

Un panorama sobre el retribucionismo alemán

*Roberto Falcone (h)*¹

(Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina)

Resumen: El artículo describe el pensamiento de siete profesores alemanes de diversas épocas en punto a sus respectivas concepciones acerca del retribucionismo como teoría de la sanción penal. Se estudian y comparan las semblanzas, presupuestos y finalidades de las posiciones de Hegel, Kant, Binding, Beling, Lesch, Pawlik y Kindhäuser, en una proyección que tiene en miras abordar ciertos presupuestos conceptuales de la variante de retribucionismo consecuencialista que se cree más plausible a la hora de dar respuesta a la justificación de la pena como instituto jurídico.

Palabras clave: Retribucionismo – Crimen y Castigo – Pena – Retribucionismo consecuencialista

Abstract: The article describes the thoughts of seven German professors from different eras regarding their respective conceptions of retributivism as a theory of criminal punishment. The similarities, assumptions, and purposes of the positions of Hegel, Kant, Binding, Beling, Lesch, Pawlik, and Kindhäuser are studied and compared, with the aim of addressing certain conceptual assumptions of the consequentialist variant of retributivism that is believed to be most plausible in justifying punishment as a legal institution.

Keywords: Retributivism – Crime and Punishment – Consequentialist retributivism

¹ Especialista en Derecho penal (U. Austral). Doctorando en Derecho penal (UNMdP).

Introducción

Al hallarme enteramente persuadido de que es perniciosamente habitual en nuestras elaboraciones doctrinarias la confusión entre descripción y valoración de cualquier objeto de análisis, he decidido en este artículo encarar una labor puramente descriptiva del pensamiento de siete profesores alemanes de diversas épocas en punto a sus respectivas concepciones acerca del retribucionismo como teoría de la sanción penal. Constituye el presente aporte un anticipo de mi futura tesis doctoral que se ocupará, precisamente, de abordar ciertos presupuestos conceptuales de la variante de retribucionismo consecuencialista que creo más plausible a la hora de dar respuesta a la justificación de la pena como instituto jurídico. En esa línea, el estudio de las posiciones de Hegel, Kant, Binding, Beling, Lesch, Pawlik y Kindhäuser, de cuya semblanza a trazo grueso aquí me ocupo, ostentarán en mi trabajo final un lugar destacado.

El retribucionismo como teoría de la sanción penal según los principales exponentes del idealismo alemán

Mal que le pese a Ulrich KLUG, quien a través de un célebre escrito, partiendo de un (supuesto) escaso apego a los estándares de legitimación propios de los Estados de derecho contemporáneos, pretendiera “despedir” a KANT y a HEGEL del debate sobre la justificación de la pena², cierto es que resulta imposible prescindir del abordaje de su pensamiento a la hora de analizar cualquier costado del retribucionismo con mínimas pretensiones de valía científica. Por ende, serán -en lo pertinente- los aspectos más destacables de su obra los que integren este acápite

I. Es evidente que, en terminología al uso, cualquier clase de hecho punible pone de manifiesto la ausencia de reconocimiento de una norma de comportamiento como razón eficaz para la acción. Como contrapartida, según HEGEL, la pena declara que tal falta de reconocimiento, que de no ser punitivamente cancelada valdría, no cuenta en efecto

² Al respecto KLUG, Ulrich; *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht* (t. 2), Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1981, pp. 149 y ss. También sobre la desacertada impugnación del retribucionismo en tanto teoría de la pena “muerta”, FRISCH, Wolfgang; *Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del hecho punible en transformación*, en *Revista de Estudios de la Justicia* n° 32 (2019), pp. 3 y ss.

como razón para una disminución de la vigencia de la norma.³ Así, la punición es realización de validez jurídica, debiendo entenderse que, en terminología hegeliana, la posibilidad del derecho supone la posibilidad del no- derecho, esto es, del *Unrecht*, que representa precisamente su contradicción. Todo injusto criminal es la negación del derecho *en cuanto derecho*⁴, y se abre al mundo como realización de una voluntad particular “infinitamente negativa” cuyo valor declarativo, desde el punto de vista del derecho, representa precisamente su contracara. En tal juicio se vinculan de forma negativa determinaciones sobre sujeto y predicado, y de estas la una no sólo no contiene la determinación de la otra, sino que tampoco contiene la esfera universal de esta última.⁵ De este modo, el injusto, en tanto realización de una voluntad cuya pretensión es la cancelación de otra voluntad (la proveniente del derecho abstracto), es siempre coercitivo, y se lesiona tanto la cosa en su cara externa y única como lo que es en sí misma.⁶ Ello arroja como consecuencia que la cancelación de tal voluntad particular contraria al derecho, mediante la cual el derecho se restablece a sí mismo, deba también ser coercitiva, pues sólo de tal manera se constituye aquella como refutación de la pretensión de validez que el suceso criminal reclama para sí.⁷ Por ello, todo orden jurídico capaz de restablecerse a sí mismo a través de la cancelación de su propia cancelación debe ser, para HEGEL, necesariamente coercitivo.⁸

Tal restricción de los derechos del autor se funda en una visión talional de la sanción, atento que el delito posee una existencia cuantitativa y cualitativa determinada que también debe ser ostentada por su negación en cuanto existencia, haciendo explícita referencia a que tal paralelismo no alude a las características específicas de la

³ Véase HEGEL, Georg; *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1° ed.), Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, § 99. Se consigna aquí, sin perjuicio de que el cénit de su obra es ligeramente posterior al de KANT, el pensamiento de este autor en primer término, atento que respecto del tópico su relevancia es a mi juicio mayor para el derecho penal de la actualidad.

⁴ Con existencia positiva y exterior, pero nula en sí misma. Cfr. HEGEL, Georg; *Grundlinien...*, cit., § 97.

⁵ Así en HEGEL, Georg; *Wissenschaft der Logik II*, en *Werke in zwanzig Bänden* (t. 6), Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, p. 324.

⁶ Cfr. HEINRICH, Dieter (Ed.); *Hegel, Philosophie des Rechts, Die Vorlesung von 1819/20 in einer Nachschrift*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983, p. 85.

⁷ “El animal, como tal, sólo realiza lo especial. El Hombre en cambio, haga lo que haga, siempre realiza lo general”. Cfr. al respecto HEINRICH, Dieter (Ed.); *Hegel...cit.*, p. 87. Insiste con tal idea, con remisión a ARISTOTELES, cuando expresa que, por medio de la comunicación con sus semejantes, la existencia humana supera el subjetivo ser –para-sí característico del animal. Cfr. HEGEL, Georg; *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, citado de los *Jenaer Schriften 1801-1807, Theorie* Werkausgabe (redacción Moldenhauer/Michel), tomo 2°, Suhrkamp, Frankfurt, 1986, p. 505. Así, el infractor es para HEGEL un ser racional, un igual libre y responsable a quien se le reconoce el derecho a conformar el mundo según su voluntad. Cfr. en tal sentido MAYER, Hellmuth; *Kant, Hegel und das Strafrecht*, en *Festschrift für Karl Engisch*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, pp. 77 y ss.

⁸ Así, y esencial en lo que sigue, MAÑALICH, Juan Pablo; *Retribución como coacción punitiva*, en *Revista de Derecho y Humanidades* N° 16 vol. 1, 2010, p. 51. Véase también de modo particular HEGEL, Georg; *Grundlinien...*, cit., § 94.

lesión sino a sus características existentes en sí; concretamente, a su *valor*.⁹ De ese modo, la legitimación de la pena frente al propio delincuente emana del principio del consentimiento, en tanto la ley formalmente racional que ha estatuido mediante su hecho (racional según su forma pero no según su contenido, y sólo reconocida como tal por el propio autor) habilita a que la pena se corresponda no sólo con su voluntad abstracta general como persona racional, parte de la voluntad racional objetiva, sino también con su voluntad especial concreta que se ha puesto de manifiesto mediante el delito.¹⁰

Por su parte, centrándose ya en su legitimación objetiva, HEGEL sostiene que la pena procura la restauración del derecho a través de la negación de su negación, a partir de lo cual consolida a éste como algo efectivamente real y válido¹¹, confirmándose el ordenamiento jurídico desde una dimensión histórico-dialéctica.¹² Así, siguiendo el análisis de MAÑALICH sobre el pensamiento del insigne autor, “*la realización del derecho se produce en el tránsito a una autoconciencia de la comunidad política que, reconociendo la necesidad de su propia determinación como libertad, se vuelve eticidad, la cual, como categoría del ‘espíritu objetivo’, se halla anticipada ya en el apareamiento de la autoconciencia individual como categoría del ‘espíritu subjetivo’: ‘el yo que es el nosotros, y el nosotros que es el yo’*”.¹³ Por ello, la eticidad se expresa definitivamente en el Estado, en tanto “*absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad arriba a su derecho supremo*”.¹⁴ Tal Estado, por cierto, no representa una contradicción con las personas del Derecho abstracto y los sujetos de la moralidad, sino que el mismo, en virtud de su estructura lógica, registra en común con ellos la característica de ser una concreta configuración de la idea de Derecho en tanto forma de ser de la voluntad libre. De ese modo, la organización que supone el Estado es en efecto lo que habilita la realización del derecho a la personalidad.¹⁵ Sólo en ese ámbito será posible hablar de derecho penal en

⁹ Así HEGEL, Georg; *Grundlinien...*, cit., § 101.

¹⁰ Véase LESCH, Heiko; *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 14. En efecto, el juego armónico de los párrafos 100 y 101 de los *Grundlinien* y sus notas brinda acabada cuenta de que la pena es, para HEGEL, una lesión que es Derecho en el delincuente mismo, dado que a partir de su acción delictiva él formula una ley reconocida para sí, y bajo la cual puede ser consecuentemente subsumido como bajo su Derecho.

¹¹ Cfr. HEGEL, Georg; *Grundlinien...*, cit., § 82.

¹² Así HARTMANN, Nicolai; *Die Philosophie des deutschen Idealismus, Teil 2: Hegel*, De Gruyter, Berlin-Leipzig, 1929, p. 324. Nótese que se halla aquí implícita la idea, mencionada más arriba, de comunicación en tanto proceso social elemental de la constitución de sentido en el trato entre seres humanos, sin el que no son siquiera concebibles ni una individualidad personal ni un sistema social. Por tanto, lo trascendental en el quebrantamiento de las normas como estructuras simbólicas generalizadas es el focalizar (no en el hecho sino) en la comunicación. Véase al respecto LUHMANN, Niklas; *Grundrechte als Institution* (3° ed.), Duncker & Humblot, Berlin, 1986, pp. 60 y ss. También EL MISMO; *Rechtssoziologie* (3° ed.), Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, p. 55.

¹³ Al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo; *Retribución...*cit., p. 52.

¹⁴ Cfr. HEGEL, Georg; *Grundlinien...*, cit., § 258.

¹⁵ Cfr. PAWLIK, Michael; *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 48 y sgte. Puede advertirse en HEGEL, de este modo, el célebre sinalagma entre libertad de organización y

sentido propio, y donde el delito aparecerá como lesión no solamente de un infinito subjetivo, sino también de una existencia objetiva en la que radica la libertad de todos.¹⁶

Lo expuesto implica que el dolor penal ostente en HEGEL también un costado simbólico, tratándose en efecto de la imposición de los estándares de comportamiento propiciados por el ordenamiento jurídico¹⁷, al haberse conculcado previamente el monumental precepto del derecho: “*sé una persona y respeta a los demás como personas*”.¹⁸ En tal sentido, mediante la revocación de la lesión, la pena restablece el derecho en tanto contenido de sentido *positivo*, habiendo sido el delito correlativo, que procuró imponer la voluntad particular frente a la general -pretendiendo vigencia en su particularidad-¹⁹, un estadio de paso lógicamente necesario de camino hacia una objetivación estable del espíritu en las instituciones de la cultura humana.²⁰ Debe decirse que el derecho integra, según su particular taxonomía, el “espíritu objetivo”, espacio compartido de racionalidad práctica institucionalizada cuya ontología es superviniente a la propia del “espíritu subjetivo”, lo que significa que el derecho se realiza a través de la agencia individual de quienes son, simultáneamente, destinatarios y cosostenedores de sus exigencias normativas.²¹

II. KANT, por su parte, es ineludible en sostener que la pena judicial no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo

responsabilidad por las consecuencias, fundamento con el que muchos autores que registran su influencia han trabajado en el derecho penal que lo sucedió. Importante al respecto NOLL, Peter; *Die etische Begründung der Strafe*, Mohr, Tübingen, 1962, p. 15.

¹⁶ Paradigmático en tal sentido PAWLIK, Michael; *Ciudadanía...*, cit., p. 47. De tal modo, la cancelación de la lesión como cometido de la generalidad es asumida institucionalmente por el juez, quien al aplicar la ley comunitaria “*se constituye en la garantía ética de que la pena es manifestación de una voluntad que se sabe a sí misma general, que es lo que hace posible diferenciar la retribución de la venganza*”. Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo; *Retribución...*cit., p. 53. Esencial también HEGEL, Georg; *Die Philosophie des Rechts (Vorlesung von 1821/22)*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2005, § 102 y sgte.

¹⁷ Al respecto, HEGEL, Georg; *Grundlinien...*, cit., § 100. En efecto, HEGEL no fue para nada insensible a la idea de juzgar irracional la sumatoria de un mal a otro previamente existente, permitiéndose sostener que “*cuando alguien mata a otro y se mata al primero, el mal no se ha eliminado*”. Véase HEGEL, Georg; *Die Philosophie...*, cit., p. 91.

¹⁸ Así en HEGEL, Georg; *Grundlinien...*, cit., § 36. Por tanto, HEGEL observará que a la víctima de un delito no se la trata como persona, “*y la personalidad es la determinación fundamental, el Derecho en sí. Mediante el hurto no solamente se me perjudica, sino que se ataca a mi propia validez, a la de mi propiedad*”. Cfr. HEGEL, Georg; *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831 (t.3)*, Frommann-Holzboog, Stuttgart - Bad Cannstatt, 1974, pp. 299 y sgte.

¹⁹ Véase GANS, Eduard; *Philosophische Schriften*, Auvermann, Glashütten, 1971, p. 84. HÄLSCHNER sostiene que en el hecho delictivo individual subyace una máxima general, entendiéndose por ello una norma que surge de la arbitrariedad del delincuente y que contradice el Derecho; éste, al ejecutar el mismo, estatuye como reguladora y dominadora de su conducta tal norma, pretendiendo de este modo quebrar el dominio del Derecho para colocar, como vigente y dominante, su aludida arbitrariedad. Cfr. HÄLSCHNER, Hugo; GS, 21 (1869), p. 94. La cita textual del penalista hegeliano se encuentra traducida en LESCH, Heiko; *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, publicado en Revista de Derecho penal y Criminología, 2º época, núm. 6, 2000, p. 267.

²⁰ Cfr. PAWLIK, Michael; *Ciudadanía...*, cit., p.55.

²¹ Véase al respecto MAÑALICH, Juan Pablo; *Retribución...*cit., p. 53. Muy importante también PAWLIK, Michael; *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 82 y ss.

o para la sociedad civil, sino que ha de imponerse sólo porque se ha delinquido; su fundamento es que el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho de cosas (*Sachenrecht*).²² Sin embargo, es importante dar cuenta de la oscilación que existe en la literatura secundaria en relación a la exégesis que cabe hacer de la teoría kantiana de la pena. En efecto, se contraponen una visión absolutista que identifica el llamado “retribucionismo metafísico” de KANT con un sentido de la pena ubicado por fuera de la realidad social, consistente en la satisfacción incondicionada de una exigencia (categórica) de justicia²³, con otra -cuyos principales exponentes son HRUSCHKA y BYRD- perfilada a catalogar su posición como un primer eslabón de teoría marcadamente combinatoria, registrando la legislación penal como consecuencia postulada la disuasión generalizada de la perpetración de delitos, teniendo al principio retributivo como criterio de distribución (por merecimiento) y determinación (por proporcionalidad) de la pena pasible de ser judicialmente impuesta a raíz de un quebrantamiento normativo.²⁴

Lo que no debiera admitir controversia es que, en lenguaje kantiano, la ley penal responde a la condición de imperativo *categórico*²⁵, definido por el propio autor como aquel imperativo “*que piensa una acción como objetivamente necesaria y la hace necesaria, no de un modo mediato, a través de la representación de un fin, que pueda alcanzarse con la acción, sino a través de la mera representación de esa acción misma (de su forma), es decir, inmediatamente (...) el fundamento de posibilidad de los imperativos categóricos reside en el hecho de que no se refieran a ninguna otra determinación del arbitrio (mediante la que se le pueda atribuir un propósito), sino únicamente a su libertad*”.²⁶ Ello hablaría decisivamente en favor de entender tal descripción como una de carácter estructural, conforme la cual la necesidad práctica de imponer la pena en ella contemplada, a modo de consecuencia de la realización imputable de la forma de comportamiento reputada criminal por esa misma ley, no se sujetaría a condición ulterior alguna, lo que definitivamente neutralizaría el argumento

²² Explícitamente KANT, Immanuel; *La metafísica de las costumbres* (4^o ed.), Tecnos, Madrid, 2005, p. 166.

²³ Consúltense por caso JESCHECK, Hans- WEIGEND, Thomas; *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (5^o ed.), Duncker & Humblot, Berlin, 1996, §8. III-IV. También SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (3^o ed.), Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1965, §222.

²⁴ Véase MAÑALICH, Juan Pablo; *Respeto y retribución: la pena jurídica en La metafísica de las costumbres*, en *Revista de Ciencia política* Vol. 38 n^o 3, 2018, p. 508. Importante también HRUSCHKA, Joachim- BYRD, Sharon; *Kant's Doctrine of Right*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2010, pp. 261 y ss. Nótese que, en el último de los sentidos aludidos, tal postura pareciera arribar a la plausibilidad en tanto se partiese de la oración que el propio KANT plasmara en idéntica página antes citada: “*antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo*”. Tal proposición, si fuera aisladamente considerada, abona cualquier posición que tendiera, cuanto menos, a no impedir la interpretación de su pensamiento como mixto.

²⁵ Cfr. KANT, Immanuel; *La metafísica...*, cit., pp. 166 y sgte.

²⁶ Así en KANT, Immanuel; *La metafísica...*, cit., p. 28.

consecuencialista susceptible de ser extraído de su teoría.²⁷ En idéntica línea, su conocido ejemplo de la isla, donde sostiene que “*aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia*”²⁸ constituye un contundente aval para proclamar que la pena ha de aplicarse aun cuando no registre consecuencia beneficiosa alguna para la sociedad.

Además, la posición talional propuesta²⁹ para delimitar la naturaleza y magnitud de una particular sanción neutraliza la posibilidad de acudir a la pena conculcando la humanidad de su destinatario; en efecto, la segunda formulación del imperativo categórico reza: “*obra siempre de tal manera que trates la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, en todo momento como fin, y nunca como un mero fin*”, lo que significa que los efectos procurados de la pena jamás pueden convertirse en el fin del obrar.³⁰ Pero, paralelamente, si el sentido de la reacción punitiva está constituido por la expresión de desaprobación e intolerancia hacia el comportamiento criminal de una persona en tanto agente moral, existirá una contradicción performativa en cada materialización de una tal reacción que no honre el trato merecido por esa persona en su (precisa) condición de agente moral.³¹

Más allá de lo expuesto, debe entenderse que las no tan sofisticadas observaciones que KANT formula en relación a la fundamentación de la sanción penal presuponen como

²⁷ Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo; *Respeto...*, cit., p. 510. Ver también, en idéntico sentido, ZACZYK, Rainer; *Hat er aber gemordet, so muss er sterben. Kant und das Strafrecht*, en *Kant-Lektionen. Zur Philosophie Kants und zu Aspekten ihrer Wirkungsgeschichte*, Königshausen-Neumann, Würzburg, 2008, p. 250.

²⁸ Cfr. KANT, Immanuel; *La metafísica...*, cit., pp. 168 y sgte.

²⁹ Ella se hace explícita en su *Metafísica* cuando sostiene que “*cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Sólo la ley del talión (ius talionis) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones...*” Véase al respecto KANT, Immanuel; *La metafísica...*, cit., p. 167.

³⁰ Sigo aquí la traducción de esta segunda formulación (que aparece en *Grundlegung zur Metaphisik der Sitten*, Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften vol. IV, Berlin, 1785, p. 429) realizada por Pablo Sanchez-Ostiz en *Imputación y teoría del delito* (BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p. 162). Sin perjuicio de cualquier discrepancia que pudiera suscitarse con lo allí consignado, probablemente sea éste el estudio más importante en lengua castellana de las implicancias del pensamiento de KANT en el abordaje del derecho penal.

³¹ Importante al respecto NOZICK, Robert; *Philosophical Explanations*, Harvard University Press, Cambridge, 1981, pp. 374 y ss. Ello constituye un decisivo argumento para atacar la viabilidad de la pena de muerte, validada por KANT, desde las propias premisas kantianas. La alegación de “un Kant no suficientemente kantiano” puede verse en FALLS, Margaret; *Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons*, en *Law and Philosophy* 6 (1), pp. 50 y sgte.

analíticamente consolidado el vínculo de imputabilidad susceptible de ser configurado entre el hecho criminal y la persona sobre quien la pena es impuesta, al atribuirse un hecho a ésta “desde la perspectiva de la libertad de su arbitrio”³², reputándolo así agente (*Urheber*) de una contravención que, en tanto suceso contrario a deber, le otorga fundamento a una culpabilidad cuyo efecto jurídico es la pena.³³ Al referirse expresamente a la imputación, sostiene que “*imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (actum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria s. valida), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria). La persona (física o moral) competente para imputar judicialmente se llama juez o también tribunal (iudex s. forum)*”.³⁴

El retribucionismo según los referentes de la escuela clásica alemana

I. Una de las grandes contribuciones de BINDING en lo que a este tópico respecta viene dada por el hecho de advertir con toda claridad que la personalidad del delincuente nunca puede ser fundamento de la punición, debiendo esta última ceñirse a la condición de respuesta merecida a un determinado hecho punible.³⁵ En efecto, al definir las teorías “absolutas” de la pena, las designa como aquellas que “*consideran la pena como consecuencia jurídica del injusto, esto es, a las teorías que en cierto modo observan el injusto como fundamento de la pena y, asimismo, como su generador. Si pensamos la pena de manera personificada, en las teorías absolutas, la pena gira su cabeza severamente hacia atrás, hacia los delitos cometidos*”.³⁶ De tal modo, piensa que “*no es penado el ser humano, sino el criminal, no es penado el delincuente al margen de su hecho, sino como autor de su hecho*”³⁷, complementando tal idea poco antes al expresar que “*un ‘delincuente loco’, un ‘delincuente nato’, un ‘delincuente’ que nunca ha cometido*

³² Véase KANT, Immanuel; *La metafísica...*, cit., p. 30.

³³ Con alguna ligera variación en MAÑALICH, Juan Pablo; *Respeto...*, cit., p. 511.

³⁴ Así en KANT, Immanuel; *La metafísica...*, cit., p. 35.

³⁵ Sostuvo, en idéntica línea, que el fin de la pena, constitutivo del restablecimiento de la autoridad del derecho a través de la retribución del hecho culpable, es necesariamente alcanzado con su ejecución, no pudiendo existir fin complementario alguno que trascienda tal estadio. Véase BINDING, Karl; *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Felix Meiner, Leipzig, 1913, pp. 203 y ss.

³⁶ La cita puede confrontarse en la evolución histórica del concepto de delito que realiza Heiko LESCH. Versión castellana: LESCH, Heiko; *El concepto de delito*, Marcial Pons, Madrid *et al*, 2016, p. 36. GÖSSEL, al definir las teorías absolutas, las caracteriza como aquellas que no le confieren a la sanción penal ningún tipo de finalidad, incluso rechazando expresamente la mera posibilidad de concebir tales finalidades. Véase al respecto GÖSSEL, Karl; *Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen*, en *Festschrift für Pfeiffer*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1988, p. 14.

³⁷ Cfr. BINDING, Karl; *Grundriss...*, cit., p. 234.

*un delito, estos son engendros fantásticos que en ningún ordenamiento jurídico pueden encontrar un lugar!*³⁸

Por tanto, sin negar la posibilidad de que la pena estatal pueda ostentar ciertos efectos preventivos, los mismos sólo impropiaamente podrán ser conceptualizados como fines de su imposición y/o ejecución. En tal sentido, denuncia en su crítica que “*la llamada teoría intimidatoria no impone una pena al asesino porque haya asesinado, sino porque además de él, en su mismo país vive un pueblo con afanes asesinos que debe ser intimidado de posteriores delitos mediante el ejemplo que advierte. La teoría de la corrección, que en la práctica parece resultar tan benefactora, encarcela (en realidad) al ladrón, no porque haya violado bienes y libertad ajenos, sino porque se ha mostrado como componente inseguro de la sociedad, y porque en esa falta de seguridad moral dormitan futuros peligros*”.³⁹ Así, todas las variantes del prevenciónismo debieran procurar sortear la dificultad de considerar al delito como presupuesto necesario de la imposición de la pena sin asimismo constituir su razón jurídica, lo que permitiría concluir que si el delito no es sino síntoma de la necesidad de una intervención preventiva dirigida a producir seguridad prospectiva, nada autorizaría a aseverar que el delito pueda ser único síntoma de tal necesidad preventiva.⁴⁰ BINDING lo plantea en estos términos: “*Una teoría del derecho penal, sin embargo, que no es capaz de decir por qué castiga, por qué solo castiga después de que se ha delinquido, por qué castiga al delincuente, a pesar de que su hecho no representa la razón jurídica de la pena, por qué en definitiva acepta que el Estado castigue al delincuente, una tal teoría no puede seguir reclamando ocupar un lugar en nuestra ciencia*”.⁴¹ Debe decirse, sin perjuicio de lo expuesto, que más allá de que BINDING propiciaba una concepción favorable al retribucionismo tal como hoy día es entendido, expresó su discrepancia con el término retribución (*Vergeltung*) al registrar una ineludible asociación con la por él rechazada idea del *ius talionis*, descartando que el Estado pretenda retribuir el mal ocasionado con un mal

³⁸ Cfr. BINDING, Karl; *Grundriss...*, cit., pp. 229 y sgte. En sintonía, tiempo después, resalta la crítica de FOUCAULT en tanto consideró, en relación a la mutación del infractor por el delincuente, que acaba siendo “*menos su acto que su vida lo pertinente para caracterizarlo*”, idea que se concretó, según éste, en la gran noción de la criminología y la penalidad de finales del siglo XIX, a saber: “*el escandaloso concepto, en términos de teoría penal, de peligrosidad*”. Véase al respecto FOUCAULT, Michel; *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid, 1976, p. 255. También EL MISMO, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 97.

³⁹ Cabe destacar que tal cita, perteneciente a su obra más específica sobre la pena –de la que se dará cuenta más abajo–, es utilizada por LESCH en la conclusión a su crítica a las teorías exclusivamente relativas. Véase en tal sentido LESCH, Heiko; *La función...*, cit., p. 43.

⁴⁰ Así en MAÑALICH, Juan Pablo; *Retribución...*, cit., p. 56.

⁴¹ Véase BINDING, Karl; *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft* (1° ed.), Alfred Hölder, Viena, 1877, pp. 4-5. Reproduzco fielmente la traducción que MAÑALICH hiciera del párrafo, no sin destacar que el propio BINDING algunas páginas más adelante –como se refiriera–diera cuenta de ciertos efectos preventivo-generales de la pena, al hacer referencia a que mediante ella se intenta también conseguir que la mayor cantidad de personas posible se determine desde su mejor perspectiva a vivir conforme a deber, reemplazando la concepción de planes delictivos por el sometimiento a la autoridad de las leyes.

fácticamente equivalente.⁴² Prefería hablar, en cambio, de una demostración del señorío del Derecho.⁴³

La posición de tal autor, en lo sustancial, aparece en sintonía con lo investigado por ACHTER en orden al nacimiento de la pena en los albores del derecho germánico, en el marco de un derecho penal vinculado exclusivamente a la “acción mala” en tanto perturbación absolutamente objetiva frente a la cual se reaccionaba mediante el dictado de la correspondiente sanción. En ese tiempo (situado aproximadamente en el año 1100) sólo importaba el hecho criminal, cuya consecuencia jurídica oficiaba de “*medicamento de sanación*”, tratándose así de un medio para reparar “*una grieta en el edificio del mundo*”. Del aludido punto de partida, desafortunadamente, el devenir de nuestra ciencia viró hacia un enjuiciamiento (no del hecho sino) del autor como *perversus homo*, destinatario de un reproche proveniente del plano ético, convirtiéndose así el interés en la perturbación en un interés en la persona del perturbador.⁴⁴

Es pertinente dar cuenta de que, en la teoría de las normas de BINDING, la punición estatal constituye un derecho coercitivo accesorio frente al derecho principal derivado de las normas que el Estado le dirige al ciudadano, mediante las que se le imponen a éste deberes de hacer (normas de mandato) o bien de no hacer (normas de prohibición).⁴⁵ Por tanto, el derecho del Estado a que el destinatario adecue su comportamiento a una norma, en cuanto se demuestre la imposibilidad de su satisfacción atento la infracción culpable del deber que de ella emana, resulta sustituido por un derecho estatal a que el autor del delito tolere la prestación retributiva⁴⁶, entrando este último en escena luego de que el cumplimiento del deber originario por parte de su destinatario resulte imposible; en otros términos, operando como respuesta jurídica al

⁴² Cfr. BINDING, Karl; *Die Normen und ihre Übertretung*, (T. 1, 4° ed), Scientia Verlag, Aalen, 1965, p. 419. Asimismo, en la página 413 hace concreta referencia al abandono por parte de la coacción penal de su componente de compulsión a soportar el dolor físico, registrándose la desaparición del interés de la comunidad en el dolor corporal del delincuente.

⁴³ Véase BINDING, Karl; *Die Normen I...*, cit., p. 420.

⁴⁴ Fundamental al respecto ACHTER, Viktor; *Geburt der Strafe*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1951, pp. 12 y ss; 102 y ss.

⁴⁵ Ello es también advertido por ROBLES PLANAS en los siguientes términos: “... llaman poderosamente la atención los esfuerzos que BINDING dedica a justificar la coacción estatal. Ello se debe a un aspecto de su concepción de las normas que nunca será suficientemente acentuado frente a repetidas malinterpretaciones: para BINDING las normas no incorporan la coacción. El Derecho exige obediencia por su propia corrección; es deber sin más porque se corresponde con la razón (práctica). De ahí su amplia aceptación por los ciudadanos. O expresado de otro modo: la omnipotencia del Derecho está en lo convincente de su contenido...” Véase al respecto ROBLES PLANAS, Ricardo; *Teoría de las normas y sistema del delito*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 51.

⁴⁶ Pena, dirá BINDING, es siempre una forma coactiva de sometimiento del criminal al dominio del derecho. Así en BINDING, Karl; *Die Normen I...*, cit., p. 419. Muy similar en el fondo, como se verá, PAWLIK, Michael; *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 56. Latamente en PAWLIK, Michael; *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 116 y ss.

delito cometido.⁴⁷ De este modo, acudiéndose al medio auxiliar más vigoroso que el Estado tiene a su disposición, se convierten derechos impracticables en derechos practicables⁴⁸, sustituyéndose así la prestación fallida por su equivalente, esto es, la tolerancia a la ejecución de la pena, “*el padecimiento del señorío del derecho en el cuerpo del delincuente*”.⁴⁹ Por ende, desde el prisma del derecho principal de cuya imposición se trata, la pena es para BINDING coacción retributiva, en tanto coacción física que realiza de modo inmediato la prestación impuesta sobre el sujeto obligado.⁵⁰

No debe perderse de vista, asimismo, que el delito constituye para el Estado – según BINDING- la fuente de un derecho subjetivo de sancionar, correlativo al deber de tolerancia del sancionado ya aludido, y no así de un deber de castigar al responsable del quebrantamiento normativo. Ello encuentra su fundamento en el espacio existente para el ejercicio de una prerrogativa de gracia estatal que permite liberar al culpable del concreto padecimiento de la sanción punitiva, lo que evidentemente no halla explicación desde la óptica de un supuesto deber incondicionado.⁵¹ El deber, empero, surgirá allí donde la impunidad permanente debilite la autoridad de la ley más de lo que la misma pueda soportar, pero existirán variados supuestos en los que la renuncia a la sanción será inobjetable.⁵²

II. El retribucionismo de BELING, por su parte, se perfila a partir de un análisis evolutivo en tanto sostiene que en la historia jurídica universal la pena ofició de sustitutiva de la venganza, por lo que la retribución instintiva, apasionada e ilimitada que distinguía a esta última le dio paso a una retribución perfeccionada a través de su objetivación. No obstante, fue crítico de las concepciones puramente idealistas enroladas en el absolutismo penal (STAHL, HERBART, HEGEL, KANT) por, según su parecer, exceder los fines a los que el Estado y el ordenamiento jurídico han de servir. Así, destaca que “*el Estado, al actuar como sujeto retribuyente, necesita una legitimación basada en adecuados principios político-realistas*”.⁵³ Puede advertirse de este modo que su

⁴⁷ Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo; *Retribución...cit.*, pp. 58 y sgte. También BINDING, Karl; *Die Normen I...*, cit., p. 500. En otro pasaje (situado en p. 425) habla BINDING concretamente de una transformación del derecho a la obediencia quebrantado en un derecho a coaccionar al infractor por tal desobediencia.

⁴⁸ Véase BINDING, Karl; *Die Normen I...*, cit., p. 499.

⁴⁹ Así en BINDING, Karl; *Die Normen I...*, cit., p. 500.

⁵⁰ Fundamental al respecto MAÑALICH, Juan Pablo; *Retribución...cit.*, p. 60.

⁵¹ Cfr. BINDING, Karl; *Das Problem...*, cit., pp. 11 y ss. En *Die Normen I...*, cit., p. 431, refiere que el derecho pasa a ser deber en caso de no existir una alternativa mejor, lo que se dará en los supuestos en que el mal de no castigar sea mayor que el de efectivamente hacerlo.

⁵² Cfr. BINDING, Karl; *Die Normen I...*, cit., p. 432. En otro pasaje sostiene que el castigo se justifica para el Estado solo en los casos en que mediante el mismo se evita un mal mayor producido por la impunidad respectiva; por su parte, al criminal el castigo se le justifica por su hecho. Así en BINDING, Karl; *Grundriss...*, cit., p. 210.

⁵³ Véase al respecto BELING, Ernst; *Esquema de Derecho penal*, en Esquema de Derecho penal- La doctrina del delito-tipo, Librería EL FORO, Buenos Aires, 2002, p. 23.

propuesta pone especial énfasis en la conservación de la autoridad estatal, ya que el Estado, castigando lo que según su entender es ilícito, coincide con la idea de retribución imperante en el pueblo, mientras que el comportamiento contrario caracterizado por la omisión de la pena testimoniaría desorden y menosprecio del poder público, poniéndose indirectamente en peligro el ordenamiento protegido por el mismo. Juzga a la retribución, en idéntico sentido, como facultad del Estado, dado que éste, si quisiera alcanzar el fin de su autoafirmación, no puede carecer de aquella.

Asimismo, la consecución del efecto preventivo general procurado vendría dada por una tal sustentación de la autoridad, no resultando óbice para ello que el individuo concretamente castigado cometa un nuevo delito. Viene a decirnos elocuentemente, en consecuencia, que los extremos aludidos transitan carriles separados; así, la sanción robustece (en tanto efecto social, no como fin en sí mismo) la autoridad estatal, independientemente de la comisión de nuevos delitos por parte de la persona castigada, que debieran ser -a modo de lógica inferencia- también sancionados de modo correspondiente.⁵⁴

Además, debe decirse que, al analizar el concepto de pena según el derecho alemán de su época, define a la misma como la retribución de un mal como consecuencia de una violación jurídica precedente cometida por una persona, cuya imposición es regulada por el Estado -en tanto titular del poder coactivo general y público- en aras del mantenimiento de su autoridad, debiendo representar para quien la sufre un particular *sentimiento de desagrado*.⁵⁵ Es fundamental en esta instancia destacar que la estricta proporcionalidad entre el delito y el mal a ser irrogado consecuentemente se impone de modo ineludible, impugnándose así la posibilidad de que la reacción estatal rebase la medida de lo adecuado a la culpabilidad del hechor, lo que representaría para BELING el entierro de la autoridad estatal al granjearse la víctima de la (pretendida) retribución simpatías, así como antipatías el Estado injusto.⁵⁶

En su enjundiosa defensa de la teoría de la retribución propiciada por BELING, MAÑALICH⁵⁷, considerando liminarmente la definición general del concepto de producto

⁵⁴ Cfr. BELING, Ernst; *Esquema...cit.*, p. 24. En idéntica página pone de manifiesto que resulta preciso un código penal que comprenda la pena como retribución de la ilicitud culpable, ostentando la gravedad de la pena relación estricta con la gravedad del hecho. Sin embargo, mantiene explícitamente abierta la posibilidad de que se consideren impunes o se castiguen con pena menor que la merecida ciertos hechos punibles, pero sólo en lo que sea compatible con el mantenimiento de la autoridad del Estado.

⁵⁵ Así en BELING, Ernst; *Esquema...cit.*, pp. 25 y ss.

⁵⁶ Cfr. BELING, Ernst; *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1908, p. 62.

⁵⁷ La lectura directa de la obra de BELING no puede dejar de complementarse con la rigurosa interpretación que de ella hace el profesor chileno. Al respecto, véase MAÑALICH, Juan Pablo; *Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva*, In Dret, Barcelona, abril de 2015, *passim*.

ideológico ofrecida por VOLÓSHINOV⁵⁸, habrá de sostener que la concepción de la pena propia de este autor responde a la característica de ser efectivamente un dispositivo ideológico. De este modo, entiende BELING que en el mundo real no existe la pena; en cambio, los procesos reales que surgen como apariciones vitales, el encierro y la retención de un ser humano o el pago de una suma dineraria, recién adquieren el significado de la pena por el hecho de que nosotros, mediados por una relación de pensamiento, conectamos tales procesos con una determinada representación. Por ello, dejará entenderse como “punición” el sentido que le conferimos al proceso en cuestión.⁵⁹

Lo expuesto, en puridad, da cuenta de la adjudicación por parte de BELING de un carácter social a la atribución de significación punitiva del encierro de un ser humano en una celda, adquiriendo precisamente tal carácter en virtud de la conexión que se establece entre el aludido encierro y la representación que nos hacemos del mismo.⁶⁰ Ello implica que ese encierro en tanto pena privativa de libertad no sea independiente de la interpretación como ejercicio de intencionalidad colectiva que permite juzgar tal encierro como una pena ejecutada contra alguien, descartándose de este modo que el Estado mantenga, en idéntico supuesto, *secuestrada* a la persona en un recinto carcelario.⁶¹

Como ya enunciara, entonces, BELING advirtió en su hora que cualquier demarcación de un derecho de la retribución debe necesariamente orientarse a la consecución de alguna finalidad pasible de ser perseguida mediante la punición, confiriéndole de este modo legitimidad. Así, postula en rigor una irreductible superación de la controversia suscitada entre absolutistas y relativistas en materia de fundamentación de la sanción penal, sosteniendo explícitamente que ya en su época el relativismo había ganado definitivamente la batalla, lo que supone en efecto una profundización del argumento otrora presentado por MERKEL al pronunciarse en favor

⁵⁸ Sostiene el autor de influjo marxista que los productos ideológicos no son sólo parte de la realidad como cualquier cuerpo físico, instrumento de producción o producto para el consumo, sino que también, en contraposición, reflejan y refractan una realidad ubicada por fuera de sí mismos. Así, todo lo ideológico posee significado, remitiendo a algo que se halla fuera de sí mismo, por lo que se trata en definitiva de signos, en ausencia de los cuales no existe ideología posible. Los cuerpos físicos serían, por así decirlo, iguales a sí mismos, no ostentando significado sino coincidiendo totalmente con su particular naturaleza. En este caso, no habrá de tratarse de una cuestión de ideología. Cfr. para una profundización de tales postulados VOLÓSHINOV, Valentin; *Marxism and the Philosophy of Language*, Seminar Press, New York- London, 1973, pp. 9 y ss.

⁵⁹ Así en BELING, Ernst; *Die Vergeltungsidee...*, cit., p. 5.

⁶⁰ Tiempo después, KÖHLER procuró poner énfasis en la conexión conceptual existente entre delito y castigo, distanciándose así de su facticidad. Al respecto, KÖHLER, Michael; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1997, p. 37.

⁶¹ Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo; *Retribucionismo consecuencialista...*, cit., específicamente pp. 8 y sgte.

de una particular “teleología” de la retribución ⁶², que él vincula al aseguramiento de la autoridad del derecho estatal.

Por lo expuesto, es evidente que para BELING debe consolidarse un juicio de merecimiento personalizado a la hora de legitimar una pena a partir de fundamentos retributivos, ello en aras de que el sufrimiento que la reacción provoca no sea leído como un sacrificio altruista protagonizado por su destinatario sino, en cambio, que la misma pueda ser interpretada como una respuesta individualmente merecida.⁶³ Será ello lo que, según MAÑALICH en clave hegeliana, “*determina el específico reconocimiento de la persona del hechor como agente racional que la punición exhibe como ‘valor declarativo’*”.⁶⁴ Pero, en sintonía con BINDING, tal legitimación de una respuesta por merecimiento no implica la viabilidad de su consideración como *deber* por parte del Estado, dado que la preservación de su autoridad normativa podría capitular frente a la protección preponderante de otro interés en la situación particular. Así, la retribución correspondiente a la medida de culpabilidad personal brinda sustento, en rigor, a una auténtica prohibición de exceso y no a una de defecto, otorgándose de tal modo espacio a las distintas formas en que se ponen de manifiesto las prerrogativas soberanas de gracia.⁶⁵

El retribucionismo en (parte de) la discusión alemana actual

I. Al adentrarnos en el estudio de las distintas posiciones retribucionistas susceptibles de ser halladas en la discusión alemana más reciente, mal podría obviarse la obra de LESCH. Para este autor es de capital importancia en lo que a este tópico respecta la noción de expectativa cognitiva, que difiere según si el trato de una persona tiene lugar con el mundo de la naturaleza o bien con sus semejantes. Así, las expectativas cognitivas susceptibles de ser abordadas desde el primer sentido se basan en procesos de aprendizaje en la vinculación con la naturaleza, por lo que, si se asume por caso que los árboles no se caen o los puentes no se desploman en cualquier circunstancia, responde ello a que se confía en determinadas regularidades en el trato con el mundo natural.

En idéntica línea, debe una persona poder recurrir a expectativas similares cuando se relaciona con sus pares, ya que la orientación en los contactos sociales solo sería posible en tanto no haya que contar en todo momento con cualquier clase de

⁶²Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo; *Retribucionismo consecuencialista...*, cit., puntualmente p. 11. Véase también BELING, Ernst; *Die Vergeltungsidee...*, cit., p. 3 y MERKEL, Adolf; *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht*, Karl J. Trübner, Estrasburgo, 1892, pp. 17 y ss.

⁶³ Véase BELING, Ernst; *Die Vergeltungsidee...*, cit., p. 78.

⁶⁴ Así en MAÑALICH, Juan Pablo; *Retribucionismo consecuencialista...*, cit., p. 15.

⁶⁵ Cfr. BELING, Ernst; *Die Vergeltungsidee...*, cit., pp. 45 y sgte.; 73 y sgte.

comportamiento de los otros, lo que representaría que el más mínimo contacto social esté asociado a un riesgo incalculable.⁶⁶ Ello supone que el hecho de aventurarse a un contacto social constituye una señal de que, en rigor, no se espera del otro un *output* totalmente indeterminado.

Empero, la crucial diferencia entre uno y otro ámbito viene marcada, según el autor, por el aspecto de que la defraudación de una expectativa en el trato con el mundo natural debe ser reconducida a la propia conducta, aprendiendo hacia el futuro a comportarse de otra manera, lo que denomina aprendizaje cognitivo. En cambio, la vida social sería el paradigma de la ausencia de necesidad de adaptarse a la defraudación de expectativas garantizadas jurídicamente, ya que el conflicto no se asocia –en tal supuesto- a un comportamiento propio sino a uno incorrecto del hechor, cuya infracción no debe alterar el mantenimiento -aún contrafáctico- de la expectativa de la víctima. Sería precisamente tal el lugar donde se sitúa, para LESCH, la función de la pena: en una canalización institucional de la defraudación de las expectativas normativas que permita que la víctima, aun en contra de la defraudación, siga esperando, precisamente, de forma normativa. Entonces, ciertamente, la pena implicaría la demostración –no solo para la víctima en un caso concreto sino para todo ciudadano- de que la falla se produjo en el comportamiento del autor, y que “*en el futuro uno se encuentra de todas formas en consonancia con el Derecho cuando atiende a la expectativa garantizada mediante la norma penal, aunque esta expectativa fuese ya en una ocasión defraudada.*”⁶⁷

El contenido simbólico-comunicador tanto del delito como de la pena se patentiza en LESCH al tiempo en que asume que uno y otra deben ser analizados desde la perspectiva del discurso y la réplica, refutando la pena la afirmación antinormativa del autor y demostrando a todos que, tanto antes como ahora, la norma tiene vigencia. Ello halla su correlato con el esbozo del mundo que realizó la víctima, sustentado concretamente en una expectativa normativa garantizada por el Estado.

Seguidamente, LESCH impugna la denominación con que esta teoría ha sido individualizada, esto es, la de “prevención general positiva”. Ello así dado que, para él, el citado abordaje no ostenta fines preventivos al no tratarse en rigor de la evitación futura de determinadas formas de comportamiento. El nombre que considera más atinado es el de *teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad*, que oficia de superadora de la característica oposición entre teorías de la pena absolutas y relativas al poner el acento en un hecho del pasado con el límite infranqueable de la culpabilidad del autor, pero con la función de mantener las condiciones fundamentales de la coexistencia

⁶⁶ Véase al respecto LESCH, Heiko; *La función...*, cit., p. 47. El ejemplo con el que gráficamente clarifica su pensamiento es el del alumno que tiene que ir a clase munido de un chaleco antibalas, por si un compañero se decide en tal contexto a atacarlo con un arma.

⁶⁷ Cfr. LESCH, Heiko; *La función...*, cit., p. 48.

social o, dicho en otros términos, la identidad normativa de la sociedad.⁶⁸ Tal función, evidentemente, ostenta la condición de ser *consecuencialista*, lo que constituye un argumento nuclear para desacoplar su teoría de cualquier valoración de la misma como preponderantemente absolutista.

II. La teoría de la pena de PAWLIK, por su parte, es el punto de partida que luego determinará su concepto de delito⁶⁹; su fundamento primario se halla en la autonomía del ciudadano en tanto entidad política independiente de un control externo.⁷⁰ Así, el ser humano en cuanto ser que actúa “*no tiene simplemente su vida, sino que la conduce a la luz de sus propias representaciones de una existencia buena y exitosa*”.⁷¹ Ello presupone que cada uno de los participantes en las sociedades funcionalmente diferenciadas del mundo occidental actual reciba, según el autor, acceso a todas las funciones, salvo que la misma función lo excluya o haga que ello carezca de sentido.⁷² En esa complejidad el ser humano habrá de actuar, según su manera individual, de forma contingente y selectiva, entendiéndose a sí mismo como *sujeto* de su vida.⁷³

Asevera el autor que, en rigor, lo que el Estado y su Derecho penal pueden (y deben) hacerle posible al individuo es, bajo el presupuesto de una reciprocidad estricta, una configuración de su propia existencia que esté libre tanto de un temor paralizante como de una heterodeterminación abrumadora. Para tal aseguramiento de la libertad ciudadana, el ordenamiento jurídico debe tener -dice PAWLIK siguiendo a WELZEL- “*fuerza configuradora de la realidad*”, dado que la tarea más importante del derecho consiste en superar o reprimir la guerra civil, amenazante de forma abierta o latente, de todos contra todos y sustituirla por un orden que asegure la vida de todos.⁷⁴ En esa línea, es trascendental en su posición el acudir al filósofo político de Osnabrück Wolfgang KERSTING, en cuanto afirma que, en última instancia, el ordenamiento jurídico tiene como misión imponer el “*dominio de la normalidad*”, la que solamente impera

⁶⁸ Cfr. LESCH, Heiko; *La función...*, cit., p. 50.

⁶⁹ Tal concepto registraría desde la perspectiva ideal como disponibles dos planteamientos diferentes: o bien se entiende el hecho típico como peligro, en tanto comportamiento que trae en cierta medida consigo el riesgo de su repetición, ya sea por el mismo autor o -con motivo de su imitación- por otro diferente, o bien, contrariamente, se entiende como delito, esto es, como una exteriorización de voluntad quebrantadora del Derecho inasumible por la comunidad y que reclama, por tanto, una reprobación simbólica. En el primero de los casos se hablará, al denominar el programa por el que se guía la elección del instrumento sancionador, de prevención; en el segundo, por oposición, de retribución, hallándose en el pasado no solo la “razón real” de la pena sino también su “razón jurídica”. Véase al respecto PAWLIK, Michael; *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Marcial Pons, Madrid et al, 2010, p. 80.

⁷⁰ En relación a sus coincidencias con la teoría de la pena de HEGEL, véase PAWLIK, Michael; *Das Unrecht...*, cit., pp. 53 y ss.

⁷¹ Así en PAWLIK, Michael; *Ciudadanía...*, cit., p. 34.

⁷² Acerca del tránsito desde el modelo social estratificado al funcional, PAWLIK, Michael; *Das Unrecht...*, cit., p. 100.

⁷³ Cfr. PAWLIK, Michael; *Ciudadanía...*, cit., p. 35.

⁷⁴ Véase PAWLIK, Michael; *Ciudadanía...*, cit., p. 40.

cuando “los presupuestos de la felicidad humana y del éxito, del desarrollo personal propio y de la autorrealización ética se han convertido en una obviedad que pasa inadvertida, cuando se ha expulsado a la violencia del espacio interpersonal, cuando existe confianza en el futuro, cuando las expectativas alcanzan una estabilidad que rige el actuar, cuando impera la fiabilidad recíproca.”⁷⁵ Por tanto, la conformación de un estado de verdaderas libertades *concreto-real* se diferencia de una suma de experiencias singulares en Derecho, en esencia, por su estabilidad y su carácter duradero.⁷⁶

Ahora bien, sin perjuicio de destacar el trascendental rol del Estado en tanto soporte institucional para la generación y el mantenimiento del estado de libertades, tal indispensabilidad en modo alguno debe confundirse con exclusividad. Así, destaca PAWLIK que ninguna comunidad en Derecho puede apostar exclusivamente por el poder de sanción de las instituciones, dado que ello exigiría una intensidad de vigilancia que nadie puede querer desde el prisma de tal Estado de libertades; por tanto, la retirada de instancias externas de disciplinamiento tiene que ser compensada mediante una autodisciplina de los miembros de la comunidad en Derecho.⁷⁷ Ello supone que cada ataque al estado de libertades ponga de manifiesto que el autor, en la medida en que actúa en contra del orden jurídico-penal de conductas, quebranta su rol en cuanto representante de la comunidad en Derecho, al lesionar su deber de cooperar con el mantenimiento del estado jurídico existente. Tal deber de cooperación reforzado con pena⁷⁸ halla el crucial fundamento de su legitimación en la libertad de los ciudadanos, la cual solo adquiere un valor estable real en el marco de un ordenamiento jurídico capaz de imponerse.⁷⁹

Por lo expuesto, echando mano a la teoría del restablecimiento (*Wiederherstellung*) de Carl Theodor WELCKER, traslada PAWLIK al ámbito de la pena la idea (propia del derecho de daños) del deber de restablecer el estado destruido.⁸⁰ Según ello, el autor de

⁷⁵ Así en PAWLIK, Michael; *Ciudadanía...*, cit., p. 41.

⁷⁶ PAWLIK, Michael; *Ciudadanía...*, cit., p. 42.

⁷⁷ Sobre el rol de los ciudadanos como parte de la garantía del mantenimiento del estado de libertades, PAWLIK, Michael; *Das Unrecht...*, cit., pp. 106 y ss. Específicamente sobre su corresponsabilidad véase p. 110.

⁷⁸ *In extenso* sobre la legitimación de la pena con fundamento en el deber ciudadano de cooperación, PAWLIK, Michael; *Das Unrecht...*, cit., pp. 90 y ss.

⁷⁹ Véase PAWLIK, Michael; *Ciudadanía...*, cit., pp. 42-45. También PAWLIK, Michael; *La libertad...*, cit., pp. 85 y ss.

⁸⁰ La idea de justicia compensatoria es esencial en la fundamentación retributiva de la pena según PAWLIK. Tal compensación no conduce necesariamente a la fórmula *mal contra mal*, arcaica y pobre en sus bases teóricas. En la indemnización de daños, quienquiera que los haya causado se encuentra obligado a compensar su hecho destructivo a través de un acto constructivo, preocupándose de que el estado anterior sea reproducido en la mayor medida posible. Esta manifestación de la justicia compensatoria no viabiliza la objeción de que se permite a través de ella la realización de una secuencia negativa de dos males, ya que quien indemniza lleva a cabo más bien una acción positiva, restituyendo el estado previo de distribución de libertades ajustado a

un delito lesionaría su deber de ciudadano de cooperar al mantenimiento del estado existente de libertades⁸¹, pero, al seguir siendo ciudadano, no es liberado de su responsabilidad por el éxito del proyecto de un orden real de libertades, operándose en concreto la modificación del contenido de su deber. Así, en el autor del delito el deber primario de cumplimiento se convierte en un deber secundario de tolerancia: debido a que quien delinque ha contravenido el principio de que solamente hay libertad asegurada al precio del cumplimiento del deber, tiene que soportar que se confirme a su costa la indisolubilidad del vínculo entre disfrute de la libertad y cumplimiento del deber de cooperación, operantes en estricta relación de reciprocidad. La denominación que recibe, según PAWLIK, tal acto de confirmación es *pena*, cuyo fundamento exclusivo es el *delito* en su significado no solo para la víctima concreta sino para la comunidad en Derecho afectada en su conjunto.⁸²

Es evidente que existen, a partir de lo expuesto, diferencias no menores entre la compensación de daños y la pena. La indemnización de daños que procede de conformidad con el derecho civil tiene por objeto compensar los daños que un incumplimiento contractual o la ejecución de una acción antijurídica le causen directamente a la víctima. En cambio, la pena le irroga un mal al autor sin que la víctima obtenga a partir de ello una ventaja inmediata. Por ello, el carácter supraindividual de la pena exhibe una prescindencia de los intereses concretos de la víctima, desprivatizando el conflicto entre el autor y el lesionado. Así, mediante la pena supraindividual se retribuye un injusto que, lejos de ser comprendido como mera lesión de un interés individual, debe ser interpretado a modo de ataque al orden jurídicamente constituido de libertad, que es, a su vez, condición de posibilidad de la libertad individual.

Al constituir la persona humana un ser de previsiones y planes, la ausencia de libertad dura todo el tiempo en que la persona individual no pueda estar segura de su libertad. A modo de ejemplo, por más estable que se presente cierta estructura, si en cada momento se halla en condiciones de comenzar a sucumbir, ningún constructor astuto se

derecho que anteriormente había perturbado. Véase al respecto PAWLIK, Michael; *¿Pena o combate de peligros? Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena*, en FALCONE, Andrés et al (coord.); Autores detrás del autor, Ad Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 47.

⁸¹ Sobre la pena como respuesta a la infracción del deber ciudadano de cooperación, latamente en PAWLIK, Michael; *Das Unrecht...*, cit., pp. 82 y ss.

⁸² Así en PAWLIK, Michael; *Ciudadanía...*, cit., pp. 56 y ss. Afirma también con contundencia que "(...) el Derecho penal sirve para contradecir los ataques al estadio de juridicidad imperante" (PAWLIK, Michael; *La libertad...*, cit., p. 87). Tal contradicción necesariamente tiene que valerse, según el pensamiento del autor, del dolor propio de los medios coercitivos. Ello resulta esencial en la transmisión del mensaje de que el disfrute de la libertad y el cumplimiento del deber de colaboración son dos caras de una misma moneda, haciéndole ver de tal modo al delincuente que quien no respeta la libertad ajena está renunciando a una parte de su propia libertad. Sin perjuicio de ello, el ejercicio real de la coacción podrá ceder frente a la estigmatización simbólica del delincuente solo tratándose de una sociedad segura de sí misma, que perciba al ilícito como algo ocasional y aislado, lo que abre un amplio campo a la evolución social y cultural. Cfr. PAWLIK, Michael; *La libertad...*, cit., pp. 103 y sgte.

atrevería a construir una casa. Por consiguiente, la libertad real de los individuos requiere de un estado de libertad, lo que apuntala la convicción de que, para la construcción y mantenimiento de tal estado, se requiere principalmente de un Estado, aunque sus instituciones ostenten una restringida capacidad de acción. Ello, como ya manifestara, responsabiliza directamente a todos los ciudadanos por el mantenimiento del estado de libertad real al interior del Estado; por tanto, la comisión de un delito supone infringir la obligación del ciudadano de contribuir a la conservación del orden existente de libertad, y la pena significa tener que soportar que los bienes propios sirvan para demostrar el carácter lesivo de la libertad que una acción de ese tipo tiene.⁸³

El status de obligado a la contribución aludida, o lo que es idéntico, el destinatario del deber de cuidar de las condiciones de posibilidad de la libertad ajena, es sólo aquel que vea posibilitada, simultáneamente, su propia libertad por el ordenamiento jurídico en cuestión. Primeramente, debe verse posibilitada una vida en situación de seguridad, ya que la misma constituye una *conditio sine qua non* de la libertad real. Así, el injusto criminal se delimita desde dos puntos de vista diferentes: de un lado el inculpado, para ser corresponsable del estado de seguridad de un determinado ordenamiento jurídico, debe recibir del propio ordenamiento una libertad real. Por otra parte, el inculpado debe haber actuado precisamente contra tal ordenamiento jurídico, o bien atacando el fundamento institucional que le otorga su real poder de vigencia, o bien afectando los intereses de integridad de personas que se hallan vinculadas a la comunidad jurídica del mismo modo que el autor.⁸⁴

III. KINDHÄUSER, por su parte, también registra una visión de la pena profundamente emparentada con el retribucionismo. Al perseguir el descubrimiento del significado de la palabra “pena”, la conceptúa como la irrogación de un mal que expresa desaprobación como consecuencia de un comportamiento previo defectuoso. Si alguno de estos elementos se halla ausente de la acción estatal en cuestión, entonces no cabe reconocer una sanción de las propias del derecho penal. Señala como ejemplo, seguidamente, que la coacción inmediata aplicada mediante la operación de un carro lanzaaguas, pese a constituir la irrogación estatal de un mal, no supone una pena dado que en atención a su forma la reacción en cuestión no pone de manifiesto reproche alguno.⁸⁵ Asimismo, destaca que debe escindirse claramente la discusión respecto de la justificación de la pena en cuanto tal de la propia de la legitimidad de los tipos penales en efecto vigentes, aseverando que, aun siendo la pena legítima, será ello condición necesaria pero no suficiente de la legitimidad de ciertas normas de sanción específicamente consideradas.

⁸³ Cfr. PAWLIK, Michael; *¿Pena o combate...*, cit., pp. 48 y sgte.

⁸⁴ Véase PAWLIK, Michael; *¿Pena o combate...*, cit., pp. 50 y sgte.

⁸⁵ Cfr. KINDHÄUSER, Urs; *Analytische Strafrechtswissenschaft (Band I)*, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 289. Es por demás relativizable esta última observación, pero de ese modo es plasmada por el autor.

Este segundo debate, con epicentro en la legitimidad ética de la institucionalización de determinadas normas de sanción en particular, nos deja entrever KINDHÄUSER que resulta aún más profundo.⁸⁶

En la lógica de análisis del *freeriding*, sostiene que no es suficiente el establecimiento mediante normas de máximas de acción distributivamente ventajosas. Debe a su vez crearse certeza en el sentido de que exista confianza en cuanto a que todos, o bien casi todos cuando el número de destinatarios es amplio, respetarán los postulados de la norma. Así, es menester aventar el peligro de que quien se comporte de modo leal a la norma registre una doble pérdida mientras que quien la quebrante una doble ventaja, lo que se suscita cuando el sujeto leal a la norma renuncia a parte de su libertad por mor del seguimiento de la norma y el quebrantador, lejos de renunciar a algo, amplía aún más su espacio de libertad. Por tanto, la norma es ventajosa para todos en la medida en que se neutraliza el *freeriding* de algunos, siendo esto último individualmente más ventajoso para el *free rider*, quien gana a costa de la pérdida de otros. Así, metafóricamente hablando, el destierro de este “viajero sin boleto” es susceptible de consenso generalizado al ser distributivamente ventajoso, lo que permite legitimar la coerción a efectos de garantizar el reconocimiento de normas justas que ofician de razones eficaces para la acción, asegurativas de igual margen de libertad para todos.⁸⁷

Al reconocer a alguien como persona moral, en tanto sujeto susceptible de cumplir obligaciones, se le deposita una confianza que debe ser, como contrapartida, asumida. Pero no existe ninguna garantía *positiva* de que el otro sea, en efecto, una persona moral, frente a lo cual se abren dos posibilidades. Por un lado, puede privarse a alguien de la condición de persona moral, tratándolo con los cuidados que requieren los niños o aquellos individuos que transitan trastornos psíquicos. La restante opción se decanta por sostener la atribución de personalidad moral pese al desvío comportamental, sin perjuicio de que la persona en cuestión deba responder por el quebrantamiento del deber como un defecto personal, “disculpándose” por la confianza que injustificadamente se pretendiera. Así, modificando parcialmente una célebre idea de HEGEL, sostiene KINDHÄUSER que quien actúa defectuosamente resulta honrado como persona moral mediante la atribución de responsabilidad. Va de suyo, entonces, que sólo la segunda orientación como reacción a la infracción a la norma resulta racional, prácticamente realizable y ventajosa para toda la comunidad.⁸⁸

En este contexto, resulta evidente que para KINDHÄUSER la pena no constituye una duplicación del mal ya provocado por el hechor despojada de sentido. Por el contrario, el

⁸⁶ Así en KINDHÄUSER, Urs; *Analytische...*, cit., p. 289.

⁸⁷ Véase KINDHÄUSER, Urs; *Analytische...*, cit., p. 294.

⁸⁸ Véase KINDHÄUSER, Urs; *Analytische...*, cit., pp. 299 y sgte.

nivel de referencia en que se enmarca la pena es el del quebrantamiento de la norma prohibitiva de la causación del respectivo daño. La irrogación del mal que implica la pena refleja de modo invertido el depósito de confianza que el autor recibiera *ex ante*, a través de su reconocimiento como persona moral. Tal confianza, necesaria para el libre desenvolvimiento personal, es malversada por el autor mediante el quebrantamiento de la norma, y la misma es reclamada nuevamente al autor, simbólicamente, a través de la pena. Así, por tanto, el carácter retributivo de la sanción posibilita el otorgamiento de libertad anticipada al autor, libertad que puede legítimamente pretender en tanto persona moral, pero que también supone la posibilidad de su defectuoso uso.⁸⁹

Esta teoría de la retribución relativa del penalista de Bonn se distingue de modo significativo del absolutismo kantiano. Para KANT la pena no deriva del concepto de derecho, sino que es sistemáticamente previa, apareciendo en el contexto de la doctrina del bien supremo. Dado que el comportamiento ético es fuente de felicidad en el marco de una representación racional, la unificación de un comportamiento antiético con la obtención o permanencia de la felicidad debe verse como la perturbación de un orden de todas las acciones posibles. Sería racionalmente necesario el restablecimiento de tal orden, por lo que la pena constituye la consecuencia inmediata e incondicionada de cada quebrantamiento de leyes prácticas; en otros términos, toda acción que contraviene una ley práctica es merecedora de pena. Por tanto, su fin no es otro que la restitución ideal del estado de consumación de una comunidad ética. El punto crítico es que, para KINDHÄUSER, el derecho penal asume de tal suerte una labor metafísica, que no está en posición de desempeñar realísimamente, en particular ateniéndose al desarrollo de un correspondiente concepto de culpabilidad.⁹⁰

Según expresa este autor, en rigor la pena sólo puede servir indirectamente a la protección de bienes jurídicos, pero el objetivo inmediato de la protección jurídico-penal es *el bien jurídico penal*, siendo este entendido como un nivel suficiente de motivación fiel al derecho. Así, el aludido bien jurídico penal facilita la protección de bienes jurídicos en atención a que el punto de referencia de la motivación constituye el reconocimiento efectivo de normas que protegen bienes jurídicos como razón para la acción. Por tanto, si la pena inmediatamente halla su legitimación a través de la garantía del bien jurídico penal, entonces ello presupondría que no sólo es legítimo el mal de la pena, sino que también lo es el reproche ético - jurídico integrativo del concepto de pena. Por

⁸⁹ Lo que nunca debe perderse de vista es que el riesgo que se corre debido al mal uso que ciertas personas pudieran hacer de la confianza depositada en ellos por su condición de personas morales es a todas luces menor que la asunción de un estado de sospecha generalizado en el que se exija a los individuos dar pruebas permanentes de su no peligrosidad. Ello es notado prístinamente por MIZRAHI en MIZRAHI, Esteban; *Neopunitivismo y crisis del Estado de derecho*, en KINDHÄUSER, Urs; Bien jurídico, seguridad y hecho punible desde una perspectiva comunicativa del Derecho penal, Editorial UNLaM, San Justo, 2017, p. 21.

⁹⁰ Así en KINDHÄUSER, Urs; *Analytische...*, cit., pp. 303 y sgte.

consiguiente, sólo será legítimo lo que es justo, de suerte tal que el mal y el reproche de la pena deben ser mandatos de una *iustitia retributiva*, basándose su legitimación en una concepción, racionalmente fundamentable, de la justicia política (criminal).⁹¹

Debe tenerse presente que, si la pena debe consolidar y fomentar la fidelidad al derecho, entonces ella debe ser la reacción correcta desde el punto de vista del derecho. Pero la misma debe ser, para KINDHÄUSER, más que eso, dado que la pena presupone que la acción del autor ha sido deficitaria justo en el momento en que la fidelidad al derecho se vería disminuida o desaparecería si no existiese la pena como reacción. En un ordenamiento jurídico cuyo criterio de corrección esté presidido por la justicia, un déficit tal sólo puede ser entendido como una carencia del sentido de justicia. Lo expuesto supone que la legitimación de la pena ostente los siguientes presupuestos. El hecho punible, por un lado, debe ser una conducta que permita reconocer una carencia relevante del sentido de justicia, que se manifieste en la utilización, por parte del autor, de una ventaja dirigida en perjuicio de los cosujetos y que es, por tal razón, reputada injusta. Si el uso de esa ventaja no se sancionara, entonces también debiera posibilitarse a los cosujetos igual utilización de dicha ventaja en perjuicio de un ordenamiento justo. Por tal motivo, la ventaja que reclama el autor debe simbólicamente compensarse a título de desaprobación mediante la irrogación de una desventaja; así, el autor debe ser penado. Esta retribución consistente en un reproche ético-jurídico no es concebida como respuesta que refleja la contracara de un daño a un bien jurídico que es responsabilidad del autor, sino que el daño que debe ser retribuido es el lado objetivable de la culpabilidad, que se patentiza en la disminución del valor de reconocimiento de la norma de conducta puesta de manifiesto con el hecho punible.⁹² Así, la culpabilidad para el ex catedrático de Bonn no es otra cosa que la mengua de validez experimentada por la

⁹¹ Véase KINDHÄUSER, Urs; *Pena, bien jurídico penal y protección de bienes jurídicos*, en EL MISMO; *Bien jurídico, seguridad y hecho punible...*, cit., p. 45.

⁹² Por ello es que expresa que la comisión de un hecho punible y el posterior castigo del autor no sólo constituyen eventos que se suceden en el tiempo, sino asimismo eventos que se sitúan uno frente al otro bajo una estricta relación de sentido. La pena supone para KINDHÄUSER una respuesta al hecho punible por la vía de responsabilizar al autor como consecuencia del mismo, sosteniendo con HEGEL que, a través del hecho punible, el autor niega el derecho, declarando que la norma que prohíbe su comportamiento no es vinculante para él. A modo de réplica, por su parte, la pena vendría a negar la negación del derecho efectuada por el autor, declarando por su intermedio que la norma es vinculante hacia el futuro. Casi seguidamente, señala que el hecho punible y la pena no son actos de habla recíprocamente referidos entre sí, con cuya ejecución hablante y oyente se hallarían en un mismo nivel discursivo. Más bien, debe entenderse que el autor declara a través del hecho punible, y en contra de la generalidad estatalmente configurada, la no vinculatoriedad de la norma por él desatendida. El juez, en cambio, dicta la sentencia penal en nombre del pueblo y actúa, en esa medida, en cuanto órgano del Estado entendido en su generalidad. Así, el hecho punible implicaría una declaración de voluntad en contra de la generalidad, manifestación frente a la que dicha generalidad responde, a su vez, por medio del dictado de la sentencia judicial correspondiente. En tal aspecto, existe una diferencia sustancial entre el derecho penal y el civil, en tanto éste se ocupa esencialmente de la coordinación de intereses entre ciudadanos determinados. Cfr. al respecto KINDHÄUSER, Urs; *Antijuridicidad desde la perspectiva de un modelo "comunicativo" del hecho punible*, en EL MISMO; *Bien jurídico, seguridad y hecho punible...*, cit., p. 107.

norma mediante su -injusto- no reconocimiento. Partiendo de allí, no sólo resulta exigible que la pena sea adecuada a la culpabilidad sino, más precisamente, que la pena sólo es correcta si es adecuada a la culpabilidad.⁹³

Por tanto, la defraudación que exhibe una carencia del sentido de justicia y debe reprocharse ético-jurídicamente es la anteriormente mencionada actuación bajo la lógica de un *free rider*, donde el autor hace uso de las renunciaciones de libertad de los otros, pero sin renunciar él a su parte. Quiebra así el principio de la coexistencia recíproca de libertad, pues éste se basa en un mutuo dar y tomar, mientras que aquí el autor toma dos veces. Se aprovecha metafóricamente de los aportes de los restantes cosujetos, los cuales le posibilitan la ventaja del viaje, pero ahorrándose su aporte; de tal modo, el autor gana doble a costa de los demás, siendo patente tal injusticia. Por ende, la pena racional debe compensar esa ventaja irrogando una desventaja posterior, a manera de reproche por la carencia del sentido de justicia puesta de manifiesto en el hecho punible. Con ello se pone de resalto que la pretensión de doble ventaja no es rentable, reforzando así la confianza de los miembros de la comunidad jurídica en la validez fáctica de las normas. Se cumple mediante la pena, atento lo consignado, con una función integradora en términos de la prevención general positiva, pero no de forma ilegítima ya que a partir de la justa retribución no se degrada al autor a la condición de medio para un fin que le es extraño⁹⁴, sorteando así la célebre objeción kantiana.

⁹³ Cfr. KINDHÄUSER, Urs; *Pena, bien jurídico penal...*, cit., pp. 48 y sgte.

⁹⁴ Véase KINDHÄUSER, Urs; *Pena, bien jurídico penal...*, cit., pp. 51 y sgte.

Referencias bibliográficas

Beling, E. (1908). *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*. Léipzig: Wilhelm Engelmann.

Beling, E. (2002). Esquema de Derecho penal. En *Esquema de Derecho penal : la doctrina del delito-tipo, Análisis de Carlos M. de Elía*. Buenos Aires: Librería El foro.

Binding, K. (1965). *Die Normen und ihre Übertretung : eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*. Aalen : Scientia Verlag

Foucault, M. (1992). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedis.

Hegel, G. W. F. (2005). *Die Philosophie des Rechts: Vorlesungen von 1821/22*. Frankfurt am Main : Suhrkamp

Hegel, G. W. F. (1986) *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main : Suhrkamp

Kant, I. (2005). *La metafísica de las costumbres*. Madrid : Tecnos

Kindhäuser, U. (2017). *Bien jurídico, seguridad y hecho punible desde una perspectiva comunicativa del derecho penal: entrevistas y conferencias*. San Justo: Universidad Nacional de la Matanza

Lesch, H. H. (1999). *La función de la pena*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia

Mañalich Raffo, P. (2015). Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva: Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling. *InDret : Revista para el análisis del derecho*, 2 (2015). Recuperado de <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/365921/459970>

Pawlik, M. (2016) *Ciudadanía y Derecho penal*. Barcelona: Atelier.

Pawlik, M. (2011). ¿Pena o combate de peligros? Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena. *Revista para el Análisis del Derecho Indret*, 4, 1-42. Recuperado de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/849_1.pdf

