la instrumentalización del sujeto y, por tanto, su utilización como un mero medio para lograr otro propósito. Adolf MERKEL, que desligaba la retribución del imperativo categórico,¹⁵³ admite -aun en su perspectiva determinista- que la

prisión, como soporte institucional de la pena “en el juego social de los signos del castigo y de la fiesta parlanchina que los hace circular” (*Surveiller et punir*, 1975, pp. 154-155).

¹⁴⁷ KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 9.

¹⁴⁸ KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 14.

¹⁴⁹ DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, 1550-1959, I.3 (18B): “*pœnæ enim convenit proprie ordinare culpam, ut videlicet corrigat ordinem, quem perverterat culpa*”. Sobre esta cuestión -tomo de allí la traducción al castellano- especialmente CRUZ CRUZ, «Interpretación de la pena y de la ley penal según Alfonso de Castro», en EL MISMO (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, 2010, p. 61. La completa exposición de CRUZ CRUZ no implica, pese a lo que podría parecer, que DE CASTRO defiende una teoría de la unión; su teoría es, más bien, una visión de la retribución vinculada al bien común como la que expongo en el texto, que permite explicar ciertos efectos reflejos de la pena.

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ MOLINERO, en su lectura de DE CASTRO, afirma que se trata de un “elemento objetivo absoluto” o “material” (*Origen español de la ciencia del derecho penal: Alfonso de Castro y su sistema penal*, 1959, p. 224).

¹⁵¹ GIERHAKE, «Strafbegründung in staatlichen Umbruchsituationen», *ZRPh*, (1), 2017, p. 94.

¹⁵² SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 196. Aunque, y en esto mi propuesta difiere sustancialmente de la visión kantiana, en esta perspectiva la autonomía implica un sujeto autolegislator; es más: “el sujeto humano, en el planteamiento kantiano, no puede sino obrar siendo legislador” (*ibidem*).

¹⁵³ MERKEL, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht. Zur Beleuchtung der "Neuen Horizonte" In der Strafrechtswissenschaft*, 1892, p. 31: “¿Como si la retribución no fuese retribución si no tuviese lugar sobre la base del imperativo categórico!”; también en EL MISMO, «Über vergeltende Gerechtigkeit», *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, 1899, p. 13. El reproche de

hostilidad frente a una pena retributiva está vinculada al desvanecimiento del autodomínio ético del individuo, de la responsabilidad y sus exigencias de mérito y de culpabilidad.¹⁵⁴ En otras palabras: se rechaza que la pena es retribución porque se diluye la responsabilidad individual, bien porque se niega la capacidad de exigirla, como se haría cuando la prevención especial se convierte en el único fin de la pena; bien porque se considera ineficaz por sí misma y se restringe a una función subordinada, como sucede en la perspectiva de la prevención general, negativa o positiva. A mi juicio, la necesidad moral de la pena -su exigencia desde el punto de vista de la razón práctica- es precisamente la vinculación necesaria entre culpabilidad y pena. KANT lo había referido, como se ha visto, en la relación ineludible entre la pena, como “mal físico” que constituye la consecuencia; y el delito, que es el “mal moral” y, por tanto, el hecho culpable.¹⁵⁵ Esto no es refutado en sí por MERKEL, aunque la culpabilidad, en su determinismo, es básicamente distinta de la culpabilidad de KANT: MERKEL niega el punto de partida del imperativo categórico, que entiende exclusivamente en su significado en la moral y que, por esto, tiene su fundamento en la autonomía.¹⁵⁶ Pero esta afirmación puede llevarse más allá: si es posible afirmar una necesidad moral de la pena sin libertad, cabe mantenerla también en el marco de una libertad no autónoma (kantiana), sino heterónoma.

La consecuencia de reconocer esta necesidad moral no sólo se refiere a la misma pena, aunque es lo más evidente: implica la preeminencia de la culpabilidad que determina la responsabilidad y que condiciona la teoría de la pena.¹⁵⁷ La relación entre retribución y culpabilidad es precisamente la base de esta necesidad moral: en palabras de Armin KAUFMANN, cuando la legitimación de la pena que se fundamenta en la culpabilidad y que no puede superar la medida de la culpabilidad, la idea de retribución es imprescindible.¹⁵⁸ De hecho, la prohibición del castigo de quien es moralmente inocente es, en ese sentido, una manifestación de esta dimensión moral de la pena que parece no discutible,¹⁵⁹ porque la pena sólo puede dirigirse a

KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 10, n. 16 *in fine*, es razonable en su perspectiva, pero también en la adoptada en el texto: la de MERKEL es una visión del fin “naturalista-positivista” centrada directamente en fines sociales.

¹⁵⁴ MERKEL, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892, p. 44. MERKEL intenta hacer compatible retribución con determinismo o, con sus palabras, “de determinismo y responsabilidad” (p. 56), pues lo sucedido tiene su explicación en el carácter del sujeto y a él se imputa sin necesidad de acudir al libre albedrío (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1889, § 28, p. 74). Esta imputación de responsabilidad se comprueba en la conciencia de la propia causalidad y en juicios de valor referidos a nuestras acciones que se acuñan en la sociedad (*Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, 1892, p. 57).

¹⁵⁵ Cfr. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, AA-V, p. 37.

¹⁵⁶ No sólo en cuanto afecta a la libertad; también porque esta visión del imperativo categórico llevaría a una justicia que no toma en consideración los intereses de la sociedad (MERKEL, *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, 1899, p. 13).

¹⁵⁷ En este punto, ya he subrayado la afirmación de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 163, que me parece esencial, sobre la dependencia de la teoría de la pena respecto a la teoría de la imputación en KANT.

¹⁵⁸ Armin KAUFMANN, «Die Aufgabe des Strafrechts», en EL MISMO, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, 1982, p. 265.

¹⁵⁹ Aquí la perspectiva puede ampliarse al rechazo de la condena del inocente en sentido amplio, tal como se trata como argumento hoy en el Derecho anglosajón; TASIOLAS, *Philosophy*, (81), 2006, pp. 281-282, por ejemplo, examina como, en el caso de HART, aparece como una “restricción deontológica”. En esta perspectiva amplia, la cuestión había sido examinada por DE CASTRO al señalar que no es posible una condena de muerte para un sujeto por un crimen cometido por otro (“*judice humanum non posse unum pro peccato alterius punire*”, o “*nulli humano judici liceat unquam unum hominem pro peccato alterius occidere*”, *De justa haereticorum punitione*, 1547-1773, cap. II, XI, p. 123), que relaciona esta cuestión con la pena impuesta a quien es responsable del delito (“de un crimen propio”, como indica, en relación con la

agentes moralmente responsables, capaces de comprender que el hecho está prohibido y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.¹⁶⁰ Esta necesidad moral es lo “absoluto” de la pena como retribución; pero, como ha destacado RONCO, no puede confundirse el fundamento -su necesidad moral- con la aplicación de la pena: las exigencias de justicia no son independientes del bien común.¹⁶¹ Por tanto, lo “absoluto” no lo es en sentido estricto: ni es absoluto porque esté vinculado a un imperativo categórico sobre personas totalmente autónomas que dictan sus propias leyes; ni es absoluto porque abarca la totalidad de la pena concreta impuesta al autor. Necesidad moral no significa necesariamente que la pena prevista para un hecho determinado sea de forma exacta e inapelable la pena justa, y que sólo es justo su cumplimiento exacto e íntegro. Esta matización requiere tomar en consideración dos afirmaciones previas que derivan del razonamiento precedente: que el discurso sobre la razón y el sentido de la pena pertenece a la filosofía práctica;¹⁶² y que la respuesta a la cuestión sobre el fundamento y fin de la pena es prepositiva y se refiere a la fundamentación de las normas con bastante intención crítica respecto a la realidad empírica.¹⁶³

3.3. Razón práctica y retribución

En efecto, la pregunta sobre la razón y el sentido de la pena se refiere, por tanto, a la razón práctica en tanto moralidad.¹⁶⁴ Algo moralmente necesario no puede ser sencillamente un mal¹⁶⁵; que exista una dimensión de la pena como mal -como sufrimiento- exige la indagación de su principio más general, que es el de la buena acción, y no como algo relativo (“bueno para algo”), sino absoluto, propio de la misma constitución categorial del ser humano.¹⁶⁶ Si se aborda en la perspectiva de la ley natural, esto supone indagar el principio de una acción correcta -la razón práctica alude por esto a un principio moral- sobre el que es posible decidir y

prohibición de imponer una pena de muerte a quien no cometió el delito, que contiene la segunda cita, BULLÓN Y FERNÁNDEZ, *Alfonso de Castro y la Ciencia penal*, 1900, p. 58).

¹⁶⁰ TASIOULAS, *Philosophy*, (81), 2006, pp. 284, en esta ocasión en relación con la concepción de la pena como censura, en el sentido comunicativo de VON HIRSCH (cfr. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, 1993, pp. 20 ss.). A su juicio, en el proceso de explicación de VON HIRSCH, el valor central (*core value*) es la justicia retributiva (p. 285).

¹⁶¹ RONCO, *Il problema della pena*, 1996, p. 146.

¹⁶² Se entiende filosofía práctica en el sentido de FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 12: “*Practical philosophy is a disciplined and critical reflection on the goods that can be realized in human action and the requirements of practical reasonableness*”.

¹⁶³ KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 2; también pp. 5-6, 8.

¹⁶⁴ Razón práctica es, en esa perspectiva, no sólo la racionalidad en la acción (FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 12); en la medida que exista una referencia a la exigencia de cumplimiento de las normas sobre los sujetos o a requerimientos mínimos de justicia de esas normas, razón práctica es moralidad (FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, pp. 14-15), aunque la incertidumbre que puede ocasionar la palabra moral lleve en ocasiones a hablar de razón práctica (*loc.cit.*). En realidad, es la integración de la prudencia en el Derecho, como lo considera RONCO, *Il problema della pena*, 1996, pp. 147 s., y de forma diferente a KANT, que trata la cuestión de la equidad como *ius æquivocum* (cfr. n. 46).

¹⁶⁵ En relación con las leyes, la cuestión fue contemplada por SUÁREZ, pues es posible una ley “odiosa” - como la ley penal o la ley fiscal- aunque como fin de toda ley se busca algo favorable: “*ex parte materiæ legis hoc non repugnare, etiamsi ex parte finis aliquid favorable per omnem legem intendatur*” (*De legibus*, 5, c. 2, n.5). Sobre esta cuestión, LEOCATA, «Sentido de la ley penal en Francisco Suárez», en CRUZ CRUZ (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, 2010, pp. 17 s.

¹⁶⁶ KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 21. Otra cuestión es, como destaca KÖHLER, que la base aristotélica de lo bueno y de la felicidad, haya sido relativizada en la modernidad -en un sentido hobbesiano o kantiano- por la autonomía del sujeto (p. 21, n. 32); pero esto no modifica el reconocimiento del principio de la buena acción como punto de partida.

actuar en formas compatibles con la realización integral de la persona.¹⁶⁷ KANT tenía esta pretensión: la retribución en KANT pertenece al ámbito de la razón práctica y, precisamente por ese motivo se desarrolla en torno al imperativo categórico y al *ius talionis*, pues -como se ha visto- tanto su imposición como su proporcionalidad son exigencias éticas, pero en un orden lógico-formal, que es el propio de discusión de la ética y del Derecho en KANT.¹⁶⁸ Precisamente JAKOBS señalaba dos preguntas ante la idea de la falta de encaje entre adecuación al Derecho y prudencia y la respuesta de KANT: por un lado, no es legítimo perseguir ninguna utilidad de la pena sin que previamente no se haya establecido jurídicamente la pena que merece el autor; por otro, una vez que se ha establecido que lo merece, debe ser castigado sin ponderaciones de prudencia.¹⁶⁹ Esta divergencia entre prudencia y razón práctica en KANT, que no implica -como en ocasiones se ha querido ver, un rigorismo simplista-¹⁷⁰ es un aspecto angular que explica su teoría de la pena.

La discrepancia con la teoría que intento esbozar afecta, por tanto, a dos aspectos esenciales: por un lado, una retribución conforme al principio de la razón práctica -en el sentido de FINNIS, por tanto, moralidad- que se prolonga a la ley natural tiene un contenido material en tanto constituye una institución de la comunidad política; por otro, la necesidad moral de la pena como retribución en ese sentido no se extiende a la pena concreta.

1. El primer aspecto constituye lo absoluto de la teoría de la pena: sólo el castigo (retribución) es una reacción necesaria del delito de acuerdo con la razón práctica,¹⁷¹ y esta necesidad moral se manifiesta no sólo como justicia conmutativa, sino también -y fundamentalmente- como justicia distributiva.¹⁷² En efecto, “por la compensación de la

¹⁶⁷ En la perspectiva del Derecho natural, en este sentido, GEORGE, «Natural Law», *Harv. J. Law Public Policy*, (31), 2008, p. 172.

¹⁶⁸ FINNIS, «The Nature of Law», en TASIOLAS, (ed.), *Cambridge Companion to Philosophy of Law* [en prensa en Cambridge University Press, con citas del manuscrito facilitado personalmente por el autor] describe la perspectiva de KANT de este modo: “(..) *the alternative to it proposed by Kant to rescue morality from utilitarianism’s reduction of third-domain rationality to fourth-domain, technological reasoning. For Kant’s rescue effort made the analogous mistake of seeking moral rationality’s paradigm in the second domain (retaining from the third domain little save the idea of bringing order into one’s free choices – ‘autonomy’), and modelling all ethical argument on logic’s mission to eliminate contradiction*” (p. 13). El orden de los ámbitos referidos y que FINNIS toma de SANTO TOMÁS DE AQUINO (esta diferenciación ya la apuntaba, sin desarrollo, en la primera edición de *Natural Law and Natural Rights*, 1980, pp. 136 y ss), es el siguiente: natural, lógico, instrumental y moral; la conclusión es, por tanto, que el discurso de la ética de KANT, a excepción de la idea de libertad, se desenvuelve en el orden lógico y no propiamente moral.

¹⁶⁹ JAKOBS, *Staatliche Strafe*, 2004, p. 11.

¹⁷⁰ JAKOBS, *Staatliche Strafe*, 2004, p. 13.

¹⁷¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th.*, I-II, q. 87, a. 1: “Mas es evidente que todas las cosas que están bajo un orden, en cierto modo, son una sola cosa respecto al principio de su orden. De ahí que, si se levanta alguien contra ese orden, es lógico que sea humillado por el orden mismo o por el que lo preside. Ahora bien, siendo el pecado un acto desordenado, es evidente que quienquiera que peca obra contra algún orden. Y por eso es lógico que sea humillado por ese mismo orden. Esta humillación es el castigo”.

¹⁷² FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 186. La vinculación de la justicia distributiva y, por tanto, del *suum quique tribue* (KÖHLER, «Iustitia distributiva. Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit», *ARSP*, (79), 1993, pp. 457 ss.) con la pena ha sido objeto de reflexión por Arthur KAUFMANN, «Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay», *Hilde Kaufmann-GS*, 1986, pp. 428 ss.): la pena es un acto de justicia distributiva, como forma originaria de la justicia y con la finalidad de *suum quique tribuere* (p. 428), y al dar “lo suyo” es *pœna medicinalis* (p. 430) y, por tanto, prevención especial (p. 428), que es el fin principal de la pena (p. 431). No sólo se evita la idea de justicia conmutativa, sino que -a mi juicio- se restringe la idea de justicia distributiva: cuando Arthur KAUFMANN reconoce la modificación de su criterio original (*GS-Hilde Kaufmann-GS*, 1986, p. 430) en el que la retribución era el sentido

pena se reintegra la igualdad de la justicia”,¹⁷³ que no es igualdad entre delito y pena en el sentido kantiano (*ius talionis*),¹⁷⁴ sino restauración de la justa distribución de ventajas y desventajas que ha alterado el delito.¹⁷⁵ No se trata simplemente de negar el delito, sino del restablecimiento de un estatus de justicia distributiva,¹⁷⁶ y por esa razón, esta restauración tiene lugar en la perspectiva de lo público.¹⁷⁷ En ese sentido, la retribución que se postula no sólo mira hacia atrás al juzgar el comportamiento que constituye el delito (backward-looking), sino que se dirige hacia el futuro (forward-looking) asegurando que, en una consideración global del periodo de tiempo

primario de la pena (*Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 201 ss.) pero admite que siempre puso en primer lugar la persona del autor (*Hilde Kaufmann-GS*, 1986, p. 430). La atribución de culpabilidad de la persona en el Derecho ha de ser siempre un acto de justicia distributiva.

¹⁷³ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th.*, I-II, q. 87, a. 6: “*ut per recompensationem pænæ reintegretur æqualitas iustitiæ*”. Las palabras de Armin KAUFMANN, en EL MISMO, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, 1982, p. 273, son muy claras en ese sentido: “la pena encuentra su legitimación como justa compensación por el injusto culpable”.

¹⁷⁴ En su proporcionalidad, tal como señalé antes, citando a WOOD, *Kantian Ethics*, 2007, p. 212.

¹⁷⁵ FINNIS, «The Restoration of Retribution», en EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, p. 164. La ventaja obtenida por el autor del delito debe ser entendida necesariamente como un “botín o una satisfacción psicológica, sino el hecho de haber perseguido los propios fines, pese a que el Derecho requería la abstención de esa conducta” (por FINNIS, EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, p. 177).

¹⁷⁶ PAWLIK introduce la idea de que la comunidad jurídica pena al autor del delito por la infracción de su deber para hacerle participar de la conservación del estado de primacía del Derecho, de modo que la comunidad confirma su voluntad de ayudar a la consecución también en el futuro de una real eficacia del principio de igualdad de todos los sujetos de Derecho (*Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien einer allgemeiner Verbrechenslehre*, 2012, p. 89). Esta idea, que surge a partir de la visión de la justicia de STAHL, *Die Philosophie des Rechts-Bd. 2*, 1878, p. 166: sobre la justicia como “más alta excelencia del poder moral”), ligada a la de HEGEL, pretende romper el “atavismo” clásico de la secuencia del mal por mal. A mi juicio, el planteamiento de PAWLIK puede interpretarse, en términos de la justicia en sentido aristotélico, como una aproximación a la idea de justicia distributiva.

¹⁷⁷ Esto es algo inequívoco en HEGEL, tal como destaca KÖSTLIN y reconoce GIERHAKE (véase n. 123): se observa en la distinción de Hegel entre la confrontación del delito como algo negativo (“lesión de la voluntad especial del lesionado”) y a su “existencia positiva como lesión”, que “es sólo como la voluntad especial del delincuente” (*Grundlinien der Philosophie des Rechts-Werke in zwanzig Bänden* (7), 1821-1970, § 99). No se trata de si la pena es un mal o un bien -y aquí la crítica tajante de HEGEL a las teorías relativas, que superficialmente parten de la pena como un mal, que surge como bien para lograr ese fin de corrección del delincuente o de prevención general-, sino de ilícito (*Unrecht*) y justicia (*Gerechtigkeit*). La integración que, en este punto, propugna GIERHAKE, en HESS/KOPRIVICA HARVEY (eds.), *Open Justice: The Role of Courts in a Democratic Society*, 2019, p.112 en nota al pie con la administración de justicia por un tribunal (*Grundlinien der Philosophie des Rechts-Werke in zwanzig Bänden* (7), 1821-1970, § 219), pero que hay que añadir la claridad cuando aborda aquí la distinción de la venganza: lo meramente subjetivo de la retribución de la venganza, frente a la pena impuesta por el tribunal: objetivamente, como reconciliación de la ley vigente, restaurada por la revocación del delito; en la perspectiva subjetiva que afecta al delincuente, como satisfacción de la justicia (*Grundlinien der Philosophie des Rechts-Werke in zwanzig Bänden* (7), 1821-1970, § 219). Ciertamente, HEGEL indica que esto tiene lugar de forma mediata, porque hay una voluntad particular (la del juez), que se ejerce como fuerza en el Derecho (*Enzyklopädie der philosophische Wissenschaften im Grundrisse* (ed. Niclin/Pöggeler), 6ª ed., § 501), aunque aclara -en el sentido subrayado antes- que el tribunal, en tanto conoce y actúa en interés del Derecho como tal, transforma la existencia de lo que podría coincidir con una venganza, en pena (*Enzyklopädie der philosophische Wissenschaften im Grundrisse* (ed. Niclin/Pöggeler), 6ª ed., § 531). Cuestión diferente es la consideración de la venganza como un equivalente funcional de la pena, tal como lo defiende SILVA SÁNCHEZ, y que, por tanto, pueda mantenerse una reducción de la pena impuesta a partir de una separación entre la dimensión simbólica y la dimensión afflictiva de la pena (*Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 138).

transcurrido desde antes del delito hasta después del castigo, nadie ha resultado finalmente desfavorecido por la decisión de “permanecer dentro de los confines del derecho”.¹⁷⁸ Esta perspectiva explica la necesidad moral de la ley penal y aporta su legitimación política: en la medida que sólo la pena puede garantizar esta restauración del orden jurídico, la promulgación de leyes penales en estos términos constituye una obligación de los gobernantes.¹⁷⁹

2. El segundo aspecto puede formularse de este modo: la retribución necesaria de acuerdo con la razón práctica no comprende todos los extremos que implica la pena concreta con la que se ha de castigar el hecho.¹⁸⁰ FINNIS afirma que, “mientras claramente quien comete un delito ha de ser ordinariamente castigado, las cuestiones de tiempo, lugar, circunstancias y grado son materias de puro Derecho positivo y no pueden ser determinadas por el razonamiento moral abstracto”.¹⁸¹ Esta afirmación debe ser, a mi juicio, matizada: a diferencia de la necesidad del castigo, la pena prevista por la ley para cada caso no es una conclusión determinada por la ley natural y, por tanto, la necesidad moral de la retribución no la comprende.¹⁸² Sin embargo, algunas

¹⁷⁸ Por FINNIS, en EL MISMO, EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, p. 177.

¹⁷⁹ FINNIS, en TASIOLAS, (ed.), *Cambridge Companion to Philosophy of Law*, p. 14. No obstante, en este punto, en que aborda la naturaleza del Derecho en su vinculación con la naturaleza de las personas, FINNIS añade al castigo, la disuasión y la supresión de futuras infracciones (“and for their punishment, and the deterrence and suppression of future offences”). Una interpretación coherente de su pensamiento indicaría que estas referencias son añadidas a la retribución, precisamente porque no se engloban en el concepto de pena. En otras palabras: la obligación de los gobernantes no sólo comprende la pena que retribuye, sino otros medios distintos de la pena que constituyen prevención. Sin embargo, he de reconocer que el texto genera ciertas dudas sobre su correcta interpretación.

¹⁸⁰ La propuesta de VILLEY de una filosofía del Derecho penal sobre la base del Derecho natural clásico («Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique», *Archiv du philosophie du droit*, (28), 1983, pp. 181 ss., 185 ss.), aunque se refiere a las consecuencias de la adopción de un modelo de justicia divina (*Archiv*-28, p. 198): pero esto no supone pensar -aclara- que el ejercicio del poder penal sea de forma directa una imposición anticipada de la retribución de los pecados, como imaginaron algunos soberanos bajo la influencia de la escolástica decadente, pues carecerían de los medios para hacerlo (p. 202). VILLEY se apoya en tres principios: justicia retributiva, como primer grado de la Justicia según el cual el equilibrio que rompe el delito queda restaurado por una pena equivalente (p. 199); apertura al perdón entendido como epiqueya (ἐπιείκεια-epieíkeia), que determina la disminución de las penas o su remisión, y en el que da entrada también al perdón de la víctima en tanto que pueda renunciar a su poder de *vindicatio*, en aquellos casos en que sólo resultan lesionados sus intereses y no el orden público (p. 200); y temporalidad, de la que derivan en un segundo nivel la utilidad (sólo han de castigarse los hechos que de forma inmediata sean destructivos de la vida en común) y, por ello, la proporcionalidad en la medida de la pena (en la que influyen la salvaguarda del orden social, sin olvidar que la pena es medicinal y su factor educacional) (pp. 201-202).

¹⁸¹ FINNIS, EL MISMO, EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, pp. 164-165.

¹⁸² A mi juicio, esto debe derivarse de SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th.*, I-II, q. 95, a. 2: “la ley natural establece que el que peca sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es ya una determinación añadida a la ley natural”; en ese sentido, también CATHREIN, *Moralphilosophie. Eine wissenschaftliche Darlegung der sittlichen, einschließlic der rechtlichen Ordnung-Bd. 1 (Allgemeine Moralphilosophie)*, 1904, p. 410. SANTO TOMÁS DE AQUINO señala precisamente este ejemplo para distinguir entre las conclusiones derivadas de los primeros principios de la ley natural y aquellas “que se derivan por vía de determinación”. Unas y otras son de Derecho positivo (“por ambos caminos se originan las leyes humanas positivas”), pero las primeras mantienen la fuerza de la ley natural, mientras que las segundas “no tienen más fuerza que la de la ley humana”. De inmediato añade que “ha de acomodarse a cada uno, según sus posibilidades, incluidas las naturales” y que ha de adecuarse también a las costumbres sociales, pues el hombre no puede vivir aislado en medio de la sociedad sin contar para nada con los demás”, pues “la disciplina humana ha de someterse, en primer lugar, al orden de la razón”. Creo que esto muestra que

condiciones esenciales de la pena que el Derecho positivo sí son propias de la ley natural, si se considera que pena es justicia distributiva¹⁸³ y, como ley, está dirigida al bien común.¹⁸⁴ Fundamentalmente, el razonamiento abstracto alcanza a la afirmación de que las leyes han de prever penas que puedan entenderse como proporcionadas para el hecho que castigan en relación con otros hechos (por ejemplo: para el homicidio ha de preverse una pena sensiblemente más grave que para un hurto) y en relación con otros individuos (la ley penal debe establecer mecanismos para la individualización de la pena; esto es: que la pena pueda ser diferente para diferentes sujetos); y en ningún caso la concreción de la pena que permite la ley puede dar lugar a penas que puedan apreciarse como claramente desproporcionadas.¹⁸⁵ Fuera de esta afirmación, no hay nada que objetar al planteamiento de FINNIS: la determinación (*determinatio*) de las leyes que establecen las penas es una cuestión de Derecho positivo, y consiste en escoger qué penas son las adecuadas a partir de una gama de opciones posibles.

Este segundo aspecto presupone otra diferencia sustancial de esta teoría con la perspectiva de la retribución en KANT: el *ius talionis*, en sentido estricto, no forma parte de la retribución, porque incluso como definición de la proporcionalidad aparece allí ligado indisolublemente a la necesidad moral de la pena en una forma precisa, de tal modo que la pena allí fijada es la pena proporcionada -ha de recordarse que KANT habla de “igualdad”- para el delito concreto. Fente a esta idea del *ius talionis*, Arthur KAUFMANN había afirmado que la pena no siempre tiene que agotar la culpabilidad.¹⁸⁶ En una perspectiva distinta en la fundamentación, pero con una conclusión similar sobre una visión retributiva, PAWLIK habla de una “virtud de autorecorte” de la teoría: “no todo injusto del ciudadano debe ser castigado con una pena”,¹⁸⁷ y lo ilustra con una cita textual de BINDING: “no es consecuencia necesaria del delito el deber de penar, sino sólo el Derecho penal”.¹⁸⁸ La afirmación de BINDING se encuentra, precisamente, en su crítica a las “teorías de la necesidad”, entre las que explícitamente la “necesidad dialéctica” de HEGEL,¹⁸⁹ pero también la necesidad retributiva en KANT.

No existe tampoco, en la perspectiva de la retribución que defiende, esta vinculación incondicional: no deriva de la ley natural que un delito debe ser castigado con una pena determinada,¹⁹⁰ sino tan sólo la previsión de penas que, en la relación con la culpabilidad del

el razonamiento abstracto y, por tanto, de la ley natural, alcanza a las exigencias que propongo en el texto.

¹⁸³ Como se ha indicado, con cita de FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 186.

¹⁸⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th.*, I-II, q. 90, a. 2 (“et ideo omnis lex ad bonum commune ordinatur”); q. 95, a. 3. Extensamente, sobre la *determinatio* en SANTO TOMÁS DE AQUINO la relación entre de Derecho natural y Derecho positivo, CONTRERAS AGUIRRE, «Ley natural, *determinatio* y derecho positivo. Lo indiferente y las determinaciones del legislador», *Veritas*, (25), 2011, pp. 46 ss. En particular, es muy relevante que “lo justo natural, sea derecho natural primario, sea derecho de gentes, es insuficiente para la regulación de la vida moral y política” (p. 47).

¹⁸⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S.Th.*, I-II, q. 95, a. 3: que la pena sea justa significa que ha de ser posible según la naturaleza y las costumbres del país, proporcionada a los lugares y a los tiempos” (“*possibilis secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens*”).

¹⁸⁶ Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2ª ed., 1976, p. 205.

¹⁸⁷ PAWLIK, *Das Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 109.

¹⁸⁸ BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts-Allgemeiner Teil*, 6ª ed., 1902, p. 186.

¹⁸⁹ Sobre HEGEL en ese sentido, BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts-Allgemeiner Teil*, 6ª ed., 1902, pp. 186, 176 ss.; sobre las teorías absolutas en general como “teorías de la necesidad”, en p. 165.

¹⁹⁰ Por esa razón, “no es una exigencia natural -esto es: racional- que el asesinato, incluso el más atroz, sea castigado con la pena capital” (por FINNIS, EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t.

autor manifestada en el hecho castigado, puedan considerarse desproporcionadas en la perspectiva de la justicia conmutativa (por ejemplo: penas muy graves para una leve culpabilidad)¹⁹¹ o distributiva (por ejemplo: la imposición de una pena grave en un contexto cuyos presupuestos se han valorado siempre como la base para la determinación de una pena claramente poco grave, en el mismo caso, pero también en casos distintos). No sólo cabe pensar en la justicia conmutativa con una significación positiva (qué medida de pena en relación con qué medida de culpabilidad), que en todo caso es incompleta, porque la medida de culpabilidad sólo puede definirse en un acto de justicia distributiva. Es necesario considerar el rendimiento de la justicia conmutativa en su significación negativa: cuándo la culpabilidad manifestada en un hecho no puede ser castigada con una pena.¹⁹²

Pero tampoco deriva de la ley natural que la efectividad de la pena prevista en la ley -que es la retribución establecida en la ley- sea inamovible, o, con palabras de KÖHLER, la negación incondicionada de libertad en la vida práctica, como la imposibilidad de acceso a la libertad durante la ejecución de la pena¹⁹³ o la posibilidad de suspensiones de la ejecución de la pena totales o parciales o de normas que autoricen un cumplimiento parcial.¹⁹⁴

3.4. Retribución y determinación de la pena; la consideración del arrepentimiento

La concepción de retribución que defiende no implica que la ley deba imponer una pena en todo comportamiento contrario a Derecho, porque con la pena no se retribuye el comportamiento ilícito sino a su autor culpable: retribución, culpabilidad y pena están relacionadas entre sí.¹⁹⁵ Por esa razón, cuando la ley prevé contextos de la conducta de un sujeto que en los que excluye la pena pese a la comprobación de que ese comportamiento es

III, 2011, p. 179). La cuestión de si existe entonces la necesidad moral de castigar ciertos hechos como delitos, incide en la diferenciación entre *mala in se* y *mala prohibita*. KELSEN indica con claridad que “esta distinción es elemento típico de una teoría del derecho natural” y que “no puede mantenerse en una teoría del derecho positivista” (*General Theory of Law and State*, 1945, p. 52), y tiene razón; sin embargo, también la idea de *determinatio* en SANTO TOMÁS DE AQUINO resulta crucial, porque la decisión de Derecho positivo de sancionar un comportamiento que no es un *malum in se*, sino un *malum prohibitum*, no afecta a la vinculación moral de la norma ni, por tanto, a la necesidad moral de la retribución. Armin KAUFMANN destacaba que todo orden jurídico reconoce prohibiciones que no son penadas, e incluso que más allá de las causas de exclusión de la pena y pese a la concurrencia de la ilicitud y de la culpabilidad, no son castigadas, y se refiere a ciertas lesiones del derecho de propiedad o a imprudencias sin resultado lesivo (en EL MISMO, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, 1982, p. 265). En esta argumentación está latente el problema de la determinación del *malum in se* en la ley natural.

¹⁹¹ En diferentes dimensiones: quien ha cometido un hurto leve no puede recibir una pena muy grave, porque a través de ese hecho no ha podido manifestar una culpabilidad grave; y quien, pese a haber cometido un hecho grave, ha puesto de manifiesto una leve culpabilidad (por ejemplo: por un déficit de motivación derivado de un trastorno mental). Todas estas dimensiones constituyen implicaciones del principio de culpabilidad.

¹⁹² La limitación a esta consideración positiva lleva a Arthur KAUFMANN a negar prácticamente su significación en la pena y, por tanto, a modificar su teoría inicial hacia la prevención especial, como he indicado antes (*Hilde Kaufmann-GS*, 1986, pp. 426-427).

¹⁹³ KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, p. 14.

¹⁹⁴ En un traslado a instituciones en el Derecho positivo español, no cabría suspensión condicional, libertad condicional o tercer grado penitenciario. Como indico a continuación, estas instituciones son coherentes en la teoría de la retribución que defiende.

¹⁹⁵ En ese sentido, ZIPPELIUS, *Einführung in das Recht*, 7ª ed., 2017, p. 137. La cuestión es muy clara, por ejemplo, en la doctrina clásica de los teólogos juristas, en la que culpa y delito son identificadas, como sucede en DE CASTRO: “*lex pœnalis est lex quæ statuit pœnam alicui propter culpam commissam*” (*De potestate legis pœnalis*, 1547-1773, I.3).

contrario a Derecho, descarta la retribución.¹⁹⁶ De forma análoga, se explica, no sólo la definición de una pena concreta por la ley, sino la función del juez en su individualización; pero también la razón por la que, pese a existir un autor culpable a quien se castiga con una pena como retribución, puede autorizarse que los términos de la pena se suavicen o incluso se suspendan. Sin duda, ésta es una cuestión fundamental en una teoría retributiva cuya base se encuentra en la necesidad moral de la pena.

Me referiré, en primer término, a la previsión legal de un marco más o menos concreto de pena y a su individualización por parte del juez. En realidad, una y otra decisión -de la ley o del juez- se adoptan entre una gama más o menos amplia de posibilidades, en la medida que no existe una sola opción adecuada a la razón práctica y, por tanto y en los términos indicados hasta ahora, moralmente necesaria. La decisión de la ley o del juez están vinculadas, no obstante, a un mismo principio: la sanción penal conforme a la culpabilidad del autor.¹⁹⁷ En cualquier forma, no se trata aquí de exponer las bases de la individualización de la pena, como problema metodológico en la tarea del juez,¹⁹⁸ sino de definir el espacio que, a la teoría de la pena, le corresponde cuando se establece una pena para un delito, que afecta también a la decisión del marco penal en la ley.

La discusión doctrinal sobre si esta decisión se puede establecer en torno a la prevención general o a la prevención especial es conocida.¹⁹⁹ Sin embargo, la pena no puede ser ajena a la medida de la culpabilidad del autor y, aunque exista una ineludible conexión entre la imposición de la pena merecida y la prevención general, ésta es sólo un efecto reflejo de la pena retributiva, que, desde luego, presupone comunicación de que se ha infringido el Derecho -aunque la comunicación no puede explicar por sí misma la pena. Precisamente por esa razón, los criterios de prevención general no pueden ser fiables en la individualización de la pena: el juez puede controlar la pena que impone, pero no el alcance social -y, por tanto, el efecto preventivo- de la sentencia dictada para el infractor.²⁰⁰ En realidad, el efecto de prevención general (negativa) es un doble reflejo: sólo puede producirse un efecto de rechazo del delito en cuanto la pena presuponga una ratificación de la vigencia de la norma infringida (por tanto:

¹⁹⁶ Un caso en que, en diferentes perspectivas, puede asumirse esta afirmación, es el error de prohibición invencible. Cfr. sobre el fundamento de la exclusión del injusto penal en este caso, PÉREZ DEL VALLE, *InDret Penal*, (3), 2017, pp. 22 ss.

¹⁹⁷ PAWLIK, *Das Unrecht des Burgers*, 2012, p. 117, alude a la imposición (*Verhangung*) partiendo de un marco retributivo, aunque su finalidad es explicar que ésta tiene lugar sobre la dimensión del injusto.

¹⁹⁸ En todo caso, DE CASTRO contempla de forma explícita esta adecuación de la pena en el juez, como destaca BULLÓN Y FERNÁNDEZ, *Alfonso de Castro y la Ciencia penal*, 1900: “Alfonso de Castro observa sabiamente que convendría dejar al juez alguna libertad para aumentar ó disminuir la pena conforme á las circunstancias particulares del delito y del delincuente, aunque siempre con arreglo al espíritu de la ley”. La cita (*De potestate legis panalis*, 1550-1959, lib. I, cap. VI y libro II, cap. XIII), p. 104) muestra hasta qué punto la perspectiva de DE CASTRO es coincidente con la idea de la *determinatio* en SANTO TOMÁS DE AQUINO.

¹⁹⁹ En ese sentido, en la doctrina española, LUZÓN PEÑA en 1979: “la proporcionalidad no es más que un primer límite de la pena derivado de la exigencia de idoneidad y eficacia de la intimidación general”, aunque es preciso “demostrar continuamente la necesidad de la pena”, lo que propiamente obliga a “atender en la fase de medición sólo a la prevención especial” (*Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 39-40)

²⁰⁰ El criterio contrario de TASIOLAS, *Philosophy*, (81), 2006, p. 303, en este punto no me parece adecuado, aunque comparto algunos de sus presupuestos (no existe una sola pena justa para el caso; es necesario contemplar la comparación de casos iguales, porque expresan tanto la idea de la individualización como *determinatio* de la pena; y porque atienden a la justicia distributiva).

prevención general positiva); y esto únicamente sucede si la pena prevista en la ley es individualizada por el juez constituye una retribución justa (merecida).²⁰¹

El merecimiento de pena, como se ha indicado, no puede determinarse de acuerdo con una medida de carácter absoluto, y precisamente porque la necesidad moral de la pena no puede desligarse del bien común; por esa razón tampoco puede determinarse en la perspectiva de la víctima, porque esto implica -en palabras de SILVA SÁNCHEZ- que el Estado “se convierte en parte”.²⁰² Pero en todo caso, el merecimiento conduce de nuevo a la culpabilidad personal, y la relación entre pena merecida y necesidad de prevención especial es, a mi juicio, tan próxima, que, cuando un criterio que quiere explicarse como prevención especial, influye en la decisión a modo de *determinatio*, de modo que puede afirmarse que forma parte del juicio sobre la medida de la culpabilidad y, por ello, de la pena. El efecto que se pretende obtener cuando se habla de prevención especial es, en ese sentido, restauración en el sujeto de la fidelidad al Derecho,²⁰³ que entiendo integrado en la idea de retribución de la culpabilidad.

La clave de esta integración la restauración se encuentra en el arrepentimiento -en términos que habían sido apuntados por CICERÓN-²⁰⁴, entendido en dos sentidos complementarios:²⁰⁵ como capacidad de cambio del sujeto culpable,²⁰⁶ lo que afectaría al propio concepto de imputabilidad; y como reconocimiento de las normas con posterioridad a la infracción. Quien, con su comportamiento, “hace inteligible la condena moral comunicada por la pena, incluso si

²⁰¹ La idea del merecimiento de pena es, a mi juicio, correctamente expuesta por TASIOLAS, *Philosophy*, (81), 2006, p. 300, que discrepa de la perspectiva de NOZICK: el merecimiento se proyecta en otros conceptos “morales” y define ciertas reglas. Mi matización a TASIOLAS: esta proyección tiene distintos momentos, y aunque los conceptos “infracción” y “responsabilidad” pueden ser relevantes, por ejemplo, en la previsión de la pena por la ley, la decisión del juez cuando individualiza la pena sólo cobra sentido a través de la culpabilidad.

²⁰² En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, de forma contundente: “la reconstrucción del castigo estatal en clave criminológica (...) desestataliza al Estado punitivo convirtiéndolo en parte” (*Malum passionis*, 2018, p. 235). La denominada retribución satisfactiva, a la que se refiere SILVA SÁNCHEZ (pp. 233 ss.), no es retribución precisamente por ese motivo.

²⁰³ En realidad, una integración entre restauración de la vigencia de las normas y prevención especial aparece ya en AHRENS al referirse a la “restauración de la buena voluntad jurídica subjetiva” (indicado en apartado 2.2, nota 31) lo hace “mediante el regreso al fundamento de todo querer y actuar subyacente en la actitud jurídico-moral” (*Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, p. 450). Más adelante, AHRENS al referirse a la corrección (fin de la prevención especial) como restauración de la “relación correcta de la voluntad con el orden jurídico”, afirma que “la corrección constituye la mejor prevención especial”, pero también “a través de la prevención general, para aquéllos que sientan una inclinación a acciones punibles, una advertencia y (...) una cierta intimidación” (*Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, 1871, pp. 456-457). Un posicionamiento reciente en ese sentido, sobre la reparación voluntaria, PAWLIK, *Das Unrecht des Burgers*, 2012, p. 118, quien habla de “regreso del ciudadano fiel al derecho a la unidad”.

²⁰⁴ CICERÓN, precisamente como introducción a su idea de la ley natural (“*nulla sit omnino iustitia, si neque natura est*”, *De Legibus*, I, 42), indica que es la naturaleza la que hace cambiar a los hombres, y no el castigo, sino el remordimiento de conciencia y el tormento de sentirse un delincuente (“*pœnas luunt, non tant iudiciis (...), sed angore constientiae fraudisque cruciatu*”, *De Legibus*, I, 40).

²⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ habla de perdón, que debería ser otorgado por la víctima, y atribuye a ésta una función determinante en la “restauración de la comunicación” (*Malum passionis*, 2018, pp. 239-241). En mi opinión, la clave es el arrepentimiento del autor y no es relevante la posición de la víctima.

²⁰⁶ MARGALIT, *The Decent Society*, 1998, sobre este punto en pp. 70 ss., especialmente en p. 74; también TASIOLAS, *Philosophy*, (81), 2006, p. 295. MARGALIT mantiene la relación de esta capacidad de arrepentimiento con el sentido de la libertad en SARTRE en p. 144. En cualquier caso, me parece que el concepto de imputabilidad del Derecho penal requiere incluir este dato: sin capacidad de cambio y, por tanto, de arrepentimiento, no hay sujeto imputable.

la existencia de la infracción es, en algunos casos, una creación de la ley que criminaliza la conducta (*mala prohibita*)²⁰⁷, reconoce la vigencia de la norma y puede mostrarse como no -o menos- necesitado de prevención especial. Pero la razón de la exclusión o de atenuación de la pena no es la necesidad de prevención especial, sino el merecimiento de un reproche desde el Derecho. Un primer argumento que respalda esta afirmación se deriva de la diferenciación entre los casos en que la pena se excluye y los casos en que la pena se atenúa, como sucede en la comparación entre el desistimiento y la atenuación de la pena porque concurre el arrepentimiento: el arrepentimiento sólo supone la exclusión de la pena cuando conduce a una modificación tan relevante de la ejecución iniciada, que sólo puede interpretarse como reconocimiento de la norma infringida que niega el injusto penal.²⁰⁸ En otro caso, y por más que el arrepentimiento sea relevante e indiscutible, la ley prevé un juicio de retribución a la culpabilidad del autor expresada en el hecho y no un juicio de prevención especial.

En este punto ha de abordarse la segunda cuestión apuntada: en qué medida cabe la renuncia a la ejecución de una pena que retribuye la culpabilidad concreta del autor en el hecho. No creo, sin embargo, que sea aceptable una argumentación que se apoye, sencillamente, en la falta de necesidad de prevención especial del autor, y desde luego no es coherente con la posición que he adoptado.²⁰⁹ No obstante, sí puede afirmarse que, en un marco retributivo, resulta disfuncional que una medida represiva no sea agotada en sus posibilidades de consecución del bien común,²¹⁰ que se ven cohibidas ante los riesgos de desocialización.²¹¹ Las instituciones que, en un ordenamiento penal concreto, ofrecen la oportunidad de una modulación que permita modificar sustancialmente de los términos de la pena o de una suspensión que pueda incluso conducir a su supresión,²¹² se fundan en esta perspectiva de bien común ligada a los bienes básicos de los individuos que conforman la comunidad política. Y de nuevo aquí el

²⁰⁷ TASIIOULAS, *Philosophy*, (81), 2006, p. 307.

²⁰⁸ Es más: la previsión de la ley en el sentido de que, en casos de desistimiento eficaz, no se excluye la pena de hechos ejecutados que ya “fueren ya constitutivos de otro delito” (art. 16.2 CP) consumado, deja claro que la exclusión de la pena sólo tiene lugar cuando existe una modificación del hecho (PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 3ª ed., 2019, p. 200) en relación con el cual el autor pone de manifiesto que reconoce al Derecho como fuente de orientación de su conducta; pero no cuando el delito se ha consumado, o en acciones previas al desistimiento que ya implicaban delitos consumados.

²⁰⁹ Más allá de la contradicción interna a la que conduciría esta afirmación en la posición que sostengo (¿cómo renunciar por la falta de necesidad de prevención especial a la pena merecida por el autor?), existe también una limitación en el marco de una teoría de la prevención especial: se trata de una afirmación cara al futuro (*forwards looking*, en el sentido indicado con anterioridad) que difícilmente puede efectuarse de forma categórica, porque depende también de un contexto que es imposible predecir con exactitud, como lo es la influencia de los cambios de contexto en la futura conducta del autor.

²¹⁰ FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 264: “*sanctions are part of the enterprise of legally ordering society, an enterprise rationally required only by that complex good of individuals which we name the common good*”. Las extensamente, sobre su idea del bien común, en pp. 154 ss.

²¹¹ Sobre el derecho del ciudadano a que se contrarreste el efecto desocializador de la pena privativa de libertad y se auxilie a cumplir con el deber primario de lealtad activa en el futuro, PAWLIK, *Das Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 120, en la ejecución de la pena; sobre la desocialización en la individualización de la pena, DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 329, como idea de prevención especial positiva.

²¹² PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 3ª ed., 2019, p. 355 ss. La explicación en la suspensión de condena es prácticamente el mismo argumento: si puede pronosticarse que el cumplimiento de una pena corta privativa de libertad puede producir un efecto de desocialización y, por tanto, de riesgo de nuevos delitos, las exigencias del bien común imponen que no se ejecute; y este pronóstico se presume cuando concurren como indicios las condiciones del art. 80 CP relativas a la inexistencia de condenas precedentes o al abono de la responsabilidad civil (PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones*, loc.cit.). Pero por esa misma razón, se exige la respuesta a las cuestiones que se plantean en el texto.

arrepentimiento respalda esta conclusión: en la perspectiva de la responsabilidad personal que expresa la culpabilidad, porque un sujeto culpable lo es también en su capacidad de cambio; en la perspectiva institucional, porque sólo con el reconocimiento de la norma violada cabe mostrar la confluencia entre bien común y bienes básicos individuales. Estas instituciones implican, en realidad, una “individualización tardía” en el marco de la retribución, como la suspensión de condena,²¹³ en la que se pondera la culpabilidad del autor en el hecho juzgado y, en ese marco, los riesgos de desocialización que puede conllevar su ejecución en la forma inicialmente prevista en la ley; por eso, reglas que suponen un arrepentimiento como reconocimiento de la norma violada (la manifestación expresa de reconocimiento de la infracción o la reparación del daño) son exigencias coherentes que permiten constatar la primacía del bien común (lealtad al Derecho), sin dejar de lado algunos intereses individuales legítimos.

4. Conclusión: la retribución restaurada

John FINNIS titulaba uno de sus trabajos sobre la teoría de la pena, que ha sido citado en varias ocasiones: “La restauración de la retribución”.²¹⁴ Más allá de mis coincidencias evidentes con FINNIS, he intentado fundamentar una teoría de la retribución como fundamento de la pena diferente de la defendida en la filosofía idealista y coherente con una visión clásica del Derecho natural. Esto no significa que pueda dejarse de lado sin más esta tradición, que tiene un peso específico en el desarrollo de la dogmática y, sobre todo, en las teorías modernas de la retribución, aunque en este último aspecto tal vez más en HEGEL que en KANT. No se ha pretendido, por tanto, una crítica de esas teorías, sino más bien indicar cuál es el punto de partida irrenunciable de una teoría de la retribución, que, a mi juicio, sí había sido ya subrayado desde KANT: la necesidad moral de la pena.

Evidentemente, la explicación de esta necesidad moral y de sus consecuencias en el marco de la ley natural y de su explicación en el iusnaturalismo clásico, es discrepante de la de KANT, porque la comprensión del Derecho, como se anticipó en la introducción, también lo es:

1º La vinculación de moralidad con la razón práctica en el Derecho encuentra ahora su manifestación en la necesidad moral de la pena, pero constituye el punto de partida de la comprensión del Derecho como orientación a la virtud en un marco de libertad, que es propia de su comprensión desde la ley natural. La pena es retribución necesaria de acuerdo con la razón práctica y se manifiesta no sólo como justicia conmutativa, sino también como justicia distributiva: se trata de la restauración de la justa distribución de ventajas y desventajas que ha alterado el delito.

2º Sin embargo, como se ha indicado, la retribución necesaria de acuerdo con la razón práctica -esto es: la retribución que exige la ley natural- no comprende todos los extremos que implica la pena concreta con la que se ha de castigar al autor del delito; sólo alcanza a la exigencia de proporción: previsión de penas de gravedad diferente para infracciones de distinta gravedad; y previsión de instrumentos justos de individualización de la pena de acuerdo con la

²¹³ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 3ª ed., 2019, p. 363.

²¹⁴ FINNIS, «The Restoration of Retribution», 1972, *Analysis*, (32), pp. 131 ss., citada en el texto según EL MISMO, *Human Rights & Common Good. Collected Essays*, t. III, 2011, pp. 161 ss.

culpabilidad, entre los que necesariamente ha de considerarse el papel crucial de la capacidad de cambio del sujeto penado y, por tanto, del arrepentimiento.

La teoría propuesta, sin embargo, suscita dos cuestiones que, a mi juicio, quedan pendientes. En primer término, debería definirse cómo esta teoría de la retribución puede influir en el desarrollo del sistema y de la teoría de la imputación. En ese sentido, me atrevo a anticipar una hipótesis: tal vez la teoría de la pena debería ceder o, al menos, compartir su posición central en la explicación del sistema penal a la infracción (al delito) y, por tanto, a la *imputación justa* de un ilícito penal porque esto supone una recuperación del papel esencial del Derecho penal en el marco del Derecho como orden normativo. En segundo lugar, sería necesario contemplar las consecuencias en la perspectiva de la legitimación política de la pena, que -de nuevo anticipo una hipótesis- en ocasiones se ha intentado desligar de su legitimación moral; la cuestión es, sin duda, acuciante en lo relativo a las relaciones entre la política criminal y el Derecho penal.

5. Bibliografía

ABEGG, (1835-1969), *Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, reproducción de Sauer & Auvermann, Fráncfort del Meno.

ACHENWALL (1774), *Iuris naturalis. Pars posterior. Ius familiae. Ius publicum et Ius Gentium*, Bossiegel, Gotinga.

ALEGRE GORRI (2002), «El krausismo y su difusión en España», en KRAUSE/SANZ DEL RÍO, *Ideal de la humanidad para la vida*, Folio, Barcelona, pp. 23 ss.

ANTÓN ONECA (2002), «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena (Discurso pronunciado en la apertura de curso académico de la Universidad de Salamanca)», en EL MISMO, *Obras*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires/Santa Fe, pp. 9 ss.

————— (2002), «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles», en EL MISMO, *Obras*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires/Santa Fe/Córdoba, 2000, pp. 157 ss.

AQUINO (1891), *Summa Theologiae-Prima pars secundae partis (I-II)*, Textum Leoninum Romae 1891 editum et automato translatum a Roberto Busa SJ in tænias magnéticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit (disponible en <http://corpusthomisticum.org>) (traducciones confrontadas con *Suma de Teología* (edición dirigida por los Regentes de Estudios de las provincias dominicanas en España, 2º edic., BAC, Madrid, 1993).

————— (1252-1856), *II Scriptum super Sententiis (super Libros Sententiarum Petri Lombardiensi-liber II a distinctione XLII ad distinctionem XLIII)*, Textum Parmae (P. Fiaccadori) 1856 editum et automato translatum a Roberto Busa SJ in tænias magnéticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit (disponible en <http://corpusthomisticum.org>).

AHRENS (1871), *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, t. II, Carl Gerold's Sohn, Viena.

BACIGALUPO (2008), «Sobre la ideología de las teorías de la pena», *Circunstancia: revista de ciencias sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, (16), pp. 1 ss.

————— (1998), *Principios de Derecho penal: Parte General*, 5ª ed., AKAL, Madrid.

BENTHAM (1830), *The Rationale of Punishment*, Rober Howard, Londres.

BILZ/DARLEY (2004), «What's Wrong with Harmless Theories of Punishment», *Chicago-Kent Law*, (79), pp. 1215 ss.

BINDING (1919), «Rechtsvergleichende Vermutungen zu membrum ruptum, os fractum und injuria der Lex XII Tabularum», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*. (40-53), pp. 106 ss.

————— (1902), *Grundriss des deutschen Strafrechts-Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Engelmann, Lipsia.

BYRD (2016), «Kant's Theory of Contract», en BYRD/HRUSCHKA (eds.), *Kant and Law*, Routledge, Londres/Nueva York, pp. 141 ss.

————— (1989), «Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution», *Law and Philosophy*, (8-2), 1989, pp. 151 ss.

BULLÓN Y FERNÁNDEZ (1900), *Alfonso de Castro y la Ciencia penal*, Imprenta de los hijos de M.G. Hernández, Madrid.

DE CASTRO (1550-1959), *De potestate legis pœnalis libri duo* (reproducción facsimilar de la edición príncipe, Andrés de Portonaris, Salamanca), Ministerio de Educación Nacional, Madrid.

————— (1547-1773), *De justa haereticorum punitione*, Blasii Roman, Madrid.

CATHREIN (1904), *Moralphilosophie. Eine wissenschaftliche Darlegung der sittlichen, einschließlich der rechtlichen Ordnung-Bd. 1 (Allgemeine Moralphilosophie)*, 4ª ed., Herder, Viena/Munich/Estrasburgo/San Luis.

CICERÓN (2013), *Les lleis (De Legibus)* (edición bilingüe y traducción al catalán de Nuria Gómez Llauger), Bernat Metge, Barcelona.

COHEN (1877), *Kants Begründung der Ethik*, Ferd. Dümmler, Berlín.

————— (1910), *Kants Begründung der Ethik nebst ihren Anwendungen auf Recht, Religion und Geschichte*, 2ª ed., Bruno Cassirer, Berlín.

CONTRERAS AGUIRRE (2011), «Ley natural, *determinatio* y derecho positivo. Lo indiferente y las determinaciones del legislador», *Veritas*, (25), pp. 39 ss.

CORLETT (2006), *Responsibility and Punishment*, Springer, Dordrecht.

CORTINA (2008), «Estudio preliminar» a *Immanuel Kant. La Metafísica de las costumbres* (traducción de Cortina Orts y Conill Sancho), Tecnos, Madrid.

CRUZ CRUZ (2010), «Interpretación de la pena y de la ley penal según Alfonso de Castro», en EL MISMO (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, Eunsas, Pamplona, pp. 53 ss.

DYROFF (1924), «Zu Kants Straftheorie», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, (17), pp. 351 ss.

DOHMEN (2014), «Exodus-2 (19-40)», en ZENGER (fund.) BERGER/DÖHMEN/SCHWIENHORST-SCHÖNBERGER (edic.), *Herders theologischer Kommentar zum Alten Testament*, 2ª ed., Herder, Friburgo de Brisgovia/Basilea/Viena.

DÖHRING (1907), *Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur Kantischen Philosophie*, Reuther & Reichard, Berlín.

ENGELHARD (1756), *Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechtes aus den Grundsätzen der Weltweisheit, und besonders des Rechtes der Natur hergeleitet*, Wiedmann, Fráncfort del Meno/Lipsia.

EWALD (1995), «Comparative Jurisprudence (I); What Was it Like to Try a Rat?», *University of Pennsylvania Law Review*, (143), 1995, pp. 1889 ss.

FINNIS (2020), «The Nature of Law», en TASIIOULAS, (ed.), *Cambridge Companion to Philosophy of Law* [en prensa].

————— (2011), «Hart's Philosophy of Punishment», en EL MISMO, *Human Rights & Common Good, Collected Essays: Vol III*, Oxford University Press, Oxford, pp. 153 ss.

————— (2011), «The Restoration of Retribution», EL MISMO, *Human Rights & Common Good, Collected Essays: Vol III*, Oxford University Press, Oxford, pp. 161 ss.

————— (2011), «Retribution: Punishment's Formative Aim», en EL MISMO, *Human Rights & Common Good, Collected Essays: Vol III*, Oxford University Press, Oxford, pp. 161 ss.

————— (2011), *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford.

FOUCAULT (1975), *Surveiller et punir*, Gallimard, París.

GADAMER (1978), *Die Idee des guten zwischen Plato und Aristoteles*, Carl Winter, Heidelberg.

GARCÍA HERNÁNDEZ (2017), «La ley romana del talión y su base correlativa: antigüedad e innovación», *Emerita-Revista de Lingüística y Filología Clásica*, (85-2), pp. 223 ss.

GEORGE (2008), «Natural Law», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, (31), pp. 171 ss.

GIERHAKKE (2019), «How justify the Open Court Principle in Criminal Proceedings», en HESS/KOPRIVICA HARVEY (eds.), *Open Justice: The Role of Courts in a Democratic Society*, Nomos, Baden Baden, pp. 101 ss.

————— (2017), «Strafbegründung in staatlichen Umbruchsituationen», *Zeitschrift für Rechtsphilosophie-Neue Folge*, (1), pp. 92 ss.

GÜNTHER (1891), *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts-Abt. II*, Th. Bläsing, Erlangen.

HAMILTON (1921), «Making the Punishment Fit the Crime», *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, (12-2), pp. 159 ss.

HEGEL (1821-1970), *Grundlinien der Philosophie des Rechts-Werke in zwanzig Bänden (7)*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.

————— (1830), *Enzyklopädie der philosophische Wissenschaften im Grundrisse* (ed. Niclin/Pöggeler), 6ª ed., Felix Meiner, Hamburgo, 1959.

HEPP (1843), *Darstellung und Beurteile der deutschen Strafrechts-Systeme. 1 Abt.*, 2ª ed., J.C.B. Mohr, Heidelberg.

VON HIRSCH (1993), *Censure and Sanctions*, Clarendon Press, Oxford.

HÖFFE (2007), *Immanuel Kant*, 2ª ed., Beck, Múnich.

————— (1987), «Der kategorische Imperativ als Grundbegriff einer normativen Rechts- und Staatsphilosophie», en LÖW (ed.), *OIKEIΩΣIS-Festschrift für Robert Spaemann*, VCH, Weinheim, pp. 87 ss.

HRUSCHKA (2015), *Kant und der Rechtsstaat*, Karl Alber, Friburgo de Brisgovia-Múnich.

————— (2004), «Kant Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechtes», *Juristen Zeitung*, pp. 1085 ss.

HÜNING (2004), «Kants Strafrechtstheorie und das jus talionis», en HÜNING/MICHEL/THOMAS (eds.), *Aufklärung durch Kritik-Festschrift für Manfred Baum zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 333 ss.

JACOBS (2013), «Natural Law, Poetic Justice and the Talionic Formulation», *Political Theology*, (14-5), pp. 661 ss.

JAKOBS (2004), *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Ferdinand Schöningh, Paderborn.

————— (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York.

JELLINECK (1878), *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Alfred Hölder, Viena.

KANT (1798-1907), *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, *Kants Gesammelte Schriften*, (hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften)-VII, G. Reimer, pp. 117 ss.

————— (1798-1942), *Bemerkungen zu den Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen*, *Kants Gesammelte Schriften. Akademieausgabe-XX (Handschriftlicher Nachlass)*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 1 ss.

————— (1798-1907), *Der Streit der Fakultäten*, *Kants Gesammelte Schriften*, (hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften)-VII, G. Reimer, Berlín, pp. 1 ss.

————— (1797-1968), *Metaphysik der Sitten*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-Bd. VI*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 203 ss.

————— (1792-1969), «*Brief an Johann Benjamin Erhard de 21.Dez.1792*», en *Kants Gesammelte Schriften. Akademieausgabe-XI/2 (Briefwechsel-Bd II/1789-1794)*, Walter de Gruyter, pp. 398 ss.

————— (1790-1968), *Kritik der Urteiskraft*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-V*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 165 ss.

————— (1788-1968), *Kritik der praktischen Vernunft*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-V*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 1 ss.

————— (1787-1968), *Kritik der reinen Vernunft, 2. Auflage*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-V*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 1 ss.

————— (1786-1978), *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-IV*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 465 ss.

————— (1785-1978), *Kants Werke-Akademie Textausgabe-V*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 385 ss.

————— (1783-1978): *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-IV*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 253 ss.

————— (1781-1978), *Kritik der reinen Vernunft, 1. Auflage*, *Kants Werke-Akademie Textausgabe-IV*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 1 ss.

KAUFMANN, Armin (1982), «Die Aufgabe des Strafrechts», en EL MISMO, *Strafrechtsgematik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Carl Heymann, Colonia, pp. 263 ss.

KAUFMANN, Arthur (1986), «Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay», en HIRSCH/KAISER/MARQUARDT (eds.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, pp. 425 ss.

————— (1976), *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2^a ed., Carl Winter, Heidelberg.

KELSEN (1945), *General Theory of Law and State*, (traducción al inglés de Anders Wedberg), Harvard University Press, Cambridge.

KERSTING (1984), *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín.

————— (1983), «Der kategorische Imperativ, die vollkommenen und die unvollkommenen Pflichten», *Zeitschrift für philosophische Forschung*, (37), pp. 404 ss.

KLEINHEYER (1977), «Ernst Ferdinand-Jurist», *Neue deutsche Biographie*, (11), pp. 734 s.

KÖSTLIN (1845), *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Laupp, Tubinga.

KÖHLER (1993), «Iustitia distributiva. Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (79), pp. 457 ss.

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

KRAUSE (1811), *Das Urbild der Menschheit: ein Versuch: vorzüglich für Freimaurer*, Arnold, Dresde.

LEOCATA (2010), «Sentido de la ley penal en Francisco Suárez», en CRUZ CRUZ (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, Eunsá, Pamplona, pp. 15 ss.

LISZT (1882-1905), «Der Zweckgedanke im Strafrecht», en EL MISMO, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1 Bd (1875 bis 1891)*, J. Guttentag, Berlín, pp. 126 ss.

LUZÓN PEÑA (1979), *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología UCM, Madrid.

MAÑALICH RAFFO (2007), «La pena como retribución», *Derecho Penal y Criminología*, (28-83), pp. 37 ss. (primera parte); pp. 75 ss. (segunda parte).

MARGALIT (1998), *The Decent Society* (traducción al inglés de Naomi Goldblum), Harvard University Press, Cambridge.

MERKEL, (1899), «Über vergeltende Gerechtigkeit», *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, Trübner, Estrasburgo, pp. 1 ss.

————— (1889), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Ferdinand Enke, Stuttgart.

————— (1892), *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht. Zur Beleuchtung der "Neuen Horizonte" In der Strafrechtswissenschaft*, Trübner, Estrasburgo.

MERLE (2007), *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: Eine Kritik aus der Perspektive des deutschen Idealismus*, de Gruyter, Berlín.

MIR PUIG (2002), *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Montevideo/Buenos Aires.

MOHR (2017), «Unrecht und Strafe», en SIEP (ed.), *G. W. F. Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4ª ed., Walter de Gruyter, Berlín/Boston, 2017, pp. 83 ss.

MURPHY (1987), «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *Columbia Law Review*, (87), 1987, pp. 509 ss.

NÁCAR FUSTER/COLUNGA CUETO (1944), *Sagrada Biblia* (traducción del texto griego), BAC, Madrid.

NOLL (1962), *Die ethische Begründung der Strafe*, Mohr, Tubinga.

OEMING (2014), «Quinque iura talionis. Texte, Kontexte und Rezeptionen zentraler alttestamentlicher Rechtsprinzipien», en ROBKER/UEBERSCHAER/WAGNER (eds.), *Text–Textgeschichte–Textwirkung. Festschrift zum 65. Geburtstag von Siegfried Kreuzer*, Ugarit, Münster, pp. 39 ss.

OSENBRÜGGEN (1858), «Die Talio im altdeutschen Rechte», *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, (18), pp. 173 ss.

OSUMI (1991), *Die Kompositionsgeschichte des Bundesbuches Exodus 20,22b-23,33*, UniVerlag/Vandenhoeck und Ruprecht, Friburgo (Suiza)/Gotinga

PARISI (2001), *The Genesis of Liability in Ancient Law*, George Mason University Law and Economics Research Paper Series, Arlington.

PATZIG (1979), «Der kategorische Imperativ in der Ethik-Diskussion der Gegenwart», en LORENZ (edic.), *Konstruktionen versus Positionen: Beiträge zur Diskussion um die konstruktive Wissenschaftstheorie-Bd II (Allgemeine Wissenschaftstheorie)*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, pp. 230 ss.

PAULEY (1994), «The Jurisprudence of Crime and Punishment from Plato to Hegel», *The American Journal of Jurisprudence*, pp. 97 ss.

PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers. Grunlinien einer allgemeiner Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen.

————— (2008), «Merle-Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde: Eine Kritik aus der Perspektive des deutschen Idealismus (Buchbesprechung)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (120), pp. 131 ss.

PÉREZ DEL VALLE (2019), «Überlegungen zur Strafe und Vergeltung bei Kant», *Jahrbuch für Recht und Ethik. Strafrecht und Rechtsphilosophie. Zugleich Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka* (27), pp. 629 ss.

————— (2019), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Dykinson, Madrid.

————— (2018), «Arrebato, venganza y pena», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (dir.), *Persuadir y razonar.: Estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza*, t. II, Aranzadi, Madrid, pp. 425 ss.

————— (2017), «Impunibilitas y el derecho en sentido subjetivo», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (3), pp. 1 ss.

————— (2015), «¿Filosofía versus política criminal?», *Cuadernos de Política Criminal*, (117), pp. 91 ss.

————— (2008), «La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo. Precisiones sobre la interpretación del Kant» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (10-3), pp. 1 ss.

PLATÓN (1988), *Gorgias* (edición en castellano traducida por Luis Roig de Lluis y con Introducción de Carlos García Gual), 28ª ed., Espasa-Calpe, Madrid.

————— (1980), *Protágoras* (edición bilingüe griego-castellano traducida por Julián Velarde y con Análisis previo de Gustavo Bueno), Pentalfa, Oviedo.

POTTER (1998), «The Principle of Punishment Is a Categorical Imperative», en KNELLER/AXINN (ed), *Autonomy and Community: Readings in Contemporary Philosophy*, State University of New York Press, Albany.

REULECKE (2007), *Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck, Tübinga.

RÖDER (1867), *Die herrschenden Grundlehren vom Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, Julius Neidner, Wiesbaden (Aunque se cita del texto en alemán, se cita la traducción *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876).

RODRÍGUEZ ARAMAYO (1992), *Crítica de la razón ucrónica. Estudios en torno a las aporías morales de Kant*, Tecnos, Madrid.

RODRÍGUEZ MOLINERO (1959), *Origen español de la ciencia del derecho penal. Alfonso de Castro y su sistema penal*, Cisneros, Madrid.

RONCO (1996), *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giapichelli, Turín.

VON ROTTECK (1834), *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften: Bd. 3. (Materielle Politik)*, Hallberger, Stuttgart.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (2008), *Imputación y teoría del delito*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo.

SANTALUCIA (1990), *Derecho penal romano* (traducción de Paricio/Velasco), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

———— (1981), «Osservazioni sulla repressione criminale romana in età regia», *Le délit religieux dans la cité antique. Actes de la table ronde de Rome (6-7 avril 1978)*, École Française de Rome, Roma, pp. 39 ss.

SCHULER (1954), *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 4ª ed., Francke, Berna.

SCHILD (1998), «Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit. Zur Verbrechens- und Strafphilosophie von Immanuel Kant», en ZACZYK/KÖHLER/KAHLO (eds.), *Festschrift für E.A. Wolff*, Springer, Berlin, pp. 439 ss.

SÉNECA (1884), *De la ira* (traducción de Francisco Navarro y Calvo), Luis Navarro y Calvo, Madrid.

(2007), *De ira/Über die Wut* (edición bilingüe y traducción al alemán de Julia Wildberger), Reclam, Stuttgart.

SILVA SÁNCHEZ (2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

SPAEMANN (1994), «Die Aktualität des Naturrechts», en EL MISMO *Philosophische Essays*, Reclam, Stuttgart, pp. 60 ss.

STAHL (1878), *Die Philosophie des Rechts-Bd. 2 (Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung)*, 5ª ed., JCB Mohr, Tübinga-Lipsia.

STEPHANI (1797), *Anmerkung zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, Johann Jakob Palm, Erlangen

TASIOULAS (2006), «Punishment and Repentance», *Philosophy*, (81), pp. 279 ss.

VILLEY (1983), «Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique», *Archiv du philosophie du droit*, (28), 1983, pp. 181 ss.

WELZEL (1960), *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit: Problemgeschichtliche Untersuchungen als Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttinga.

WILLASCHECK (2005), «Recht ohne Ethik? Kant über die Gründe, das Recht nicht zu brechen», en GERHART (ed.), *Kant im Streit der Fakultäten*, de Gruyter, Berlín, pp. 188 ss.

WILLIAMS (1997), «Moral Responsibility and Political Freedom», *Cambridge Law Journal*, (56), pp. 96 ss.

WITTMANN (1993), «Der Begriff des allgemeinen Gesetzes in Kants kategorischen Imperativ», en HAFT/HASSEMER/NEUMANN/SCHILD/SCHROTH (ed.), *Strafgerichtsbarkeit : Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, CF Müller, Heidelberg, pp. 363 ss.

WOHLERS/WENDT (2011), «Die Bedeutung der Straftheorie Hegels für die aktuelle strafrechtstheoretische Diskussion», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMAN (ed.), *Strafe-warum?-Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte vom Hegels Straftheorie*, Nomos, Baden-Baden, pp. 173 ss.

WOOD (2007), *Kantian Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York.

ZAIBERT (2018), *Rethinking Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge.

ZIPPELIUS (2017), *Einführung in das Recht*, 7ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen.