

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



TÍTULO:

**“LA TEORÍA DE LO JUSTO EN LA LEGITIMIDAD DE LA PENA:
UNA RESPUESTA A LA CRIMINALIDAD”**

**INFORME FINAL DE TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO.**

PRESENTADO POR:

Bach. HENRY ARÓN ANTONY ANGULO MAMANI

ASESOR:

DRA. GINA PAMELA TAPIA LIENDO

TACNA-PERÚ

2021

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, único dueño de todo saber y verdad por iluminar las reflexiones desarrolladas en la presente investigación, en segundo lugar, a mis padres y a los maestros que me apoyaron en el transcurso de la tesis, por haberme enseñado que de nada sirve el conocimiento, si este no es compartido.

DEDICATORIA

A Dios y a mis familiares que hoy descansan en él, a mi madre, por su apoyo incondicional en todo momento, y a todos los maestros en forma de amigos que la vida me ha permitido conocer.

RESUMEN

La legitimidad de la pena, estudiada a través de las teorías legitimadoras de la pena, también conocidas como teorías de la función o fines de la pena, presenta el problema consistente en que, dichas teorías se sustentan desde el “deber ser” de la pena, omitiendo tener en cuenta el “ser” de la misma, lo que genera que estas teorías no tengan consistencia lógica en su legitimidad.

Razón por la que, la presente investigación tuvo como objetivo principal determinar el “deber ser” a través de la estructura lógica del “ser” de la legitimidad de la pena, el cual consiste en establecer su legitimidad como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo.

Siendo la Teoría de lo Justo, una teoría de la justicia que formulamos y proponemos como aporte a la filosofía del derecho penal, en donde se desarrolla axiomas claramente diferenciables entre el concepto de la justicia y de lo justo, con la finalidad de generar como consecuencia epistémica en la legitimidad del deber ser de la pena, una idea de la pena humanista y racional.

La presente investigación se desarrolló bajo los lineamientos metodológicos de una investigación básica con enfoque cualitativo, exploratoria, empleando el método documental - bibliográfico en el ámbito filosófico – jurídico.

Arribando como principal conclusión que, la Teoría de lo Justo genera una consecuencia epistémica en la legitimidad de la pena, debido a que, la pena se legitima en función de lo que se comprende por justicia.

PALABRAS CLAVE: Teoría de lo Justo, legitimidad de la Pena, consecuencia epistemológica.

ABSTRACT

The legitimacy of the penalty, studied through the legitimizing theories of the penalty, also known as theories of the function or purposes of the penalty, presents the problem that these theories are based on the "duty to be" of the penalty, omitting to take into account the "being" of it, which generates that these theories do not have logical consistency in their legitimacy.

Reason why, the main objective of the present investigation was to determine the "should be" through the logical structure of the "being" of the legitimacy of the Penalty, which consists in establishing its legitimacy as an epistemic consequence of the Theory of Just.

Being the Theory of Fairness, a theory of justice that we formulate and propose for analysis, where clearly differentiable axioms are developed between the concept of justice and fairness, in order to generate an epistemic consequence on the legitimacy of the It must be worthwhile, more humane and rational.

This research was developed under the methodological guidelines of a basic, exploratory research, using the documentary-bibliographic method in the philosophical-legal field.

Arriving as the main conclusion that, the Theory of Fairness generates an epistemic consequence in the legitimacy of the penalty, because the penalty is legitimized based on what is understood by justice.

KEY WORDS: Theory of the Just, legitimacy of the Penalty, epistemological consequence.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO	2
DEDICATORIA	3
RESUMEN	4
ABSTRACT	5
ÍNDICE	6
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I	13
EL PROBLEMA	13
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	14
1.2. ANTECEDENTES	17
1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	20
1.4. FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA	22
2. OBJETIVOS	23
CAPÍTULO II	24
MARCO TEÓRICO	24
SUB CAPÍTULO I	25
LA TEORÍA DE LO JUSTO	25
1. LA TEORÍA DE LO JUSTO: BOSQUEJO FILOSÓFICO	26
1.1. Generalidades	26
1.2. La Justicia como punto de partida	30
1.3. Axiología Jurídica	31
1.4. La Justicia como promesa o fin de Hartmann	35
1.5. Justicia y Razón de Larenz, Kaufmann a Haft	37
1.6. Análisis de Kaufmann y Habermas frente a Luhmann	42
1.7. El ser humano como idea de Justicia	45
1.8. La Justicia como medio: De Kelsen a Hart	48
1.9. La Justicia en Stammler	56
1.10. La Justicia y lo Justo	62
2. TIPOS DE JUSTICIA	68
2.1. Justicia General	68
2.2. Justicia Particular	69
2.2.1. Justicia Distributiva	69

2.2.2.	Justicia Correctiva	70
a.	Justicia Conmutativa	70
b.	Justicia Judicial	70
2.2.3.	Justicia Restaurativa	71
3.	EL SENTIDO DE LA JUSTICIA	71
4.	LA JUSTICIA EN EL TIEMPO	72
4.1.	Edad Antigua	72
a.	La Justicia de Platón	74
b.	La justicia Aristotélica	76
4.2.	Edad Media	80
4.3.	Edad Moderna	85
4.4.	Edad Contemporánea	94
a.	La Teoría de Justicia de John Rawls	96
b.	Crítica de Robert Nozick a la Teoría Rawlsiana	101
c.	La Justicia en Habermas, Dworkin y Alexy	103
d.	La Justicia en Campbell, Sandel y Perelman	111
e.	La Justicia en Radbruch, Cossío, Nino y Pogge	112
5.	LA PENA NO PUEDE GARANTIZAR LA JUSTICIA, PERO SI LO JUSTO	114
SUB CAPÍTULO II		118
LA LEGITIMIDAD DE LA PENA		118
1.	CONTROL SOCIAL	119
2.	PODER PUNITIVO	125
3.	LA PENA ES UN HECHO POLÍTICO	132
3.1.	LA PENA EN EL TIEMPO	139
4.	TEORÍAS LEGITIMADORAS DE LA PENA	141
4.1.	Teorías positivas de la legitimidad de la Pena	144
4.1.1.	Teorías Retributivas de la Pena	144
4.1.1.1.	Teoría Retributiva de Kant	149
4.1.1.2.	Teoría Retributiva de Hegel	153
4.1.1.3.	Teoría Retributiva de Stahl	155
4.1.1.4.	Neo Retribucionismo Anglosajón y Romano Germánico	157
4.1.2.	Teorías Preventivas de la Pena	160
4.1.2.1.	Teorías de la Prevención General	162
4.1.2.1.1.	Teoría de la Prevención General Positiva de Welzel	163
4.1.2.1.2.	Teoría de la Prevención General Negativa de Feuerbach	164

4.1.2.2.	Teorías de la Prevención Especial	166
4.1.2.2.1.	Teoría de la Prevención Especial Positiva de Von Liszt	167
4.1.2.2.2.	Teoría de la Prevención Especial Negativa de Garofalo	172
4.1.2.2.3.	Neo preventivismo Anglosajón	173
4.1.3.	Teorías de la Unión en Schmidhäuser, Roxin y Jescheck	175
4.1.4.	Teorías Funcionalistas de la Pena	181
4.1.4.1.	Teoría de la prevención general de Jakobs.....	181
4.1.4.2.	Teoría de la retribución funcional de Lesch	186
4.1.4.3.	Teoría de la reacción retributiva de Pawlik	188
4.2.	Teorías Negativas de la Legitimidad de la Pena.....	189
4.2.1.	Teoría Abolicionista de Hulsman	189
4.2.2.	Teoría Agnóstica de la Pena de Zaffaroni	191
5.	LA FUNCIÓN DE LA PENA DEBE SER GARANTIZAR LO JUSTO	196
CAPÍTULO III.....		200
MARCO METODOLÓGICO.....		200
1.	FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	201
2.	VARIABLES DE ESTUDIO	201
3.	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	202
CAPÍTULO IV:.....		205
PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS RESULTADOS		205
I.	DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DOCUMENTAL	206
II.	SUSTENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS	207
2.1.	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	207
2.2.	HIPÓTESIS GENERAL.....	214
CAPÍTULO V:.....		217
CONCLUSIONES.....		217
RECOMENDACIONES.....		220
BIBLIOGRAFÍA		221
ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA.....		240

INTRODUCCIÓN

La legitimidad de la pena, entendida como la razón de ser de la misma, ha sido postulada desde el siglo XVIII en Alemania por autores como Kant y Hegel, quienes serían los primeros filósofos en desarrollar lo que hoy conocemos como las teorías legitimadoras de la pena. No obstante, con el tiempo aparecieron posturas filosóficas que cuestionaban tal legitimidad, las mismas que se consolidaron como las teorías negativas de la legitimidad de la pena.

Entre dichas posturas, encontramos la de Eugenio Raúl Zaffaroni, quien manifiesta a través de su Teoría Agnóstica que la función de la pena es desconocida, planteando una crítica aguda sobre las teorías legitimadoras de la pena, crítica que se convierte en el problema medular sobre el que se erige nuestra investigación.

La problemática planteada, consiste en que las Teorías legitimadoras de la Pena, también conocidas como teorías de la función o fines de la pena, se sustentan desde el “deber ser” de la pena, omitiendo tener en cuenta el “ser” de la misma, lo que resta coherencia a la estructura lógica formulada en dichas teorías.

Así las cosas, tenemos que, la pena es un hecho político que se legitima en función de lo que se comprende por justicia, razón por la que advertimos, que la estructura lógica del ser de la pena consiste en una consecuencia epistémica, es decir, de conocimiento, entre lo que se concibe por justicia y pena.

En ese sentido, consideramos que para formular el “deber ser” se debe seguir la estructura lógica del “ser” de la pena”, por lo que es necesario formular una teoría de la justicia, a la que denominaremos la Teoría de lo Justo, que genere una consecuencia epistémica en la legitimidad de la pena.

Debido a ello, con la realización de la presente investigación tenemos como objetivo determinar el “deber ser” a través de la estructura lógica del “ser” de la legitimidad de la Pena, el cual consiste en establecer su legitimidad como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo.

Esta investigación tiene como finalidad o propósito formular la Teoría de lo Justo, teoría que diferenciará a la justicia de lo justo, generando axiomas claramente diferenciables entre dichas premisas; la justicia entendida como un fin de contenido ontológico, abstracto y genérico y lo justo entendido como un medio de contenido deontológico, concreto y específico que, genera como consecuencia epistémica en la legitimidad del deber ser de la pena, una idea de la pena humanista y racional en respuesta a la criminalidad.

Nuestra investigación, por la finalidad o propósito, consiste en una investigación básica o pura con enfoque cualitativo, pues se trata de una investigación de carácter netamente teórico, filosófico y reflexivo que permite formular y desarrollar teorías jurídicas, tales como la Teoría de lo Justo y las Teorías legitimadoras de la Pena.

El nivel de investigación es exploratorio, puesto que propone y formula “La Teoría de lo Justo” y la consecuencia epistémica que genera en la legitimidad de la Pena, postulando nuevas concepciones a tratar en el Derecho Penal. Así mismo es exploratoria en tanto, se estudia la Teoría de la Justicia, a la cual se le presta poca importancia pese a la trascendencia que esta implica para el derecho, y la Teoría de la Pena, la misma que es poco tratada por la doctrina penalista, a diferencia del estudio que se desarrolla respecto a la Teoría de la Ley Penal y la Teoría del Delito.

La presente investigación se ha estructurado en cinco capítulos: el problema, marco teórico, marco metodológico, presentación, interpretación y argumentación jurídica de los resultados y conclusiones.

Así, en el **PRIMER CAPÍTULO** denominado “El Problema” se desarrollará donde se encuentra la problemática objeto de estudio y donde se origina, abordando aspectos que nos sitúen en contexto: El planteamiento del problema, en el cual se describirá la problemática planteada, así como sus antecedentes y se sustentará su justificación e importancia para formular así la pregunta significativa; y los objetivos, los mismos que se conducirán en base a la resolución de la pregunta significativa.

Seguidamente tenemos el **SEGUNDO CAPÍTULO**, denominado “Marco Teórico” el cual se subdivide en 2 subcapítulos, en donde se desarrollará las dos variables que surgen del título de nuestra investigación: “La Teoría de lo Justo en la legitimidad de la Pena: Una Respuesta a la Criminalidad.” Siendo la primera variable y el primer sub capítulo: La Teoría de lo Justo, y la segunda: La legitimidad de la Pena. Así también el contenido de nuestro marco teórico se da en base a las variables derivadas de nuestras hipótesis:

1. La Teoría de lo Justo: La Teoría de lo Justo - Bosquejo Filosófico, donde se aborda el proceso constructivo para formular dicha teoría. Así también se desarrollará los tipos de justicia, el sentido de la justicia, la justicia en el tiempo, a efectos de contrastar las diversas teorías de la justicia formuladas en la historia de la Humanidad y por último abordamos el ser vs deber ser de la pena, que conducirá a la resolución de que la pena no puede garantizar la justicia, pero si lo justo.
2. La legitimidad de la Pena: En este apartado se desarrollará, el derecho penal como medio de control social, lo justo como límite del poder punitivo, la pena en el tiempo, la pena como hecho político, las teorías negativas y positivas de la legitimidad de la pena, en donde se analizarán las teorías retributivas, preventivas, mixtas y funcionalistas de la pena.

Por último, abordaremos por qué la función de la pena debe ser garantizar lo justo, atendiendo a la pena como consecuencia epistémica de la teoría de lo justo.

En el **TERCER CAPÍTULO**, denominado “Marco Metodológico”, se desarrollará tres subcapítulos: El primero referido a la Formulación de Hipótesis, el segundo a las Variables de Estudio, y por último al Diseño de la Investigación, consistente en la determinación metodológica, así como las técnicas e instrumentos de investigación seleccionados.

En el **CUARTO CAPÍTULO**, denominado “Presentación, Interpretación y Argumentación Jurídica de los Resultados”, presentaremos los resultados arribados de forma sintetizada, los mismos que previamente hemos argumentado e interpretado en nuestro marco teórico, contrastando lo analizado con nuestras hipótesis para su comprobación mediante la sustentación de las mismas.

Por último, tenemos el **QUINTO CAPÍTULO**, denominado “Conclusiones”, en el cual expondremos las conclusiones que se arribaron en la presente investigación, haciendo énfasis de que la Teoría de lo Justo en la legitimidad de la pena; teoría formulada y propuesta para su análisis, queda abierta a debate y a futuras reformulaciones en el curso de su fundamentación filosófica.

CAPÍTULO I
EL PROBLEMA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La pena siempre ha sido uno de los problemas más grandes de la filosofía del derecho penal, sobre la que se ha generado una serie de teorías que pretenden legitimar su existencia, en donde pese a los esfuerzos elaborados, aún no se arriba a una respuesta exacta, dada la inconsistencia lógica que existe en dichas teorías.

Como bien refiere Zaffaroni¹, el problema de las Teorías legitimadoras de la Pena es que desarrollan su contenido desde el “deber ser”, omitiendo tener en cuenta el “ser” de la pena, es decir, estas teorías han sido pensadas desde cual *debe ser* la función de la pena, mas no han definido *que es* la pena, lo que hace que dichas teorías no tengan consistencia lógica a su legitimidad.

Esta observación se agudiza aún más, cuando la teoría y la ley nos hablan de fines preventivos, resocializadores y protectores de la pena, pero la realidad nos evidencia a la pena como consecuencia jurídica irracional del delito, aceptada por nosotros, sin mediar crítica alguna.

Este problema se origina, en el afán de legitimar la existencia de la pena, omitiendo reflexionar sobre que es la pena realmente, para recién ahí, elaborar una teoría que desarrolle cual debe ser la función de la pena.

La problemática de las Teorías de la Pena², data de un criterio temporal que surge desde el siglo XVIII hasta la actualidad, que es desde cuando se viene integrando a la doctrina ius penalista las denominadas teorías legitimadoras de la pena, con el objetivo de explicar el significado y las funciones del castigo penal.

¹ ZAFFARONI. Eugenio. Estructura Básica del Derecho Penal. Edit. Ediar S.A Buenos Aires- Argentina 2009 p. 4

² PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. La dosimetría del Castigo Penal. Edit. Ideas .Lima-Perú 2018 p. 15

La problemática de las Teorías de la Pena denota de un criterio espacial ubicado en Alemania, en el pensamiento de Kant y Hegel, quienes plantearon las primeras teorías respecto a la legitimidad de la pena; Kant desde su visión de la pena como imperativo categórico y Hegel desde una visión dialéctica que, siglos después serviría de inspiración en Jakobs para formular la función restabilizadora de la pena.

Es importante el estudio de la problemática planteada, dado que se trata de uno de los problemas más grandes que existe en la filosofía del derecho penal, siendo de suma importancia sentar base sobre que es la pena y cuál *debe ser* su función, en virtud de arribar con ello, una base teórica sólida sobre la que se erija el sistema punitivo.

Respecto al sentido ontológico de la pena, compartimos en parte la posición de Zaffaroni, al referir que la pena es un hecho político; no obstante, sostenemos que este hecho no impera por la sola razón de que sea político, sino que lo que hace que impere en una sociedad, es la sociedad misma, en la medida de lo que esta comprende por justicia, dada la relación tan intrínseca de dicha concepción sobre la legitimidad de la pena.

Es así que, desde nuestra perspectiva, la pena es un hecho político que se legitima en función de lo que se comprende por justicia. En ese sentido Alexy³, indica que, si nos basamos en una idea de la justicia, desde una concepción compensativa, resulta lógico que tal compensación sea asumida como pena; esto se manifiesta cuando la sociedad legitima dicha pena, con arreglo a que esta idea de retribución es lo que comprende y exige como justo.

Del mismo modo Roxin⁴, afirma que: “La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la

³ ALEXY, Robert. Justicia como corrección. Edit. DOOXA-Electrónica 2003 Alicante - España p.161

⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. Edit. Civitas S.A Madrid - España 1997 p. 82

antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad”.

Ejemplo de ello, tenemos que cuando se acusa a alguien de asesinato, la sociedad azuza el nombre de la justicia para exigir al estado que esta persona sea penada, debido a que la justicia comprendida como castigo o retribución genera una consecuencia epistémica, es decir, se genera una consecuencia de conocimiento, que hace que la pena sea legitimada, en la idea de que cuando se impone una pena, se está haciendo justicia.

Teniendo en cuenta que, esta idea de justicia retributiva, la hemos aceptado consciente o inconscientemente como sociedad, es que afirmamos que el “ser” de la legitimidad de la pena se deriva como consecuencia epistémica de la justicia, es decir, del conocimiento que previamente se tenga sobre esta.

En ese sentido, consideramos que para formular el “deber ser” de la pena, debemos partir por la lógica del “ser” de la misma, es decir, sobre la lógica de lo que es la pena realmente, esto a su vez, nos permitirá darle coherencia interna a la estructura lógica del “deber ser” de la pena.

El objetivo es determinar el “deber ser” a través de la estructura lógica del “ser” de la Pena, el cual consiste en establecer su legitimidad como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo, con la finalidad de cimentar una base teórica de la pena que nos permita darle consistencia lógica a su legitimidad, sin pretender desarrollar su dimensión aplicada, puesto que nos avocamos directamente en una investigación de carácter filosófico jurídico.

Por tanto, para cumplir con el objetivo, se formulará una Teoría de la Justicia, a la que denominaremos la Teoría de lo Justo, mediante la cual se diferenciará a la justicia de lo justo, generando axiomas claramente diferenciables entre dichas premisas; la justicia entendida

como un fin de contenido ontológico, abstracto y genérico y lo justo entendido como un medio de contenido deontológico, concreto y específico; que generará como consecuencia epistémica, una idea de la pena más humana y racional que limite el poder punitivo a través de lo justo.

1.2. ANTECEDENTES

ANTECEDENTES NACIONALES

1. VIVANCO NÚÑEZ, Pierre Moisés, llevó a cabo en la ciudad de Lima, una investigación denominada FUNDAMENTOS PARA UNA CONCEPCION DE JUSTICIA A PARTIR DE LA LUCHA ENTRE ESCUELAS JURÍDICAS. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Pontificia Universidad Católica del Perú Lima – Perú 2017. Conclusión: la concepción de justicia planteada por el tesista en la presente investigación cumple con dos de las tres propiedades que debe tener una teoría: a) Consistente y b) Axiomatizable, porque es posible formar axiomas independientes entre sí, las mismas que forman teoremas o proposiciones nuevas sin contradicciones entre todos sus elementos.
2. IBÁÑEZ BLANCAS, Franklin Ernesto, llevó a cabo, en la ciudad de Lima, una investigación denominada JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y POBREZA GLOBAL: ALCANCES Y LIMITES DE LA TEORIA DE JOHN RAWLS. Tesis para optar el grado académico de Magister en Filosofía, Pontificia Universidad Católica del Perú Lima – Perú 2009. Conclusión: El gran desacierto de Rawls es considerar a los pueblos excesivamente autónomos, en perjuicio de los pueblos pobres o la población desposeída que albergan.

3. RAMÍREZ ALVAREZ, Mercedes Gianela, llevó a cabo, en la ciudad de Lima, una investigación denominada EL FIN DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES PERUANOS. ESTUDIOS SOBRE LA FUNCIÓN Y FINES DE LAS "MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS". Tesis para optar el título profesional de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima – Perú 2021. Conclusión: El fin de la pena juvenil es predominantemente preventivo especial positivo en todo modelo de protección integral.

4. TORRES JERI, Lourdes, llevó a cabo, en la ciudad de Lima, una investigación denominada SOBRE LA CONVENCIÓN AMERICANA Y LA PENA DE MUERTE: DE LA NECESIDAD DE DENUNCIAR EL PACTO DE SAN JOSÉ PARA AMPLIAR CAUSALES DE PENA CAPITAL Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE ESTA DECISIÓN. Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima – Perú 2021. Conclusión: Actualmente, el Perú se encuentra dentro bajo dos sistemas de protección de Derechos Humanos: el Sistema Universal sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos.

5. MEZA ESPINOZA, Luis Alberto, llevó a cabo, en la ciudad de Lima, una investigación denominada EL TRABAJO PENITENCIARIO EN EL PERÚ: LA APLICACIÓN DEL TRABAJO COMO ACTIVIDAD OBLIGATORIA EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD. Tesis para optar el título de Magíster en Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima – Perú 2017. Conclusión: El trabajo como una de las actividades esenciales que sustentan el tratamiento penitenciario, es tomado en cuenta por la amplia mayoría de países, diferenciándose entre unos y otros, el carácter obligatorio o no, en su aplicación.

ANTECEDENTES INTERNACIONALES

1. MÉNDEZ HINCAPIÉ, Gabriel, llevó a cabo en la Ciudad de Madrid una investigación denominada EL TERCER PRINCIPIO DE JUSTICIA. LA ENCRIPCIÓN DEL PODER Y LA DESESTABILIZACIÓN DE LA JUSTICIA COMO EQUIDAD. Tesis para optar el Grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Madrid - España 2004. Conclusión: El anclaje del Tercer principio en la propuesta de descifrado del poder también aporta una respuesta crítica a algunos planteamientos de Vigilancia líquida y La sociedad de la transparencia, del sociólogo polaco Zygmunt Bauman.
2. DÍAZ GARAY, Paulo Enrique y BADILLA VÉLIZ, María Javiera, llevaron a cabo en la Ciudad de Santiago, una investigación denominada EL CASTIGO COMO FUNCIÓN SOCIAL COMPLEJA. HACIA UNA CRÍTICA A LAS TEORÍAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA. Tesis para optar el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile 2004. Conclusión: Un sistema penal con un mayor nivel de legitimidad solo puede venir de la mano con una conceptualización el castigo que abarque todos sus aspectos. Como señalaba Foucault, tratando al castigo como una función social compleja.
3. CHÁVEZ SÁNCHEZ, José Gerardo, llevó a cabo en la Ciudad de México Distrito Federal, una investigación denominada APROXIMACIÓN A LAS TEORÍAS DE LA PENA Y EL DERECHO PENAL POSITIVO MEXICANO. Tesis para obtener el grado de Especialista en Derecho Penal, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México 2003. Conclusión: En el establecimiento de la pena, no todo es jurídico, sino que prevalece la lucha entre los diversos grupos sociales,

quienes detentan el poder y quienes quieren detentarlo, ello como medio de control de los propios grupos.

4. MORANTE SORIA, Manuel, llevó a cabo en la Ciudad de México una investigación denominada LA TEORIA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS, UNA VISIÓN DEONTOLOGICA Y CONTRACTUALISTA DE LA JUSTICIA SOCIAL. Tesis Profesional para obtener el Título de Licenciado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México 2003. Conclusión: La teoría de la justicia es la abstracción de la teoría del contrato social. Esta abstracción se hace a partir de su concepción de persona contratante.
5. MAÑALICH, Juan Pablo, llevó a cabo en la Ciudad de Santiago de Chile, una investigación denominada LA PENA COMO RETRIBUCIÓN. Artículo científico del Repositorio de la Universidad de Chile, Chile 2007. Conclusión: La justificación retribucionista de la pena, suele ser considerada incompatible con una definición secular del ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

1.3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. JUSTIFICACIÓN:

Entre los tipos de justificación, tanto teórica, práctica y metodológica; la justificación de la presente investigación es de tipo teórico, puesto que, la razón fundamental, por la que formulamos e investigamos la legitimidad de la pena como consecuencia epistémica de la justicia, radica en la necesidad de crear y formular la Teoría de lo Justo, a efectos de darle consistencia lógica a la legitimidad de la pena.

Para este propósito, se tendrá en cuenta el sentido ontológico y realista de la pena; realidad que desmiente y aterriza todo aquello que hemos teorizado respecto al “deber ser” de la pena.

Realidad, en donde la pena se manifiesta como un hecho político, que responde a menudo a intereses políticos y sociales, que encuentra legitimidad en el clamor popular, que azuza el nombre de la “justicia” para justificar el castigo penal, desde una concepción de justicia netamente retributiva, pues es esta concepción, la que consciente o inconscientemente, hemos aceptado como sociedad.

En síntesis, formular la Teoría de la Justo en la legitimidad de la pena, se justifica en la necesidad de proponer una teoría novedosa que establece la armonía lógica entre dichas premisas, la cual se obtiene al formular el “deber ser” de la pena, bajo la estructura lógica del “ser” de la misma, lo que permite garantizar con eficacia el curso de su fundamentación filosófica.

1.3.2. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN:

La importancia de la presente investigación yace en la trascendencia que significa formular la Teoría de lo Justo como solución frente a uno de los problemas más grandes que existe en la filosofía del derecho penal, pues a menudo, se plantean teorías que buscan determinar la legitimidad de la pena desde el “deber ser”, sin atender al “ser” de la misma, omitiendo analizar la teoría de la justicia; olvidando con ello, la raíz de todo, es decir, se pretende construir sobre terreno no alisado.

Del mismo modo, es relevante tratar esta problemática, puesto que las teorías de la pena, pese a que constituyen la base sobre la que se erige el sistema penal, es la problemática menos tratada y estudiada por la doctrina, a diferencia del estudio que se le presta a la teoría del delito o a la teoría de la ley penal, por lo que amerita un estudio agudo y exhaustivo.

Tal es su importancia que Mir Puig⁵, señala que la función del derecho penal se determina según la función que se le asigne a la pena, esta función se dilucida en lo que se conoce como teorías legitimadoras, teorías de la función o de los fines de la pena.

Al formular la Teoría de lo Justo en la legitimidad Pena, su importancia se verá reflejada al establecer con dicha teoría, un enfoque que delimite el uso racional de la pena, por sobre otros fundamentos que estén justificados en el sentido de la justicia y del derecho.

1.4. FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA

PREGUNTA PRINCIPAL

¿La Teoría de lo Justo genera una consecuencia epistémica en el deber ser de la legitimidad de la pena?

PREGUNTAS SECUNDARIAS:

- a. ¿Cómo debe ser comprendida la Justicia y lo Justo desde una concepción que pueda ser garantizada por la pena?
- b. ¿Cómo debe ser comprendido el derecho penal desde la Teoría lo Justo?
- c. ¿Cuál debe ser la función de la pena como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo?

⁵ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General 10ª Edición. Edit. Reppertor 2016. Barcelona-España p. 84

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL:

Determinar el “deber ser” a través de la estructura lógica del “ser” de la legitimidad de la pena, el cual consiste en establecer su legitimidad como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- a. Formular la Teoría de lo Justo, diferenciando como debe ser comprendida la justicia y lo justo, determinando si esta concepción puede ser garantizada por la pena.
- b. Determinar cómo debe ser comprendido el derecho penal desde la Teoría de lo Justo.
- c. Establecer cuál debe ser la función de la pena como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo, estableciendo si el derecho penal es un derecho de medios o de fines.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

SUB CAPÍTULO I
LA TEORÍA DE LO JUSTO

1. LA TEORÍA DE LO JUSTO: BOSQUEJO FILOSÓFICO

1.1. Generalidades

Reflexionar sobre que es la justicia es un cuestionamiento que ha perseguido al hombre desde la búsqueda del porqué de su existencia, asumirla desde el pensamiento de diversos autores, es importante, pero no razón suficiente para limitarnos a ello y cesar en su búsqueda, por lo que se analizará su concepción desde distintos puntos de vista, para con ello concluir en un enfoque distinto y novedoso que nos permita adoptar una nueva perspectiva respecto a la legitimidad de la pena.

Como bien lo hemos señalado en el planteamiento del problema, la Teoría de lo Justo, es una teoría que se inspira en formular el “deber ser” de la pena, empleando la estructura lógica del “ser” de la misma.

Esto producto de la crítica formulada por Zaffaroni⁶, quien indica que, el problema de las teorías legitimadoras de la pena, es que desarrollan su contenido desde el “deber ser”, omitiendo tener en cuenta el “ser” de la pena.

Por lo que, en atención a dicha crítica, consideramos pertinente formular una concepción deontológica respecto a la legitimidad de la pena, teniendo en cuenta la estructura ontológica de esta.

Así las cosas, partimos por la idea de que el “ser” de la pena se concibe como un hecho político que se legitima en función de lo que se comprende por justicia, dicho de otro modo, la pena si bien es un fenómeno político, este no impera por la sola razón de que sea político, sino que tiene un discurso que hace que impere en una sociedad, siendo este discurso, la sociedad misma, en la medida de lo que esta comprende por justicia, dada la relación tan intrínseca entre dicha concepción sobre la legitimidad de la pena.

⁶ ZAFFARONI. Eugenio. Estructura Básica del Derecho Penal. Edit. Ediar S.A Buenos Aires- Argentina 2009 p. 4

Máxime, si se tiene en cuenta que, el mismo Zaffaroni⁷ indica que, no existe fenómeno político que se mantenga si un discurso que lo legitime, si en principio sostenemos la idea de que la pena es un hecho político, la estructura lógica del “ser” de la misma, no se agota en que sea político, sino que esta al legitimarse en función de lo que se comprende por justicia, advertimos que, existen dos premisas que enlazan entre sí: la justicia y la pena, bajo una consecuencia epistemológica.

En ese sentido Alexy⁸, indica que, si nos basamos en una idea de justicia que tenga una concepción compensativa, resulta lógico que tal compensación sea asumida como pena; esto se manifiesta cuando la sociedad legitima dicha pena, con arreglo a que esta idea de retribución es lo que comprende y exige como justo.

Siguiendo esa línea, Kindhauser⁹ precisa que, todo intento de legitimar la pena tiene que tomar en cuenta, cada uno de los elementos de su definición, puesto que, la pena es una institución jurídica que tiene como criterio de corrección jurídica a la justicia, esto hace que todo intento de legitimación tiene que demostrar que puede ser justo reprochar a alguien a través de la irrogación de un mal. A esto agrega que, la teoría de la pena justa¹⁰ es un elemento de una teoría de la justicia política, lo que conlleva a que la pena deba de ser cubierta por una estrategia de humanidad, en función a que, la teoría de la justicia abarca a la pena.

No queda duda entonces, respecto a la relación intrínseca que enlaza la premisa de justicia y de pena, relación que advertimos como parte de la estructura lógica del “ser” de la pena.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio. Derecho penal humano y poder en el siglo XXI. Edit. INEJ 2016. Managua – Nicaragua p. 25

⁸ ALEXY, Robert. Justicia como corrección. Edit. DOOXA-Electrónica 2003 Alicante - España p.161

⁹ KINDHAUSER, Urs. Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Edit. B de F Ltda. 2011 Montevideo – Uruguay p. 3

¹⁰ *Ibíd*em p. 12

Del mismo modo Roxin¹¹, si bien apunta que la concepción de la pena guarda relación con el control y el poder político; también agrega que: “La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad”¹², lo que se colige con la postura ontológica de la pena, que sostenemos en la presente investigación.

Tal como señalamos al principio de esta investigación, formulamos el “deber ser” de la pena, empleando la estructura del “ser” de la misma, siendo que su estructura lógica, consiste en un hecho político que se legitima en función de lo que se comprende por justicia, esto es, existe una consecuencia epistemológica o de conocimiento, entre el concepto de justicia y de pena.

Dicho de otro modo, al formular con la Teoría de lo justo una nueva concepción de justicia, esto acarrea como consecuencia una nueva concepción en la legitimidad de la pena, que en la presente investigación la enfocaremos desde la filosofía del derecho y la dogmática penal.

Lo que sostenemos, es que se produce una suerte de efecto dominó, entre el concepto de justicia y de pena, debido a la relación tan intrínseca que existe entre ellas, puesto que, si se plantea un enfoque distinto sobre una, genera como consecuencia un enfoque distinto sobre la otra.

La razón por la que nos avocamos a tal enfoque es en virtud de concluir de dicho efecto, una nueva propuesta en la concepción deóntica de la pena que nos permita sentar base sobre las problemáticas contemporáneas que se presentan sobre ella.

¹¹ ROXIN, Claus. “Sentido y Límites de la Pena estatal”: Problemas Básicos del Derecho Penal. Edit. Reus S.A Madrid – España 1976 p. 11

¹² ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. Edit. Civitas S.A Madrid - España 1997 p. 82

Teniendo en cuenta que, actualmente tenemos una concepción generalizada de la justicia vista como retribución o distribución, la misma que hemos aceptado consciente o inconscientemente como sociedad, es que afirmamos que el “ser” de la legitimidad de la pena se deriva como consecuencia epistémica de la justicia, es decir, del conocimiento que previamente se tenga sobre esta.

Ejemplo de ello, tenemos que cuando se acusa a alguien de asesinato, la sociedad azuza el nombre de la justicia para exigir al estado que esta persona sea penada, debido a que la justicia comprendida como castigo o retribución genera una consecuencia epistémica, es decir, se genera una consecuencia de conocimiento, que hace que la pena sea legitimada, en la idea de que cuando se impone una pena, se está haciendo justicia.

Lorenzo Morillas Cueva¹³, jurista español de la Universidad Complutense de Madrid, respecto a esta idea retributiva, agrega que, la realidad punitiva tiene una tendencia hacia una modernizada retribución penal, en clave de expansionismo punitivo como instrumento para tratar los problemas sociales.

Queda entonces, abordar el concepto de la justicia; comprender su dimensión, es divagar en un pensamiento interminable y abstracto, por lo que para hacer concreto lo abstracto de su dimensión se propone la Teoría de lo Justo, teoría que diferenciará a la justicia de lo justo, generando axiomas claramente diferenciables entre dichas premisas; la justicia entendida como un fin de contenido ontológico, abstracto y genérico y lo justo entendido como un medio de contenido deontológico, concreto y específico; que generará como consecuencia epistémica, una idea de la pena humanista y racional que limite el poder punitivo a través de lo justo.

¹³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo. Edit. DYKINSON S.L 2016 Madrid – España p. 43

1.2. La Justicia como punto de partida

Estimamos a la Justicia, como punto de partida para el desarrollo de nuestra tesis, en atención a lo señalado por Alf Ross¹⁴, para quien, la justicia es el principio más elevado del derecho como opuesto a la moral y que advierte del peligro de mantener a la justicia como un valor jurídico indeterminable y como este puede ser absorbido por la emotividad humana, en la que cada uno de nosotros le entrega un contenido distinto que circunda lo subjetivo.

Así mismo, Hans Kelsen¹⁵ repara en las consecuencias que han existido a lo largo de la historia humana para determinar que es la justicia y que, pese a los esfuerzos elaborados hasta entonces, carece de una respuesta absoluta.

Kelsen reconocía que, a la justicia no se le puede encontrar una respuesta definitiva, pero en la que sí se puede procurar hacer las preguntas correctas que nos acerquen a su concepto.

Acompañando dichas apreciaciones, consideramos fundamental partir por la justicia, pero tratándola desde un enfoque que este en sintonía con el derecho, ello requiere de objetividad, pero sin menoscabar los juicios de valor que abrazan las ciencias jurídicas.

Según lo señalado por Ross, la justicia es entendida como un reclamo emocional que dista de la razón, tal apreciación no es ajena a la realidad, si atendemos a la justicia como las exigencias sociales que observamos actualmente, ejemplo de ello, son las exigencias penológicas o de represión, que llevan consigo toda una carga emotiva que no necesariamente implican un actuar justo y mucho menos sostenible en derecho.

¹⁴ ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Edit. Universitaria, 1997. Buenos Aires-Argentina p.18-19

¹⁵ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia? Edit. Distribución Fontamara S.A 1991. D.F - México p. 9

La crítica planteada por el autor nos conmina a determinar una justicia exenta de apreciaciones emotivas. Determinar su objetividad es una cuestión compleja, pero también es claro que el adoptar deliberadamente un criterio subjetivo sobre ella, puede dar lugar a que en el nombre de la justicia se incurra y justifique una serie de arbitrariedades.

También es cierto que, al proponer una teoría de la justicia, esta inevitablemente no podrá ser del todo ajena a la subjetividad, dada la naturaleza de nuestro entendimiento humano, por lo tanto, lo que debemos procurar es darle un alcance objetivo, y que este alcance encuentre asidero racional y jurídico.

1.3. Axiología Jurídica

Ariel Álvarez Gardiol¹⁶ nos explica: “El tema de la justicia pertenece al mundo de los valores y este orbe está estrechamente vinculado al universo de las esencias. Mucho antes de que la axiología conformara una teoría de los valores y como tal una disciplina filosófica con cierta autonomía, los valores fueron considerados al modo de las esencias”.

Siguiendo las líneas en mención, nos acercamos a la Teoría De Las Ideas de Platón, entendiendo a la justicia como un valor en esencia, ubicándola mucho antes de las Teorías Axiológicas del siglo XIX y XX, evidenciando con ello su relevancia adquirida más allá del Derecho.

El referido autor¹⁷ nos indica que, la Teoría Axiológica y la tesis que desarrolla su objeto, contempla el estudio de los valores y como estos intervienen en el derecho, siendo la justicia el eje central de todos los valores jurídicos, al estimarse como la médula que sostiene y justifica el derecho.

¹⁶ ALVAREZ GARDIOL, Ariel. Manual de Filosofía del Derecho. Edit. Juris 1998. Santa Fe-Argentina p. 401

¹⁷ Ídem

Dentro del estudio de los valores, sean estos, la justicia, la paz, el bien común, el orden, la seguridad, la solidaridad, se han desarrollado dos tesis que tratan de explicar el sentido que descansa en ellas.

Entre las cuales ubicamos a la Tesis Subjetiva¹⁸, que aduce que los valores no existen, sino que somos los seres humanos quienes le otorgamos contenido a través del interés o desinterés que estos nos produzcan.

Por otro lado, se sostiene la Tesis Objetiva, en la que Max Scheler¹⁹ afirma que los valores existen más allá de la experiencia humana, y que su sentido es independiente a lo que creemos, es decir, el hombre no crea ningún valor, sino que lo descubre en la propia naturaleza.

Es importante advertir que, en esta dinámica entre lo objetivo y subjetivo, lo subjetivo no deja de ser importante, al entender que el Derecho no es una ciencia exacta y que es parte de sí, abrazar subjetividades.

Estas son las valoraciones que da el operador jurídico al ejercer derecho, o las decisiones que emiten nuestros magistrados en la que indudablemente existe una carga subjetiva que, si bien se ven limitadas por garantías y principios, estas no desaparecen en su totalidad.

Además, cabe mencionar que, entre ellas, lo objetivo siempre se podrá estudiar mejor frente a lo subjetivo, por tanto, se hace más factible en términos de razonamiento.

Ingresar en el terreno de lo subjetivo, es encontrar respuestas instantáneas frente a un problema, pero al estudiar tales respuestas,

¹⁸ Ibídem p. 156

¹⁹ SCHELER, Max. Metafísica y axiología, en particular ética. Edit. Encuentro S.A. 2013 Madrid - España p. 16

arribamos a un plano incierto, gaseoso, donde nuestro entendimiento se complica, más aún si queremos abordar su origen.

No hay porque tener temor de admitir esta realidad, pero también debemos tener el brío, para unir esfuerzos y cercar un margen objetivo sobre la justicia que pueda encontrar asidero en el derecho.

De nuestra parte, adoptamos la Tesis Objetiva, en función a que como hemos venido señalando el derecho requiere de una concepción de justicia que sea objetiva, es decir, se debe de evitar todo aquello que lo vuelva relativo, para no recaer en la idea de que la justicia es dependiente de nuestras creencias, apreciaciones o del lugar donde se aplique.

Sostenemos la idea de que la justicia es equiparable a la verdad, ambos son valores abstractos, que no dependen de nosotros, ni de nuestro razonamiento, por ejemplo, en el mundo existe una realidad y nosotros pretendemos descubrir la verdad de lo que existe en ella, en esa búsqueda solo obtenemos alcances sobre la misma, mas no la verdad propiamente dicha.

Por lo que decir que existe una verdad para uno y otra verdad para otro, resulta errado, porque la verdad es independiente a lo que nosotros estimemos de ella. Existe algo allá afuera, que nosotros interpretamos, pero esa interpretación solo puede anhelar a ser lo más próximo a la verdad, pero no la verdad en sí misma.

En un momento pensamos que los truenos eran dioses, luego entendimos que esto rezaba a una lógica científica, con el tiempo comprenderemos fenómenos que ahora nos resultan inexplicables, mientras tanto, mediante el conocimiento y la reflexión, obtenemos alcances que nos acerquen un poco más a esa verdad que tanto nos intriga.

Lo mismo que ocurre con la verdad, ocurre con la justicia. Es menester admitir, que nunca sabremos a ciencia cierta que es la

justicia, pero lo que sí sabemos es que podemos tener un alcance próximo a ella, dicho alcance requiere de una concepción lo más objetiva posible, que integre y justifique el Derecho, de lo contrario su integración resultaría contraproducente, generando inseguridad en su aplicación.

Muestra de esa inseguridad, nos ejemplifica Sergio Estrada Vélez citando a Aulis Aarnio²⁰ al señalar que: “El reto para la ilustración moderna, atendiendo al llamado de Aarnio, es el de lograr una racionalización del discurso axiológico, esto es, una labor dirigida a la incorporación de elementos que confieran objetividad a los contenidos axiológicos. Un juez no puede fallar teniendo como base de su decisión una idea personal de justicia, debe acudir a los elementos que la concretan deductivamente confiriéndole objetividad, siendo estos los principios jurídicos. (..). Así, un juez podrá administrar justicia, pero no podrá tener en la misma el único fundamento de su decisión”.

Este ejemplo grafica de una forma didáctica las dificultades de una justicia subjetiva, impropia para el derecho, en la que es labor de la academia, emprender la búsqueda de su comprensión que nos amplíe el panorama y nos acerque al verdadero sentido de las ciencias jurídicas.

En ese camino, una idea de justicia no se sostiene por sí misma, dado lo abstracto de su dimensión. Por tanto, debe manifestarse en afectaciones concretas sean procesales o materiales, para que su aplicación se torne eficaz, y ello solo se obtiene con una idea de justicia de contenido objetivo, que no dé lugar a una relatividad inidónea para el derecho.

²⁰ Citado por ESTRADA VELEZ, Sergio. De la jerarquización filosófica de los valores a la coordinación jurídica de los principios. Revista Telemática de Filosofía del Derecho N° 8, 2004/2005. p.81 [En línea] Disponible en:<< <http://www.rtf.d.es/numero8/4-8.pdf/>>> [Consulta: 11 de Noviembre del 2019]

1.4. La Justicia como promesa o fin de Hartmann

Álvarez Gardiol²¹ siguiendo el pensamiento de Nicolai Hartmann, apunta a un enfoque de suma importancia para nosotros, al señalarnos: “En el plano de los valores éticos donde indudablemente ubicamos el tema de la justicia (...) no entra en la esencia de la promesa el que se la mantenga efectivamente, pero sí entra en su esencia el que sea contra valioso no mantenerla. (...) lo que prueba y demuestra que la independencia del valor del juicio humano está en relación con la independencia de los objetos del conocimiento relativo a éste, o sea con la supra objetividad de los mismos”.

Estimamos que lo señalado líneas arriba, es de suma importancia, dado que este enfoque resulta necesario y acertado si lo aplicamos al derecho. Partiendo por la idea que la promesa de justicia es la que se suele atribuir al derecho, como un fin, en las exigencias que el contrato social determina, con esto no queremos referirnos a dicha promesa como una obligación, sino como un sentido latente en cada acto que manifiestan las ciencias jurídicas.

Esta promesa no radica en que siempre se tenga que cumplir con efectividad, sino su esencia reposa en lo perjudicial que sería para el derecho no mantenerla, dado que es el valor que desde nuestra perspectiva sostiene su existencia.

Esto es, la justicia es independiente a nuestro juicio, la justicia sigue su cauce y se mantiene en la promesa de finalidad, siendo que no podemos ignorarla, hacerlo implicaría ir contra nosotros mismos, contra nuestro propio sentido.

²¹ ALVAREZ GARDIOL, Ariel. Manual de Filosofía del Derecho. Edit. Juris 1998. Santa fe-Argentina p. 401

Nosotros consideramos que, tales promesas referidas por Hartmann²², también pueden ser planteadas como fines anhelados por el Derecho, distinguiendo a la justicia como un fin en sí mismo.

Entonces si ya tenemos claro que para la búsqueda de la justicia se requiere un enfoque objetivo para su aplicación jurídica, que nos libere de toda carga subjetiva y que la esencia de la justicia no está en que el derecho la haga efectiva, sino en que el derecho la mantenga como una promesa de finalidad, independientemente de si esta finalidad se llega o no a efectivizar en realidad.

De lo expresado, nos asalta esta pregunta: ¿Es entonces el derecho, un derecho de fines o un derecho de medios para llegar a esos fines?, esta interrogante la desarrollaremos a plenitud, cuando concluyamos el presente capítulo, y formulemos una teoría de la justicia que será el principio del efecto dominó que postulamos, entre la justicia y la pena.

Por lo pronto, al iniciar esta reflexión, sobre si el derecho realmente nos ofrece soluciones y si son estas soluciones una expresión de justicia. Sostenemos que la justicia que justifica el derecho y que es su fuente de inspiración, no puede ser subjetiva, sino más bien objetiva. Ahora, cabe preguntarnos si el hecho de adoptar la tesis objetiva, ¿requiere inmediatamente que la justicia sea entendida como razón?

²² HARTMANN, Nicolai. Ética. Traducido por Javier Palacios. Edit. Ediciones Encuentro S.A. 2011 Madrid - España p. 503

1.5. Justicia y Razón de Larenz, Kaufmann a Haft

Amartya Sen²³ frente a ello, nos advierte: “La necesidad de una teoría de la justicia se refiere a la disciplina de emplear la razón en un tema sobre el cual, como lo hacía notar Burke, es muy difícil hablar. A veces se dice que la justicia no es en absoluto una cuestión de razón, sino de tener la sensibilidad apropiada el olfato adecuado para la injusticia (...) Los requisitos de una teoría de la justicia incluyen poner la razón en juego en el diagnóstico de la justicia y la injusticia”.

Si analizamos lo expresado por el autor, podemos percatarnos que ubica a la razón como eje principal para llegar a una teoría de justicia.

Así mismo, al situarnos en una sensibilidad apropiada y adecuada para llegar a la injusticia, esto no debe desviar nuestro enfoque a una idea de justicia popular, es decir, no en una sensibilidad que represente el sentimiento aflictivo o represivo que a veces engloba a la sociedad, sino a la agudeza que se requiere para no atarnos a la razón, en ideas sesgadas de aparente coherencia.

En atención a lo advertido, podemos confirmar que mediar lo objetivo en un tema tan abstracto como la justicia, es complejo, pero también imperativo para llegar a su expresión.

Se puede llegar con esto a una confusión del sentido de justicia, es decir, que la justicia sea la razón en sí misma, lo cual rechazamos de plano, porque, así como lo expresa el autor, la razón cumple un rol trascendente en el diagnóstico de los justo e injusto, pero consideramos que es importante advertir este rol como medio para llegar al diagnóstico y no que el diagnóstico sea el medio en sí mismo.

²³ SEN, Amartya. La idea de la Justicia. Edit. Santillana Ediciones Generales S.L, 2010. México p.36

Nosotros a través del intelecto y la razón, arribamos a conclusiones, pero el hecho de que a través de la razón lleguemos a una conclusión, no implica que la conclusión sea la razón en sí misma, pues esta pertenece a un plano psíquico que no se representa en lo externo, sino interviene en él para darle sentido y comprensión.

Como señalamos anteriormente, nunca sabremos que es la justicia a ciencia cierta, pero si podemos observar una aproximación de esta, y es esta aproximación la que se concreta mediante la razón y de una sensibilidad apropiada como señalaba Sen.

Respecto a este punto, Karl Larenz²⁴ el autor de la Teoría del Método Jurídico sentenciaba: "El sentido de justicia no es, ninguna fuente de conocimiento del derecho; es en todo caso un factor que pone en marcha un proceso de conocimiento".

Reflejando en su pensamiento, una idea de justicia que resulta innecesaria para el derecho, restando su relevancia frente a sus instituciones y limitándola a un factor de conocimiento, podemos afirmar con ello, que Larenz concebía a la justicia como un factor racional, y que esta no tenía injerencia alguna en la esfera jurídica.

Kaufmann²⁵ postulaba una idea de consciencia lingüística, en la que se afirma que todo lo que no podamos determinar a través de palabras o nombres, no forman parte de nuestra consciencia.

De igual modo, establecía que la filosofía del derecho no está inmersa dentro de las ciencias jurídicas, sino la ubicaba dentro de la filosofía propiamente dicha. Desde una vertiente ontológica que determine la realidad e idea de derecho y no dentro de las ciencias jurídicas como Derecho Justo y como doctrina de la justicia, que implica a la justicia como la razón de ser del derecho, como la que profesaba su maestro Gustav Radbruch.

²⁴ LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Edit. Ariel S.A 2001, Barcelona -España. p.123

²⁵ KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Edit. Universidad Externado de Colombia, 1999. Bogotá-Colombia. p. 39

Esta idea era comúnmente aceptada por la Escuela Alemana en el siglo XX, así lo desarrolla Fritjo Haft²⁶ al analizar la dimensión lingüística del derecho siguiendo a Kaufmann, en la que se atiende a la consciencia con el lenguaje, es decir, solo existe en nuestra razón aquello que podemos dar nombre y tratar con palabras, todo lo demás, es el vivo reflejo de los sentimientos irracionales.

Si nos detenemos a reflexionar sobre este punto, el tema de la razón y la justicia se torna aún más interesante. Dado que, es cierto, nuestra razón, mediante la que elaboramos deducciones, inducciones, abducciones y cualquier ejercicio lógico que queramos, siempre está guiada por símbolos y fonemas, sea a través de números o letras, el lenguaje siempre termina siendo el puerto donde arriba la razón.

Reparando en una idea que se nos ocurra, podemos darnos cuenta, que en un primer momento toda idea es muy amplia e inclusive a veces no sabemos por dónde empezar a plantearla, pese a que la idea está ahí en nuestra mente. Es en este punto, donde nos hace sentido esto del lenguaje, porque mediante el lenguaje nuestras ideas se adecuan, adoptan forma, es decir, por la razón es que una idea adopta una forma, que por sí misma no tiene, siendo muchas veces limitada, dado que el lenguaje no da lugar a que una idea se pueda expresar en toda su dimensión.

Esta especie de coexistencia entre razón y lenguaje, y que es, según la escuela alemana lo adecuado para el derecho, no carece de sentido. Sin embargo, no podemos detener el análisis en aquello que nos convenza y nos haga sentir seguros, por eso es importante revisar el análisis que plantea Haft, quien hace alusión a la jurisprudencia o genealogía de conceptos, percatándose de que el saber jurídico pese a provenir del lenguaje no puede expresarse en él, esto en función a que el lenguaje como lo conocemos no está preparado para lo complejo.

²⁶ HAFT, Fritjo. Sobre el Sentido de la Justicia. Edit. La Universidad de Navarra, España, 2015 p. 377

Evoca para graficar su idea a Rudolf Von Ihering²⁷, quien determinó en el siglo XIX el procedimiento para elaborar conceptos jurídicos, en la que mediaba como primer paso el análisis conceptual e histórico, la concentración o simplificación en principios a través de un estudio holístico y por último la construcción de conceptos.

Ocurre que, mediante dicho procedimiento Ihering aseguraba que en caso de que una persona venda un mismo bien a otras dos personas, el riesgo se transfería, por lo tanto, si este bien se perdía al azar, estas dos personas estaban obligados a pagar al vendedor, desde la razón y el lenguaje, analizándolo como una operación matemática, la conclusión parecía acertada, hasta que tal ejemplo le ocurrió a Ihering en la realidad.

Esta experiencia fue el punto de partida, en el que Ihering empezó a cuestionar sus propias afirmaciones, porque por un lado el saber jurídico, que nos hace sentir confiados, fundamentados en la razón, nos hace llegar a una conclusión, pero cuando esto deja de ser teoría y pasa a la realidad humana, algo ocurre, intervienen factores que no pueden pasar desapercibidos, te das cuenta que no es tan sencillo, como sumar un número con otro, que las relaciones humanas generan situaciones complejas en el que la mera construcción de conceptos no es la alternativa.

Son estos conceptos, que pierden todo su sentido, ante el mínimo sentido de justicia, que existen en las relaciones intersubjetivas, donde el saber jurídico es reducido, desde su noción de razón y lenguaje, quedando limitado frente a lo complejo.

Fue en base a tal experiencia que Ihering reformuló sus afirmaciones y planteo la jurisprudencia de fines, en la que, en base a un sentido de justicia, se formulen construcciones teóricas, reparando en que, si estas construcciones se desvían de tal sentido, su valor se hace nulo.

²⁷ VON IHERING, Rudolf. La dogmática jurídica. Edit. Ediciones Jurídica Olejnik 2019. Santiago – Chile p. 123

Siguiendo esa línea, Haft²⁸ argumenta que, dentro del saber jurídico, existen conocimientos que no pueden ser ordenados, clasificados y jerarquizados, son estos conocimientos los cuales ubica en estructuras tipo, agregando que estos se diferencian de los conceptos, porque el tipo no puede ser ordenado, enumerado o sistematizado, es decir, no puede acoplarse a todas estas dinámicas que empleamos los humanos para poder comprender aquello que es complejo.

Dentro de este grupo, se ubica todo aquello donde la razón es limitada, en donde no se puede afirmar a cabalidad una definición y solo se puede tener aproximaciones más-menos.

Aquí podemos situar al derecho y a la justicia, por ejemplo, seguirá pasando el tiempo y aun no podremos definir con certeza que es el Derecho, dada su dimensión y la complejidad que esté sujeta. Definir al derecho sea probablemente una cuestión interminable, podemos darle distintos enfoques, matices, apreciaciones, pero el derecho siempre seguirá siendo una incógnita que escape de nuestra perspectiva.

Lo mismo sucede con la justicia; en base a lo explicado, es que estimamos a la razón como medio y no como fin, siendo la justicia un fin en sí mismo, por lo tanto, la justicia no podría representarse como razón, ni como conocimiento, hacerlo sería desnaturalizar su propio sentido por las razones que hemos explicado, la tarea ahora es desarrollar a la razón como medio y a raíz de ello concluir, el primer peldaño del efecto dominó que surge entre la justicia y la pena.

²⁸ HAFT, Fritjo., op., cit., p.381

1.6. Análisis de Kaufmann y Habermas frente a Luhmann

En virtud de lo desarrollado en párrafos anteriores, respecto a la justicia como razón y a los argumentos que hemos expresado sobre esta postura, estimamos conveniente detenernos en algunos reparos que hace Kaufmann respecto a la teoría sistémica de Niklas Luhmann, con la finalidad de colegir con ello algunas ideas.

Arthur Kaufmann²⁹ en un ensayo muy consistente y didáctico, en el que resume todo el proceso histórico de la justicia en el derecho, hace alusión a la teoría sistémica de Luhmann, en la que se resuelve el “que” de la justicia como una consecuencia del “como” de la misma, es decir, determina que la justicia se obtiene del resultado de cómo esta debe de aplicarse.

Para Luhmann³⁰ el derecho se legitima por medio del mismo y no solo en un procedimiento, esto significa que, lo que interesa del derecho es su funcionalidad más que su contenido, esta idea ya nos va asimilando al Funcionalismo dentro del derecho penal, en donde el derecho responde de acuerdo a la función o exigencia que este cumple en la sociedad.

Como es harto sabido Luhmann hizo un gran aporte al derecho penal con su Teoría de los Sistemas Sociales, en esta convergencia de norma, persona y sociedad de la que posteriormente Jakobs usaría para determinar la Teoría de los Roles, que es suma relevancia en el Derecho Penal material.

Reconociendo tales aportes, nosotros tampoco compartimos este criterio de funcionalidad, hasta el punto que se renuncie a toda teoría de justicia, pues como apunta Kaufmann³¹ estas teorías son

²⁹ KAUFMANN, Arthur. Qué es y <<como hacer justicia>> Un ensayo Histórico-Problemático. [En Línea]. p. 26 Disponible en<< file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/PD_15_01.pdf >> [Consulta: 15 de Noviembre del 2019]

³⁰ LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad De la unidad a la diferencia. Edit. Trotta S.A 1998 Madrid – España p. 86

³¹ Ídem

desvirtuadas desde el “discurso ideal” o “situación ideal de dialogo” planteada por Jürgen Habermas³², los juicios sobre la justicia no pueden ser obtenidas de procedimientos netamente racionales, sino también de factores emocionales, por lo que es más saludable obtener un juicio correcto de justicia a través del discurso ideal.

Aquí el autor hace referencia a un punto muy interesante, al agregar que, si la justicia fuese una cuestión netamente de la razón esta podría ser resuelta por cada individuo y no generaría mayor problema, sin embargo, dado que su contenido trasciende el razonamiento puro, hace necesario un intercambio argumentativo.

En el encuentro de este intercambio argumentativo, solo se podría admitir interlocutores con la solvencia dogmática, académica y la imparcialidad necesaria que garantice su eficacia, catalogándose según refiere Kaufmann³³, como un “foro de la razón.” Agrega a ello que, pese a que este foro no exista, debemos acercarnos a este ideal.

Advierte con esto, la problemática existente en determinar quiénes serían los indicados para este foro y sobre esta temática, cuestiona si realmente partiendo del “como” se llega al “que” de la determinación de justicia.

En definitiva, el autor, pese a seguir un criterio racional de justicia, no la identifica con el criterio racional y funcional de Luhmann, pues en contraposición al funcionalismo, adopta una idea de relacionalidad, es decir, entiende a la persona como encuentro entre lo estático y dinámico como expresión del ser, por lo que la óptica del derecho es una óptica relacional-personal; el derecho se encuentra en el ser humano.

Siguiendo esa línea argumentativa, Kaufmann afirma que el hombre se realiza como tal, frente a otras personas y son esas relaciones las

³² HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Edit. Santillana S.A 1992 Madrid-España p. 65

³³ KAUFMANN, Arthur., op., cit., p. 26

que son materia de derecho, puesto que la trascendencia del derecho depende de las relaciones jurídicas que sean objeto de este.

Por lo que, si la justicia se acentúa en las relaciones intersubjetivas, en un discurso ideal, las ciencias jurídicas no se pueden concebir como un tópico estático que limite la injerencia de la justicia, bajo el argumento de que solo importa la funcionalidad del derecho, cuando son estas relaciones las que determinan su trascendencia.

Finalmente, el autor³⁴ concluye: “¿Qué es entonces la justicia o la idea del derecho? (...) La idea del derecho es la idea del hombre ¿qué otra cosa podría ser si no? Pero ¿qué es la «idea del hombre»? Sólo cabe ofrecer una respuesta plausible, capaz de facilitar un consenso en el discurso entre los múltiples participantes en la argumentación; se tratará sólo de una respuesta provisional (...) Sin embargo, sea como fuere, el «qué» y el «cómo» del hacer justicia resultan inseparables, al condicionarse mutuamente. Esta circularidad ineliminable está inscrita en el mismo ser humano, ya que el hombre es a la vez un «qué» y un «cómo»”

En síntesis, la interrogante sobre el “que” y el “como” de la justicia es reducida al ser humano y a las relaciones con sus semejantes, refutando lo sentenciado por Luhmann. Compartimos en parte este criterio, pues, así como Kaufmann creemos que la interrogante de la justicia no puede partir desde un razonamiento puro e individualista, así como la importancia del intercambio argumentativo. No obstante, como se explicó anteriormente el problema está en determinar quiénes son los aptos para intervenir en ese intercambio.

Desde esta vereda, creemos que este es el punto de fricción, dado que la justicia es un valor que nos compete a todos, pues la “relacionalidad” de la que se hace referencia, no hace diferencia sobre determinadas personas, sino sobre el ser humano en general.

³⁴KAUFMANN, Arthur., op., cit., p.30

Esta diferencia genera un conflicto adicional sobre el ya existente, pese a ello, no negamos la importancia de tal discurso. Mantenemos lo postulado por Kaufmann, en determinar al ser humano como idea de derecho y justicia.

1.7. El ser humano como idea de Justicia

El ser humano como idea de justicia³⁵ o derecho, atendiéndose como algo inseparable, es un punto muy agudo que acentuamos como importante, para formular cualquier teoría de justicia o de derecho, pues nos surge el pensamiento de que tanto la justicia como el derecho, muchas veces son formulados en juicios de valor o razón que son distantes al ser humano, sin percatarnos que el ser humano no es ajeno a la complejidad de la justicia y el derecho, dado que la propia naturaleza humana también es compleja e indeterminable.

Máxime, si es el ser humano el protagonista del razonamiento o valoración que se realice sobre estos tópicos, es decir, el ser humano invierte esfuerzos en la búsqueda de la justicia, la verdad y el derecho, porque tales ideas solo son equiparables a la complejidad de la propia naturaleza humana, el ser humano cuando quiere comprender a la justicia quiere entender aquello en lo que el mismo se desconoce.

Ese sentido mínimo de justicia es lo que desemboca una búsqueda interminable, en el que no existen respuestas, solo aproximaciones. Aproximaciones que, no deben de olvidar al ser humano como eje de todo ello, entender al ser humano y su conducta es entender su propia búsqueda, en este caso la justicia y el derecho.

³⁵ DE DOMINGO, Tomas. La filosofía del derecho de Arthur Kaufmann en el tránsito a la postmodernidad: Una valoración. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos* p. 464 [En línea] Disponible en:<<
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=497365>>> [Consulta: 14 de marzo del 2020]

En un principio Alf Ross³⁶ nos alertaba sobre los peligros de la justicia como un valor jurídico indeterminable, sobre el que cualquier operador jurídico podría dotar de un contenido subjetivo que dé lugar a arbitrariedades, razón por la que adoptamos la tesis objetiva de Scheler, precisando su implicancia y ubicando a la razón, según lo señalado por Amartya Sen como punto de diagnóstico entre la justicia e injusticia, pero sin confundirla como la justicia en sí misma, dado los aportes de Haft frente a Larenz.

Adicionalmente a ello, Hartmann reparaba en la importancia de la justicia como promesa o fin, siendo la justicia un fin en sí mismo, independientemente de su efectividad, lo que nos llevó a plantearnos, si es el derecho un derecho de fines o un derecho de medios, por lo que reflexionamos en la razón como un medio, posteriormente gracias a la crítica de Kauffman, alcanzamos en el ser humano un eje de todo lo meditado, este es el vértice en el que se armonizan todas estas ideas.

Basándonos en lo explicado, planteamos determinadas premisas que nos lleven a construir una Teoría de Justicia que este en armonía con el Derecho, así como explicaba Robert Alexy a Manuel Atienza³⁷, al afirmar que la realización universal de la justicia descansa no solo en el hecho, sino en el pensamiento, este pensamiento es la filosofía del derecho propiamente dicha, y sin esta filosofía no es posible el Derecho, ni la justicia.

Para Alexy es innegable la relación entre derecho y justicia, aunque con ciertas inclinaciones morales, nosotros siguiendo esa línea reconocemos en la justicia su naturaleza abstracta, pero a su vez entendemos que el derecho no puede sintonizar con dicha abstracción, porque este no representa ninguna clase de seguridad en

³⁶ ROSS, Alf. op., cit., p. 18

³⁷ ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. Edit. DOOXA-Electrónica 2002 p.13

la aplicación del operador jurídico. Por su parte, Atienza³⁸ señala que la razón jurídica actúa solo como un instrumento, sino que está dicha razón está guiada por la corrección y la justicia.

Dentro de este análisis, sostenemos la idea de que el derecho no garantiza ningún fin, en el razonamiento de que todo fin está sujeto a un valor, es decir, si uno quiere lograr algo, ese fin subsiste porque existe un valor que le da razón a su consecución.

Si planteamos como fin, descubrir el porqué de un fenómeno científico, este fin no es meramente lógico o procedimental, pues existe un trasfondo que nos lleva a descubrir aquel fenómeno. ¿Qué sentido tiene saber el porqué de un fenómeno científico?, ¿Qué sentido tiene saber el porqué de las cosas?, algunos dirían que el fin es obtener conocimientos que nos arriben a próximos avances científicos y con ello dar soluciones mayores a los problemas humanos, otros dirían que la razón, porque uno buscaría descubrir el porqué de un fenómeno, en la búsqueda de la verdad.

Las hipótesis que podríamos plantear son interminables, pero debemos detenernos en lo que tienen en común todas ellas, esto es, que siempre serán subjetivas y de naturaleza abstracta, inclusive si uno se aferra a la idea, de que el sentido de buscar el porqué de las cosas, es obtener otro fin mayor, como solucionar los problemas de la humanidad, argumentando que esto es objetivo, cabría preguntarnos el porqué de ese otro fin, y así siempre encontraríamos el mismo trasfondo, un trasfondo subjetivo y abstracto, del que solo tendríamos aproximaciones y nada concreto en realidad, pues siempre detrás de todo fin existirá un valor de contenido subjetivo y abstracto y el comprender la totalidad de dicho valor, estará más allá de la razón.

³⁸ ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Edit. Ariel S.A 1999. Barcelona – España p. 128

Al estar fuera de lo racional, el ser humano no puede detenerse en solo saber que lo está, sino que deben mediar esfuerzos necesarios para adecuar tal abstracción en algo concreto que le permita operar sobre él.

Desde nuestra perspectiva la justicia debe mantenerse como tal, forzar su sentido y naturaleza para que encaje en el derecho, es un error común, lo que debemos elaborar es una fórmula que sintonice con el derecho penal, y que esta a su vez este en armonía con la justicia, como una especie de puente entre dos tópicos complejos.

1.8. La Justicia como medio: De Kelsen a Hart

En el siglo XX, sería Kelsen quien concebiría a la justicia como una cuestión ideológica en la que se encubría intereses que a menudo eran sustentados e identificados por sentimientos irracionales, en función a ello, señala que, todo criterio moral no puede ampararse en las ciencias del derecho, al no existir una fórmula universal y absoluta que circunscriba a la justicia, agregando que, esta solo serviría para imponer ideologías o creencias religiosas sobre los demás, lo mismo que no sería saludable para ninguna teoría jurídica.

Kelsen en la Teoría Pura del Derecho³⁹ en su Capítulo II sobre derecho y moral señala que, la justicia no puede ser definida racionalmente al estar más allá de toda experiencia, “La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo”.

En esa línea, según la Teoría Pura del derecho, el “debe” que se le atribuye al derecho respecto a la justicia, no suscribe un significado moral, en tanto el derecho y la moral distan entre sí, el derecho no reza a ningún juicio de valor, sino describe al derecho positivo que

³⁹ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Edit. Universidad de Buenos Aires. 4° edición 2009 Buenos Aires – Argentina p. 45

se dicta de acuerdo con los procedimientos establecidos y por las autoridades a quienes competen.

Kelsen⁴⁰ desarrolla el punto de la justicia como problema de la justificación de la conducta humana, sobre este punto es donde nos detendremos a analizar, dada la importancia de la justicia como medio que señalamos con anterioridad.

Si bien es cierto, los juicios de valor son eminentemente subjetivos, lo que hace que cada persona tenga un sistema de valores diferente de otro, cabe advertir que, existen sistemas de valores que coinciden entre los individuos, esto se debe a que cada persona es el resultado de influencias sociales, estas influencias al ser desprendidas a un conjunto de individuos, hace que los individuos tengan símiles influencias sociales, por lo tanto, su sistema de valores también será en cierta medida, el mismo.

Según el autor, el hecho de que varios individuos coincidan en sus juicios de valor no prueba ni determina que dichos juicios sean verdaderos, ni mucho menos universales, en consecuencia, no hace que estos sean válidos, dichos juicios de valor cambiarán según la época histórica en que se efectúen.

El ser humano al ser naturalmente racional se diferencia de los animales al querer justificar su conducta, sea por temor, deseo o por estar en paz con su consciencia; esto hace que su temor se refleje como un medio para llegar a un fin, y así justificar su conducta.

Por lo que, según Kelsen⁴¹, para conocer un medio se debe de conocer sus efectos, y esto es poco factible en la vida social, menos aún si se trata de medios sociales, siendo que, este enigma no se puede solucionar racionalmente.

⁴⁰ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia? Edit. Distribución Fontamara S.A 1991. México, D.F p. 27

⁴¹ Ibídem p.33

Si se repasa la idea de reducir a la justicia como medio para llegar a un fin, no se llegaría a una solución racional, pues esto de empezar a ubicar un medio social que obtenga como efecto un fin social, es difícil, y si nos ponemos en el supuesto que se logra conseguir tal medio a través de la experiencia, este medio no proporcionaría una justificación completa de nuestra conducta.

Arriba a este razonamiento⁴², en la idea de que un fin que justifique los medios no implica que los medios justifiquen tal fin, como sería el caso de la bomba atómica, porque el hecho de justificar una conducta como medio para un fin, queda limitada, el problema sería que ese fin no encuentra justificación, es decir, es un fin injustificable.

En consecuencia, si un fin no es justificable, los medios tampoco lo serían. Refiere que nuestra consciencia nos insta a justificaciones absolutas o supremas, por lo que no nos contentamos con una justificación condicionada, dado que esta no es suficiente, ejemplifica con ello, a la democracia.

La democracia es justa⁴³ si asegura la libertad individual como fin, si la libertad es el fin la democracia es su medio, pero si en caso el fin fuese la seguridad económica, inevitablemente el medio debería de ser otro y la democracia pasaría a según plano.

Concluye con ello, a que la justificación de nuestra conducta como medio para fines que la justifiquen exige como último fin a la propia conducta o que esta concuerde con un valor absoluto, quiere decir con ello, que la justificación racional, es la justificación de algo como medio, es por eso que, según el autor, el hombre busca

⁴² SCHMILL, Ulises. Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho. Seminario de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante p. 20 [En Línea]. p. 26 Disponible en<< https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32630/1/Doxa_33.pdf >> [Consulta: 22 de octubre del 2020]

⁴³ KELSEN, Hans., op., cit., p. 33

justificaciones en deidades o creencias trascendentales que apacigüen su consciencia.

Respecto a este análisis, consideramos que Kelsen toca puntos muy agudos que cabe reflexionar con atención. El rechazo de Kelsen de reducir a la justicia a medios nos parece acertado, pues como hemos venido desarrollando en un primer momento, la justicia no puede ser reducida a medios, esto iría contra su propia naturaleza, la justicia en sentido universal se dota a sí misma de un contenido general y abstracto.

Como ya se ha mencionado, la justicia es equiparable al derecho y a la verdad, son cuestiones que pese a las discusiones y el pasar de los años, aun no arriba respuesta definitiva, y lo más probable es que se mantenga en esa línea, razón por la que su reducción sería contrariar su contenido.

Reducir a la justicia es equivalente a reducir el derecho o la verdad, ambas yacen en un sentido muy complejo, y esa es la razón por la que su estudio no concluye, tienen una naturaleza abstracta, que corresponde admitir, recalcando que ello no implica que su valor sea menor por eso, al contrario, demuestra que su propia naturaleza desprende por sí misma todo un conocimiento objetivo, que desde nuestra subjetividad solo podemos aproximar ideas, mas no afirmaciones absolutas.

La naturaleza de la justicia, desde nuestra perspectiva, pese a su abstracción, no implica ninguna clase de divinidad o de valoración sobrenatural y subjetiva, consideramos que debemos entenderla firmemente desde una aproximación o acercamiento. Kelsen hace referencia al problema de la justicia como justificación de nuestra conducta, es decir, emplear un medio para obtener algo, y que ese medio sea justificado por nosotros en nuestra necesidad de justificar nuestras acciones racionalmente.

Nosotros estimamos que, si se quiere comprender la justicia siendo objetivos, no debemos estimar la justificación de nuestros actos por medio de ella, esto implicaría, reducir a la justicia según nuestras acciones. Es decir, que cada vez que realicemos una acción, esta acción tengamos que adecuarla a un parámetro justificativo para así decir si nuestra conducta fue justa o no, esta justificación no es más que una valoración subjetiva, acomodada a intereses personales, contraria a la justicia, como la hemos venido estudiando.

Lo que si nos resulta sumamente interesante es esta lógica que emplea Kelsen sobre los medios frente a los fines, señala en primera línea que ubicar un medio exacto es difícil más si se trata de medios sociales, pero si nos situamos en el hecho de que encontremos un medio adecuado y con este se llegue a un fin, este fin queda insostenible. Al no existir otro fin que lo justifique, por lo que deduce que, si un fin no se justifica, entonces los medios tampoco lo hacen.

Esta lógica de un medio con relación a un fin y que este fin debe sostenerse sobre otro fin, pues si no existe tal justificación, el medio pese a estar justificado en primera línea por el fin primario, pierde justificación al no encontrar sostén en un fin secundario, por lo que solo se encontraría justificación en un fin absoluto.

Siguiendo esta lógica, desarrollamos el siguiente razonamiento, si partimos por la premisa que un medio se justifica sobre un fin y viceversa, y que este fin solo podría justificarse como fin de otro, de lo contrario los medios iniciales perderían justificación. Qué ocurre si el fin primario, en realidad es desarrollado como un medio para llegar a otro fin, y este fin secundario es quien realmente justifica el medio inicial. Ahí no se alteraría la correspondencia lógica, aunque genere un efecto tautológico sobre si, estimamos que el punto de establecer medios y fines no está a merced de justificar conductas, sino a materializar o concretar aquello que por naturaleza es abstracto.

Pensemos en medios y fines no como lo entendía Kelsen, sino en una lógica distinta, por lo que planteamos lo siguiente, si tenemos la idea de justicia como fin, sabemos que concebirla como medio, es contrariar la naturaleza que hemos venido estudiando, así que centrarnos en ella como un fin es lo correcto, pero ¿debe ser la justicia un fin para el derecho?, o es que el derecho debe centrarse en un fin que si pueda garantizar, pero que este fin que si puede garantizar, arribe necesariamente en un medio para concretar a la justicia y sea la justicia la que finalmente justifique este fin del derecho.

Esta estructura lógica, desde nuestra perspectiva, nos parece más razonable, la concepción de Kelsen la vacía de contenido y reduce muchas ideas, contradiciendo lo que son.

Ahora, este fin del derecho, que, si puede garantizarlo como tal, debe ser un fin, pero a la vez un mediador entre el derecho y la justicia, siendo esta última la que justifique el medio inicial y así asegurar dicha estructura lógica.

Sin embargo, cabe reparar en la idea de que este fin del derecho que es a la vez un medio con relación a la justicia, implicaría necesariamente que la justicia sea su consecuencia o es que debe mantenerse como un medio idóneo para llegar a ella, manteniendo la idea de Hartmann, al señalar que lo importante de la justicia no es que llegue a darse en su totalidad, sino que se mantenga su promesa o fin.

Si vemos a la justicia como algo objetivo, determinar su materialización puede darse en algunos casos en su totalidad, pero en otros no, esto es importante tener en cuenta, no podemos obviar su naturaleza, decir abiertamente que la justicia es algo que se puede garantizar a plenitud, es un desacierto, pues consideramos que lo importante no es la materialización del fin en sí mismo, sino la idoneidad de los medios para tal fin.

Con ello respondemos a la pregunta que nos hicimos inicialmente, al preguntarnos si el derecho da soluciones o es que ofrece medios para dar soluciones, sobre todo desde la perspectiva del derecho penal que es la materia desde la que encaminamos este estudio, nosotros consideramos que esto no es del todo cierto, esas soluciones pueden darse, pero muchas veces no pueden garantizarse o concretarse, es ahí donde la finalidad de la pena, según nuestra perspectiva, no debe ir enfocada a soluciones en sí mismas, sino en medios adecuados para estas soluciones.

En toda esta reflexión y análisis sobre la justicia, estimamos que el derecho tiene fines pero esto no implica necesariamente que tales fines deban materializarse, naturalmente, lo importante aquí es que el derecho proporcione medios idóneos para que estos fines sean una realidad en la medida de lo posible, los fines cumplen una función trascendente, y es una función orientadora de medios, en virtud a ello, el derecho es un derecho de medios y no de fines. La finalidad del derecho es garantizar aquello que, si puede concretar, y ello que garantiza debe ser el mediador entre el derecho y la justicia, siendo la justicia la razón de ser de dicho medio.

Continuando con la escuela positivista, tenemos a Herbert Hart discípulo de Kelsen quien se manifiesta sobre la justicia en su obra *El Concepto del Derecho*⁴⁴, precisando lo siguiente: “Hay por cierto muy buenas razones para que la justicia ocupe un lugar de máxima prominencia en la crítica de las estructuras jurídicas; sin embargo, es importante advertir que sólo se trata de un segmento de la moral y que las normas jurídicas y su administración pueden tener o no tener excelencias de tipos diferentes”.

⁴⁴ HART, Herbert. *El concepto de Derecho*, Universidad de Oxford 1961 Traducción de Genaro R. Carrio. Buenos aires Argentina. p.196

Hart⁴⁵ reconoce que, las razones que sostienen a la justicia en relación al derecho son de cierta medida sostenibles, pero advierte que aquello que nosotros tomamos por justo o injusto son formas de crítica moral y no una determinación sobre lo que es correcto o incorrecto, parte por la premisa de que aquello que consideramos como justo deviene de todo lo que nos cause complacencia y nos haga sentir conformes, en ese sentido, lo que estimemos como injusto no es más que nuestra disconformidad por la ley, vista desde una perspectiva moral y no jurídica.

Sin embargo, acepta que la idea de justicia mantiene un equilibrio o proporción al tratar de igual manera a los iguales y de diferente manera a los desiguales, entendido como principio de igualdad y equidad, añadiendo que esto corresponde ser tomado en cuenta por el operador del derecho o quien administre derecho, al estar contemplado por el derecho positivo, en virtud del bien común.

La conexión de la justicia y la regla está en aplicar una norma en distintos casos como regla general sin generar interés o arbitrariedad sobre ella, esto refiere a la relación entre administrar derecho y la regla positiva, a lo que añade: “La justicia constituye un segmento de la moral que no se refiere primariamente a la conducta individual sino a las formas cómo son tratados las clases de individuos⁴⁶”.

Esto no implica que, toda crítica al derecho desde la moral sea debido a la justicia, Hart hacía referencia a una justicia distributiva sin beneficios específicos sino a consideración imparcial, que se concentra en un bien común, debidamente positivo.

⁴⁵ MARIN, Santiago. Derecho y justicia: Análisis crítico del positivo jurídico de Herbert Hart. Monografía para obtener el título de licenciado en filosofía. Universidad Tecnológica de Pereira p. 39 [En línea] Disponible:<< <https://core.ac.uk/download/pdf/71398877.pdf>>> [Consulta: 16 de octubre del 2020]

⁴⁶ HART, Herbert., op., cit., p. 208

Dicha concepción positivista hace que Hart, conciba a la pena como un acto que ocasiona un daño impuesto a consecuencia de incumplir una norma jurídica⁴⁷.

Los aportes de Hart respecto a la justicia, si bien tienden a ser menos ortodoxos y más razonables, dentro de un positivismo jurídico incluyente, no generaron mayor trascendencia a diferencia de lo postulado por Kelsen que reducía a la justicia como legalidad y limitaba el derecho a la norma positiva, con ello, se garantizaba la seguridad jurídica, pero a costa de vaciar su contenido.

1.9. La Justicia en Stammler

Karl Eduard Julius Theodor Rudolf Stammler, es un filósofo alemán nacido en 1856 y fallecido en 1938 de la Escuela Neokantiana, hemos dejado su análisis a este estadio y no en conjunto con las filosofías contemporáneas analizadas con posterioridad, debido a su importancia y a la poderosa atención que nos ha llevado estudiar el pensamiento de este filósofo respecto a la justicia, dado que entre todos los estudiados, consideramos que este representa un análisis objetivo, razonable y equilibrado sobre la justicia, más allá de un juicio distributivo que suele ser el común denominador de lo que se ha dicho sobre la misma.

Stammler reivindica a la filosofía del derecho ante las críticas del positivismo, señala que afirmar que solo puede existir un derecho perfecto basado en cosas irreales o un derecho imperfecto basado en un proceso histórico, es un error, dado que se trata de una elección maniqueísta, sobre la que se discute un falso dilema.

En su obra *El juez*⁴⁸, la justicia es analizada desde la “Rectitud Fundamental De Un Querier”, desde dos sentidos, en uno consiste en la aplicación leal del derecho y en otro sentido como objeto final del

⁴⁷ VILAJOSANA, Josep. Las razones de la pena. Edit. Tirant To Blanch 2015 Valencia – España p. 9

⁴⁸ STAMMLER, Rudolf. El Juez. Edit. Coyoacán 2013 Buenos Aires-Argentina p. 68

derecho, en virtud de ello, se sostiene que todo querer jurídico se supedita a un querer fundamental de justicia.

El juez y todo operador jurídico deben ser guiados por dichos sentidos, su querer debe estar conforme al respeto de las normas, este resultado no es absoluto, pues si bien reconoce el respeto y la vigencia de las normas, admite un examen crítico sobre ella más allá de su legitimidad.

Un magistrado, según Stammler, no puede decidir al margen de una justicia objetiva o en caso de no ajustarse a ella, deberá esbozar razones convincentes y sólidas del porqué de su decisión.

El derecho se desenvuelve en una dinámica constante, es sabido que, el legislador de por sí, no puede registrar en la ley todos los supuestos posibles, por ende, será labor del juzgador indagar y descubrir por sí mismo, atendiendo a cada caso que se someta a su jurisdicción, una solución justa.

Este sentido, advierte el autor⁴⁹, es seguido desde la antigüedad a la luz de la *paremia*, *ex aequo et bono*, que significa de acuerdo a lo correcto y lo bueno, que facultaba a los jueces resolver la *Litis* conforme a una solución equitativa, actualmente se hace alusión a términos como la buena fe, las buenas costumbres, los deberes morales, lo prudencial, lo viable, dichos términos son equiparables a los principios exigidos en Roma para una decisión equitativa, lo cual a *prima facie* representa una expresión insegura que no garantizan una noción de justicia objetiva.

En su método de enjuiciamiento fundamental, señala que el derecho es una modalidad del querer de las personas, por lo que para que una exigencia sea legítima se debe demostrar su fundamentación en un criterio fijo.

⁴⁹ STAMMLER, Rudolf. La Génesis del derecho. Edit. Comares 1ª Edición 2006. Granada - España p. 48

Al canon de su razonamiento Stammler indica: “el pensamiento de la rectitud fundamental de una experiencia de vida concreta consiste en la representación ideal de una armonía completa entre cuantas pretensiones y aspiraciones puedan presentarse. Una voluntad determinada será, por tanto, objetivamente justa cuando se oriente en el sentido de una armonía absoluta con todas las aspiraciones concebibles. Y así, volvemos a preguntarnos: ¿es posible esto?⁵⁰”

Según el autor, si uno piensa en una voluntad pura, exenta de subjetividades y que sea lo más objetiva posible para la emisión de una exigencia, sea a través de normas preceptivas, permisivas o prohibitivas, se requiere de una idea de armonía absoluta.

Dado que, en esta concentración uno puede determinar una rectitud fundamental de experiencia, así mismo, se cuestiona sobre si esta idea de armonía puede llegar a ser posible o en cuyo caso, como lo hemos pensado desde un inicio, esto no se trata de una cuestión de efectividad sino de promesa como decía Hartmann.

Si uno piensa en los procesos históricos del derecho, la idea que se sostenía del derecho y la justicia siempre respondía a determinadas condiciones y a fines limitados que eran sonantes con los intereses de cada época, aquí el autor hace una distinción entre el principio que las guía, el primer caso se trata de un fin último donde los medios siempre serán lícitos para lograr un fin inmediato y otro caso es la línea del querer puro, sobre la que se funda la rectitud fundamental de esta aspiración condicionada.

La idea pura de la voluntad debe de aplicarse en el querer jurídico, dicho querer jurídico pertenece a un querer social en donde se convierte los fines de unos, en medios de otros y viceversa, esta relación conmutativa es la que desprende como misión ideal del derecho, lo que Stammler denomina: la comunidad pura.

⁵⁰ STAMMLER, Rudolf., op., cit., p. 70

Rudolf Stammler respecto a la comunidad pura nos apunta: “¿Cuál es la característica lógicamente condicionante del concepto de la “justicia”? La contestación es ésta: Justicia es la orientación de un determinado querer jurídico en el sentido de la comunidad pura⁵¹”.

La fórmula del ideal social describe la crítica de los lineamientos de todo querer jurídico, al determinar cuándo un derecho es justo o no, lo cual depende si sigue o no el pensamiento de la comunidad.

Este pensamiento es entendido como la integración de las personas de libre voluntad en un orden social armonioso, dicha voluntad está exenta de todo egoísmo e intereses personales, los cuales no pueden servir para decidir en nombre de la sociedad, en el que cada hombre es concebido como un hombre digno, por lo tanto, un fin en sí mismo que no puede ser instrumentalizado para la obtención de otra finalidad.

Stammler agrega: “Insistiremos en que las afirmaciones que acabamos de dejar sentadas no encierran ninguna utopía, ni la fantasía de ningún Estado ideal. La fórmula del “ideal social” entraña un seco concepto lógico: no nos dice, por tanto, lo que debiera ser, sino que se limita a reflejar críticamente lo que realmente se piensa cuando se dice, refiriéndose a una aspiración, que es un Derecho fundamentalmente justo⁵²”.

El párrafo referido, nos resulta trascendente pues se deja por sentado que la cuestión de la comunidad pura no actúa como una utopía o un absurdo irreal, como muchos podrían afirmar, sino todo lo contrario, se guía de una secuencia lógica que refleja lo que ocurre cuando se efectúa un derecho justo o lo que se piensa cuando se habla de un derecho fundamentalmente justo, ejemplo de ello, encontramos el derecho a la igualdad, un derecho reconocido en el Artículo 2 Inciso 2 de la Constitución Política del Perú.

⁵¹ *Ibíd*em p. 73

⁵² *Ídem*

Así lo indicaría Stammler⁵³ al referirse sobre el principio de igualdad ante la ley respecto a su sentido legítimo, esto es, a la voluntad constante y firme de atender al derecho y a la justicia, añade que erraríamos a pensar que el sentido de este derecho depende a un factor histórico, pues su sentido trasciende lo histórico y convencional.

Como sería el pensar que este principio aparece a raíz de la abolición de un sistema antiguo, si bien los factores históricos determinan la atención o concentración puesta sobre un derecho, este no la crea ni le da sentido legítimo.

Así como tampoco se puede determinar la coacción de que todos se relacionen entre todos sin distinción alguna, teniendo en cuenta que los intereses de los hombres dependen a diversos factores como trabajo y capacidad, por lo que nadie podría ser obligado a tratar con otro so pretexto de principio, en consecuencia, el sentido legítimo de la igualdad yace con anterioridad a la historia que lo atienda y su reconocimiento solo podría supeditarse al análisis objetivo de la comunidad pura.

En función al análisis de la comunidad pura, al estar exento de una valoración subjetiva y caprichosa, no podría ampararse un trato distinto sin fundamento alguno por mero capricho, dado los cánones del principio de igualdad ante la ley.

Para Stammler⁵⁴ la voluntad jurídica, así comprendida conceptualmente, tiene una misión que cumplir: la persecución de la idea de la justicia.

Como bien señalo Stammler no se trata de una utopía en la que se aspira un estado ideal, sino de un concepto lógico de lo que ocurre cuando se efectúa un derecho justo, “Es pues exacto comparar la idea

⁵³ *Ibíd*em p. 74

⁵⁴ STAMMLER, Rudolf. *Modernas Teorías del derecho y del estado*. Edit. Ara Editores 2017 Santiago – Chile p. 22

de la justicia a la estrella polar a la que mira el marino, no para llegar a ella y desembarcar allí, sino para orientarse a través del viento y la tormenta y alcanzar debidamente el término de su viaje⁵⁵”

Es importante recalcar que ello no se trata de una utopía o de un ideal que se deba lograr o se espera lograr, pues un “estado ideal” probablemente nunca ocurra, de lo que se trata es que esta fórmula sirva como margen de orientación, no para llegar a la justicia en toda su expresión, sino para acercarnos a ella de la mejor manera posible.

Para el autor, si la justicia no se puede expresar en contenido o exigencias concretas, estas deberán adecuarse a principios formales o abstractos que evalúen a la norma positiva.

Entendiendo que este filósofo alemán concebía a la justicia como una idea de armonía absoluta incondicionada para ordenar la vida en sociedad, planteó dos principios que solidifican aún más su fórmula.

Conforme al pensamiento de Stammler⁵⁶ un derecho es justo, si prima el principio de respeto y solidaridad, en el primero hace referencia a la dignidad en la que uno no puede someterse a la voluntad arbitraria de otro, así como en la exigencia legal, mediante la cual debe darse de manera que el obligado se siga viendo en el prójimo; el segundo, hace referencia a que uno no debe ser excluido por arbitrariedad de otro y si por poder que otorga un derecho alguien es excluido, este solo será excluido si en él se sigue viendo al prójimo.

En tales principios, Stammler deja en evidencia su influencia Kantiana en la operatividad mediante máximas que el evoluciona en su concepto de comunidad pura, donde remedia los puntos frágiles que a menudo se le reprochaba a Kant respecto a la moralidad subjetiva y a la falta de factores sociales en su fórmula.

⁵⁵ STAMMLER, Rudolf. Tratado de Filosofía del Derecho. Edit. Reus S.A 2007 Madrid – España p. 282

⁵⁶ *Ibidem* p.258

Prestando atención al principio de solidaridad de Stammler respecto a la segunda máxima, en la que señala respecto de si alguien mediante un poder otorgado por el derecho es excluido de la sociedad este solo podría ser excluido si en él se sigue viendo al prójimo, se infiere que todos los principios postulados por el autor giran en torno a una máxima universal e inalterable, que es la dignidad humana.

Desde Nuestra perspectiva nos parece más que acertado, mantener como eje a la dignidad humana, más allá de que esta esté reconocida en el artículo primero de nuestra constitución como fin supremo del estado y de la sociedad, y más allá de las críticas que se puedan plantear respecto a los postulados Kantianos, es innegable que este principio es vértice rector de todos los demás principios y que, en un estado democrático de derecho, su respeto y vigencia es insoslayable.

Como bien se aprecia, este principio tiene directa incidencia en el poder punitivo del estado a través de sus agencias, mediante este principio se deduce con décadas de anterioridad, toda proscripción a un Derecho Penal del enemigo y se infiere que dichos postulados solo pueden justificarse si se mantiene la vigencia inmutable de la dignidad humana.

1.10. La Justicia y lo Justo

En merito a todo lo desarrollado, queda claro que la justicia es de suma vitalidad para justificar y dar sentido al derecho, pero a su vez admitimos que, por su naturaleza abstracta, hace que frente a ella el derecho siempre resulte imperfecto, por lo que el derecho requiere de una conexión con la justicia, que concrete su sentido.

Recapitulando la construcción filosófica bosquejada en la Teoría de lo Justo; en principio partimos por la observación de Alf Ross⁵⁷

⁵⁷ ROSS, Alf., op., cit., p. 18

quien alertaba sobre los peligros de la justicia como un valor jurídico indeterminable, sobre el que cualquier operador jurídico podría dotar de un contenido subjetivo que dé lugar a arbitrariedades, razón por la que adoptamos la tesis objetiva de Scheler⁵⁸, precisando su implicancia y ubicando a la razón, según lo señalado por Amartya Sen⁵⁹ como punto de diagnóstico entre la justicia e injusticia, pero sin confundir a la razón con la justicia en sí misma, dado los aportes de Haft⁶⁰ frente a Larenz.

Adicionalmente a ello, evocamos a Hartmann⁶¹ quien reparaba en la importancia de la justicia como promesa o fin, siendo la justicia un fin en sí mismo, independientemente de su efectividad, lo que nos llevó a plantearnos, si lo importante de la justicia, es su efectividad total o la permanencia de su promesa como finalidad, lo que da lugar a preguntarnos si es el derecho penal es un derecho de fines o un derecho de medios, es decir, si el derecho penal realmente nos da soluciones o nos brinda medios para materializar dichas soluciones.

Posteriormente gracias a la crítica de Kauffman⁶², estimamos al ser humano como eje de todo lo meditado, este es el punto en el que se armonizan todas las ideas desarrolladas con anterioridad. Así mismo, planteamos dichas premisas con la finalidad de que nos lleven a construir una Teoría de la Justicia que este en armonía con el Derecho, así como explicaba Robert Alexy a Manuel Atienza⁶³, al afirmar que la realización universal de la justicia descansa no solo en el hecho, sino en el pensamiento, este pensamiento es la filosofía del derecho propiamente dicha, y sin esta filosofía no es posible el Derecho, ni la justicia.

⁵⁸ SCHELER, Max., op., cit., p. 16

⁵⁹ SEN, Amartya., op., cit., p. 36

⁶⁰ HAFT, Fritjo., op., cit., p. 377

⁶¹ HARTMANN, Nicolai., op., cit., p. 503

⁶² KAUFMANN, Arthur., op., cit., p.30

⁶³ ATIENZA, Manuel., op., cit., p.13

Más adelante, analizamos a la justicia como medio, según Kelsen⁶⁴, quien alertaba que, para conocer un medio se debe de conocer sus efectos, y esto es poco factible en la vida social, más aún si se trata de medios sociales, que no se pueden determinar racionalmente.

En ese sentido, Kelsen señalaba que ubicar un medio exacto es difícil más si se trata de medios sociales, pero si nos situamos en el hecho de que encontremos un medio adecuado y con este se llegue a un fin, este fin queda insostenible.

Al no existir otro fin que lo justifique, por lo que deduce que, si un fin no se justifica, entonces los medios tampoco lo hacen.

Sobre este punto, nos resultó acertada la observación de Kelsen, pues estimamos que justicia no puede ser reducida a medios, debido a que, esto iría contra su propia naturaleza, la justicia en sentido universal se dota a sí misma de un contenido general y abstracto.

Por otro lado, formulamos la idea donde el fin primario, en realidad es desarrollado como un medio para llegar a otro fin, y este fin secundario es quien realmente justifica el medio inicial. Ahí no se alteraría dicha correspondencia lógica, aunque genere un efecto tautológico sobre sí, estimamos que el punto de establecer medios y fines no está a merced de justificar conductas, sino a materializar o concretar aquello que por naturaleza es abstracto.

Con esta disgregación entre medios y fines, se generó como consecuencia formular axiomas claramente diferenciables entre la justicia y lo justo; la justicia entendida como un fin de contenido ontológico, abstracto y genérico y lo justo entendido como un medio de contenido deontológico, concreto y específico; que generará como consecuencia epistémica, una idea de la pena humanista y racional que limite el poder punitivo a través de lo justo.

⁶⁴ KELSEN, Hans., op., cit., p.33

Finalmente, para terminar de dar forma a la estructura lógica de la teoría de lo justo, evocamos a Stammler⁶⁵ quien decía que la voluntad jurídica, tiene la misión de cumplir con la persecución de la idea de la justicia.

De esta manera, la justicia es comprendida como la orientación de un determinado querer jurídico en el sentido de la comunidad pura⁶⁶, de aquí se desprende que, para Stammler la justicia sea una idea de armonía absoluta incondicionada para ordenar la vida en sociedad.

Es en base a todo el constructo elaborado es que formulamos nuestra definición de justicia desde la Teoría de lo Justo, siendo la justicia la armonía de la conducta humana con las diferencias de su entorno, concepto que estima al ser humano con eje de la justicia a la luz de Kaufmann y mantiene a la justicia como promesa de finalidad que refería Hartmann.

Sobre este mismo constructo filosófico, se suscribe lo referido por Stammler: “Es pues exacto comparar la idea de la justicia a la estrella polar a la que mira el marino, no para llegar a ella y desembarcar allí, sino para orientarse a través del viento y la tormenta y alcanzar debidamente el término de su viaje⁶⁷”

Idea que es consistente con la idea de justicia como promesa de Hartmann, lo mismo que nos lleva a plantear a lo justo como medio, inspirado por Larenz⁶⁸ y atendiendo a la observación de Haft, siendo lo justo de naturaleza concreta y específica. De esta manera definimos a lo justo como un medio idóneo para armonizar la conducta humana en aquellas diferencias que sean de relevancia para el derecho penal. En función a ello, se desprende que, la pena no puede garantizar la Justicia, pero si lo Justo.

⁶⁵ STAMMLER, Rudolf., op., cit., p. 22

⁶⁶ STAMMLER, Rudolf., op., cit., p. 73

⁶⁷ STAMMLER, Rudolf., op., cit., p. 282

⁶⁸ LARENZ, Karl., op., cit., p. 123

Desde el realismo filosófico⁶⁹, admitiendo la existencia de la realidad del mundo independientemente del sujeto cognoscente, y renunciando a la ficción e invención de datos falsos para enmendar un discurso discordante con la realidad, consideramos que, para entender mejor los conceptos de la justicia y lo justo que formulamos en la Teoría de lo Justo; es menester hacer una equivalencia discursiva, solo para fines reflexivos y didácticos, esperando que, dicha ejemplificación no se preste para alguna tergiversación, sino que permita comprender a mayor profundidad las ideas planteadas.

Estimamos atender a la justicia más allá de todo criterio moral, como el planteado por Platón, atendiendo a la justicia de una manera equiparable a la naturaleza misma, que en su propia existencia, representa a la justicia, no en los fenómenos que manifiesta si no en la armonía de diferencias que yace sobre ella, como es el caso de la interacción biológica simbiótica, donde se puede determinar desde la razón humana, respecto a si una especie es beneficiosa o perjudiciosa para otra, si esto es bueno o malo, correcto o incorrecto, pero tales conclusiones no son más que divisiones o juicios creados por el propio hombre con el objeto de comprender a aquello que teme o que no entiende, con el afán de racionalizar aquella armonía que va más allá de toda comprensión intelectual.

La justicia existe, al igual que existe la naturaleza, independientemente de la intervención o razonamiento del hombre que, a través del intelecto la divide, clasifica y racionaliza, este interviene al añadir el término con el cual comprende su existencia, a través de la palabra, mediante la cual pretende dar nombre a todo aquello que necesite identificar, pero que esto no implica que aquello que quiere identificar se subsuma en la palabra otorgada.

⁶⁹ MASINI, Carlos. La Justicia como “valor” desde la perspectiva del realismo clásico. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, p. 75-94 [En línea] Disponible en: << <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=902898> />> [Consulta: 23 de diciembre del 2020]

Los razonamientos planteados cerrarían brechas y dotarían de contenido lógico a una cuestión tan trascendente como la justicia, siendo la distinción entre el concepto de la justicia y lo justo, los lineamientos adecuados para adecuar una teoría de la justicia que armonice e incida en la legitimidad de la pena.

Esta distinción implica advertir que, estas dos ideas no pueden ser entendidas como lo mismo, como lo hemos venido desarrollando, ello no consiste que se esté tergiversando su significado o que se esté aplicando alguna alteración semántica, pues como bien Aristóteles en la *Ética a Nicomáquea*, también las distingue, nosotros desarrollamos dicha distinción en base al razonamiento expresado a lo largo de este capítulo.

Es así como, uno puede concluir que los fines generalmente son subjetivos y abstractos, aunque en *prima facie* no lo parezcan, nosotros postulamos la fórmula de lo justo como fin del derecho penal, fin que se llega a través de medios que, son comprendidos por su cualidad idónea, una vez determinada la cualidad dicho fin se agota, ese mismo fin al ser de naturaleza concreta y sujeta a la razón, será la función que deba ser garantizada por la pena.

Sobre lo justo se construye un fin que en sí mismo, es medio para otro fin que es la justicia, y la justicia finalmente se justificara a su vez en los medios iniciales de cualidad idónea formulados en un primer momento, así la estructura lógica entre medios y fines se constituye en una fortaleza circular y compenetrada entre una premisa con otra.

La justicia mantiene su naturaleza abstracta, sin contrariar su contenido, como un fin que no necesariamente se concreta, pues sostener que el derecho garantiza la justicia o que puede efectuarla en su totalidad, nos parece un desacierto, esto se condice con lo estipulado por Stammler, quien graficaba la función de la justicia como una estrella polar.

Estrella polar sobre la que el marino se guía, sabiendo que probablemente no desembarque en ella, pero que le sirve como orientación a través del viento y la tormenta para determinar el término de su viaje, en este caso el término del viaje del derecho y la pena será aquello que sí puede garantizar racional y objetivamente, será lo que hemos denominado como lo justo.

2. TIPOS DE JUSTICIA

En atención a la justicia, tener un enfoque histórico y evolutivo es importante para comprender sus variaciones, desde Sócrates quien la estimaba como el conocimiento o atención a las leyes que gobiernan al hombre, a una percepción naturalista como valor superior, -fuente de inspiración para todo ordenamiento jurídico-, al Racionalismo moderno y a los aportes contemporáneos que se han elaborado hasta el momento.

Para ello, repasaremos tal evolución, pero antes señalaremos los tipos de justicia que la doctrina ha determinado, en virtud de continuar este análisis abstrayendo ideas finales, necesarias para nuestra construcción teórica y filosófica.

2.1. Justicia General

Aristóteles⁷⁰ entendía a la justicia general como virtud completa entre todas las virtudes que se representaba en la legalidad misma, dado que las leyes indicaban lo que era propio del virtuoso, entonces aquel que le daba cumplimiento se desarrollaba como persona virtuosa en expresión de su realización personal.

En un sentido universal, la justicia puede ser entendida como: “La justicia general supone la virtud en cuanto se refiere al bien del otro y se ordena al bien de la comunidad. Esta virtud tiende al bien

⁷⁰ ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea- Ética Eudemia*. Edit. Gredos S.A, 1998, Madrid España, p. 244

externo, no a una persona en sí misma, sino en cuanto a su relación con los demás⁷¹”.

Con ello se garantiza la conservación de la sociedad y la concreción de sus fines, sentados en la imparcialidad y en todo aquello que es conforme a ley, siguiendo el pensamiento Socrático, el mismo que planteaba una perspectiva universal de justicia.

2.2. Justicia Particular

Según Jaime Cárdenas Gracia⁷² es la virtud de dar a cada uno lo suyo, sea mediante una autoridad, a través de la Justicia distributiva o dentro de las relaciones privadas a través de una Justicia Conmutativa.

2.2.1. Justicia Distributiva

El citado autor refiere sobre esta forma de justicia como la repartición de riquezas y honores públicos que realiza el estado entre sus miembros, en proporción a sus méritos, esfuerzos, generándose una relación de correspondencia, donde cada individuo recibe lo que merece, ello en virtud de las políticas estatales.

Carlos Hoevel⁷³ resalta como aportes destacados a la concepción de justicia distributiva a Amartya Sen y Antonio Rosmini, quienes señalan que la distribución no debe limitarse a ser equitativa, sino que debe garantizar el mejoramiento de hábitos y capacidades de las personas a las cuales se distribuyen los bienes, es decir, que estas

⁷¹ COLMAN, Edward. La Justicia [En Línea] Monografía de Derecho en la Universidad Monteávila. Caracas Venezuela. [En Línea] p. 321. Disponible en<<http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/1/deryso_2000_1_319-326.pdf>>[Consulta: 13 de Mayo del 2019]

⁷² CARDENAS GRACIAS, Jaime. Introducción al estudio del Derecho. Edit. Nostra Ediciones 2009. México D.F - México p. 221

⁷³ HOEVEL, Carlos. La teoría de la justicia de Amartya Sen y los orígenes del concepto católico de justicia social en Antonio Rosmini Derecho [En Línea]. p. 38. Disponible en<<[file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaTeoriaDeLaJusticiaDeAmartyaSenYLosOrigenesDelCon-4154619%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaTeoriaDeLaJusticiaDeAmartyaSenYLosOrigenesDelCon-4154619%20(1).pdf)>>[Consulta: 30 de Agosto del 2019]

tengan la capacidad para obtener de ello, un mejor provecho económico, conociendo plenamente el uso de la riqueza.

En la citada obra *Ética Nicomáquea - Ética Eudemia* de Aristóteles⁷⁴ la justicia es planteada como una proporción geométrica en relación de una persona a otra, a la que refiere, no puede ser numérica, porque un número no puede representar a una persona o cosa, dado lo abstracto de dicha distribución.

2.2.2. Justicia Correctiva

Aquí Aristóteles⁷⁵ hace referencia a una proporción aritmética, en correspondencia a las contribuciones aportadas por las partes se determinará que es lo que le corresponde a cada una, esta forma de justicia no se fija en las personas o de quienes se traten, sino se basa en la naturaleza del hecho y en función al mismo se desenvuelven tanto en el seno de las relaciones privadas, como en la pública.

a. Justicia Conmutativa

Esta forma de justicia⁷⁶ regula las relaciones entre personas iguales, en el margen de las relaciones privadas, estableciendo una relación proporcional entre ellas, la misma que es de aplicación tanto en materia civil, como mercantil.

b. Justicia Judicial

Se desarrolla generalmente en materia penal, en donde los intereses públicos son mayores, por lo que tal relevancia genera una intervención jurisdiccional, proba y eficaz que tutele dichos intereses en cada caso en específico.

⁷⁴ ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea- Ética Eudemia*. Edit. Gredos S.A, 1998, Madrid España, p. 247

⁷⁵ Ibidem p. 245

⁷⁶ BILBENY, Norbert. *Justicia compasiva – La Justicia como cuidado de la existencia*. Edit. Tecnos 2015 Madrid – España p. 156

2.2.3. Justicia Restaurativa

Es aquella justicia⁷⁷ que consiste en restaurar una situación posterior al delito, con la finalidad de que tanto la víctima, los ofensores y a la comunidad, colaboren mutuamente para reparar el daño causado; para esto, se identifica los daños, las necesidades y obligaciones derivadas de la conducta criminal, para que esto sea enmendando de la mejor manera posible. Sigue la lógica de que el delito genera en la víctima, la pérdida de su estatus de ser humano digno y libre, por lo que dicho desmedro debe de ser restaurado a través de políticas restaurativas.

3. EL SENTIDO DE LA JUSTICIA

Aníbal Torres Vásquez⁷⁸ en su libro *Introducción al Derecho*, nos indica que la justicia, línea aparte de su clasificación, puede explicarse sobre tres sentidos distintos, siendo estos: el sentido objetivo, subjetivo e ideal.

- a. **Como sentido objetivo:** La justicia es entendida como el ordenamiento jurídico⁷⁹, en el cual lo justo es todo aquello que actúe conforme al derecho y no bajo lo que uno cree por justicia.
- b. **Como Sentido Subjetivo:** La justicia es entendida como virtud moral superior, en una expresión suprema del alma en donde se otorga a cada uno lo suyo como reflejo de plenitud.
- c. **Como un Ideal:** La justicia es el ideal⁸⁰ de lo que cada uno cree que debe entenderse por justicia y por derecho, siendo el primero fundamento de la segunda, lo que variará de acuerdo con el tiempo y a la época en que surja dicho ideal.

⁷⁷ MONTESDEOCA, Daniel. *Justicia Restaurativa y sistema penal*. Edit. Tirant lo Blanch 2021. Valencia – España p. 28

⁷⁸ TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho*. Edit. Instituto Pacífico S.A 2019 Lima-Perú p. 762

⁷⁹ *Ibídem* p. 763

⁸⁰ *Ibídem* p. 766

4. LA JUSTICIA EN EL TIEMPO

4.1. Edad Antigua

En principio, la justicia era conocida en Grecia como “*dike*”, que era el término que se utilizaba para designar el orden universal y social de la *polis*, adquiriendo un sentido de orden o armonía del mundo, también era considerada por algunos como una divinidad en el Olimpo, que era simbolizada por Temis.

La palabra justicia⁸¹ adquiere también significancia, al derivarse del latín “*iustus*” o “*iustitia*”, que es un término que conjuga al derecho y a la justicia, entendida como todo aquello que es conforme a derecho en el que cada uno recibe lo que le corresponde.

Kaufmann⁸² nos cuenta que, a principios de la filosofía del derecho, resaltaban los filósofos presocráticos, como Anaximandro quien ya formulaba una idea de ser y deber ser como unidad, que es lo que actualmente conocemos como el sentido deóntico del derecho.

En esa línea, Heráclito estableció por primera vez la diferencia en la justicia del hombre y la justicia natural, precediendo con ello a lo que sería la filosofía del derecho natural, filosofía que marcaría la trascendencia de la época respecto a la justicia y el derecho.

Uno de los sofistas más destacados era Protágoras quien ya en la edad antigua afirmaba que la medida de todas las cosas no era el logos, sino el hombre, pero no en sentido individualista sino colectivo, por lo tanto, según esta medida, el derecho válido es aquel que se fija por un acuerdo, es el hombre quien determina que es igual o desigual, esto se consagraría como un principio fundamental del

⁸¹ OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales, Edit. Heliasta 36° Edición Actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. p.551

⁸² KAUFMANN, Arthur. Qué es y <<como hacer justicia>> Un ensayo Histórico-Problemático. [En Línea]. p. 15 Disponible en<< file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/PD_15_01.pdf >> [Consulta: 15 de Noviembre del 2019]

derecho, en la lógica de tratar de igual forma a los iguales y de forma diferente a los desiguales.

Este tópico en la Grecia antigua ya generaba cierto conflicto pues al reconocerse a la igualdad como algo racional o como el producto de un acuerdo, la duda nacía respecto a cómo debía determinarse esa igualdad sin incurrir en arbitrariedades, por lo que aquí se adquiere un carácter relacional respecto a la igualdad, es decir esta solo puede ser entendida frente a otros con determinados derechos, idea que con posterioridad Aristóteles terminaría de desarrollar. A ello, se agrega que, los griegos concebían a la *polis* como el marco de referencia de la esencia y el significado de sus propias vidas⁸³.

Filósofos como Calicles, hacían una distinción en la existencia de leyes naturales y leyes humanas, las naturales eran aquellas de trascendencia eterna que no estaban sujetas a valoraciones humanas, por lo que su cumplimiento era el esplendor máximo de justicia.

Mientras que las leyes humanas, al ser originadas por el hombre eran pasajeras y dependientes de su valoración, así como del contexto donde se desarrolle, según Calicles si la ley natural es que el fuerte sea quien domine al débil, esta práctica es justa, pues obedece al cumplimiento de la ley natural.

Por otro lado, Sócrates planteaba un pensamiento distinto, pues se percataba que la idea de que los más fuertes dominen a los más débiles, no es por sí misma una ley natural, dado que si los más débiles se unen resultan más fuertes que los primeros, por lo tanto, en esa unión se representa una democracia, que en su cumplimiento no es más que la representación gráfica de la justicia.

Los sofistas, postulaban los hechos naturales y los convencionales, donde la justicia se ubicaba en aquello que era el resultado de un

⁸³ VASQUEZ, Rodolfo. Cinco enfoques teóricos sobre la justicia. Edit. Instituto de la judicatura federal 2019. Ciudad de México – México p. 115

convenio o un acuerdo, es decir, solo algo es justo cuando se acuerda que así sea y lo injusto si se acuerda que es lo que entendemos por injusto, ante estos postulados sofistas, se opusieron en su tiempo Platón y Aristóteles, quienes marcaron pautas respecto a la justicia, que perduran hasta nuestros días.

a. La Justicia de Platón

Según Platón, la justicia se proyecta como: "dar a cada cual aquello que se le debe"⁸⁴ esta concepción se condice a su vez con la concepción clásica y más difundida de justicia generalmente adoptada hasta nuestros días.

Así lo explica Ariel Álvarez Gardiol⁸⁵ al afirmar que esta es la definición que otorga Ulpiano recogida en el Digesto y las Institutas: "*Constans et perpetua va/untas jus suum cuique tribuens*" que significa "La justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho" visión también compartida por Santo Tomas de Aquino, precisando algunas diferencias y Cicerón quienes siguen la fórmula del "*suum cuique*" o "a cada cual lo suyo" al adoptar y defender tal posición.

Los primeros filósofos tenían la concepción de la justicia en un sentido universal, prueba de ello lo manifiesta Platón en la República, en la cual desarrolla tres visiones distintas sobre la misma; la primera es una visión positivista representada por Trasímaco, donde la justicia es entendida como la voluntad de los más fuertes expresada en las leyes, la segunda es la iusnaturalista formal representada por Simónides, donde la justicia es dar a cada quien lo que le corresponde y por último la iusnaturalista material representada por Sócrates que sostiene que la justicia es la armonía de las virtudes del hombre y de la sociedad.

⁸⁴ PLATÓN, "La república o de lo justo", Edit. Porrúa- Alianza Editorial, 2003. Madrid - España p. 438.

⁸⁵ ALVAREZ GARDIOL, Ariel. Manual de Filosofía del Derecho. Edit. Juris, 1998. Santa Fe-Argentina p.

La diferencia entre lo justo e injusto, es una diferencia seguida también por Aristóteles, en la que adopta una visión del estado como un hombre grande, una persona también moral, pero distinta en cuanto a proporciones humanas naturales, dicho hombre se encuentra dotado de facultades, como la inteligencia, los sentidos y la voluntad, las mismas que en correspondencia a otras virtudes tales como la sabiduría, la fortaleza y templanza, deben de ser armonizadas por un valor superior de justicia que se desempeña como un valor global.

Es así como, en un estado, la inteligencia debe ser representada por los filósofos quienes deben de ser gobernantes, la voluntad por los guerreros y los sentidos por los artesanos.

Esta armonización debe de realizarse para que cada uno de ellos, no obstruya los roles y desenvolvimiento de los otros. En cuyo caso, la invasión de uno en el campo de otro, generaría lo que se conoce como injusticia, es en esta usurpación de derechos en la que nacen vicios opuestos a las virtudes antes mencionadas, que son la ignorancia, la cobardía y la intemperancia.

Kelsen⁸⁶ añade respecto a Platón, que la felicidad es lo justo y la infelicidad es lo injusto, y que esta idea según Platón no era del todo cierta, porque muchas veces el justo es desdichado, sin embargo es necesario difundirla pese a que esto represente una mentira, por lo que aprueba arriesgar ciertas mentiras con el objetivo de mantener el orden social y la legalidad, sin estas mentiras las personas no acatarían la ley, pues deben mantenerse en esta creencia para que su cumplimiento sea posible.

Nosotros nos compartimos este criterio, si tomamos en cuenta a la justicia como felicidad, implica dar otro término sobre algo de lo que no existe certeza, pues discurrir de que trata la felicidad es entrar en

⁸⁶ KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia? Edit. Distribución Fontamara S.A 1991. México, D.F p. 23

otra cuestión filosófica de la que tampoco existe respuesta exacta. Esto también fue percatado por Kelsen quien también creía que la justicia era felicidad, pero este le daba un sentido objetivo, no subjetivo-individual, y la limita a aquello que puede ser satisfecho al común de las personas, sea esto educación, salud, etc.

Tanto en la época medieval, como en la moderna y contemporánea, la percepción de justicia no generaba enfoques distintos radicales, la mayoría se centra en definirla y adoptarla como la distribución de dar a cada uno lo que se merece o lo que le corresponde, o en la felicidad que se genera con ella, punto de vista que discrepamos.

Inclusive Platón quien desarrollo un importante aporte, respecto a la armonía entre valores, también limita dicha armonía a una división de roles y funciones con el objeto de mantener el equilibrio y evitar la usurpación de derechos, sin ir más allá del porqué de su existencia o desentrañando paradigmas mentales sobre el bien y el mal, que en razón a su relatividad hace perpleja dicha correspondencia.

b. La justicia Aristotélica

De Aristóteles podemos resaltar su teoría de las Virtudes desarrollada en sus tres obras, *Ética a Nicómaco*, *Ética a Eudemo* y la *Magna Moralia*, donde la justicia se elabora como base de su pensamiento ético y moral.

En ella, Aristóteles señala como virtudes del alma: la virtud, la prudencia y el placer “lo que hay en el alma es un modo de ser o una actividad. Y puesto que la actividad es mejor que el modo de ser, y la mejor actividad que el mejor modo de ser, y que la virtud es el mejor modo de ser, entonces la actividad de la virtud del alma es lo mejor. Pero la felicidad era también lo mejor; luego la felicidad es la actividad de un alma buena⁸⁷.”

⁸⁷ ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea-Ética Eudemia*. Edit. Gredos S.A 1998 Madrid, España, p. 432

En estas líneas, Aristóteles nos aproxima a una idea de justicia que depende tanto del hacer como actividad y del querer hacer cosas justas, por parte de las personas, manejando con ello una noción de justicia íntimamente relacionado no solo a la correspondencia distributiva que a cada uno amerita, sino al enfoque subjetivo que se despliega de ella.

Dentro de lo subjetivo encontramos la intención de querer hacer algo y si eso que se quiere hacer es obtener algo mayor o menor de lo que se debería, según Aristóteles es injusto. Avocando con ello, a una idea de justicia reflejada en la actividad de hacer cosas justas como manifestación de nuestras virtudes, siendo la justicia el resultado total de estas.

Entre estas virtudes encontramos a la justicia, a la que se considera inmersa en la realidad social de los hombres, conocida primigeniamente en Grecia como la “*Diké*”, esta se explica como el ajustamiento que existe en el cosmos, como expresión de su propia armonía. Dicha virtud solo se hace efectiva en lo justo, en función a las acciones que estén predeterminadas a cumplirlas.

Estos alcances nos permiten reflexionar acerca de la justicia, en atención a su origen, es importante atender a dicha noción de armonía que se sostenía en un principio. Evidentemente su origen mitológico podría restarle relevancia, pero ello no implica que su contenido no sea determinante para desarrollar una teoría de la justicia.

Así mismo, Aristóteles⁸⁸ define a lo injusto como lo desigual e ilegal y a lo justo como lo legal y equitativo, dejando en claro que estas tienen implicancia distinta.

Este razonamiento, se da bajo la lógica de que todo lo desigual resulta ilegal, pero no todo lo ilegal es desigual, es decir, se admite

⁸⁸ Ídem

que ciertas medidas igualitarias podrían devenir en injustas, en atención a que la justicia a la que se refiere es una justicia en sentido universal y particular y es en lo particular donde se desprende una repartición conforme a las contribuciones y ello no necesariamente implica que estas sean en partes iguales.

Adiciona a ello que, la injusticia y lo injusto tampoco son lo mismo, teniendo las mismas una relación de parte y todo, ello se entiende en un mejor plano al estudiar la justicia particular con relación a la justicia universal.

Explicando a la justicia tanto en su dimensión universal y particular se ciñe en función a la conformidad de la ley, siguiendo el pensamiento de Sócrates y la imparcialidad en la distribución de riquezas.

Desde su dimensión universal como virtud o disposición de cumplir actos justos y la particular, como las medidas que se toman con relación a otros, dentro de ellas encontramos a la justicia distributiva y correctiva.

Aristóteles⁸⁹ contemplaba a la justicia distributiva, como la repartición de bienes, riquezas y cargas entre los que integran una sociedad en una proporción geométrica y a la justicia correctiva como una proporción aritmética que se circunscribe en las contribuciones que aportan las personas, no atendiendo a quienes se trate si no centrándose en el hecho mismo, será en base a este hecho que se determina que le corresponde a cada uno.

Esta clasificación determinaba por Aristóteles y con los trabajos póstumos que se desarrollaron a plenitud entre justicia general y particular, fue de tal relevancia que, a pesar de los siglos sigue manteniendo vigencia hasta nuestros días.

⁸⁹ SERRANO, Enrique. La Teoría Aristotélica de la Justicia p.2. Scielo. Isonomía N° 22 [En Línea]. México 2005. Disponible en <<http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182005000100006&script=sci_arttext>> [Consulta: 17 de Noviembre del 2019]

A fines de la edad antigua, los aportes de Platón y Aristóteles, empezaron a tomar un cauce distinto, bajo la influencia de otros filósofos quienes atribuyeron a tal conocimiento nociones bíblicas y teológicas, como el más resaltante encontramos a San Agustín⁹⁰ quien profesaba la filosofía de Platón en su noción de justicia como integridad o equilibrio entre virtudes, a la luz de un enfoque bíblico, manifestándolo como una especie de armonía entre Dios y los hombres, siendo el hombre sumiso a una deidad entendida en el amor, en la que el hombre solo encontraba justicia en una deidad o credo teológico.

En su obra Confesiones transmite una visión del hombre como una parte del todo en el que mantiene su personalidad, donde todo lo deforme es aquello que no armonice con el todo, razón porque la justicia general solo puede lograrse en comunidad y es en esa comunidad donde el hombre encuentra su perfección individual.

Esa perfección individual encuentra respuesta en las cosas externas, pese a que la justicia se origine en una disposición interna pues el ser humano al ser también un ser material, medirá a la justicia con ello, es decir, con acciones y hechos, por lo que la justicia general es la moral perfecta, de ahí se concluye que siempre será mejor hacer lo justo que desearlo.

Lo desarrollado por San Agustín ya nos avizoraba el gran impacto que tendría la conjunción entre derecho y religión en la edad media, sería Santo Tomas de Aquino quien siglos después acentuó esta filosofía con la ley natural.

⁹⁰ POOLE DERQUI, Diego. La Justicia. Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid p.8 [En Línea] Disponible en<<https://laicismo.org/data/docs/archivo_1214.pdf>> [Consulta: 13 de Mayo del 2019]

4.2. Edad Media

Entre el siglo V al siglo XV, pese a que en la edad antigua ya existían precedentes, en la edad media predominó el Iusnaturalismo situado como raigambre fundamental de la época y con ello la justicia como juicio de valor en el Derecho. Tuvo como máximo representante a Santo Tomas de Aquino, influenciado por San Agustín y adoptando los postulados aristotélicos con relación a la teología.

Santo Tomas de Aquino⁹¹ reflejaba su influencia de la filosofía Aristotélica en la Suma Teológica y en Comentarios a la Ética Nicomáquea, sosteniendo en sus escritos las ideas de este filósofo.

Aristóteles como señalamos anteriormente, estableció la justicia en un sentido conmutativo y distributivo, aplicando sobre la justicia distributiva dos lineamientos en particular, el primero se sostiene en lo que señala Aristóteles sobre la distribución de las riquezas entre los individuos y la segunda como una justicia legal, en la que cada individuo no solo es acreedor a la distribución de riquezas sino que este debe contribuir al bien común, es decir planteaba desde un canon religioso que el bien común de las personas debe ser subordinado al bien de todos.

En la línea de Ulpiano, Santo Tomas⁹² definía a la justicia como: “La justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho”, esta definición entiende al derecho subordinado por la justicia, todo aquello que no sea justo, no puede ser considerado como derecho.

En ese orden de ideas se sostenía una filosofía Iusnaturalista, desde la primera de sus dos vertientes, como iusnaturalismo teológico, lo que posteriormente se acoge en una vertiente iusnaturalista racional.

⁹¹ RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio. Santo Tomas de Aquino en la Filosofía del Derecho. p.2 [Línea]. Disponible: <<http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2016000100013>> [En Consulta: 30 de Agosto del 2019]

⁹² Ídem

En el primero que corresponde a la filosofía Tomista, se proclamaba sobre fundamentos sobrenaturales, fuentes divinas como principios supremos que Dios dota en la naturaleza como valor universal.

La filosofía Tomista⁹³ concebía a la justicia en dos dimensiones, la primera siguiendo la línea aristotélica, como una virtud personal y la otra como cualidad del orden social donde propiamente determina su contenido como derecho natural.

Según esta filosofía, todo lo que el ser humano establezca como justo, solo será justo si reza al derecho natural, por tanto, solo en este escenario se daría lugar al derecho positivo.

En función a lo señalado, la concepción del derecho no podía desarrollarse sin la justicia, por lo que la justicia para acentuarse en el derecho se desprendía en alteridad e igualdad.

La alteridad⁹⁴ se suscita en una virtud desenvuelta no por el hombre mismo, sino con relación a sus semejantes, este pensamiento, la filosofía tomista la hereda de Aristóteles y San Agustín. Por otro lado, la igualdad es aquello que se ajusta y corresponde a otro, en ese orden de ideas, fusiona estas dos premisas y define al derecho como toda acción que se adecua a otro en forma de igualdad.

Tal concepción del derecho y de la justicia estaba íntimamente ligada a la Iglesia Católica, dado que su expansión estaba dominada por el estado y la idiosincrasia de la gente, por tanto, el derecho no era su excepción.

Bajo tal concepción de derecho, este era entendido como objeto de la justicia, por lo que lo justo se desentrañaba en la naturaleza de la misma cosa o en lo que uno daba para recibir. En ese sentido, se reconoce un orden moral mínimo, existente en toda relación social

⁹³ Ídem

⁹⁴ Ídem

impregnada en nuestra propia naturaleza, orden moral que no podemos evitar, ni ignorar.

Según Santo Tomas⁹⁵, el derecho natural comprende tres tendencias en la naturaleza humana, estas son el instinto de conservar la vida y el de conservar la especie y por último el amor a la sabiduría y el conocimiento.

Estas tres tendencias encuentran su vértice en el derecho natural, en consecuencia, los seres humanos nos reflejamos como ley eterna en la ley natural, que vendría a ser el juicio moral de nuestra propia naturaleza, con esta filosofía Santo Tomas consolidaba al derecho natural, dotando de fundamentos, que pese a tener matices teológicos, contaban con cierto fundamento.

Roma preconizaba sobre una ley anterior al derecho, la ley natural, que convivía en una creencia teológica omnipresente, superior al ser humano. En la época Medieval Santo Tomas termina de clasificar estas leyes que regían la condición humana, en una ley eterna, ley divina, ley natural y ley humana, siendo que, esta última no es más que la consecuencia de Dios en el derecho, ordenado por la razón en mérito al bien común determinando por el hombre.

Santo Tomas⁹⁶ en la Suma Teológica, desarrolla este tema de la ley, sobre el cual puntualiza el juicio de valor que debe sostener, para este filósofo, la ley siempre debe de ser justa pues en ella siempre se materializara la justicia en mérito del bien común.

En función a ello, sistematiza la doctrina jurídica de la ley, señalando cuatro órdenes de leyes, en las que encontramos la ley eterna, la ley natural y la ley humana.

Respecto a la ley eterna, era entendida como la divinidad misma, aquello que es propio de Dios, aquello que los seremos humanos no

⁹⁵ Ídem

⁹⁶ Ídem

podemos dominar, ni acceder a su totalidad, la ley natural, sin embargo, es la participación o manifestación de dicha ley eterna o divina en la criatura racional, o en el ser humano propiamente dicho, los seres humanos podemos conocerla por medio de la razón, entre ello se comprende el derecho a la vida y a la familia por poner algún ejemplo. Luego la ley revelada o divina es la ley plasmada en los textos bíblicos que se revela al hombre a través de las escrituras y por último la ley humana o la ley positiva, es la concreción de la ley divina, razón por la que se determina su valor legal y coercitivo.

Hasta el Siglo XIV la justicia se entendía como cualidad, tal como señalaba Aristóteles que justicia era toda conducta de hacer lo justo, toda acción en la que uno hace operativo la elección de lo justo, es decir, lo justo es aquella persona que actúa dentro del margen de lo correcto y adecuado, este pensamiento Santo Tomás⁹⁷ lo suscribe en conjunción con los aportes de San Agustín y elabora una Teoría de justicia y Derecho que impera en el Derecho Natural, y que pese a las críticas que podemos formular respecto a su concepción teológica, perdura de cierta manera, hasta nuestro días.

Santo Tomás, es considerado uno de los filósofos más importantes de la historia, nosotros desde nuestra perspectiva no restamos su importancia, si bien es cierto, su concepción teológica ya está superada por el Derecho, algunos autores la siguen cuestionando en la actualidad, al hacer referencia que esta doctrina sigue latente en el estudio de los principios frente a las reglas.

Frente a esto último, no puntualizaremos, pues es un tema amplio que requiere otro estudio, lo que si advertimos es que el iusnaturalismo sin duda nos ha dado grandes aportes respecto al derecho, reconocemos que es un peligro abarcar lo teológico en el

⁹⁷ SEGURA, Félix. Raíces historiográficas y actualidad de la historia de la justicia y el crimen en la Baja Edad Media p. 640 [Línea]. Disponible: <<https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2003-10057700678>> [En Consulta: 30 de Agosto del 2019]

derecho, lo cual está más que claro que no debe darse, pues el derecho no puede ampararse en una creencia que pueda dar lugar a justificar alguna arbitrariedad.

No obstante, restando su dimensión teológica, en esta época ya se observaba un efecto domino entre justicia y derecho, pues la justicia entendida como ley eterna acarrea como efecto una concepción de derecho propia, un juicio de valor que se hace sobre el derecho para que este sea considerado como tal.

Esta época marco un punto importante en la historia del derecho, pues ya se establecían las primeras diferencias entre derecho natural y positivo, claro desde un sentido básico, mediante un trinomio entre la ley natural, ley eterna y la ley positiva o humana.

Así mismo, rescatamos las tendencias que comprenden al derecho natural: la conservación de la vida, la especie y el conocimiento, dicho aporte nos acerca a una relación más íntima entre derecho y persona que ya nos adelantaba a una nueva elaboración conceptual de derecho por parte Guillermo de Ockham⁹⁸ en el siglo XIV, donde el derecho ya no se concibe como algo externo sino como atributo de la personalidad como facultad de reclamar en juicio y la justicia como condiciones que garanticen el poder legítimo de cada persona, es decir, ya no se trataba de que la persona sea justa, sino que el sistema lo sea para que así resulte.

Posteriormente con Lutero y lo iniciado por Ockham, Hobbes desarrolló en la época moderna, enfoques determinantes para la concepción de justicia y del derecho, que se acentuará con el predominio del empirismo y racionalismo de la época.

⁹⁸ RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio., op., cit., p. 2

4.3.Edad Moderna

En la edad moderna comprendida desde el siglo XV al siglo XVIII, empieza una era donde la concepción teológica del derecho natural, se ve desplazada por lo movimientos empiristas y racionalistas de la época, que da lugar a una nueva vertiente del derecho natural, que sería el derecho natural racional en el que se esbozaba que los principios morales descansaban en la razón humana, por lo que el derecho al ser entendido desde la razón, y la razón al ser inherente al ser humano, hace que el derecho también lo sea.

Mediante lo desarrollado por Ockham y seguido por Lutero⁹⁹ se entendía al derecho como un reconocimiento que hace el legislador al otorgar potestades a las personas, esto fue un preámbulo al utilitarismo que posteriormente sería criticado por Rawls en su teoría de la justicia, en ese sentido, la justicia cambia de sentido, ya no consiste en solamente hacer el bien a otro, sino al bien que hacen los otros hacia uno mismo, aquí se preceptúa un principio de partición de bienes y de la autonomía de la persona, en consecuencia, la justicia pasaría a identificarse con el mismo estado.

Hugo Grocio¹⁰⁰ fue el encargado de realizar los primeros esfuerzos de separar al derecho de la teología, basándose en la filosofía escolástica en la que ya se daba lugar al criterio del hombre como ser racional y como elemento fundamental del derecho, bajo su razonamiento, el derecho es producto del instinto racional humano, marcando diferencia con los escolásticos quienes atribuían el criterio del hombre racional como manifestación de la voluntad divina.

Según el autor, es indudable el instinto social que yace en la naturaleza humana, que hace que el hombre conviva en sociedad y

⁹⁹ Ibídem p.4

¹⁰⁰ FLORES MENDOZA, Imer Benjamín. La Concepción del derecho en las Corrientes de la filosofía jurídica. p. 1012 [En Línea]. Disponible en<< <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3509/4171f> >>[Consulta: 30 de Agosto del 2019]

que se relacione con sus semejantes, este instinto social es paralelo al instinto racional por medio del cual el ser humano entiende su entorno y comprende al derecho.

Entonces, la razón al ser propia del ser humano, y el del derecho al darse por medio de la razón, hace que el derecho también sea humano, si bien el objetivo de Grocio nunca fue separar del todo el derecho de la teología, si consiguió darle una relevancia superior, pues la diferencia entre estas dos llega a consolidarse de forma definitiva, cuando se concretan las doctrinas individualistas y liberales que se desarrollaron con posterioridad.

Las doctrinas que se desarrollaron con posterioridad se identificaban con el contrato social que trataban de explicar la naturaleza y el fundamento del estado y del derecho.

Entre estas doctrinas encontramos la de Hobbes en el Leviatán¹⁰¹, en él explica que la injusticia existe donde existe la ley, y que la ley existe donde hay voluntad humana, es decir, las leyes son las normas que definen lo justo y lo injusto, por lo que para que algo sea considerado injusto este debe ser contrario a la ley, si algo está conforme a ley este no puede ser injusto.

En ese sentido, Hobbes¹⁰² respecto a la justicia señala: “Qué es justicia, e injusticia. En esta ley de naturaleza consiste la fuente y origen de la justicia. En efecto, donde no ha existido un pacto, no se ha transferido ningún derecho, y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas: por tanto, ninguna acción puede ser injusta. Pero cuando se ha hecho un pacto, romperlo es injusto.”

La definición de injusticia¹⁰³ no es otra sino ésta: “el incumplimiento de un pacto. En consecuencia, lo que no es injusto es justo.”

¹⁰¹ HOBBS, Thomas. El Leviatán. Edit. Alianza Editorial S.A 2018 Madrid-España p. 214

¹⁰² *Ibidem* p. 113

¹⁰³ *Ídem*

A la luz de Hobbes, la justicia solo podía ser entendida desde la ley y el estado, es decir lo que en un primer momento era creación de la costumbre, la religión y los filósofos pasa a ser del control del estado en mérito de fortalecer las disposiciones estatales en una especie de fusión entre derecho natural y positivo.

Hobbes defendía el Absolutismo en una idea del hombre como un ser egoísta y agresivo que en su estado natural no puede convivir ni existir en justicia, por lo que la justicia dependerá de la constitución de un estado y de la ley, es ahí que surge la idea del contrato social, mediante el cual se justifica la legitimidad del soberano y de la ley en la necesidad de renunciar a todo aquello que ponga en riesgo a la sociedad.

Esta renuncia genera una concentración de poder, tal concentración de poder es lo que se conoce como absolutismo, dado que el poder que se concentra y renuncia es absoluto, esta teoría posteriormente fue refutada por Jhon Locke quien impartía una filosofía liberal y en respeto de la propiedad, para terminar de ser circunscrita por Rousseau, quien determinó al contrato social como la voluntad libre por el cual, el ser humano elige ser parte del estado, siendo el estado el garante de su libertad, constituyéndose con el contrato social uno de los pilares más importantes del iusnaturalismo.

Con Hobbes se consolida una concepción formalista de justicia que repercutiría en la filosofía utilitarista, donde la relacionarían con la utilidad que adopta el estado, es decir, lo justo sería todo aquello que represente el interés general de los individuos.

Esta idea, en el enfoque de una justicia distributiva posteriormente sería reconocida en la edad Contemporánea por Marx¹⁰⁴ en su teoría social, en la cual la justicia es la retribución del valor de trabajo que corresponde al proletariado, es decir, según Marx, la justicia es en

¹⁰⁴ ARANDA FRAGA, Fernando. Debates Actuales sobre la Justicia: Historia y Desarrollo. Revista de la Universidad Adventista del Plata 2015 Argentina p.80

una primera etapa “dar a cada cual según su trabajo y según sus necesidades”, y en la segunda etapa sostiene un principio de justicia más radical, en el cual “debe tomarse de cada uno según su capacidad y darle a cada uno según lo que necesite”.

Terminando la época Moderna en el siglo XVIII, se presentaría uno de los aportes más concluyentes y destacados respecto a la justicia, pues Emmanuel Kant¹⁰⁵ elaboraría una concepción de derecho y justicia en base a imperativos universales y proponiendo fórmulas de donde resulten tales imperativos, el derecho desde Kant sería todas las condiciones mediante las cuales, la libertad de una persona puede convivir con la libertad de otro, una libertad que se entienda como una máxima que hace posible la dignidad humana.

a. De Kant a Hegel

En el siglo XVIII, el racionalismo había generado gran impacto en el derecho, los juristas de la época afirmaban que el derecho y la justicia son entendibles a través de proposiciones a *priori*, estas proposiciones son entendidas como supuestos netamente racionales, sin tomar en cuenta lo empírico y experimental, bajo esta idea se creía que se podía obtener una idea de validez universal del derecho que sea vigente en el tiempo.

El criticismo de Emmanuel Kant en la *Crítica a la Razón Pura*¹⁰⁶ elabora sus reparos frente al racionalismo, según Kant el conocimiento está compuesto por la percepción y el concepto, en la percepción uno ubica al objeto y en el concepto uno ubica al pensamiento.

Según Kant, debemos tener en cuenta que la percepción es dependiente de nuestros sentidos, pues es a través de nuestros

¹⁰⁵ POOLE DERQUI, Diego. La Justicia. Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid p.8 [En Línea] Disponible en <<https://laicismo.org/data/docs/archivo_1214.pdf>> [Consulta: 13 de Mayo del 2019]

¹⁰⁶ KANT, Emmanuel. *Crítica a la razón pura*. Edit. Taurus Madrid - España 2007 p. 235

sentidos es que uno recepta información del exterior, en ese orden de ideas, el intelecto por sí mismo no es perceptor de nada, en tanto, los sentidos por sí mismo tampoco piensan.

Bajo ese razonamiento, ni el intelecto puede percibir, ni los sentidos pueden pensar, por lo que mediante una percepción pura solo se obtendrá la forma de lo que percibimos y mediante el concepto solo se obtendrá la forma de lo que pensamos.

El intelecto conforme a Kant, no nos muestra las cosas tal y como son, si no nos muestra como la perciben a nuestros sentidos, por lo que decir que el contenido de la justicia puede ser determinado *a priori*, sería un error, mediante la razón pura el derecho no puede ser construido como una ciencia exacta y de validez universal.

Kant en la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres¹⁰⁷ desarrolla con mayor agudeza su doctrina de la autonomía de la voluntad en una moralidad subjetiva, para Kant la moralidad era la relación de las acciones con la autonomía de la voluntad, que generaba una especie de legislación universal por medio de máximas, en ese sentido, toda acción que concuerde con las leyes de la autonomía de la voluntad sería permitida y la que no concuerde con ella, sería prohibida.

Aquí la persona ética no será la del mundo sensible o la perceptible a través de nuestros sentidos, sino la humanidad de la persona como un fin en sí mismo y no como un medio, en donde se reconoce su dignidad a través de lo que se denomina imperativos categóricos diferenciándolos así de los imperativos hipotéticos.

Kant señala que, solo un ser racional puede obrar por la representación de las leyes a través de su voluntad, esta voluntad la subsume como razón práctica, añade a ello, que hay un fin que todos

¹⁰⁷ KANT, Emmanuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Traducido por Manuel García Morente. Edit. Pedro Rosario Barbosa 2007 San Juan- Puerto Rico. p. 25

los seres racionales tienen y este es el propósito de la felicidad, que puede ser anhelado por la acción que se realice como un medio para obtenerla, esta habilidad la denomina sagacidad.

Entonces si la acción es mandada como medio o condición, hace que dicha acción resulte hipotética, y al estar condicionada esta no podría representarse como ley universal, sin embargo, al no poner como condición a ningún propósito, hace que nuestra acción sea categórica, por lo tanto, puede operar como máxima de la voluntad y valer como un principio universal.

En vista a lo conocido a Kant¹⁰⁸ se le considera como el primer filósofo moral moderno que hace una distinción entre la ética o moralidad personal y la esfera de la justicia y del derecho como moralidad política.

Conforme a su filosofía un estado es justo si respeta tres principios racionales, primero la libertad como el derecho en el que uno busca su felicidad sin invadir la libertad del resto, segundo la igualdad como el derecho de una persona que obliga a otra a que su libertad coexista en armonía con la propia.

Por último, resalta el principio racional de la independencia, mediante el cual el contrato social que justifique al estado adquiere sentido al ser considerado como un acuerdo libre que garantice la independencia de quienes lo forman, es decir, sin importar que el contrato social no exista como tal, lo que importa es que el estado a través de sus leyes respete estos principios y que las personas estén de acuerdo con su contenido.

¹⁰⁸ PONCE ESTEBAN, María Enriqueta. Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigación jurídica de la UNAM. p.214 [En Línea].

<<<https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11597/10608>>>

[Consulta: 13 de Mayo del 2019]

En conclusión, Kant¹⁰⁹ considera a la justicia como toda acción que por sí misma, no obstaculiza la libertad de todos, con la libertad que cada uno se maneja según sus imperativos universales, por lo tanto, un jurista no podrá determinar lo que es justo o no, si no se aparta de la razón pura y de principios empíricos, sino solo podrá determinarla a través de los imperativos que postulaba, por lo que al juzgar se debe tener en cuenta a la equidad, en función de una justicia humana.

Uno de los puntos flexibles de lo postulado por Kant era que no tenía en cuenta la historia del hombre ni la del derecho, por ende, el idealismo alemán a través de Georg Friedrich Hegel elaboro estudios respecto a la historia como demostración de la razón, la cual está presente en su lógica dialéctica, donde la historia se desarrolla como un proceso de contradicciones progresivas.

Hegel¹¹⁰ afirma “Lo que es racional es real y lo que es real es racional (...) la ciencia del Estado, no debe ser nada más que una tentativa para concebir y exponer al Estado como algo racional en sí”, en ese sentido, resume la realidad en lo racional, siendo la razón aquello que da origen a todo lo que conocemos como realidad, es así que al estado se considera como lo más racional que existe y se asume la idea de que solo mediante el estado el hombre encuentra su punto de realización, el derecho y la justicia pasan a ser las concentración del estado como un producto histórico y dialéctico en el cual todo lo irracional contrario al estado, pasa a ser parte de la injusticia.

Así mismo, advertía que la ley no puede regular todos los supuestos posibles y que el intento de buscar precisiones legislativas es deficiente, dado que estas precisiones se hacen inconsistentes y resultan redundantes respecto a lo establecido por otras leyes.

¹⁰⁹ *Ibíd*em p.215

¹¹⁰ HEGEL, Georg Friedrich. Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho. Edit. Biblioteca Nueva. Madrid-España 2000 p.76

Conforme a la filosofía Hegeliana la fuerza es justa y moral porque justifica el derecho, en virtud de ello, lo justo se identifica con el estado, dejando de lado todo criterio proveniente de una moral subjetiva e individual como la planteada por Kant en los imperativos categóricos. Para Hegel¹¹¹, la justicia distributiva era respuesta a las exigencias normativas de las categorías jurídicas determinantes.

Edmundo Pottstock¹¹² nos hace referencia a las discrepancias de Hegel respecto a Kant y nos indica que Hegel era crítico de la moral kantiana del cual se sostenía el principio de justicia, señalando que dicha moral era formalista y vacía de contenido.

Para Hegel solo el estado era un fundamento real y objetivo, el cual representaba como un estado ético, sobre el que se fundan todos los valores jurídicos, incluyendo a la justicia, en función a ello, el individuo puede lograr su realización y universalidad en el estado y no en las máximas que sostenía Kant, que exigían la obediencia de una ley interior y subjetiva.

La universalidad según Hegel descansa en el estado y en su servicio, los lazos que reúnen al individuo con el estado son las corporaciones y la libertad se reduce a la consciencia de la sumisión del estado como autoridad legítima y suprema.

Podemos colegir entonces que, Hegel concebía al estado como una realidad perfecta, como la idea de un valor jurídico insuperable, formando con ella una filosofía de identidad en el que solo por medio del estado se puede identificar el derecho y la justicia.

¹¹¹ MIZRAHI, Esteban. La Teoría hegeliana de la Justicia. p. 81 [En Línea]. Disponible: <<http://repositorio.filo.uba.ar:8080/bitstream/handle/filodigital/9888/uba_ffyl_t_1995_se_Mizrahi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> [Consulta: 20 de abril del 2019]

¹¹² POTTSTOCK PADILLA, Edmundo. La justicia en el pensamiento de Hobbes, Locke, Hegel Y Kant. p.363 [En Línea]. <<<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/35845>>> [Consulta: 13 de Mayo del 2019]

Reduce todo a un principio de identidad, pues el estado concentra el derecho natural, positivo, la justicia, la moral, circunscribiendo todas las ideas y las leyes.

Nosotros estimamos que, las leyes no necesariamente son expresión de la razón, pues el estado responde según contextos que no necesariamente ameriten imponer a la razón sobre lo subjetivo, si pensamos en la figura del estado como tal, podemos decir que este es ficticio; identificar todo conocimiento en una ficción, implica reducir toda verdad a una mentira y eso no es racional, pues por principio de no contradicción, una verdad no puede ser mentira al mismo tiempo.

Desde nuestra perspectiva, el estado es una ficción funcional que los seres humanos constituimos a fin de organizarnos y convivir en sociedad, al cual le otorgamos legitimidad a través de un contrato social.

Contrato social que, a su vez tampoco es real, sino es una forma de esquematizar la razón de ser del estado, esa razón de ser yace en nuestra mente no en la realidad propiamente dicha, ello no implica que esto disminuya su importancia, al contrario denota la misma, pues los seres humanos actuamos conforme a ficciones, las figuras que creamos sirven para dar orden a nuestra realidad, pues sobre ese orden uno comprende la realidad y toma decisiones, sin esas ficciones el ser humano enajenaría, sin mentiras no habría verdad que buscar.

La filosofía Hegeliana¹¹³ posteriormente sería estudiada por Marx, quien tiempo después la dotaría de un contenido socialista en una idea de concentración estatal, esto no generó mayor trascendencia sobre el derecho y la justicia.

¹¹³ Ídem

Sería entonces en el siglo XIX, en la época contemporánea, donde debido a la arbitrariedad jurisprudencial y a la falta de seguridad jurídica, el positivismo se consolidaría y descartaría toda filosofía del derecho y se asumiría una teoría general del derecho con estructuras de validez normativa que marcaría un nuevo rumbo de la concepción de justicia y derecho, bajo un criterio de subsunción.

4.4. Edad Contemporánea

Según Kaufmann¹¹⁴ en el siglo XIX el positivismo jurídico empezaría a posicionarse frente a las dificultades que generaba la poca seguridad jurídica en las nociones de justicia y derecho que se sostenían hasta ese entonces, por lo que empieza a construirse una teoría general del derecho sobre conceptos fundamentales de sujeto de derecho, norma jurídica y validez normativa, en el cual el derecho se limitaba a un ejercicio de subsunción de la ley, inevitablemente ese criterio formalista era criticado por filósofos como Feuerbach quien aducía que toda ley que es corrupta por más “legítima” que sea no tiene naturaleza vinculante.

En esta época se resalta el papel de Gustav Radbruch de la Escuela Sudoccidental, quien se comenta que en un primer momento fue positivista pues defendía la idea de la seguridad jurídica frente a las arbitrariedades e impredecibilidad que generaban algunas leyes, pero en una segunda etapa de su vida, ya mayor, adoptó una posición que distaba de lo positivo y naturalmente puro.

La postura de Radbruch desde el positivismo que se le atribuía, estaba íntimamente ligado a los valores jurídicos, por lo que no era un positivismo puro, pese a que defendía el cumplimiento de la ley por encima de la consciencia del operador, posteriormente postulaba

¹¹⁴ KAUFMANN, Arthur. Qué es y <<como hacer justicia>> Un ensayo Histórico-Problemático. [En Línea]. p. 22 Disponible en<< file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/PD_15_01.pdf >> [Consulta: 15 de Noviembre del 2019]

como derecho a toda realidad que tenga como fin servir a la justicia, en ese sentido, elabora una filosofía orientada al *deber ser* y al valor del derecho, esto refiere a una filosofía menos ortodoxa y más moderada que guarde coherencia con la justicia.

En esa medida, decide dotar de contenido al principio de igualdad que en su sentido formal se limitaba a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que añade a ella un sentido material, determinando una idea de finalidad sobre valores individuales, supraindividuales y transpersonales, por lo que para garantizar la seguridad jurídica se debía establecer su contenido y sostener su imponencia siempre que de esta no se exceda un criterio mínimo de justicia, su teoría objetiva interpretaba no conforme al mensaje del legislador si no lo que la ley señala para un caso en concreto, hacerlo de otra forma, según Radbruch es asumir la idea de un derecho perfecto, lo cual es claramente un error.

Sobre el positivismo jurídico del siglo XIX Kelsen indica: “la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo¹¹⁵”

En ese sentido, pese a que en dicho siglo se manifestaba una reacción adversa al derecho natural, esta reacción nunca terminó de desarrollarse como tal, pues la idea de los valores jurídicos no desaparecía, por lo tanto, toda teoría moral de justicia que ligaba al derecho aún seguía latente, por lo que se requería de una teoría pura que excluyera toda teoría moral y que revista de formalismo y seguridad a la teoría del derecho.

A finales del Siglo, en el auge de los derechos individuales, la teoría de justicia de Rawls adquirirá protagonismo sobre la de Kelsen bajo

¹¹⁵ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Edit. Universidad de Buenos Aires. 4º edición 2009 p. 53

una idea de imparcialidad social que desarrollaría a través de principios en su Teoría de la Justicia.

a. La Teoría de Justicia de John Rawls

Esta teoría es elaborada según nos explica Roberto Gargarella¹¹⁶, en oposición al intuicionismo y utilitarismo, en tanto el primero exponía que los principios en los que yace la justicia conflictúan entre sí y que al momento de determinar qué principio escoger, debe prevalecer el que guie la intuición, aquí la crítica se basa en que no existe método alguno para determinar que intuición es la correcta o bajo que razonamiento se puede diferenciar una intuición de una mera conjetura o palpito.

Desde la posición del utilitarismo, se determina que un acto solo es correcto si este es capaz de producir felicidad o bienestar general, esto resulta *a priori* lo más conveniente, dado que en primera línea, nos da a entender que sopesa el bienestar general frente a prejuicios personales o intereses particulares, sin embargo, Rawls rechaza dicha concepción teleológica o consecuencialista, al advertir en ella una relación costo y beneficio, que en primera cuenta resulta irreprochable, como el asumir ciertos sacrificios con el objeto de obtener un bien mayor.

Esto no resulta del todo positivo, si se analiza desde una perspectiva personal y social, por lo que si se trata de un sacrificio personal que una persona hace con el fin de obtener un fin que genera su propio bienestar, resulta válido, pero que, al aplicarse la misma lógica frente a un grupo social, deja de serlo.

Tenemos el ejemplo de sacrificar una parte de la sociedad con la finalidad de obtener el beneficio de la mayoría, concluyendo con ello, que el utilitarismo no termina cumpliendo lo que en un principio

¹¹⁶ GARGARELLA, Roberto. Las Teorías de la Justicia después de Rawls. Edit. Paidós 1999 Barcelona – España. p. 22

promete, razón que compartimos como más que válida para entender el pensamiento Rawlsiano.

John Rawls plantea en su Teoría de la justicia, la búsqueda de la misma, a través de una elección racional de principios básicos de justicia que sirvan como estructura básica de la sociedad y que a su vez inspiren el origen de las normas e instituciones que rigen en la sociedad, partiendo por la premisa de imparcialidad, es decir, una elección racional, exenta de todo juicio de valor, prejuicio o sesgo impregnado en los seres humanos, que nos arribe a formular una idea de justicia gaseosa, vaga y relativa según creencias que no nos garanticen ninguna seguridad sobre ella.

A esta fórmula, la denominó el “Velo de la Ignorancia¹¹⁷” o posición original, mediante la cual se parte de una elección racional, libre de todo sesgo, en el que solo se toman en cuenta aspectos generales que atañen y competen a la sociedad y no aspectos específicos que involucren a personas en concreto.

Con ello se lograría, la elección de principios universales, que nos permitan una teoría de la justicia no dependiente de una realidad o contexto social, o que esta sea relativa depende de donde se situé, sino que actué como un imperativo universal en el que todos estemos de acuerdo.

Evidentemente, asumir una posición, tal como la que nos exige el autor, resultaría ficticio, al generarse una especie de contrato social, pero que pese a serlo, nos permite en cierta medida, sentar base sobre qué es lo primordial para construir nuestra propia teoría de la justicia y nos ayuda a apartar todo prejuicio que pueda nublar su descubrimiento. Así mismo, evita relativizaciones que no proporcionen ninguna clase de seguridad exigida en el derecho.

¹¹⁷ GARZÓN VALLEJO, Iván. John Rawls, Justicia, liberalismo y razón pública. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas 2016. Ciudad de México – México p. 38

Siguiendo esa línea, el autor afirma que: “los principios de la justicia social proporcionan un modo para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social.”¹¹⁸

Es así que, Rawls señala que principios universales serían los elegidos racionalmente por el común general de las personas, desde su fórmula del velo de la ignorancia, estos son: “el primero, cada persona que participa en una práctica o que se ve afectada por ella, tiene un igual derecho a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos, y segundo, las desigualdades son arbitrarias a no ser que pueda razonablemente esperarse que redundarán en provecho de todos y siempre que las posiciones (...) sean accesibles a todos. Estos principios expresan a la justicia como un complejo de tres ideas: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común”¹¹⁹.

En dicho postulado, se aprecia una conjugación entre el iusnaturalismo formal y material, formal en tanto se ciñe su teoría en el principio de imparcialidad y material en los principios de igualdad de oportunidades y diferencia permitida.

Basándonos en lo concluido por Rawls podemos esquematizar tales principios universales de la siguiente manera:

1. Disfrutar del conjunto más amplio de libertades básicas, sin distinción alguna y libre de condicionamientos.
2. La Riqueza se reparte en igualdad de oportunidades y por principio de diferencia, solo se permite las desigualdades si favorece a los que la padecen, por ejemplo, en una empresa los de mejores capacidades ganan más que los de menores capacidades, pero la contribución de los de mejor capacidad

¹¹⁸ RAWLS, John. Teoría de la justicia. Edit. FCE 1997. DF México - México p. 18.

¹¹⁹ RAWLS, John. Justicia como equidad. Edit. TECNOS S.A 1986. Madrid - España, p. 41

logra que los de mejor y menor capacidad ganen más de lo que ganaban en un primer momento.

Podemos desentrañar de este razonamiento, que el bien común al ser el deber supremo de la sociedad este debe de ser distribuido sobre las personas que han contribuido a su formación y al canon de estos principios, solo se puede exigir como parte de esa distribución una libertad que sea similar a la libertad de todos en congruencia al derecho que se afecta y haciendo una comparación como si se hubiera afectado a otra persona, es decir, limita tal distribución a una comparación de un derecho exigido en correlación con el derecho de todos, los cuales deberían de ser equilibrados uno del otro y no excederse.

En el segundo punto señala que, el derecho distribuido ha de ser en provecho de todos, es decir que sea satisfecho quien exige la distribución de lo que cree corresponder, y que esto no afecte al resto, determinando con ello su accesibilidad, pero cabe mencionar que este planteamiento corresponde a como el estado debe articular sus instituciones, más que preocuparse de la exigencia de las personas a que es o que no es lo que les corresponde.

Conforme a lo planteado por dicho autor¹²⁰, una sociedad solo sería justa si las instituciones que la componen se rigen bajo dichos principios más que con la finalidad de determinar qué es lo que le corresponde a cada uno, se orienta en razón de cómo deben articularse las instituciones sociales y económicas, tal distribución y correspondencia solo se puede hacer en base de los bienes sociales primarios y no en base a los bienes sociales naturales, en tanto ellos ya son distribuidos por la naturaleza misma, en donde encontramos la inteligencia, salud (lotería natural) mientras que los bienes sociales primarios nos ayudan a maximizar y promover los fines humanos, la distribución de tales bienes (libertades cívicas y

¹²⁰ Ídem

oportunidades sociales), solo depende de la interacción social y como el estado se desenvuelva en pro de garantizar su protección y efectividad, en desarrollo del principio de igual libertad de ciudadanía, principio de equidad e igualdad de oportunidades y el principio de diferencia aplicada en la distribución de riqueza la cual es justa solo en el caso de que ninguna otra forma de articular las instituciones sociales fuera capaz de mejorar las expectativas del grupo menos favorecido.

El ejercicio de dichos principios se da en correspondencia a sus fines, si tratamos bienes sociales naturales, evidentemente se requiere de una igualdad de libertad y oportunidades para su ideal desenvolvimiento y si tratamos bienes sociales primarios, estos pueden ser tratados con desigualdad siempre que resulte beneficioso para el resto.

No obstante, consideramos que, si bien debemos buscar la manera de simplificar el concepto de justicia, sin desnaturalizar su contenido; reducir su comprensión a una mera distribución puede resultar perjudicial para que alcance sus propios fines, pues desde nuestro juicio, la distribución puede ser considerada como un “medio” para concretar la justicia, mas no como una definición de lo que es en realidad.

Así mismo, Wilfried Bottke¹²¹ agrega respecto a esta teoría que, en la teoría de la justicia de Rawls, se caracteriza por postular que existe una justicia anterior al derecho positivo.

Por su parte, Kindhauser¹²² considera acertada la Teoría Rawlsiana, señalando que: “Un sistema en que cada cual posee sentido de la justicia y en el cual cada cual sabe del otro que este también lo posee

¹²¹ BOTTKE, Wilfried. Política criminal y nuevo Derecho Penal. Edit. José María Bosch 1997 Barcelona - España p 62

¹²² KINDHAUSER, Urs. Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Edit. B de F Ltda. 2011 Montevideo – Uruguay p. 20

(...) es en sí mismo estable”; a lo que agrega que, solo de esta manera, dicho sistema puede ser duraderamente estable.

b. Crítica de Robert Nozick a la Teoría Rawlsiana

Robert Nozick¹²³ en *Anarquía, Estado y Utopía*, en su segunda parte, desarrolla sus ideas liberalistas frente a los principios que modulan la justicia distributiva. Estos son el principio de igualdad de oportunidades y el principio de diferencia, toda vez que tal diferencia genere cierto beneficio en quienes reciben menos a causa de los que reciben más.

En su análisis, añade el factor de la voluntad dentro de la justicia retributiva, es decir, las desigualdades solo podrían justificarse si consta de un intercambio voluntario entre los más beneficiados y los menos beneficiados.

Por lo que, frente al velo de la ignorancia de Rawls señala que, se puede distribuir la riqueza y avalar desigualdades bajo el principio de diferencia, sin tener en cuenta antecedentes, historia y derechos especiales que según Nozick son determinantes para la distribución.

Nozick continúa su desarrollo en el pensamiento liberal de John Locke, quien entendía a una persona como una propiedad en sí misma, razón por la que esta debe actuar en libertad y obtener los beneficios que generen sus propias acciones, razones por la que una persona no puede ser obligada a trabajar o ser sacrificada en beneficio del otro. Bajo estas luces, ningún estado o sistema político podría quitar o expropiar de sus bienes a unos para beneficiar a otros, y justificar dicha medida en el nombre de la justicia e igualdad, medida característica de los gobiernos socialistas.

¹²³ NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Título Original: *Anarchy, State and Utopia*. Edit. Innisfree, 2014. Nueva York - Estados Unidos. p. 162

Desde su visión liberalista, frente a una visión social democrática de justicia, toda persona debe recibir aquello que ha generado, por lo que el estado no puede actuar bajo el velo de la ignorancia y desconociendo estos factores, esto se plasma con más intensidad frente a personas con derechos especiales, según el autor, si uno hace la elección racional de principios justos con la fórmula de Rawls, se desconocería ciertos derechos especiales que ameritan ser tomados en cuenta y el conocimiento de tales derechos, está en el conocimiento de cada persona en particular, conocimiento que mediante la Teoría Rawlsiana, no sería posible.

Otro de los críticos, más destacados de esta teoría de la justicia, es Gerald A. Cohen¹²⁴ quien desde su perspectiva socialista, criticó dicha teoría, por ser muy liberal, extremadamente igualitaria e insuficiente, en función a que Rawls justificaba ciertas desigualdades generadas por el mercado y toleraba la desigualdad consistente en la distribución natural de talento, posición que Cohen no compartía, pues desde su pensamiento solo es admisible tolerar la desigualdad basada en la diferencia de gustos o de elección.

Para el autor, las desigualdades que ocurren en el mercado no serían necesarias si quien exige mejora en los salarios actuaría en función a valores comunitarios sustentados en la igualdad.

Esto trae a debate, respecto a si los principios de justicia que sostiene Rawls, solo se aplican a instituciones o si también pudieran aplicarse para regular la conducta de las personas; para Cohen tales principios también deben tener incidencia en la conducta individual de las personas.

¹²⁴ COHEN, Gerald. Por una vuelta al socialismo. Edit. Siglo veintiuno Editores S.A 2014. Bueno Aires – Argentina p. 11

c. La Justicia en Habermas, Dworkin y Alexy

La teoría de la justicia de Rawls y la Teoría de Habermas son las dos teorías más importantes de finales del siglo XX, Rawls partiendo por la idea de justicia en un contrato social equitativo y Habermas por el criterio de acción comunicativa.

Jürgen Habermas aborda a la justicia en su Teoría de la acción comunicativa¹²⁵ en la que amplía los aportes de Kant; señala que no solo debe tenerse en cuenta el deber ético, sino las necesidades y los intereses de las personas a través de un “discurso ideal” o una comunicación racional exenta de parcialidades, en donde se manifieste fundamentos argumentativos.

Según Kant uno debe operar según los imperativos categóricos, en el cual, si una máxima logra fundarse como ley universal, se convierte en un acierto, no obstante, Habermas señala que no basta que se derive una norma moral subjetiva, sino que debe discurrirse en la sociedad y ahí determinar su validez final, no se trata de lo que uno concibe como máxima universal, sino que sobre dicha máxima exista un consenso común que se logre a través de la argumentación.

En ese sentido, la justicia es el resultado de dicho discurso ideal, mediante el cual se determina la validez de máximas universales; al ser de naturaleza abstracta, la justicia guarda relación con la igualdad, es así como, una regla que ha de ser validada por la justicia debe someterse a la prueba que concluya que, desde una moral subjetiva, lo que es bueno para uno, en efecto, sea bueno para todos.

Para Habermas¹²⁶ la justicia esta intrínsecamente relacionada con la política, en un proceso de discusión, deliberación y decisión democrática, en conclusión, solo mediante un discurso ideal puede construirse una idea de justicia común y universal.

¹²⁵ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Edit. Santillana S.A 1992 Madrid-España p. 65

¹²⁶ Ídem

Esta teoría la hemos desarrollado con anterioridad por la importancia que amerita, en el análisis de la justicia como razón elaborada por Kauffman, el mismo que pese a no ser contrario a esta posición, precisaba ciertas críticas respecto a quienes deberían de ser los integrantes o protagonistas de ese concurso ideal que refería Habermas.

Un concierto argumentativo que determine la validez de la moralidad subjetiva según Kauffman,¹²⁷ requiere de interlocutores con solvencia dogmática, académica e imparcial; finaliza esta idea, señalando que, pese a ser conscientes de que tal foro no existe en la realidad, es un ideal que vale el esfuerzo desarrollar.

Nosotros consideramos que, lo desarrollado por Habermas representa una perspectiva muy importante al evolucionar de cierta manera lo planteado por Kant, quien elaboró razonamientos agudos, al conseguir determinar máximas a través de las cuales formar imperativos, respecto al discurso social al que se adhiere Habermas, compartimos la crítica de Kauffman, esta idea de discurso puede servir para orientarnos en un tratado argumentativo, pero ello implica las dificultades sobre los integrantes de este discurso, que debemos manejar con cuidado, si se quiere mantener un eje de igualdad.

Otra perspectiva de la justicia que es importante desarrollar es la que sostenía Dworkin en el Imperio de la Justicia, en donde indica que la justicia es una institución que interpretamos cada uno de nosotros al formar una idea de justicia: “Cada uno de nosotros se forma un sentido de justicia de no deja de ser una interpretación (...) sin embargo pueden tratar de captar la base de donde surgen la mayor parte de discusiones sobre justicia y describirlo en alguna proposición abstracta elegida para definir “el concepto” de justicia para su comunidad , de modo que los debates sobre justicia pueden

¹²⁷ KAUFMANN, Arthur., op., cit., p. 26

ser entendidos como debates sobre la mejor concepción de ese concepto¹²⁸.”

Conforme a Dworkin la justicia tiene una naturaleza abstracta esto hace que no deje de ser una constante interpretación, sobre la que admite que determinar un concepto definitivo o establecer reglas es complicado, en atención a ello, aduce que respecto a la justicia solo se puede obtener un conjunto de apreciaciones de las que se puede abstraer un concepto que interprete de mejor manera su contenido.

A la luz de esa reflexión nos indica: “Nuestros propios filósofos de justicia rara vez lo intentan, porque resulta difícil hallar una enunciación del concepto que sea a la vez lo suficientemente abstracta como para que no podamos discutirla y lo suficientemente concreta como para que sea de utilidad¹²⁹.”

Aquí se evidencia una coexistencia entre lo abstracto y concreto del sentido que se espera de la justicia, si enfocamos su sentido abstracto encontramos las razones por la que su discusión se hace interminable y compleja, pues esta es su naturaleza, pero, por otro lado, se requiere que la justicia llegue a ser concreta, porque siendo concreta se valora su utilidad.

Desde nuestro criterio consideramos que determinar un concepto de justicia que sea abstracto y concreto a la vez, resulta excesivamente complejo y hasta cierto punto contradictorio, sopesamos que lo abstracto de la justicia es lo que hace su naturaleza y que lo concreto de su utilidad debe ser delimitada por otro “concepto” que este íntimamente relacionado con la justicia, en el que sea este concepto la intersección entre la justicia y el derecho, en esa concepción quedaría delimitada su utilidad al ser de naturaleza concreta y la

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. El imperio de la Justicia. Edit. Gedisa S.A 2ª edición. Mayo 2012 Barcelona-España p. 63

¹²⁹ Ídem

justicia mantendría su naturaleza abstracta operando en armonía con dicho concepto.

Para Dworkin, los derechos fundamentales nos aproximan a una idea de justicia, en su naturaleza innegociable e inmutable que hace que estos no puedan ser violados por los poderes del estado, bajo el pretexto del bien colectivo, siguiendo la línea de Rawls señala que debe armonizarse la igualdad de oportunidades y la igualdad de consideración en la creación de instituciones políticas, por la sola razón de ser una persona dentro de la administración de justicia.

Esta idea es esgrimida por Dworkin en *Los derechos en serio*¹³⁰, “podríamos decir que los individuos tienen derecho a igual consideración y respeto en el diseño y administración de las instituciones políticas que los gobiernan, se trata de un derecho sumamente abstracto”, es decir, se trata en un derecho natural que descansa en la igualdad plena de todo ser humano frente a otro, en el que debe ser considerado y respetado no por algo que logre u obtenga, sino por su sola condición de tal.

Robert Alexy¹³¹ por su parte identifica a la justicia con relación a la moral, siendo partidario de la teoría que sostiene la relación conceptual entre derecho y moral, a efectos de comprender su análisis, nos indica que mediante la tesis de la separación y de la vinculación podemos orientarnos a definir el concepto de derecho y con ello estimar si corresponde o no estudiar a la justicia.

La teoría positivista de plano rechaza la relación entre derecho y moral, y se apoya en argumentos analíticos y normativos, según explica Alexy los argumentos analíticos a favor de la tesis de la separación sostienen que no existe relación conceptual entre derecho y moral, asumiendo un análisis rígido, mientras que los argumentos

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Edit. Ariel S.A 2ª Edición 1989 Barcelona-España p. 272

¹³¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validéz del derecho*. Edit. Gedisa S.A 2ª Edición 2004 Barcelona-España p.27

a favor de la tesis de vinculación son libres en cuanto análisis e inclusive si se opta por renunciar al contenido moral del derecho, advierte que aún existe la posibilidad de optar por los argumentos normativos.

Los argumentos normativos se sostienen en la idea de aceptar la inclusión o no inclusión de los elementos morales dentro de un concepto de derecho, esto no se delimita con saber si existe o no relación entre derecho y moral, sino se centra específicamente en su contenido normativo.

Alexy¹³² se mantiene en la idea de que existe una relación estricta entre derecho y moral que determina el contenido conceptual del derecho, para ello elabora un marco conceptual de cinco distinciones. Estos son el concepto de derecho libre de validez, el sistema de normas y procedimientos, la perspectiva del observador y participante, las conexiones clasificantes y cualificantes y las combinaciones

Respecto de la primera¹³³, señala que es posible una concepción de derecho que incluya la validez normativa como una que no la incluya, pues es posible hablar de una norma jurídica que aún no es válida, como hablar de una norma que nunca será inválida, sin entrar en contradicción alguna

En el sistema de normas y procedimientos, establece que se puede hablar sin contradicción de un sistema jurídico de normas que hace referencia a la exterioridad o al resultado de crear normas, como también del aspecto interno del procedimiento para crearlas.

En la perspectiva del observador y participante, señala que, lo importante es la posición en la que se reflexiona sobre como hubiera decidido un juez si lo hiciera correctamente, en el cual la perspectiva

¹³² *Ibíd*em p. 30

¹³³ *Ídem*

del observador se asume en quien no pregunta cuál es la decisión adecuada sino como se decide en un sistema jurídico, distinto de la del participante, quien al ser parte de un sistema participa en el debate y en la argumentación de lo que existe en un sistema jurídico.

Las conexiones clasificantes¹³⁴ se refieren a la conexión entre derecho y moral en donde un sistema jurídico que no satisface el contenido moral deja de ser un sistema jurídico, mientras que en las conexiones cualificantes, si el sistema jurídico no satisface el contenido moral, no deja de ser un sistema jurídico sino se torna deficiente.

En las combinaciones, Alexy indica que, en las cuatro distinciones anteriores, si uno las combina obtiene necesariamente la relación conceptual entre derecho y moral, dado que al determinarse estas distinciones hace plausible la no existencia de contradicción entre ellas, lo cual solo podría determinarse desde la perspectiva interna del participante o externa del observador.

Con ello, el autor concluye en su concepción de justicia relacionada con la moral, bajo un contenido abstracto y amplio que cualquiera puede estudiar a través de las dos tesis explicadas, sea en un análisis positivista o no positivista; en esa línea justifica la relación entre derecho y moral evidenciando la ausencia de contradicción que existe en determinar su relación conceptual, mediante cuatro distinciones claras, es así que se asume la posición de quienes afirman la relación conceptual necesaria que existen entre estos dos conceptos.

Si bien es cierto que, Alexy no reconoce una inclusión necesaria entre moral y justicia, su estudio lo desarrolla en gran parte desde la moral y su relación conceptual con el derecho, por lo que consideramos que la moral a diferencia de la justicia si puede ser entendida desde una comprensión general, mientras que la justicia al

¹³⁴ Ídem

igual que el derecho recurren a una naturaleza de mayor complejidad, si prestamos atención a la moral como un criterio de consciencia social que es impuesto conforme al contexto o la época en que se dé, podemos percatarnos que muchas veces a lo largo de las épocas estudiadas, ha sido la moral la que ha sido confundida por justicia, como ya lo han remarcado distintos estudiosos y filósofos del derecho, la naturaleza abstracta de la justicia no puede reducirse a un criterio moral, sino que esta responde a un criterio objetivo que, como decía Dworkin, solo podemos alcanzar interpretaciones.

Alexy¹³⁵ también nos explica una idea de justicia como corrección de la distribución y la compensación, en relación a la justicia distributiva y conmutativa, aquí el autor nos hace énfasis en un punto muy importante que hemos sostenido durante esta investigación, y es que la justicia es análoga a la verdad en cuanto a su abstracción y como criterio más alto de valoración, en cuanto a conceptos, la justicia lo es en la corrección de distribuciones y compensaciones, como un criterio supremo que justifica ambos sentidos de justicia.

Otro punto que rescatamos es la visión de Alexy¹³⁶ frente a la justicia distributiva y conmutativa que si bien es cierto, está orientada a una distribución dedicada al reparto de bienes o riquezas en el seno de las relaciones estatales y privadas, señala que esta lógica de justicia también es de aplicación en el Derecho penal y en especial en la determinación de la pena, siendo este detalle un aporte que solidifica lo señalado desde un principio; la relación epistémica entre justicia y pena, como efecto dominó, se hace más notoria.

Indica como ejemplo que, cuando a una persona por un delito se le aplica una pena severa y posteriormente a otra persona por el mismo delito se le aplica una pena benevolente, en dos casos que presentan las mismas cualidades, en este caso, respecto a la determinación

¹³⁵ ALEXY, Robert. Justicia como corrección. Universidad Christian Albrecht de Kiel. Traducción de Ana Inés Haquin Edit. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho 2003 Alicante - España p.163

¹³⁶ Ídem

punitiva, se ha vulnerado la justicia conmutativa y si dicha desigualdad carece de fundamento, se agrava también a la justicia distributiva, por lo que según Alexy cuando está en conflicto un caso que genera un dilema en la justicia, está en conflicto la distribución y la compensación.

La justicia es un criterio básico que legitima al derecho y esto involucra según el autor, a todo el derecho en general, en vista a su análisis podemos reparar en esta relación de correspondencia que sigue el adoptar una perspectiva de justicia frente a la legitimidad de la pena.

Como hemos venido señalando, la justicia al ser el eje que dota de legitimidad al derecho, si este se modifica, genera una consecuencia epistémica en el contenido de la legitimidad de la pena.

Esta reacción en cadena que se genera con estas dos premisas se evidencia en lo señalado por Alexy¹³⁷, al ejemplificar una teoría de la justicia basada en un criterio de distribución, que si bien en un primer momento fue entendido como un criterio de distribución de riquezas por parte del estado; también se aplica en materia penal, al efectuarse una expresión de justicia penal que, reza una expresión retributiva por la comisión de un ilícito penal

Este criterio de justicia distributiva es la clásica teoría que hemos venido adoptando hasta ahora, y la que siempre se nos ha enseñado desde las aulas universitarias, siguiendo la noción básica de Ulpiano, quien decía que justicia es dar a cada uno lo suyo. Si uno se sujeta a esta idea de justicia que despliega un enfoque distributivo o retributivo, puede concluir que, si se aduce que justicia es dar a cada uno lo que le corresponde, resulta lógico que tal retribución o castigo sea asumida como pena, con arreglo a la idea de que cuando se impone una pena, se está haciendo justicia.

¹³⁷ *Ibíd*em p. 161

d. La Justicia en Campbell, Sandel y Perelman

Tom Campbell¹³⁸ señala que, la justicia ocupa un lugar fundamental en los debates políticos relativos al derecho, así como de las políticas sociales y de organización económica. Para el referido autor, la justicia es comprendida en términos de igualdad y mérito, sin que esto signifique que sea el principal valor político de una sociedad.

El citado autor¹³⁹ nos indica que, en ningún ámbito es tan pertinente el análisis de la justicia en base al mérito como en el derecho penal, esto significa que el reproche y castigo derivado del derecho penal debe ir en correlación con el merecimiento propio de la conducta del agente delictivo, es decir, el castigo es aplicado solo cuando las personas tengan la capacidad y oportunidad de conocer con anterioridad lo que exige el derecho.

Sin embargo, en realidad el mérito no actúa como factor decisivo en el derecho penal, sino que se ponderan otros factores, tales como el desaliento de conductas que ocasionan daños, los beneficios que conlleva el reformar delincuentes, lo que genera que este utilitarismo, muchas veces se promueva incluso a costa de alguna injusticia.

Michael Sandel¹⁴⁰, filósofo político y profesor en la Universidad de Harvard, analiza que es la justicia desde el enfoque de lo correcto o incorrecto en el actuar del ser humano en sociedad, examinando la perspectiva utilitarista, libertarista, el pensamiento de Kant, Rawls y Aristóteles, planteando una serie de casos hipotéticos en donde pretende absolver dicha interrogante.

¹³⁸ CAMPBELL, Tom. La Justicia Traducción de Silvina Álvarez. Edit. Gedisa 2002. Barcelona – España p. 15

¹³⁹ *Ibidem* p.248

¹⁴⁰ SANDEL, Michael. Justicia ¿Hacemos lo que debemos? Edit. De Bolsillo 2012. Barcelona – España p. 412

Para Sandel, la justicia no es maximizar la utilidad o el bienestar general como plantean los utilitaristas, ni tampoco garantizar la libertad a elegir como plantean los libertarios, sino que la justicia es la virtud de reflexionar en conjunto sobre el significado del bien común, acogiendo como sociedad una cultura que nos permita afianzar las diferencias que surjan de dicha reflexión.

Perelman¹⁴¹ advierte que, al intentar definir la justicia no se puede sacar a la luz más que un solo aspecto de la justicia, por lo que para analizar la justicia se deberá analizar la parte común de las diversas teorías que existen en torno a ella, esta parte común la llama justicia formal, la que define como la igualdad de tratamiento a todos los miembros de una misma categoría esencial.

De esta manera el referido autor, comprende a la justicia en un concepto de igualdad y equidad, lo que permitiría darle un sentido claro a la misma y daría lugar a no caer en las antinomias de la justicia a las que se suele arribar con teorías arbitrarias e inexactas a su concepto.

e. La Justicia en Radbruch, Cossío, Nino y Pogge

Para Gustav Radbruch¹⁴², la idea de derecho no puede ser otra que la justicia, en el entendimiento de la justicia a como la entendía Ulpiano, es decir, en dar a cada quien lo suyo. De esta forma, Radbruch indica que, justicia significa igualdad o desigualdad en el trato humano, referida esta, a bienes o a hombres, ejemplificando así, que justo es el salario que corresponde a una persona por el valor de su trabajo y justa es la pena que afecta igualmente a unos, como a otros.

¹⁴¹ PERELMAN, Chaim. De la Justicia. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México 1964. DF – México p. 77

¹⁴² RADBRUCH, Gustav. Filosofía del Derecho. Edit. Cometa S.A. Zaragoza 2007 – España p. 84

Entre otros autores contemporáneos, tenemos a Carlos Cossío¹⁴³, quien, compartiendo la filosofía de Platón, indica que, la justicia es una virtud general armonizadora de todas las virtudes, como la creación de condiciones iguales de libertad, donde se da más a los que menos tienen y menos a los que tienen más.

Aquí la justicia, se constituye como un valor que se estima del derecho positivo, por encima del orden, la seguridad, el poder, la paz, la cooperación y la solidaridad, los mismos que se circunscriben en un plexo axiológico jerárquico, siendo la libertad no un valor, sino la esencia de la vida, y los principios de razón suficiente¹⁴⁴ son la existencia, la esencia y la verdad, siendo que la justicia desde la existencia es libertad, en esencia es creación y como verdad se manifiesta en la igualdad.

Por su parte, Carlos Nino¹⁴⁵ concibe a la justicia dentro de un contexto de discurso moral, donde se recibe el impacto de distintos análisis que se formulan a raíz de las funciones de tal discurso.

Dichas funciones se dan según las reglas sociales, jurídicas o de juego; las mismas que determinan si estas son justas o no, salvo que estén inspiradas en un discurso de moral ideal, como idea de justicia.

Finalmente, entre los autores contemporáneos más destacados, corresponde citar, a Thomas Pogge¹⁴⁶, para quien la justicia no es un objeto, sino una cualidad que se le puede asignar a algunos objetos también llamados *iudicanda*, dicha concepción es oponible a la de Aristóteles, quien definía a la justicia como un sustantivo.

¹⁴³ COSSIO, Carlos. Radiografía de la teoría egológica del derecho. Edit. Depalma 1987 Buenos Aires – Argentina p. 68

¹⁴⁴ PISI DE CATALINI, Marta. La teoría egológica de Carlos Cossío y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. Edit. Universidad Nacional de Cuyo. Facultad de Filosofía y Letras 1991. Mendoza – Argentina p. 65

¹⁴⁵ NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. 1989. Buenos Aires – Argentina p. 179

¹⁴⁶ POGGE, Thomas. Moral, justicia y derechos humanos. Edit. Universidad Pontificia Bolivariana 2017. Medellín - Colombia p. 23

Para Pogge¹⁴⁷, la justicia como cualidad es parte de la moral y no existe de forma independiente, pues siempre está asociada a un objeto, estos objetos pueden ser, actores individuales y colectivos, acciones u omisiones, reglas sociales y situaciones concretas, dichos objetos son los que son susceptibles de ser valorados como justos e injustos.

El autor hace referencia a una idea de justicia global, cuyo concepto es normativo y se basa en un sistema de instituciones globales, haciendo referencia a dos objetos, tales como las instituciones y las situaciones concretas de injusticia, como sería el caso de la pobreza en África o la migración ilegal forzada, todo ello, constituyéndose bajo la denominación de institucionalismo moral normativo que emite juicios respecto a cómo debe estar conformado dicho sistema.

5. LA PENA NO PUEDE GARANTIZAR LA JUSTICIA, PERO SI LO JUSTO

En este punto, y a manera de concluir la teoría desarrollada a lo largo de esta investigación, cabe afirmar que, la pena no puede garantizar la justicia, pero si lo justo.

Dicha afirmación es elaborada desde la Teoría de lo justo; teoría que formulamos en base a la distinción de dos premisas: la justicia y lo justo.

Pues como ya lo hemos abordado con anterioridad, formulamos a la justicia como un fin de contenido ontológico, abstracto y genérico, consistente en la armonía de la conducta humana con las diferencias de su entorno; concepto que mantiene al ser humano en el eje de la justicia desde los cánones de Kauffman, y reconociendo la importancia de la justicia como fin y promesa desde Hartmann, así como el concepto de armonía de Stammler.

¹⁴⁷ Ídem

Este concepto se condice con Manuel Ossorio¹⁴⁸, quien señala que, para Carlos Azcarate y Rosell, el derecho tiene una tendencia a coordinar aspiraciones fundamentales, conteniendo un instrumento armonizador, que es la norma y las aspiraciones que son armonizadas con el derecho subjetivo.

Por otro lado, hemos formulado a lo justo, como un medio de contenido deontológico, concreto y específico, consistente en un medio idóneo que armoniza la conducta humana con aquellas diferencias que sean de relevancia para el derecho penal, estas diferencias se concentran en el delito; aquella conducta donde el delincuente manifiesta su diferencia con el derecho penal.

La justicia comprendida como la armonía de la conducta humana, se atiende a ella, como algo que existe independientemente de la razón humana, sin embargo, lo justo bajo la concepción propuesta líneas arriba, si se determina por la razón humana, pues es la razón humana la que determina aquello que debe adecuarse y concretarse para un fin específico, a través de medios idóneos que tengan por objeto alcanzar a la justicia.

Lo señalado arriba en un efecto dominó, entre lo que se concibe por justicia y la legitimidad pena, donde descansan las medidas que se adopten respecto a la conducta criminal y las diferencias que esta manifiesta, respecto al derecho penal.

Diferencia que, mediante lo justo se determinará su armonización, en síntesis, por medio de esta teoría se concluye que el derecho penal no puede garantizar la justicia, pero si puede garantizar lo justo. Lo justo que, al ser de naturaleza concreta, pretende concretizar lo abstracto y relativo de la justicia, según los márgenes previsibles por ella.

¹⁴⁸ OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales. Edit. Heliasta 36° edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Buenos Aires – Argentina p.310

Dicho esto, ante una eventual diferencia entre la conducta de una persona frente al derecho penal, se debe de comprender que el derecho penal no puede garantizar de manera categórica la justicia, en la armonía de tales elementos, puesto que esta deviene en un fin abstracto y genérico, pero si puede garantizar lo justo, en los medios idóneos orientados a cumplir tal finalidad y concretar aquella armonía que exige la justicia.

De esta manera, la justicia no se tergiversa y mantiene su naturaleza abstracta, sin contrariar su contenido. En ese sentido, la justicia se comprende como el eje sobre el cual giran los medios, y como un fin al que no necesariamente se llega, pues sostener que el derecho garantiza la justicia o que puede efectuarla en su totalidad, nos parece un desacierto, pues como lo graficaba Stammler, la justicia es como una estrella polar sobre la que el marino se guía, sabiendo que no desembarcará en ella, pero que le sirve como orientación a través del viento y la tormenta para determinar el término de su viaje, en este caso, el término del viaje del derecho penal es lo justo, pues esto es lo que sí puede garantizar racional y objetivamente.

Lo señalado, requiere de un factor comunicativo importante que, como indica Antony Duff¹⁴⁹, debe basarse en una teoría de la responsabilidad que conjugue a la comunidad, la ciudadanía y el lenguaje.

Lo que da lugar, a una condición necesaria y práctica, consistente en la reflexión continua de los derechos y deberes de cada persona, por lo que el autor¹⁵⁰, plantea una teoría comunicativa de la pena entre los ciudadanos y su relación con el derecho, en la cual el castigo tiene una orientación comunicativa que se ubica como teoría, no en la filosofía moral sino en la filosofía política, esto cimentado en un

¹⁴⁹ DUFF, Antony. Sobre el castigo. por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad. Edit. Siglo veintiuno Argentina S.A 2015. Buenos Aires – Argentina p. 14

¹⁵⁰ Ídem

derecho penal democrático y no excluyente, donde el derecho se concibe como una institución política. De esta manera el proceso deja de ser algo impuesto y pasa a ser un deber, debido a que, los ciudadanos comprenden sus derechos en un lenguaje corriente.

En esa línea, consideramos que esta visión democrática oponible a la idea de que cualquier malhechor que ataque el derecho social, deja de ser parte del estado, por lo que al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano¹⁵¹, es acertada.

En ese marco, es más entendible que una persona quiera tomar venganza por su propia mano, a que el derecho lo haga por su propia cuenta, esto no implica que, se esté de acuerdo con la venganza, en lo absoluto, sino que reflexionando sobre ello; el hecho que una persona quiera manifestar su repulsión frente a un criminal es entendible hasta cierto punto, pero el hecho de que el derecho a través de un castigo quiera realizarlo en su nombre, lo deslegitima contradiciendo todo principio republicano y de superioridad ética de gobierno.

Si bien el derecho penal, no puede afirmar a cabalidad que la justicia se conseguirá, si puede proporcionar y establecer lo justo, como medio idóneo para concretizar la justicia, esto abarca no solo al criminal sino también a la víctima o terceros, puesto que son todos los involucrados quienes a raíz de un hecho delictivo exponen una discrepancia frente al derecho penal, lo cual, a través de la fórmula de lo justo, funda su armonización.

¹⁵¹ JAKOBS, Gunther - POLAINO NAVARRETE, Miguel. El Derecho Penal antes las sociedades modernas, edit. Grijiley E.I.R.L Primera Edición. 2006. Lima, Perú p.23

SUB CAPÍTULO II
LA LEGITIMIDAD DE LA PENA

1. CONTROL SOCIAL

Qué duda cabe, el derecho penal es un medio de control social que instrumentaliza la violencia de manera formalizada al estar permitida por el ordenamiento jurídico, esto significa que, el derecho penal cuando recrimina conductas violentas al orden social reacciona con la misma violencia para restablecer dicho orden, lo que implica que el sistema penal se desarrolla dentro de un marco de violencia que amerita ser controlado socialmente.

El derecho penal como medio de control social¹⁵² se diferencia de otros medios de control, por su aplicación formal y por la tendencia a una fundamentación racional y no espontánea como ocurre con otros medios de control social de naturaleza informal.

Así Hassemer¹⁵³ define el control social como un mecanismo propio de toda vida socializada, el mismo que existe en todas las comunidades humanas, en tanto tiene como finalidad preservar la cultura cotidiana, dicho de otro modo, se busca preservar el conjunto de normas que rige a una sociedad; agrega además que, este término fue dado por los sociólogos y asumido posteriormente por los penalistas.

En ese sentido, Bramont Arias¹⁵⁴ explica que el objeto del control social se divide tanto en la conducta desviada del orden social y la reacción o respuesta de la sociedad ante dicha conducta. De esta manera, se da dos formas de control social, el primer es el informal, en el cual el estado no interviene de manera directa a través de su coerción represiva, aquí podríamos ubicar a la familia, el colegio y los grupos sociales.

¹⁵² BACIGALUPO, Enrique. Manual de derecho penal. Edit. Temis S.A 1996. Bogotá – Colombia p. 1

¹⁵³ HASSEMER, Winfried. ¿Por qué castigar? Razones por la que merece la pena la pena. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia - España 2016 p. 25

¹⁵⁴ BRAMONT-ARIAS. Luis Miguel. Manual de derecho penal. Edit. EDDILI Cuarta Edición 2008 Lima – Perú p. 43

Por otro lado, el control formal es aquel donde el estado interviene de manera directa en el control y represión de las personas, contando con principios legales, reglamentos y protocolos de actuación que forman parte del Ordenamiento jurídico¹⁵⁵; aquí figura el derecho penal, las sanciones administrativas, la misma que es ejercida por la policía, los jueces y demás operadores jurídicos, este control se da con la finalidad de asegurar y mantener la convivencia de la sociedad.

Por su parte Iñaki Rivera¹⁵⁶ explica que, desde la Criminología crítica se trata el control social sobre un discurso científico donde se difiere respecto al control interno referido al sistema de justicia penal, en su naturaleza formal y jurídica, donde se discurre la relación entre la realidad del sistema penal con los principios de legalidad, libertad e igualdad.

Por otro lado, el control externo, está referido a la justicia material y a los criterios políticos, es decir, se discurren los efectos del sistema, como sería la selección de los bienes jurídicos en la relación costo - beneficio de la intervención del sistema penal.

Lo señalado en el párrafo anterior, resulta vital para remarcar la importancia de los efectos que se generan del control social, siendo la justicia materializada, el efecto que dota de trascendencia y legitimidad su discurso político.

Francisco Muñoz Conde¹⁵⁷ respecto al derecho penal como medio de control social, nos indica que el principal medio de coacción jurídica por parte del estado es la pena, la misma que cumple la

¹⁵⁵ CASTILLO, Manuel. Miedo, Control Social y Política Criminal. Edit. DYKINSON S.L. Madrid – España p. 203

¹⁵⁶ RIVERA, Iñaki. Política criminal y Sistema penal Viejas y nuevas racionalidades punitivas Utopías del control y control de las utopías. Edit. Anthropos 2005 Barcelona – España p. 41

¹⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Edit. Fundación Universitaria de Jerez 1985. Cádiz - España p.33

función de motivar comportamientos en los individuos e integrar la norma penal.

Desde otro ángulo, para Donna¹⁵⁸ es inevitable sostener que la pena como medio de control social tiene su esencia retributiva, con esto pone límite a la idea de resocialización, pues para el autor la confirmación del derecho no es prevención general, si no la pena misma es esa confirmación, no siendo una finalidad posterior a ella.

En otra arista, se ubica la Teoría de la defensa social¹⁵⁹, profesada por Enrico Ferri, quien indicaba que la sociedad tiene derecho a defenderse de aquellos que rigen sus conductas de forma antisocial, la pena como medio de control social solo tendría una finalidad defensiva.

La importancia del control social es resaltada por Muñoz Conde¹⁶⁰ quien señalaba que este control es una condición básica de la vida social, puesto que resguarda el cumplimiento de las expectativas conductuales y los intereses inmersos en las normas que rigen la convivencia, confirmándolas ante quienes la incumplen.

Así tenemos que, el control social establece los límites de la libertad humana en la sociedad, convirtiéndose a su vez en un instrumento de socialización, donde nadie puede escapar al control social, dado que no existen otras alternativas, pues es inimaginable una sociedad sin dicho control.

En esa línea, el citado autor nos explica que, un derecho penal sin esa base social previa sería tan ineficaz como insoportable, porque se daría sitio a un estado con un discurso vacío, que no sería más que la expresión de un derecho penal de miedo.

¹⁵⁸ DONNA, Edgardo Alberto. Teoría del delito y de la pena Fundamentaciones de las sanciones penales y de la culpabilidad Tomo I. Edit. Astrea 1996 Buenos Aires – Argentina p. 74

¹⁵⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte General Tomo I. Edit. Editorial Jurídica de Chile 1999. Santiago – Chile p. 33

¹⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Edit. Fundación Universitaria de Jerez 1985. Cádiz - España p.33

Por esta razón, resalta que la función del derecho penal es preventiva, no como una motivación intimidatoria sino como una motivación integradora que confirma la norma.

Aunado a esto, Parsons¹⁶¹ señala que dichos procesos de motivación no podrían ser posibles, si no es por los procesos sociales que concentran la interacción entre el ego con el alter, lo que reafirma este control indispensable para el derecho penal.

Alessandro Baratta¹⁶² a modo de crítica, sentencia que el sistema penal como medio de control social cumple una función selectiva y discriminadora, atribuyendo ello, a la relación existente e innegable entre el poder político y el sistema económico que lo condiciona; este punto lo abordaremos a profundidad cuando desarrollemos la variable de la pena como hecho político, no obstante, es importante no pasar por desapercibida la crítica formulada.

Así mismo, el autor critica la teoría sistémica de Jakobs, que asigna a la pena como medio de coacción, una función preventiva e integradora, por alienarse a lo subjetivo e instrumentalizar al hombre a favor del sistema de control social, esto lo hace desplazando al ser humano como fin del derecho y convirtiéndolo en objeto de abstracciones normativas e instrumento de funciones sociales, como sería el comunicar a la sociedad que norma penal defraudada sigue estando vigente.

Con lo señalado en el párrafo anterior, el autor trae a colación la figura del chivo expiatorio de la teoría psicoanalítica del delito¹⁶³, donde se sostenía que la sociedad proyectaba la culpa en los grupos marginales y en las minorías sociales, esto generaba que el delincuente tenga sentimientos de culpa sin haber delinquido, por lo

¹⁶¹ PARSONS, Talcott. El sistema social. Edit. Alianza Universidad 1988 Madrid – España p. 259

¹⁶² BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Edit. Siglo XXI S.A 2002. Buenos Aires - Argentina p. 103

¹⁶³ BARATTA, Alessandro. Criminología y sistema penal. Edit. B de F Ltda. 2004. Buenos Aires - Argentina p. 24

que liberaba esa desviación persiguiendo la pena, para así neutralizar la proyección de dicho sentimiento.

Así la pena evidencia el componente irracional de los sistemas punitivos, lo que Jakobs replantea con un fin integrado, elevando tal irracionalidad a un rango de absoluta racionalidad, lo contradictorio de todo esto, es que atribuye la responsabilidad en una persona que a su vez es impersonalizada en el control social del sistema penal.

Sobre este punto Muñoz Conde¹⁶⁴ refiere que, la tesis de derecho penal como derecho igualitario y la pena como prevención integradora de un consenso normativo, no encuentra asidero en un sistema como el nuestro, fundamentado en la desigualdad y en la explotación del hombre. A lo sumo, la única igualdad que se podría alegar es simbolismo de la ley imperiosa, consistente en prohibir de la misma forma al rico como al pobre, pues un estado de derecho condicionado por el sistema económico, solo proyecta los intereses de la clase dominante.

De esto se colige que, el autor¹⁶⁵ considere que el derecho penal sea una superestructura represiva de una estructura socioeconómica y de un sistema de control social diseñado para defender dicha estructura, donde principios como el de legalidad que surgieron en la revolución francesa, en virtud de una revolución humanista, solo buscan limitar el poder punitivo como el que imperaba en los estados absolutistas de aquel entonces.

Por su parte, Bramont Arias¹⁶⁶ citando a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, indica que tanto la justicia y el derecho puede ir por vías diferentes, debido a que el control social obedece a valores particulares, los mismos que hacen que se permitan algunas

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco., op., cit., p. 46

¹⁶⁵ Ídem

¹⁶⁶ BRAMONT-ARIAS. Luis Miguel., op., cit., p. 45

conductas con la finalidad de evitar otras, aduciendo con ello que, la concepción de justicia puede variar según la postura que se adopte.

Sobre este particular, cabe advertir que el control social que se da en un marco ajeno de justicia, lo convierte automáticamente en ilegítimo pese a la carga racional que este pueda tener, si bien el concepto de justicia puede variar según la postura que se adopte, esto no debe ser razón para adjudicar a ella un concepto arbitrario que justifique el abuso y extralimite el control social ejercido por el estado, lo contrario se prestaría a aceptar que el estado ejerza el control social para conseguir intereses ilegítimos.

Por nuestra parte, la Teoría de lo Justo formulada en la primera parte de nuestra investigación, cuenta con la objetividad estricta para brindar un concepto de la justicia que se ajuste a la estructura lógica de la pena, desde una perspectiva deontológica que reza la misma estructura deontológica de la pena, lo que da consistencia racional a su formulación.

Finalmente, no queda duda que el derecho penal es un medio de control social; el mismo que Amadeu Recasens¹⁶⁷ circunscribe en un sistema de control penal que es definido como un sistema complejo de interrelaciones entre elementos y categorías vinculadas fuertemente entre sí, de modo que su análisis requiere no perder de vista los enfoques estructurales-económicos, históricos-políticos, culturales, etc.

Cabe observar que, el sistema de control social al estar vinculado con la economía, la educación y la salud de un país, genera fallas que surgen desde la base funcional deficiente del estado, lo que da lugar a un sistema de control social que produce delincuencia, esta es razón suficiente para que el estado asuma responsabilidad sobre los delincuentes que se generan en su propio sistema.

¹⁶⁷ RECASENS I BRUNET, Amadeu. El poder Punitivo del estado – Criminología crítica y Control Social. Edit. Juris 2000. Rosario – Argentina p. 106

Esta responsabilidad descansa en el principio de co - culpabilidad, que en nuestra legislación es recogida en el artículo 45 del código penal, donde para fundamentar la pena se tiene en cuenta los intereses de la víctima, las carencias sociales, la cultura y costumbre de quien delinque.

2. PODER PUNITIVO

Conceptualizar el poder punitivo, no es un trabajo menor para los estudiosos de las ciencias penales. Zaffaroni, es sin duda el autor más autorizado para abordar este punto; desarrollar este tema es de suma relevancia pues a menudo se relaciona la legitimidad del poder punitivo con el de la legitimidad de la pena, debido a que, son el resultado del mismo ejercicio de poder.

Tenemos así que, para el autor¹⁶⁸ el poder punitivo solo puede conceptualizarse de forma negativa, esto significa que su conceptualización solo puede lograrse descartando todo aquello que no es el poder punitivo, esta especie de descarte conceptual nos puede llevar a un concepto claro y útil para posteriores reflexiones.

De esta forma, nos explica que, si bien el estado a través del poder punitivo obedece a un modelo de coerción, este modelo no es uno reparador o restitutivo como el que se emplea en el derecho civil y tampoco es un modelo de coerción directa como el que emplea los municipios o la policía cuando regula el orden interno. Aunque por su naturaleza sancionadora, este modelo de coerción puede ser confundida con la penal, cabe precisar que el modelo de coerción directa solo tiene como finalidad hacer cesar una situación lesiva, lo cual no implica poder punitivo.

¹⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio. Derecho Penal Parte General. Edit. Ediar S.A Segunda Edición. 2002 Buenos Aires -Argentina p. 6

El poder punitivo, no se encuentra en ninguno de estos dos modelos, pues el derecho penal no tiene un objetivo reparador o de coerción administrativa, puesto que el poder punitivo no soluciona conflictos, al contrario, deja a la víctima fuera del conflicto, a lo sumo logra en ella una suerte de venganza satisfecha, lo que ya nos lleva a pensar que el poder punitivo lleva una carga de irracionalidad en su contenido.

Para ahondar en el concepto del poder punitivo, es importante abordar, las agencias del sistema penal¹⁶⁹ que deciden el ejercicio de dicho poder, donde ubicamos a las agencias específicas o ejecutoras del poder punitivo, donde está la policía, las fuerzas armadas cuando excepcionalmente salen a encargarse del orden interno, los servicios de inteligencia; así también, con una función distinta tenemos a las agencias judiciales penales, donde se encuentran los fiscales, abogados, jueces, las penitenciarías, la organizaciones no gubernamentales e internacionales.

Por otro lado, se encuentran las agencias inespecíficas donde está el poder ejecutivo y legislativo, los movimientos sociales, los medios de comunicación y los partidos políticos.

Sobre este punto Zaffaroni¹⁷⁰ advierte que, el sistema penal presenta dos defectos en su estructura, el primero consiste en que sus agencias son compartimentalizadas, es decir, no tienen una dirección en común y el segundo, es que presenta múltiples discursos, esto es, un discurso moral para la policía, otro de justicia para los jueces, uno de bien común para los poderes del estado y otro resocializador para los centros penitenciarios.

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio. La cuestión criminal. Edit. Planeta S.A.I.C 2012. Buenos Aires -Argentina p. 296

¹⁷⁰ Ídem

En ese sentido, el sistema penal opera en el ejercicio del poder punitivo a través de la criminalización primaria y secundaria¹⁷¹, la primera referida a formalizar una conducta como criminal a través de un procedimiento legislativo que da como producto una ley, todo ello realizado por el legislador.

La segunda está referida a la acción punitiva ejercida sobre personas en específico, como es la que ejerce la policía, los jueces y fiscales, al determinar qué persona debe ser catalogada como delincuente y en consecuencia ser acreedora de una sanción penal.

De todo lo explicado, podemos decir que el poder punitivo no es un fenómeno jurídico, sino un fenómeno político¹⁷², esto hace que el poder político sea concebido como el ejercicio de poder que habilita la ley penal, sin que lo habilite el poder jurídico de los jueces, de esto se desprende que no es cierto que se ejerza todo el poder punitivo que el *deber ser* pretende, tampoco es cierto que no se ejerza todo el poder punitivo que el *deber ser* prohíba.

Zaffaroni¹⁷³ explica el poder punitivo como un fenómeno político citando a Tobías Barreto, quien en 1870 con un pensamiento adelantado para su época, decía que no debíamos preocuparnos por justificar la pena o el poder punitivo, pues quien pretenda justificar la pena antes debió justificar la guerra, si es que ya no lo hizo.

Esta lógica sigue a la empleada por Von Clausewitz¹⁷⁴ quien decía que la guerra es la continuación de la política por otros medios, lo que Foucault dedujo al referirse a la política como la continuación de la guerra; esto nos conmina a pensar que, tanto la guerra como la

¹⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal Parte General. Edit. AR S.A 2006 Segunda Edición. Buenos Aires - Argentina p. 11

¹⁷² ZAFFARONI, Eugenio. En busca de las penas perdidas. Edit. Ediar S.A 1998. Buenos Aires – Argentina p. 214

¹⁷³ ZAFFARONI, Eugenio. Derecho penal humano y poder en el siglo XXI. Edit. INEJ 2016. Managua - Nicaragua p. 75

¹⁷⁴ VON CLAUSEWITZ, Karl. Las guerras de la política. Edit. La esfera de los libros 2014. Madrid – España p. 223

pena nunca podrán desaparecer, pese a la carga irracional que esta acarrea.

Se advierte por parte de Zaffaroni¹⁷⁵ que, la idea que concibe al legislador como habilitador del poder punitivo, donde el juez aplica la ley y la policía cumple la orden de este; es errada.

Esto debido a que, quienes ejercen el poder punitivo son las fuerzas policiales como agencias ejecutoras, mientras que las agencias jurídicas no ejercen un poder punitivo si no un poder jurídico de contención a ese poder punitivo de criminalización.

Así el legislador habilita mediante la criminalización, la posibilidad de seleccionar personas¹⁷⁶, es decir, solo habilita la posibilidad, pues quienes se encarga de esta selección, son quienes se encargan de la criminalización secundaria, esta selección se caracteriza por ser racional, se dice así que, el poder punitivo cumple las funciones de vigilancia, selección, disciplinamiento, discriminadora y de contención a la protesta social.

Ese proceso de selección¹⁷⁷, varía de acuerdo con el sector social que se trate, por ejemplo, una persona que es criada en un barrio o una favela no puede tener un entrenamiento destinado a crear paraísos fiscales como si lo tuviera una persona estudiada, y quien crece en un sector social acomodado no cuenta con el entrenamiento necesario para dominar técnicas callejeras como el carterismo.

Tal selección suele orientarse sobre quienes tengan un entrenamiento burdo, esto hace que dicha selección siga estereotipos generados por prejuicios sociales, fomentados por los medios de comunicación.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio., op., cit., p. 307

¹⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio. Estructura Básica del Derecho Penal. Edit. Ediar S.A 2009 Buenos Aires – Argentina p. 4

¹⁷⁷ *Ibíd*em p. 5

Sobre esta selección el autor¹⁷⁸ indica que, no solo se selecciona a quienes se criminalizan, sino también a las víctimas, que coincidentemente suelen ser en su mayoría, las que se encuentran en los sectores marginales, esto se conoce como una selección criminalizante, victimizante y de policías.

Al respecto Zaffaroni observa que, mientras más conflicto haya entre los sectores más marginales, más se van a estar peleando o matando entre ellos, esto traerá como consecuencia, que tendrán menos tiempo y oportunidad para tener un protagonismo político, lo cual de por sí, genera cierta suspicacia.

El autor nos explica que, la contención generada por las agencias jurídicas es de vital trascendencia, pues en el supuesto que, de esta agencia compuesta por jueces, fiscales y demás operadores jurídicos desapareciera, daría lugar a la masacre y genocidio propio de un estado policial.

La función de contención¹⁷⁹ que cumple el derecho frente a la guerra y el poder punitivo, se da mediante el derecho internacional humanitario y la agencia de cruz roja internacional, para evitar actos inhumanos en el caso de la guerra, y en el caso del poder punitivo, esta contención se da mediante el derecho penal.

Razón por la que, el poder punitivo al ser un fenómeno político y no jurídico no corresponde a sus destinatarios legitimar un poder que no ejercen las agencias jurídicas, pues tales agencias solo deben limitarse a contener dicho poder punitivo para evitar que las agencias ejecutivas operen sin control como ocurriría en un estado totalitarista.

¹⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio. Hacia un realismo jurídico penal marginal. Edit. Monte Ávila 1993. Caracas - Venezuela p. 23

¹⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio., op., cit., p. 52

En ese sentido, Zaffaroni¹⁸⁰ señala que, tanto la pena como el poder punitivo son idolatrías que cuentan con fanáticos, esta idolatría se asemejaría a la de un dios falso, puesto que se atribuye a la pena y el poder punitivo una especie de omnipotencia, en tanto se cree que pueden controlar la delincuencia, el terrorismo y la resocialización, esto hace que, en un estado constitucional de derecho donde todos estamos sometidos por igual a la voluntad de la ley, se necesite contener ese poder, para no llegar a un estado policial, donde todos estamos sometidos por igual a la voluntad del que manda.

Para contener el poder punitivo, las agencias jurídicas deben ser conscientes de este fenómeno y no aplicar la ley como quien opera matemáticamente, sino haciendo ciencia penal, interpretando la ley de la manera correcta, usando el método dogmático, donde se descompone los elementos de la ley para leer el texto gramatical o exégesis de la norma y una vez descompuesto estos dogmas se vuelven a integrar conservando la lógica interna dentro de un sistema de interpretación no contradictorio, teniendo en cuenta que la ley no es más que materia de interpretación del derecho penal y la jurisprudencia, la proyección de las decisiones cimentadas en el saber penal, lo que pone en duda si estas son, en efecto, fuentes del derecho penal.

A este punto, es importante citar el principio republicano de gobierno¹⁸¹ que exige que los actos de gobierno sean racionales, esto hace que el poder punitivo pese a tener una carga irracional, tiene otra parte en su discurso que es racional, basado en la conservación de la convivencia social.

Aunado a lo anterior, el principio republicano de gobierno desprende una serie de principios tales como el de la proscripción grosera de la inidoneidad de la criminalidad y del poder punitivo, el de

¹⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio., op., cit., p. 171

¹⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio., op., cit., p. 73

culpabilidad y el de superioridad ética del estado¹⁸²; sobre este último se desarrolla la función de las agencias jurídicas, las mismas que no deben permitir que el estado degrade o deteriore su superioridad ética, pues lo contrario desataría una guerra civil y el desenlace de un poder punitivo incontrolable.

Finalmente, el autor aborda la legitimidad y en su concepto legitimar, es dar una razón de ser desde la racionalidad y no desde la racionalización.

Ahora respecto al poder punitivo, el poder se ejerce a la fuerza, sobre ello, Zaffaroni agrega que, no hay poder que se mantenga sin un discurso que lo legitime, por lo que se pretende legitimar el poder punitivo, legitimando lo que los destinatarios del derecho penal no ejercen, para tal legitimidad se desarrolla lo que desde 1830 Anton Bauer¹⁸³ clasificó como teorías de la pena.

Así también tenemos que, en el ejercicio de poder punitivo¹⁸⁴, se da un poder que pretende ser no punitivo o no penal, como las leyes que se camuflan con otros discursos, aquí encontramos el derecho administrativo, esto trae a colación a lo que antes se conocía como la enciclopedia de ciencias penales.

La misma en la que se abordaba las ciencias auxiliares del derecho penal, pues la ciencia penal no se da en un marco ajeno a otras disciplinas, como podría ser la ley de infractores penales menores de edad, el derecho administrativo sancionador, así como el derecho procesal penal y la criminología, estos vínculos con la ciencia penal, no debe ser razón para no advertir cuando el poder punitivo intenta camuflarse como algo que no es, pues aquí tal poder se torna aún más peligroso.

¹⁸² *Ibíd*em p. 119

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugenio. *Derecho, Derecho penal humano y poder financiero*. Edit. Remanso 2017. Santa Fe – Argentina p. 83

¹⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio., *op.*, *cit.*, p. 159

Debido a que, en otras disciplinas, no se cuenta con las garantías que ampara el derecho penal, máxime si se tiene en cuenta lo señalado por Maihofer¹⁸⁵, quien refería que la seguridad en el estado de derecho es la condición principal para preservar al individuo y su dignidad.

3. LA PENA ES UN HECHO POLÍTICO

Como ya lo hemos indicado en apartados anteriores, no queda duda que el poder punitivo es un fenómeno político y no un fenómeno jurídico, teniendo en cuenta que, hablar de poder punitivo es hablar de la pena, esto hace que la pena también sea concebida como un fenómeno político¹⁸⁶, donde la función de las agencias jurídicas es ocuparse de su contención, no quedando otra alternativa, pues sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible¹⁸⁷.

En una línea similar a la de Zaffaroni, en Alemania, Roxin¹⁸⁸ apuntaba que la concepción de la pena guarda relación con el control y el poder político, esto nos lleva a confirmar que, es innegable que la pena se desarrolle como un hecho político y no jurídico.

En esa línea Mir Puig¹⁸⁹ señala que, la función de la pena depende de la función que se atribuye al estado, esto implica que la pena al presentarse como un hecho político, su función es susceptible de ser variada según los intereses o ideologías que persiga el estado a través de sus políticas.

¹⁸⁵ MAIHOFER, Werner. Estado de derecho y dignidad humana. Edit. B de F Ltda. Buenos Aires – Argentina 2008 p. 100

¹⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio., op., cit., p. 58

¹⁸⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Edit. B de F Ltda. 2001. Montevideo - Uruguay p. 70

¹⁸⁸ ROXIN, Claus. “Sentido y Límites de la Pena estatal”: Problemas Básicos del Derecho Penal. Edit. Reus S.A Madrid – España 1976 p. 11

¹⁸⁹ MIR PUIG, Santiago. Estado, pena y delito. Edit. B de F Ltda. 2013 Montevideo – Uruguay p. 101

Esto se condice con Bacigalupo¹⁹⁰, quien afirmaba que el derecho penal está sometido a un control político que no se deduce de la teoría de la pena¹⁹¹, sobre este extremo, refería que dicha función es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal, siendo el principio legalidad¹⁹² una condición básica de legitimidad constitucional de la pena.

Por su parte Donna¹⁹³, en una línea similar afirma que, el fin de la política criminal y el desarrollo de las categorías del delito, se dan por influencia de las teorías de la pena.

Qué duda cabe, lo referido por los citados autores, no hace más que reafirmar que la pena es un hecho político, teniendo en claro esta premisa, no les queda otra alternativa a las agencias jurídicas que cumplir con la función de contención de la pena, reduciendo no la función que a menudo atribuyen las teorías legitimadoras de la pena que son funciones micro sociales, si no reducir su función macrosocial consistente en la verticalización de la sociedad.

Arturo Rocco¹⁹⁴ nos explica que, debemos entender al derecho no solo como una organización de paz, sino también como una organización de lucha, puesto que, en el sistema de sanciones jurídicas donde se ubica la pena, esta lucha se da con la finalidad de conservar y defender la existencia del derecho; aquí la justicia se torna como un principio que reza la defensa del derecho en la vida en sociedad.¹⁹⁵

¹⁹⁰ BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal y el estado de derecho. Edit. Editorial Jurídica de Chile 2005 Santiago – Chile p. 37

¹⁹¹ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. Edit. Hammurabi S.R.L 2º Edición. 1999 Buenos Aires - Argentina p. 29

¹⁹² BACIGALUPO, Enrique. Principios constitucionales del derecho penal. Edit. Hammurabi S.R.L 1999 Buenos Aires - Argentina p. 49

¹⁹³ DONNA, Edgard Alberto. Pena y culpabilidad en Teorías Actuales en el Derecho Penal. Edit. Ad Hoc 1998 Buenos Aires - Argentina p. 257

¹⁹⁴ ROCCO, Arturo. Cinco estudios sobre Derecho Penal. Edit. B de F Ltda. 2008 Montevideo – Uruguay p. 161

¹⁹⁵ ROCCO, Arturo. El objeto del delito y de la tutela jurídica penal – Contribución a las teorías generales del delito y de la Pena. Edit. B de F Ltda. 2014 Montevideo – Uruguay p. 167

Por su parte Hassemer¹⁹⁶ advierte que, la pena puede conservar su finalidad o sentido siempre que el derecho penal no se degenere hasta transformarse en el marco decorativo para la solución global de un problema, dicho de otro modo, el derecho penal no debe cumplir una función simbólica o aparente que no sea útil para la sociedad.

Ahora bien, a todo esto, no debe confundirse la pena con la penalidad¹⁹⁷, esta última se refiere a una categoría del delito que circunscribe aquellos elementos que el legislador por razones utilitarias y ajenas al fin del derecho penal exige en la norma penal, para determinar o excluir la imposición de una pena.

Lo que corresponde al llegar a este punto, y habiendo determinado a la pena como un hecho político, es abordar las funciones que diversos autores le asignan a la pena, todo ello, claro está, desde la postura de quienes afirman una función legítima y racional de la pena. Así desde el derecho penal clásico, Beling¹⁹⁸ concibe a la pena como una institución jurídica, consistente en el sufrimiento, que la norma determina contra el autor de un hecho ilícito.

Por otra parte, Mezger¹⁹⁹ esboza que, no existe acción que no tenga una finalidad determinada, en consecuencia, la pena también tiene una finalidad que a su consideración es una finalidad preventiva.

Así mismo, Carnelutti²⁰⁰ indica que, si se parte de la idea que el delito es un mal, entonces la pena también lo es, así la pena es un mal infligido al delincuente para que no vuelva a cometer delitos; el autor con esto hace una equivalencia interesante, respecto a que

¹⁹⁶ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Edit. Temis S.A 1999 Bogotá – Colombia p. 117

¹⁹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Edit. Temis S.A 2018. Bogotá - Colombia p. 158

¹⁹⁸ BELING, Ernst. *Esquema de derecho penal – La Doctrina del Delito Tipo*. Edit. Rodamillans S.R.L. 2002 Buenos Aires - Argentina p. 21

¹⁹⁹ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal - Libro de Estudio Parte General*. Edit. Bibliográfica Argentina S.R.L Buenos Aires - Argentina p. 370

²⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Teoría general del delito*. Edit. Revista de Derecho Privado 1952. Madrid – España p. 4

relaciona a la pena como un mal necesario, similar al mal que se produce en la medicina para poder salvar una vida con una operación quirúrgica.

En el derecho penal latinoamericano, Alberto Binder²⁰¹ concibe a la justicia penal como una institución social que cumple la función de relativizar conflictos, esto es, transformar un conflicto en uno nuevo, pero con menor grado de violencia, siendo que la finalidad de la pena²⁰² debe coincidir con la finalidad de la ejecución penal.

Goldschmidt²⁰³ a modo de crítica, señala que la pena sólo se impone por la culpabilidad del autor y no por razones de prevención, ni por otra finalidad que instrumentalice al ser humano.

Señala así que, la función del derecho penal es reafirmar la protección de bienes jurídicos, en un sentido similar, Schunemann²⁰⁴ refiere que la pena cumple una función de protección preventiva de bienes jurídicos. Aunado a Goldschmidt; Reinhard Frank²⁰⁵ indica que solo el culpable es digno de ser penado por la comisión de un hecho punible.

Desde una perspectiva peculiar en la imputación objetiva, Wolfgang Frisch²⁰⁶ señala que la pena se legitima en especial medida cuando el peligro desaprobado se realiza en el resultado, debido a que este requisito se justifica en la lógica de que cuando existe producción de resultados, existe una mayor punibilidad, lo que despierta

²⁰¹ BINDER, Alberto. Introducción al derecho penal. Edit. Ad Hoc S.R.L 1999 Buenos Aires - Argentina p. 103

²⁰² BINDER, Alberto. El derecho penal hoy. Edit. Editores del Puerto S.R.L 1995 Buenos Aires - Argentina p. 116

²⁰³ GOLDSCHMIDT, James. La concepción Normativa de la culpabilidad. Edit. B de F Ltda. 2002 p. 12 Montevideo – Uruguay p. 12

²⁰⁴ SCHUNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal. edit. B de F Ltda. 2012 Montevideo – Uruguay p. 83

²⁰⁵ FRANK, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Edit. B de F Ltda. 2002 Montevideo – Uruguay p. 35

²⁰⁶ FRISCH, Wolfgang. Tipo penal e imputación objetiva. Edit. Constitución y Leyes S.A 1995 Madrid – España p. 75

necesidades punitivas legítimas, por ser mayor el disvalor producido en el injusto.

Por otro lado, Wilfried Bottke²⁰⁷ asigna a la pena una función que denominó “prevención de asociación”, la misma que consiste en una prevención general que actúa de acuerdo a la finalidad del Derecho, dirigida a una sociedad que disfruta de libertades amplias e iguales y a un Estado que está al servicio de ese disfrute de libertad, esta teoría encuentra como base de su discurso a la teoría del contrato social, que reclama un acuerdo permanente y vigente a través de la prevención, encontrando apoyo en la teoría de la justicia de Rawls, quien refería que existe una justicia anterior al derecho positivo, posición que hemos compartido a lo largo de la presente investigación.

Silva Sánchez²⁰⁸ explica la perspectiva de la función penal según los fenómenos de identificación de la víctima, donde la pena cumple una función de ayuda para superar el trauma generado a la víctima a causa del delito, en la lógica de que, la sociedad al no haber sido capaz de evitar dicho trauma tiene una deuda con la víctima, la cual paga mediante la imposición de una pena, manifestándose la solidaridad del grupo social con la víctima.

Para el mismo autor²⁰⁹, la función de la pena se basa en las expectativas contenidas en la norma, expectativas que se estabilizan tanto por la norma, como por la imposición de una pena

Desde otro punto de vista, Burkhardt²¹⁰ sostiene que la función de la pena es similar a una legítima defensa de la sociedad y sus bienes

²⁰⁷ BOTTKE, Wilfried. Política criminal y nuevo Derecho Penal. Edit. José María Bosch 1997 Barcelona - España p 62

²⁰⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal. Edit. Civitas S.L 2001 Madrid - España p. 56

²⁰⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Normas y acciones en derecho penal. Edit. Hammurabi S.R.L 2003 Buenos Aires - Argentina p. 31

²¹⁰ BURKHARDT, Björn. Derecho Penal Cuestiones fundamentales de la teoría del delito. Edit. Constitución y Leyes S.A 1995 Madrid – España p. 37

jurídicos, sea mediante la intimidación con la prevención general, como con la integración normativa en la prevención general positiva.

En otro sentido, para Johannes Wessels²¹¹ la función de la pena es la reincorporación del delincuente a la comunidad jurídica, incitando con ello, a llevar una vida social responsable y en armonía con las normas.

De todo lo señalado, cabe citar a Armin Kaufmann²¹² quien aborda el conocimiento jurídico, en base al derecho penal, donde da cabida a poner en duda si el derecho es una ciencia como tal; derecho que define como aquello que el estado ha ordenado en forma de regla para la vida en común, regla sobre la que existe un consenso.

De esta premisa se desprende la relación entre derecho y estado, esta relación se agudiza aún más en el derecho penal, pues al tener como base el poder punitivo y este al ser un fenómeno político, se ejerce ya no desde el derecho si no como un hecho de poder, lo que se condice con lo expresado por Mir Puig, respecto a que, la función de la pena depende de la función que se atribuye al estado.

Finalmente, Mir Puig explica el fundamento político de la pena como hecho de poder, pues no es lo mismo hablar de la función de la pena si se trata de un estado liberal, un estado social e intervencionista, uno totalitario o de un estado social y democrático de derecho.

En ese sentido, tenemos que, la función de la pena en el derecho penal liberal²¹³ o derecho penal clásico, consiste tanto en una función preventiva como retributiva del delito cometido, esto se debe a que, el fundamento de un estado liberal se encuentra en el contrato social, pues concibe que dicho contrato es suscrito por los ciudadanos en

²¹¹ WESSELS, Johannes y BEULKE, Werner. Derecho Penal Parte General, Traducción de Raúl Pariona Arana. Edit. Instituto Pacífico S.A 2018 Lima – Perú p. 11

²¹² KAUFMANN, Armin. Estudios de Derecho Penal. Edit B de F Ltda. 2013 Montevideo - Uruguay p. 247

²¹³ MIR PUIG, Santiago., op., cit., p. 101

base a razones de utilidad, estas dos direcciones liberales, la preventiva y retributiva, obedece a una distinta concepción del hombre.

Por un lado, los utilitaristas conciben al hombre empírico y exigen que la pena proteja a los ciudadanos, mientras que el idealismo alemán gira en torno al hombre ideal, exigiendo que se confirmen los valores ideales del hombre racional.

Desde un estado social²¹⁴, prima el derecho penal intervencionista, donde la pena solo cumple una función preventiva, pues aquí el estado interviene activamente en la vida efectiva de sus ciudadanos; este principio intervencionista hace de rector en un estado social, conduciendo a un derecho penal más enfocado en la eficacia de sí mismo que por servir a sus ciudadanos, convirtiéndose en un arma de terror en contra de la sociedad.

En otro sentido, en un estado democrático²¹⁵, el estado evita convertirse en un fin en sí mismo y dar servicios que no conviene a sus ciudadanos, por lo que no destruye garantías propias de un estado derecho y va más allá de garantías formales asegurando la protección efectiva de sus ciudadanos.

De esta manera tenemos que, en un estado social y democrático de derecho, la función de la pena se conjuga respecto a la prevención de delitos como un estado social, y por otro lado se consideran aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos o graves a sus bienes jurídicos, actuando así como un estado democrático, amparado en principios como el de proporcionalidad y culpabilidad en la determinación de sus medidas.

²¹⁴ *Ibíd*em p. 102

²¹⁵ *Ibíd*em p. 103

3.1. LA PENA EN EL TIEMPO

Según Michel Foucault²¹⁶ la pena a lo largo de la historia ha tenido un vínculo muy estrecho a los intereses políticos estatales y económicos de cada época, así refiere que en una economía servil la repuesta punitiva yace en la mano de obra y en el esfuerzo empleado como castigo, generando con ello una especie de esclavitud ciudadana, bajo la misma coherencia de un sistema industrial, donde la maquina reemplaza la mano de obra, la pena adquiere intereses correctivos que respondan a sus intereses.

Luis Jiménez de Asúa²¹⁷ nos indica que, desde la edad antigua el derecho penal luchaba por ser público y es en ese recorrido que las tribus reaccionaban mediante la expulsión de su comunidad y la venganza ante el delincuente, configurándose con la ley de talión “ojo por ojo diente por diente”, una finalidad y medida de pena tasada que se sostenía en el estado y su poder ilimitado.

Cesare de Beccaria²¹⁸ ubica el origen de las penas en la renuncia de una parte de la libertad de cada individuo en favor de la tranquilidad pública, siendo el conjunto de tales renunciaciones lo que conocemos por soberanía, por lo que para defender dicha soberanía se requieren de motivos sensibles que contribuyan a detener el despotismo de las personas, es en estos motivos donde encontramos el origen de la pena, como consecuencia de la norma.

En la edad media, conforme a Foucault²¹⁹ la pena no solo actuaba como castigo sino también como sumisión ante el poder del soberano, desarrollándose en una doble dimensión, por un lado,

²¹⁶ FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. Edit. Siglo 21 Argentina S.A Buenos Aires - Argentina p. 26

²¹⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Principios de derecho penal, ley y el delito. Edit. Sudamericana S.A Buenos Aires Argentina P.31

²¹⁸ BONESSANA, Cesare de Beccaria. Tratado de los delitos y de las penas Edit. Heliasta S.R.L 1993 Buenos Aires - Argentina p. 59

²¹⁹ FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. Edit. Siglo 21 Argentina S.A Buenos Aires - Argentina p. 65

como reparación del daño causado al reino y por otro lado la venganza procurada del rey en defensa de este.

En la edad moderna, durante el siglo XV al XVIII, se dio el movimiento filosófico del Iluminismo²²⁰ con raigambre humanista que obtuvo su auge en el siglo XVII con Bohmer en Alemania, Rousseau en Francia, Beccaria en Italia y Howard en Inglaterra; profesándose una filosofía en contra del totalitarismo y con ello, en contra de la tortura, sustentando la humanidad que debe existir en el castigo; pues ya no era Dios el centro de todo, ahora lo era el hombre, de esta manera, las personas dejan de ser consideradas como sujetos que contribuyen al estado, pasando a ser poseedores de derechos que debían ser exigibles al estado; derechos que se consolidan con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En la edad contemporánea, se empezaron a postular las primeras teorías legitimadoras de la pena por Kant y Hegel²²¹ en el siglo XVIII, las mismas que en 1830 serían sistematizadas por Anton Bauer²²², en esta época según Santiago Mir Puig²²³, se evidencia el fundamento político que ostenta el derecho penal de acuerdo a si nos encontramos en un estado liberal, intervencionista, democrático o en un estado social y democrático de derecho, confirmando con ello, la relación estrecha entre la pena y el estado que explicaba Foucault y que establece Zaffaroni al referirse a la pena como un hecho político.

Ubicamos entre las teorías sistematizadas por Bauer, a las teorías retributivas de Kant y Hegel, así como las teorías preventivas o relativas del siglo XIX; posteriormente, surgieron las teorías mixtas de Schmidhäuser, Roxin y Jescheck, así como las teorías funcionalistas de Jakobs, Pawlik y Lesch.

²²⁰ RODRIGUEZ, Faustino. La Historia de las penas. Edit. Tirant lo Blanch 2015 Valencia – España p. 71

²²¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor., op., cit., p. 15

²²² ZAFFARONI, Eugenio., op., cit., p. 83

²²³ MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y Teoría del delito en el estado social y democrático de derecho. Edit. Bosch, Casa S.A p. 23

4. TEORÍAS LEGITIMADORAS DE LA PENA

Las teorías legitimadoras de la pena, también conocidas como teorías de la función o fines de la pena, están referidas a aquellas teorías que buscan determinar la razón de ser de la pena, es decir, definir el porqué de su existencia y cuál es su función en correspondencia a tal legitimidad.

Desde el siglo XVIII a raíz de Kant y Hegel²²⁴, se empezaron a esbozar las primeras teorías en torno a la legitimidad de la pena, teorías que hoy son enmarcadas como teorías positivas, en el sentido que son entendidas como aquellas teorías que si atribuyen una razón de ser a la pena.

Por otro lado, con el tiempo también empezaron a formularse las teorías negativas de la legitimidad de la pena, las mismas que negaban o cuestionaban que la pena tenga legitimidad alguna o referían que la pena si tiene alguna legitimidad o función, dicha función es desconocida.

Santiago Mir Puig²²⁵, nos señala la dificultad que existe de determinar un concepto formal y exacto sobre la pena, refiere que la pena es un mal que impone el legislador por la comisión de un hecho punible.

Sobre esta definición se establece uno de los problemas más controversiales de las ciencias penales, que abarca inclusive ciencias extrajurídicas, a lo que el autor refiere que sobre esta problemática deben distinguirse tres aspectos entre la justificación, sentido y fin.

Para el autor²²⁶ la función del derecho penal se determinará según la función que se le asigne a la pena y a la medida de seguridad, como

²²⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto., op., cit., p. 15

²²⁵ MIR PUIG, Santiago. Introducción al Derecho Penal. Edit. Euros S.R.L 2003 Buenos Aires Argentina p. 69

²²⁶ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General 10ª Edición. Edit. Reppertor 2016. Barcelona-España p. 84

medios fundamentales sobre los que interviene el derecho penal, tal función que se le asigne a la pena puede derivar de cada momento histórico o de un modelo de estado que recaer sobre el derecho, por lo que la función del derecho no podrá agotarse sobre la función de la pena y de la medida de seguridad.

Por su parte Wolfgang Frisch²²⁷ indica que, la legitimidad de la pena se da de acuerdo a una reacción necesaria, idónea y proporcional frente al hecho delictivo que se cometa, con independencia de la modalidad con la que esta se materialice.

Mir Puig²²⁸ citando a Jescheck indica que la pena se justifica en la necesidad de un medio de represión para mantener las condiciones que hagan posible la convivencia de las personas en sociedad.

Dicha referencia es compatible con la postura que hemos desarrollado desde el principio de nuestra investigación, en señal a que la pena al ser justificada o legitimada en la necesidad de un medio represivo para que la convivencia social sea posible, esta idea de represión guarda asidero en la idea de justicia que comprende tal represión, enfatizando la consecuencia epistemológica que se genera entre la concepción de justicia y la legitimidad de la pena.

En otro sentido, el autor citando a Gimbernat Ordeig, nos señala que la pena consiste en un elemental recurso al que debe acudir el Estado que posibilita la convivencia entre los hombres por lo que la justificación punitiva no respondería a fines o utilidades, sino en una amarga necesidad de configurar la vida social.

Sobre tal extremo, consideramos que la posición de Gimbernat Ordeig, no resulta del todo congruente, pues el afirmar que la pena

²²⁷ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Edit. Marcial Pons 2004. Madrid – España p. 53

²²⁸ MIR PUIG, Santiago. Introducción al Derecho Penal. Edit. Euros S.R.L 2003 Buenos Aires Argentina p.

actúa como un recurso que posibilita la convivencia entre los hombres, es precisamente atribuir un fin o una utilidad a la pena.

Siguiendo ese razonamiento, el autor hace referencia a que la pena responde a una amarga necesidad de configurar la vida social, si agudizamos nuestra reflexión sobre este punto, regresamos al génesis de nuestro planteamiento problemático.

Desde nuestra postura, la amarga necesidad a la que hace referencia el autor descansa en el clamor popular que azuza el nombre de la justicia para justificar a la pena como castigo o represión ante un evento delictivo, advirtiendo que esta idea de represión surge como consecuencia epistémica de lo que hemos concebido por justicia.

Al respecto cabe decir que, para Roxin²²⁹ la concepción de la pena como retribución ya es conocida desde la antigüedad, permaneciendo viva en la conciencia de los profanos con cierta naturalidad. Tal observación, es compartida y no hace más que solidificar la lógica empleada en los párrafos anteriores.

A su vez Roxin²³⁰ señala que, la pena es un sistema de sanciones que se encuentra entre la doble y la única vía, refiriéndose a la doble vía como la pena propiamente dicha y a las medidas de seguridad, y como única vía, a los fines de prevención que esta persigue, manteniendo con ello una postura ecléctica respecto a la legitimidad de la pena.

Cabe agregar que, para el Autor²³¹ la concepción de la pena guarda relación con el control y el poder político, premisa la cual aceptamos al concebir el *ser* de la pena, como un hecho político que se legitima en función de lo que se comprende por justicia.

²²⁹ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. Edit. Civitas S.A Madrid - España 1997 p. 82

²³⁰ *Ibidem* p. 106

²³¹ ROXIN, Claus. "Sentido y Límites de la Pena estatal": Problemas Básicos del Derecho Penal. Edit. Reus S.A Madrid – España 1976 p. 11

Así mismo, Gustav Radbruch²³² destacaba la importancia de las teorías de la legitimidad de la pena, al señalar que el derecho penal tiene un doble fundamento, tanto teleológico como categorial, en donde la teoría del fin de la pena abarca el fundamento teleológico, pues el injusto penal actúa como fundamento categorial desde el concepto de acción en la teoría del delito; y la teoría de la pena como fundamento teleológico sobre la cual se cimientan y derivan los elementos del delito, es decir, para formular una teoría del delito, se debe partir sobre la base de cuál es el fin de la pena.

Distintas escuelas han intentado darle un sentido y un fin a la pena, y sobre esta problemática aún no existe respuesta exacta dentro de las ciencias penales, pese a dicha problemática se han planteado distintas aristas que pretenden dar respuesta sobre estas cuestiones, dentro de ellas radican las teorías positivas de la legitimidad de la pena, tales como las teorías absolutas, relativas, eclécticas y funcionalistas, así como las teorías negativas de la legitimidad de la pena, en donde encontramos a la teoría abolicionista y agnóstica de la pena, entre las más difundidas y entendidas hasta la actualidad.

4.1. Teorías positivas de la legitimidad de la Pena

4.1.1. Teorías Retributivas de la Pena

Las Teorías retributivas de la pena, se justifican en la función retributiva que es exigida por la justicia tras la comisión de un delito, se propugna la idea de que todo hecho delictivo no puede quedar sin castigo y que el responsable debe ser retribuido según el mal que este provoque.

²³² RADBRUCH, Gustav. Sobre el Sistema de la Teoría del Delito. Edit. Instituto Pacífico Lima – Perú S.A.C 2010 p.12.

Para Pedro Rubio Lara²³³, profesor de la Universidad de Murcia, las teorías retributivas se conciben como una retribución que surge a consecuencia de un delito cometido, un mal que se impone sobre otro mal, donde la pena tiene la función trascendental de realizar el valor de la justicia, no encontrándose en ella algún criterio de utilidad social.

Dicha teoría, se sostiene sobre tres dimensiones, la primera es la desarrollada desde una perspectiva religiosa, la segunda desde una perspectiva ética Kantiana y por último desde una perspectiva Hegeliana dialéctica y jurídica.

Mir Puig²³⁴, nos explica estas tres dimensiones de forma sintetizada, caracterizando lo fundamental sobre las teorías retribucionistas, que será lo que lo diferencie de las relativas, esto es que, desde la retribución de la pena, esta no genera ninguna clase de utilidad o finalidad en específico, sino más bien es una simple consecuencia respecto a la actualización de un delito.

Así mismo Stratenwerth²³⁵, indica que en nuestra cultura el punto de partida material e histórico de la comprensión de la pena está en el retribucionismo, esto implica que, al existir una falta por parte del autor, esta debe ser expiada mediante la imposición de un mal correspondiente a ella.

Desde una perspectiva religiosa²³⁶ o como teoría de la expiación, en el cristianismo y otras religiones se defiende la idea de un juez supremo dotado de divinidad que en el juicio de los hombres juzga a cada uno conforme a sus males, bajo un criterio retributivo, esa

²³³ RUBIO LARA, Pedro. Teoría de la Pena y consecuencias jurídicas del delito. Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia – España 2017 p. 17

²³⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General 10ª Edición. Edit. Reppertor 2016. Barcelona-España p.85

²³⁵ STRATENWERTH, Gunther. Derecho Penal Parte General. Edit. Hammurabi 2005. Buenos Aires - Argentina p.30

²³⁶ CUTIÑO RAYA, Salvador. Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia - España p. 16

concepción de justicia divina es la misma que recae sobre la función punitiva.

Desde una perspectiva ética²³⁷, se sostiene la teoría de los imperativos categóricos de Kant, sobre la que se postulaba al hombre como un fin en sí mismo que no puede ser entendido como un medio sino como una finalidad propia en mérito a su dignidad.

La pena es entendida como un imperativo categórico, es decir como una máxima universal que no se encuentra sujeta a ninguna condición, lo que hace que pueda establecerse como una ley universal, debido a que es lo que merece un delincuente a la luz de la justicia.

Al tratarse de un imperativo categórico y no hipotético, no se supedita a ninguna condición o utilidad, esto hace que a la justicia no se le pueda dar un sentido utilitario, pues esto implicaría circunscribir al ser humano como un medio para cumplir una utilidad.

Desde una perspectiva dialéctica o jurídica²³⁸, se destaca la fundamentación Hegeliana basada en su tesis dialéctica, en la que sopesan el ordenamiento jurídico como representación de la voluntad general y la voluntad especial del delincuente, en la que niega dicho ordenamiento.

Como es harto sabido, la teoría dialéctica, se desarrolla en sí misma, sobre una tesis, antítesis y síntesis. En ese sentido, se postula como tesis al orden jurídico en representación de la voluntad general y como antítesis al delito cometido por el agente, en representación de su voluntad especial que niega dicho orden jurídico.

²³⁷ TORRES ROSSEL, Nuria. La pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Edit. Tirant lo Blanch 2006 Valencia - España p. 30

²³⁸ JAEN VALLEJO, Manuel. Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito. Edit. Dykinson 2017 Madrid – España p. 22

En consecuencia, esto genera una síntesis que vendría a ser la pena generada como la negación de la negación del derecho, el resultado obtenido solo es concebido como una reacción, mas no como una finalidad o alguna utilidad en la que pueda darse sentido a la pena.

El citado Autor²³⁹ concluye respecto a las teorías retributivas que, si bien estas no justifican ninguna utilidad, se fundan sobre un criterio de realización de justicia no sujeta a condiciones, la cual devendría en su función central y que la razón por la que se representan como teorías absolutas, es que estas se imponen con dicho carácter, al consumarse en la mera retribución, lo que hace que no dependa de alguna utilidad.

A modo de crítica, Rusche²⁴⁰ sentencia que las teorías retribucionistas, fracasan desde el inicio, por el hecho de percibir una relación entre culpabilidad y expiación, un mero problema de imputación jurídica según el cual el individuo actúa conforme a su libre albedrío.

En la doctrina nacional, James Reátegui²⁴¹ enfatiza que no es contradictorio afirmar que la pena parte de una esencia retributiva, aunque este cumple con otros fines ajenos a la mera retribución, por tanto, sería incorrecto dejarnos intimidar por la etiqueta de retribución, para afirmar que la pena tiene una naturaleza retributiva, dado que, responde a la idea de que el delito es el presupuesto para imponer de una pena.

Respecto a este punto, cabe señalar que compartimos la posición referida por el autor, en el sentido de que la pena si bien parte de una esencia retributiva, su naturaleza no se agota en la mera retribución

²³⁹ STRATENWERTH. Gunther., op., cit., p.86

²⁴⁰ RUSCHE, Georg - KIRCHHEIMER, Otto. Pena y Estructura Social. Edit. Temis S.A 1984. Bogotá – Colombia p.59

²⁴¹ REATEGUI SANCHEZ, James. Manual de Derecho Penal Parte General Tomo II Edit. Instituto Pacifico S.A.C Lima – Perú 2014 p. 1284

puesto que la misma obedece a factores políticos, siendo la pena un hecho político, tal como lo planteaba Zaffaroni.

No obstante, esta idea retributiva si es parte de la estructura lógica del ser de la pena, puesto que si bien la pena es un hecho político, su legitimidad deriva como consecuencia epistémica o de conocimiento de la concepción que previamente se tenga sobre la justicia, es en esta idea de justicia donde descansa dicha retribución, que desde nuestra postura, no es vista desde una perspectiva eclesial, Kantiana o Hegeliana, sino desde una óptica epistémica que yace en la estructura lógica del ser de la pena.

De lo que se puede destacar de las teorías retributivas o absolutas, es el criterio de proporcionalidad, es decir, el límite material del *ius puniendi* que actúa como un límite de garantía para no castigar o reprochar más allá de la esfera delictiva cometida, en donde no podría castigarse más allá de la gravedad del delito cometido aun si se pretendiera oponer medidas preventivas, dado que la dignidad humana no permitiría que el ser humano sea instrumentalizado para la obtención de fines sociales o preventivos.

Otro punto que, desde nuestra perspectiva no debe pasarse por alto, es la reacción de correspondencia entre justicia y pena, como bien el autor nos ha explicado, la retribución se sostiene en la pena, como una reacción en donde la justicia se realiza.

Desde este fundamento debemos reparar en lo que hemos venido desarrollando en la primera parte de nuestra tesis; pues si bien hemos venido señalando que la concepción de justicia genera una consecuencia epistémica en la concepción de la pena; nosotros no sostenemos que la pena resulte ser la realización de la justicia, ni que la pena se exprese en ella, sino que su justificación subyace en la concepción de justicia que se sostenga en principio, como generador de consecuencias epistemológicas en la legitimidad de la pena.

Dado que, si se parte desde una concepción de justicia retributiva o distributiva como señalaba Alexy²⁴², resulta lógico justificar a la pena en una mera retribución del delito; ahora bien, si postulamos que la justicia es la armonía de la conducta humana con las diferencias de su entorno, dicha correspondencia varía, pues la pena retributiva ya no adquiriría sustento, toda vez que al establecer este postulado, la función de la pena consistiría en garantizar el medio idóneo para alcanzar la justicia, siendo este medio de contenido racional, lo que a su vez acentúa el principio republicano de gobierno.

Si nos ponemos a pensar en cómo se concibe la pena en nuestra realidad, sostenemos que no es errado pensar que actualmente en los hechos, se esboza una tesis retribucionista sobre la pena, pese a que en la ley los fines de la misma, se establezcan como fines preventivos, protectores y resocializadores, la realidad manifiesta una versión distinta en la que el fracaso de la ejecución punitiva, no nos muestra ninguna utilidad de la pena, más que el aislamiento social y la retribución de un hecho punible.

4.1.1.1. Teoría Retributiva de Kant

La pena como retribución en el pensamiento de Kant, se sitúa en el entendimiento de la pena como un imperativo categórico desarrollado desde la moral. Para entender dicho pensamiento es menester remontarnos a su obra máxima, *Critica a la razón pura*²⁴³, en donde desarrolla un punto intermedio entre el racionalismo y el empirismo, mediante la elaboración de juicios sintéticos *a priori*, los mismos que permiten conocer los fenómenos a través de la razón pura, sin que medie experiencia alguna para poder acceder al conocimiento, a diferencia de los juicios sintéticos *a posteriori* y juicios analíticos *a priori* formulados en un primer momento.

²⁴² ALEXY, Robert., op., cit., p.161

²⁴³ KANT, Emmanuel. *Critica a la razón pura*. Edit. Taurus Madrid - España 2007 p. 233

Los juicios sintéticos son concebidos como aquellos juicios en donde el predicado no se encuentra incluido en el sujeto, mientras que los juicios analíticos son explicativos en el sentido que, explican lo que ya está contenido de por sí en el sujeto, es importante resaltar este preámbulo en el pensamiento Kantiano, puesto que es bajo estos juicios *a priori* en donde uno puede comprender el carácter retributivo de la pena.

A la luz de estos juicios *a priori*, en 1788 en la *Crítica de la Razón Práctica*²⁴⁴, Kant desarrolla postulados morales que responden a la pregunta de qué es lo que se debe hacer, para ello, concluye que la ética debe ser universal y no a consecuencia de lo empírico, haciendo una distinción entre la ética empírica y la ética formal, es decir, emprende la búsqueda de principios universales similares a los principios científicos.

Esta idea alcanza popularidad en la *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*²⁴⁵ en donde Kant desarrolla fórmulas que denominó imperativos categóricos e hipotéticos, siendo los primeros imperativos sobre los cuales se erigió su teoría retributiva de la pena.

Un imperativo categórico es un juicio *a priori* en donde una persona no pone como condición ningún propósito a obtener por medio de una conducta, sino la realiza de forma inmediata, siguiendo un mandato moral, dicha ley moral que se desprende de la voluntad racional se circunscribe en la siguiente fórmula: “*obra solo según a aquella máxima que puedes querer que se convierta al mismo tiempo en ley universal*”, dicho de otra manera, solo cuando se actúe de acuerdo a una conducta que podríamos considerar como un mandato

²⁴⁴ KANT, Emmanuel. *Crítica de la Razón Práctica*. Edit. Fondo de Cultura Económica. D.F - México - España 2011 p. 30

²⁴⁵ KANT, Emmanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Traducido por Manuel García Morente. Edit. Pedro Rosario Barbosa 2007 San Juan- Puerto Rico. p. 29

aplicable para todos, podemos decir que hemos actuado correctamente.

Aunado a ello, Kant desarrolla una segunda fórmula que a la letra indica: “obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y nunca como un medio”, en este apartado el autor nos hace referencia a los imperativos hipotéticos, en donde nosotros actuamos de acuerdo con un fin o un propósito, conductas que son oponibles a las de un imperativo categórico, pues estas no se constituyen como un mandato moral.

Se debe agregar que, esta disimilitud entre los imperativos categóricos e hipotéticos permitió comprender un concepto más cercano sobre lo que significa la dignidad, entender al ser humano siempre como un fin y nunca como un medio, dignidad a la que Kant refería como base de toda libertad y la libertad como base de toda imputación. Estas razones universales se concretaron en el Reino de los Fines²⁴⁶ en donde el concepto de todo ser racional se considera como máxima de su voluntad en donde uno mismo hace de juzgador y legislador universal, haciendo una diferencia entre una ley heterónoma referida a la naturaleza y una ley autónoma referida a la libertad.

Ahora bien, tales imperativos categóricos son trascendentales en la filosofía de Kant, debido a que este concebía a la pena, precisamente como un imperativo categórico en el que encontraba su legitimidad, en atención a la pena como la retribución que persigue un mandato moral.

Por consiguiente, para Kant la pena es un imperativo categórico en el razonamiento de que la persona que comete un delito crea una acción destinada a hacer un mal, esta acción trae consigo una

²⁴⁶ *Ibíd*em p. 46

consecuencia, una retribución que no actúa como un fin o propósito, si no que se agota en el mismo supuesto, dicha retribución es entendida como una máxima que se convierte desde la moral en una ley universal. Así mismo, la pena no se sujeta a una condición y no utiliza al ser humano como un medio disuasivo, respetando su dignidad, puesto que al ser un imperativo categórico no persigue una finalidad; esta perspectiva Kantiana era sin duda oponible a los utilitaristas quienes asignaban a la pena una finalidad preventiva.

En ese sentido, Kant²⁴⁷ refería que la pena jurídica no puede aplicarse como un simple medio para procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad, agregando que, el hombre entendido como un fin en sí mismo, nunca puede ser tomado como objeto o instrumento para otros designios, sino que la persona debe ser digno de castigo, sin obtener de la pena alguna utilidad.

La teoría de la retribución moral de Kant encuentra como puntos a su favor, el respeto que se sostiene por la dignidad humana, en la perspectiva del ser humano como fin y nunca como medio; a su vez, encuentra otro punto que también favorece a las demás teorías retributivas y es la importancia del principio de proporcionalidad en la ejecución del castigo penal.

Sin embargo, dicha teoría ha sido abandonada con el tiempo, pues la severidad de las consecuencias jurídicas que justifica, como sería el caso de la pena de muerte, hace que no cuente con amplia aceptación en la doctrina, así como el basamento teológico y moral que se presta a tergiversaciones subjetivas que podrían justificar ciertos grados de violencia estatal bajo el amparo de obrar sobre máximas universales.

²⁴⁷ KANT. Emmanuel. Principios Metafísicos del Derecho. Edit. Librería de Victoriano Suárez, Jacometrezo. Madrid – España 1873 p.195

4.1.1.2. Teoría Retributiva de Hegel

Desde el idealismo, Hegel²⁴⁸ en oposición a la visión de Kant respecto a la pena como imperativo categórico, este no concebía a la pena en términos morales o subjetivos de lo que es correcto o incorrecto, sino asignaba a la pena una función estabilizadora de la norma que dignifica al ser humano como ser racional.

Para estos fines, Hegel desde su planteamiento dialéctico, configura un binomio entre una tesis y antítesis que genera como consecuencia una síntesis, esta estructura lógica y racional, lo que busca es acceder al conocimiento mediante una postura que sea confrontada con otra, para así obtener de la confrontación de ambas posiciones el conocimiento o una verdad próxima.

Es así como, en su obra, Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho²⁴⁹ desarrolla la dialéctica entre el delito y el derecho, siendo el delito la forma de irrumpir el ordenamiento jurídico, de tal manera, que el delito termina negando el derecho, y la pena termina constituyéndose como la forma de estabilizar el ordenamiento jurídico irrumplido.

Siguiendo esa línea, en el pensamiento Hegeliano el delito no solo afecta a una persona, que podría ser el agraviado o la víctima que padece el delito y sus consecuencias, tampoco a la sociedad como tal, sino que afecta al derecho en general, negando no solo el derecho de una persona si no el derecho en toda su comprensión, como basamento del contrato social en donde hemos sometido parte de nuestra libertad para poder convivir en sociedad.

La lógica empleada por el autor, sigue el principio lógico de la doble negación, el cual consiste en que el factor negativo de otro factor negativo da como resultado una consecuencia positiva, es decir, si el

²⁴⁸ VILAJOSANA, Josep. Las razones de la pena. Edit. Tirant To Blanch 2015 Valencia – España p. 21

²⁴⁹ HEGEL, Georg Friedrich. Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho. Edit. Biblioteca Nueva. Madrid-España 2000 p. 194

delito es la negación del derecho, la pena vendría a ser la negación de esa negación, como producto de una lógica dialéctica que la dota de legitimidad, ello en oposición a la visión de la pena como la imposición de un mal sobre otro, pues para el idealismo de Hegel, esto no se trata del bien y el mal, sino de lo justo y lo injusto, siendo lo justo la eliminación del delito por corromper el ordenamiento jurídico.

Aunado a ello, Hegel²⁵⁰ indica desde una consideración objetiva, que esta dialéctica demuestra en la pena, la conciliación del derecho consigo mismo, lo que dota de validez a la pena y desde una consideración subjetiva, la conciliación de la ley con el que delinque, proporcionando al mismo tiempo la satisfacción de la justicia.

Esta teoría fue adaptada posteriormente por Jakobs²⁵¹ en su Teoría restabilizadora de la norma desde el funcionalismo normativista, para definir a la pena ya no desde un eje retributivo, si no preventivo general que será materia de desarrollo cuando examinemos las teorías funcionalistas de la pena.

Uno de los puntos a destacar de esta teoría de la retribución jurídica, es la racionalidad en la estructura lógica de la dialéctica Hegeliana de la pena, dicho de otro modo, la teoría desarrollada resulta de gran asidero en términos lógicos y racionales. No obstante, no está exenta de críticas similares a las esbozadas en contra de la teoría retributiva Kantiana, por ejemplo, se parte de la idea que bajo esta dialéctica se termine justificando la violencia o arbitrariedad al amparo de mantener la estabilización del orden jurídico, por otro lado, se critica la inexistencia de una utilidad social que actúe en armonía al orden democrático que salvaguarde el Estado Constitucional de Derecho.

²⁵⁰ Ídem

²⁵¹ JAKOBS, Gunther. Sobre la Teoría de la Pena. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Edit. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. 1998 Bogotá - Colombia p.15

4.1.1.3. Teoría Retributiva de Stahl

La teoría de la retribución divina, en muchos libros referentes a la función de la pena y del derecho penal, no se le asigna un autor en específico, dejando solo referencias breves a la comprensión de la retribución desde una perspectiva religiosa. Sin embargo, encontramos la obra de Manuel de Rivacoba²⁵² y Luigi Ferrajoli²⁵³ en donde se atribuye dicha teoría como su principal representante a Friedrich Julius Stahl, filósofo del derecho alemán del siglo XIX.

Stahl²⁵⁴ parte de una idea de la pena como retribución divina en donde a través de dicha retribución se realiza el orden ético dado por Dios, en el pensamiento de que el estado al ser la materialización de la voluntad de Dios en la tierra, en su orden divina de justicia; la función del estado radica en hacer cumplir tal voluntad suprema y castigar a quien atente contra el orden ético con la finalidad de reparar y restaurar dicho orden dado por Dios en un principio.

Respecto a este extremo, Mir Puig²⁵⁵ explica la teoría eclesiástica, como un castigo divino del Juez Supremo, citando el mensaje de Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho penal que contenía el siguiente pasaje: «Pero el juez supremo, en su juicio final, aplica únicamente el principio de la retribución. Éste ha de poseer, pues, un valor que no cabe desconocer».

Qué duda cabe que, esta Teoría parte de que existe correlación entre una exigencia de justicia divina y la función de la pena, justicia que es vista desde una perspectiva divina. Sin embargo, esta teoría en la actualidad es la que reviste de menor asidero, pues es indudable que la justicia analizada desde la religiosidad resta de solidez su

²⁵² DE RIVACOBA, Manuel. Función y Aplicación de la Pena. Edit. Olejnik. Santiago – Chile 2020 p. 21

²⁵³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Edit. Trotta S.A. 1995 Madrid – España p. 289

²⁵⁴ STAHL, Friedrich Julius. Historia de la filosofía del derecho. Edit. La España Moderna 1996 Madrid - España p. 519

²⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General 10ª Edición. Edit. Reppertor 2016. Barcelona-España p. 78

justificación lógica y racional, puesto que está supeditada a creencias y no bajo argumentos que respalden la sostenibilidad de una Teoría que encuentre raíces en una teoría del derecho moderna.

Respecto a estas teorías retributivas Roxin²⁵⁶, afirma que estas teorías no encuentran respaldo científico, debido a que el Estado, como institución humana, no es capaz de llevar a cabo la idea de justicia, agregando a ello que, la idea de reprimir un mal causando otro mal como la pena, solo encuentra basamento en alguna creencia o fe, a la que el estado no está legitimado para obligar a creer, en el razonamiento de que el poder que este acoge ya no surge de Dios, si no del pueblo.

Siguiendo esa línea, Mir Puig²⁵⁷ hace una observación importante, indica así que, el estado no puede hacer uso de la pena y limitar derechos a una persona si no lo exige en bien de la colectividad. Un estado democrático no tiene derecho alguno a imponer por la fuerza, la justicia sobre la tierra; su labor, para lo único que estaría legitimado, es para hacer política social.

En ese sentido, cabe mencionar que lo señalado por los autores no carece de sentido; el argüir el sentido de la justicia para justificar el castigo, no es propio de un estado democrático y sin duda este no tendría el derecho de imponer dicho castigo en nombre de la justicia, esa posición la hemos sostenido desde el principio de nuestra investigación, pues nos resulta irracional que el estado bajo el amparo de un contrato social, no permita la venganza entre particulares, pero si lo permita mediante la aplicación de una pena donde pareciera castigar o emplear la venganza por cuenta propia.

²⁵⁶ ROXIN, Claus. Problemas fundamentales del derecho penal. Edit. Euros S.R.L 2017. Buenos Aires – Argentina p. 47

²⁵⁷ MIR PUIG. Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Edit. Ariel S.A 1994 Barcelona España p. 117

Así también, se advierte que el autor está haciendo referencia a la justicia como retribución, soslayando todo lo desarrollado hasta el momento, sobre el sentido ontológico de la justicia, pues si bien el estado está legitimado para hacer política social, dichas políticas sociales o criminales no pueden ser desarrolladas sin rumbo, es deber del estado actuar bajo un destino marcado y claro.

Como lo indicaba Stammler, si bien se sabe que probablemente nunca se alcance a la justicia como tal, es importante tener a esta como el destino a ser próximos; al igual que en un proceso penal, se tiene como finalidad la verdad material, pese a saber que probablemente durante la actividad probatoria y la valoración de la misma, no se llegue a saber la verdad en toda su dimensión, el juez debe procurar que la valoración en su sentencia sea lo más cercana a la verdad, pues existen seres humanos comprometidos en litigio y derechos que merecen ser garantizados.

4.1.1.4. Neo Retribucionismo Anglosajón y Romano Germánico

Patricia Vanzolini²⁵⁸ sitúa el Neo Retribucionismo anglosajón en la primera mitad del siglo XX, en donde tuvo predominancia la prevención general negativa y la prevención especial positiva, razón por la que surgieron nuevas luces de esta postura neo-retributiva dada la problemática que se presentaba en la época.

Problemática consistente, en que los poderes legislativos de los estados sometidos por los grupos de presión de esos años, promulgaban leyes para incrementar las sanciones penales, especialmente en el delito de tráfico de drogas, además de la presión ejercida por parte del movimiento “sentencia verdadero” con respaldo del gobierno federal, quienes consiguieron que en varios estados se eliminara la posibilidad de libertad condicional,

²⁵⁸ VANZOLINI. Patricia. Teoria da Pena: Sacrifício, Vingança e Direito Penal. Edit. Tirant lo Blanch 2019 Sao Paulo - Brasil p. 75

imponiendo que se cumpla como mínimo el 85 % de la pena impuesta.

Como representante del Neo Retribucionismo anglosajón se tiene a Andrew Von Hirsch²⁵⁹ quien señala que en EE. UU a inicios de los sesenta las penas no tenían límite, debido a la ideología rehabilitadora que buscaba la evolución del condenado dentro de la institución, este tiempo indeterminado daba lugar a que el poder punitivo no tenga límites y que el juzgador actúe de manera subjetiva y arbitraria en la imposición de una pena.

Por lo que, una pena podía variar desde un día a toda una vida, según los prejuicios o sesgos discriminatorios que se tenga sobre un particular.

Para Hirsch en la Teoría del Mérito, las penas deben ser impuestas de acuerdo con el principio de proporcionalidad, haciendo una distinción entre la proporcionalidad ordinal que equilibra los delitos según escalas y la proporcionalidad cardinal que establece los límites de cada escala, manteniendo con ella una visión reduccionista de la pena.

Vanzolini²⁶⁰ respecto a dicha teoría observa que tal visión está cargada de un fin preventivo general de la pena, cuando el autor refiere que el derecho penal a través de la censura implícita en sus sanciones expresa que la conducta es negativa, por tanto, emite un mensaje al ciudadano.

Entonces, la autora apunta como punto débil que, si el principal problema de las teorías preventivas es que son incompatibles con el principio de proporcionalidad, como es que dentro de su teoría se admite un campo preventivo sin el riesgo de que la misma no resulte incongruente con lo que postula.

²⁵⁹ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y Castigar*. Edit. Trotta 1998. Madrid - España p. 140.

²⁶⁰ VANZOLINI, Patricia., op. Cit., p. 76

Cabe agregar que, en el sistema anglosajón se sigue una corriente similar no solo en el fundamento de la pena, sino también en la determinación judicial de las sanciones penales²⁶¹, que se caracterizan por la prevalencia de modelos dogmáticos y normativos de naturaleza retribucionista, los cuales no son compatibles con las concepciones euro continentales de culpabilidad.

Por otro lado, en el derecho romano germánico el modelo rehabilitador no estuvo tan presente como en el derecho anglosajón, no obstante, algunos sesgos teóricos hicieron que surgiera el Neo retribucionismo representado por Rainer Zaczyk²⁶² quien afirmaba que la retribución no puede entenderse como un principio material, pues no se trata de compensar una muerte sobre otra, sino de entender la retribución como principio formal y la pena como institución jurídica.

Para ello, basó sus postulados en el pensamiento Kantiano²⁶³ respecto a los imperativos categóricos morales, considerando a la libertad como fundamento de la retribución y como el único derecho que tenemos desde nuestro nacimiento, debido a que el delito es concebido como una lesión a la libertad de los demás, y tal libertad al pertenecer a un estado de naturaleza amparado por el derecho público, se da como consecuencia de una reacción legal, actuando el derecho penal como un juicio sintético *a priori* y no empírico.

Por tanto, Zaczyk desarrolla las ideas de Kant en un asidero superado, pues como se ha señalado para el autor el principio de proporcionalidad es concebido como principio formal, dando una connotación distinta a la ley de talión aceptada por Kant en el entendimiento de la pena como imperativo categórico.

²⁶¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Consecuencias jurídicas del delito - Giro Punitivo y nuevo marco legal. Edit. Moreno S.A 2016. Lima - Perú p. 157

²⁶² ZACZYK, Rainer. Libertad, Derecho y Fundamentación de la Pena. Edit. Universidad Externado de Colombia. Bogotá - Colombia 2010, p. 127.

²⁶³ VANZOLINI, Patricia., op. Cit., p. 78

Sin embargo, pese a tales aportes, se sigue encontrando el problema que vincula el delito con el castigo, dicho de otro modo, no se encuentra la justificación efectiva de la necesidad de una reacción criminal generada por el delito, puesto que, pensar en el castigo como una especie de venganza ante el delito sería una reacción emocional incompatible con la razón práctica, desde otro ángulo, tampoco se podría dejar estos eventos al arbitrio de los particulares, máxime si se parte de la idea de libertad como imperativo categórico que dota su concepto en un margen universal que no se limita solo a una persona en concreto.

4.1.2. Teorías Preventivas de la Pena

Mir Puig²⁶⁴ nos indica respecto a estas teorías que se caracterizan por ser profesadas por los utilitaristas que buscan perseguir con la pena alguna finalidad, diferenciándose con ello de las teorías absolutas, las cuales no tienen utilidad, pues se agotan con la mera retribución del hecho.

Esta finalidad o utilidad a la que se refiere yace sobre fines preventivos o de protección de determinados intereses sociales, la pena ya no se concibe como una retribución del delito sino como medio para prevenir futuros delitos²⁶⁵, por lo que a diferencia de las teorías absolutas que concentran su atención en el pasado, las teorías relativas centran su atención sobre el futuro.

En ese sentido, la idea que el Derecho Penal es empleado para proteger bienes jurídicos²⁶⁶, obliga a que los medios utilizados también sean empleados antes de que se produzca la afectación de

²⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General 10ª Edición. Edit. Reppertor 2016. Barcelona-España p.88

²⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. La perspectiva Ex Ante en derecho penal – Anuario de derecho penal y ciencias penales Tomo 36. Edit. BOE 1983. Madrid-España p.8

²⁶⁶ ALVAREZ GARCÍA, Javier. Los efectos psicosociales de la pena de prisión. Edit. Tirant lo Blanch 2009 Valencia – España p. 17

dichos bienes, tales medios son expresados mediante la función preventiva de la pena.

Algunos de los réditos que se otorga a las teorías preventivas²⁶⁷, es el fundamento de la prescripción de la pena, dado que algunos de los argumentos que se utilizan a favor de esta figura es la prevención general, la prevención especial y la seguridad jurídica.

Así mismo, cabe mencionar que el término que se deriva de estas teorías se denomina relativa por el hecho que aquí no se trata de un criterio de justicia el cual es absoluto y no relativo, sin embargo, la prevención o los intereses sociales si versan sobre una relatividad que se adecua dependiendo de a que o que se quiere prevenir.

El citado Autor²⁶⁸, destaca a Feuerbach como el principal representante de la doctrina de la prevención general, la misma que fue observada desde un enfoque moderno ya desde el siglo XIX; así también Vanzolini²⁶⁹ precisa que la relación entre prevención y utilidad ha estado presente desde el principio y está en el fondo de toda la legitimación de las teorías preventivas. La sanción preventiva es buena porque es útil. La pena retributiva se considera mala porque es inútil.

Feijoo Sánchez²⁷⁰ sintetiza esta teoría en términos motivacionales, esto es, que la función preventiva de la pena no es más que la de motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos y a no cometer ilícitos penales, atribuyendo con ello una utilidad que trasciende a su propia imposición.

²⁶⁷ VAREZ GARCÍA, Francisco. Tomo XIX Esquemas de Teoría jurídica del delito y de la Pena. Edit. Tirant lo Blanch 2010. Valencia – España p. 276

²⁶⁸ MIR PUIG, Santiago., op., cit., p. 90

²⁶⁹ VANZOLINI, Patricia., op. Cit., p. 23

²⁷⁰ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Retribución y prevención general. Edit. B de F 2014 Buenos Aires – Argentina p. 11

A continuación, detallaremos las teorías preventivas esbozadas, desde la prevención general a la especial en su dimensión positiva y negativa, según los máximos representantes de cada teoría.

4.1.2.1. Teorías de la Prevención General

Felipe Villavicencio²⁷¹ señala como principales representantes a Feuerbach, Bentham y Filangieri, quienes aludían a la pena como medio de prevención de futuros delincuentes, la principal característica sobre la que se formulaba esta tesis era que iba dirigido a la comunidad en general y no sobre un sujeto determinado.

Kunsemuller²⁷² comenta al respecto que, la prevención general tiene como finalidad mantener y robustecer a través de la amenaza y ejecución de la pena, la confianza general de los ciudadanos en la fuerza estabilizadora y prevalente del ordenamiento jurídico.

La prevención general desde su dimensión negativa cumple una función intimidatoria, es decir, inhibe a los ciudadanos de una sociedad a que incurran en una futura comisión delictiva.

La prevención general desde su dimensión positiva cumple una función estabilizadora e integradora, es un instrumento dirigido a la sociedad como la convicción que se genera sobre la norma penal, es decir, genera un respeto sobre el derecho y su cumplimiento.

Las críticas empleadas frente a la prevención general, deben ser reducidas en base al principio de proporcionalidad que ha de existir en el delito y la pena, puesto que, de no aplicarse dicho principio, se podrían castigar hechos leves con consecuencias graves, en el afán de justificar el interés social y el mensaje punitivo que debe recibir la sociedad.

²⁷¹ VILLAVICENCIO, Felipe. Derecho Penal Parte General. Edit. Jurídica Grijley E.I.R.L 2006 Lima-Perú p. 56

²⁷² KUNSEMULLER, Carlos. Culpabilidad y Pena. Edit. Biblioteca Jurídica de Chile 2001. Santiago – Chile p. 128

Este principio evitaría desproporciones entre delitos de suma gravedad, como sería el caso del parricidio, que en el supuesto de que su comisión delictiva sea baja frente a los delitos contra la propiedad, en el que su comisión es elevada; ello llevaría a razonar erradamente que corresponde una pena más grave en los delitos contra la propiedad, para que se reduzca la cifra delictiva y no frente a un delito contra la vida, que es indudablemente un delito más grave, por lo que frente a ello, la proporcionalidad hace que la pena deba actuar en correspondencia a la comisión de un hecho punible.

4.1.2.1.1. Teoría de la Prevención General Positiva de Welzel

La Teoría de la prevención general positiva a menudo es asignada a autores como Jakobs, Mir Puig o Hassemer, siendo Jakobs uno de sus representantes máximos quien desde el funcionalismo desarrolla la función preventiva de la pena como estabilización de la vigencia normativa. Esta visión penológica de Jakobs será abordada dentro de las teorías funcionalistas de la pena en conjunto con las teorías de Pawlik y Lesch, para ocuparnos en quien es para muchos el verdadero representante de la prevención general de la pena, el padre del finalismo, Hans Welzel.

Hans Welzel²⁷³ plantea como misión del derecho penal y de la pena, la función ético social de amparar los valores elementales de la vida en comunidad, siendo estos, la vida, la salud, la propiedad, el estado y la libertad, por lo que tales valores son amparados en la prohibición y castigo de las conductas que tienden a lesionarlos, dicho de otra forma, evitar el disvalor del resultado penando el disvalor del acto, en virtud de mantener en vigencia dichos valores ético - sociales.

En ese sentido, para el autor la función de la pena es asegurar la validez inviolable de los valores elementales de la vida en

²⁷³ WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Edit. Roque de Palma 1956. Buenos Aires – Argentina p. 5

comunidad, mediante la amenaza del castigo para las acciones que se apartan de manera gravosa a los valores esenciales de la conducta humana.

A tal efecto, Welzel²⁷⁴ destaca la función teleológica del derecho penal en la protección de bienes jurídicos sobre la base inaugurada por Liszt quien polemizando con Binding sostenía esta tesis.

De esta manera, se tiene que esta teoría lo que busca es justificar la función de la pena en una prevención dirigida a la sociedad en general para que a través de esta se protejan los valores ético – sociales fundamentales para la convivencia en comunidad y así se comunique un mensaje de confianza en el sistema de derecho respecto a la intangibilidad de los bienes jurídicos, donde los valores jurídicos se encuentran protegidos y amparados por el estado.

Por otro lado, la crítica que se agudiza sobre esta teoría radica en la expuesta por Silva Sánchez²⁷⁵ respecto a la función comunicativa o educativa de la pena, dado que con esta teoría se justificaría la injerencia del derecho penal al ámbito interno y autónomo de la persona humana, lo que conduciría a un sistema autoritario que trata de sustituir valores preexistentes en la esfera interna por uno que se adecue al establecido en el ordenamiento jurídico.

4.1.2.1.2. Teoría de la Prevención General Negativa de Feuerbach

Paul Johann Anselm Von Feuerbach²⁷⁶, padre del derecho penal, es quien formula la Teoría de la Coacción psicológica, que a diferencia de la prevención general positiva en donde se enviaba a la sociedad un mensaje educativo, aquí se envía un mensaje de temor e intimidación, producto de la coacción psicológica.

²⁷⁴ WELZEL, Hans. Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Edit. Euros S.R.L 2014 Buenos Aires Argentina p. 54

²⁷⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Edit. Bosch 1992 Barcelona - España p.302

²⁷⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. Tratado de derecho penal común vigente en Alemania Traducción de Eugenio Zaffaroni. Edit. Hammurabi S.R.L 2007. Buenos Aires – Argentina p. 34

Coacción psicológica que se genera en quien ve cómo se castiga a una persona y al advertir dicho hecho decide no delinquir. Esta coacción se sitúa en dos momentos particulares, pues cumple su función preventiva no solo en la aplicación de una pena, si no desde la vigencia de la ley penal en donde se advierte las consecuencias jurídicas a las que se somete una persona que atenta contra el orden normativo.

Baumann²⁷⁷, refiriéndose a Feuerbach señala que, el fin de la pena desde la coacción psicológica es el hecho de intimidar a los posibles autores y conseguir con ello, apartarlos en general de la comisión de delitos, es decir, la función estatal sería la de evitar que se produzcan lesiones jurídicas a los bienes que este protege, para esto deberá de armarse de instituciones coactivas que concreten dichas funciones.

Entre las críticas que se formulan a raíz de la teoría de la prevención general negativa encontramos la de Villavicencio²⁷⁸ quien sentenciaba que esta función penal instrumentaliza al ser humano por medio de una pena, convirtiendo al castigo en un medio de intimidación para la sociedad, debido a que ya no se castiga por el delito que se comete si no se toma de objeto a una persona para que sirva de ejemplo y así los demás no quieran delinquir.

Otra crítica descansa en el hecho de que la pena al cumplir una función coactiva y psicológica, el ser humano es materializado como un robot o como una fórmula para lograr un objetivo posterior a través de un precepto jurídico. Así mismo, al ser la amenaza la base de esta teoría, esto genera que se dé una idea de gravedad al castigo a imponer, en función a que si el castigo es severo la intimidación producirá mayores efectos, lo cual provoca una afectación al principio de proporcionalidad como límite del *ius puniendi* estatal.

²⁷⁷ BAUMANN, Jorgen. Derecho Penal conceptos fundamentales y sistema. Edit. Depalma 1973 Buenos Aires - Argentina p. 15

²⁷⁸ VILLAVICENCIO, Felipe., op. Cit., p. 59

Desde nuestra posición, esta teoría en conjunto con la teoría eclesiástica son las que cuentan con menor asidero lógico y racional, debido a que desde nuestra perspectiva, el hecho de imponer penas gravosas con la finalidad de intimidar a la sociedad, no genera efecto disuasivo alguno, prueba de ello, es nuestra realidad legislativa en donde a menudo se criminaliza cualquier conducta que no acarrea que el índice delictivo baje o se neutralice, esto se debe a que la conducta criminal no obedece a intimidaciones o amenazas, sino a factores criminológicos que como apuntaba Hassemer, corresponde a las ciencias naturales determinar, para recién en base a ello, establecer políticas criminales efectivas que neutralicen la tasa de criminalidad que lesiona el orden social.

4.1.2.2. Teorías de la Prevención Especial

Santiago Mir Puig²⁷⁹ respecto de la prevención especial, resalta que está a diferencia de la prevención general, va dirigida a una persona determinada en donde la pena busca que el delincuente penado no vuelva a incurrir en algún delito.

Otra diferencia para resaltar es el momento en que se cumple dicha función, en el caso de la prevención general esta se suscita desde la conminación normativa, mientras que la prevención especial se suscita desde el momento que la pena ha de ejecutarse.

El autor a su vez nos señala que el auge en el que se determinó dicha función data desde finales del siglo XIX, destacando entre ellas tres tendencias, el correccionalismo español, la escuela positiva italiana y la dirección moderna alemana de Franz Von Liszt quien fue el autor más trascendente respecto a este punto.

²⁷⁹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General 10ª Edición. Edit. Reppertor 2016. Barcelona-España p. 91

El correccionalismo de Pedro Dorado Montero no generó mayores matices sobre las ciencias penales, no obstante, desde el siglo XIX ya concebía la idea de un derecho penal protector de criminales.

En el positivismo criminológico de Italia se destaca la sustitución de la pena por alguna medida de seguridad, que es parte del sistema vicarial que conservamos hasta la actualidad. Por otro lado, Sergio Moccia²⁸⁰, destaca la Prevención especial en la elaboración de Karl Von Grolman, quien aduce que es lícita la intimidación individual que deriva de la aplicación de un mal que pone al sujeto en la imposibilidad de realizar su amenaza.

Muñoz Conde²⁸¹ sintetiza estas Teorías, señalando que la pena en su función preventiva tiene como finalidad apartar al que ha delinquirido de la comisión de futuros delitos, a través de la corrección o su aseguramiento, ahora bien, corresponde desarrollar la prevención especial desde su dimensión positiva desarrollada por Von Liszt y desde su dimensión negativa representada por Garofalo.

4.1.2.2.1. Teoría de la Prevención Especial Positiva de Von Liszt

Desde el eclecticismo de Von Liszt²⁸², la idea del fin de las ciencias jurídicas hizo que Von Liszt considerara que la pena solo encuentre justificación en la prevención especial, que se manifiesta como una pena correcta, justa y necesaria.

Según aducía el autor alemán, la prevención especial se desarrollaba según las categorías que nos enseña la criminología. Entre estas categorías encontramos al delincuente ocasional, al delincuente no ocasional pero corregible y al delincuente habitual e incorregible.

²⁸⁰ MOCCIA, Sergio. El Derecho Penal entre ser y valor Función de la pena y sistemática teleológica. Edit. B de F Ltda. 2003. Montevideo – Uruguay p. 44

²⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General. Edit. Tirant lo Blanch 2010 Valencia – España 2010 p. 48

²⁸² VON LISZT, Franz. La idea de fin en el derecho penal. Edit. EDEVAL 1994 DF- México p.111

Respecto del primero la pena será aquello que lo inhiba a cometer actividades delictivas con posterioridad, respecto al delincuente no ocasional pero corregible, se trata de delincuentes con una actividad delictiva permanente donde lo que se busca es la resocialización por medio de la pena (adaptación artificial) y frente a un delincuente habitual e incorregible, la pena cumple una función neutralizadora en el que se aparta de la sociedad al delincuente, dado el peligro que este genera (selección artificial).

En síntesis, la prevención especial se desempeña en una función de intimidación, resocialización e inocuización frente a un delincuente determinado, sobre ello se esboza lo que se conoce como una prevención especial positiva basada en el correccionalismo o resocialización del delincuente y sobre una prevención especial negativa dirigida a neutralizar o inocuizar a aquellos delincuentes de máxima peligrosidad y de conducta incorregible.

Franz Von Liszt²⁸³ resalta que es deber de todo jurista penal abordar dos puntos en concreto, el contenido del delito y de la pena, hallando con esto su propia explicación causal a través de la criminología y la penología como tarea científica y política, en la elaboración de políticas criminales; sobre este punto agrega que, si bien la pena es uno de los medios para la lucha contra el delito; no es el único y, especialmente, tampoco el más efectivo.

Con ello, el autor manifiesta la importancia de aplicar políticas criminales, es decir, medidas que adopte el estado para confrontar a la criminalidad y que estas sean distintas a la pena, lo que desde ya va marcando un eje resocializador o reeducador de la conducta de quien delinque.

²⁸³ VON LISZT. Franz. La Tareas y Métodos de la Ciencia del Derecho Penal. Edit. Instituto Pacífico 2014 Lima – Perú p. 20

En ese sentido, el autor apunta²⁸⁴ que la exigencia de una política criminal se dirige a utilizar en lo posible, la aptitud de la pena como medio adecuado a un fin y a adaptarla a las necesidades del caso particular.

Así mismo, Muñoz Conde²⁸⁵ indica que desde la teoría de Liszt el delincuente actúa como el objeto central del Derecho penal y la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento. Esta teoría se colige con la Escuela correccionalista de España que se dio a finales del siglo XIX y principios del XX que abordaba la premisa de odiar al delito y compadecer al delincuente, así también es compatible con la posición de Pedro Dorado Montero en 1915 en su obra referida al derecho protector de criminales.

Siguiendo ese análisis Santiago Mir Puig²⁸⁶, elabora una crítica respecto a la prevención especial, indicándonos que dicha función por sí misma no puede justificar a la pena, dado que en algunos casos la pena no resultaría necesaria para una prevención especial, así como tampoco sería posible ni lícita, y que, pese a ello, la impunidad del delincuente no cuenta como posibilidad pese a los fundamentos señalados.

Para el referido autor la prevención especial muchas veces no es necesaria, puesto que frente a delincuentes ocasionales, estos no representan un peligro latente para la consecución de otro delito, y respecto de delitos más graves, tampoco sería necesario si su comisión dependió de circunstancias que probablemente no vuelvan a suceder, ejemplificando con ello, los delitos cometidos durante el régimen nazi, donde fue el mismo régimen al que estaban sometidos quien reforzaba la actividad criminal.

²⁸⁴ VON LISZT. Franz. Tratado de Derecho Penal Traducido de la 20ª Edición Alemana por Luis Jiménez de Asúa. Edit. Reus S.A 1999 Madrid - España p. 10

²⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General. Edit. Tirant lo Blanch 2010 Valencia – España 2010 p. 48

²⁸⁶ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General 10ª Edición. Edit. Reppertor 2016. Barcelona-España p.93

Tampoco sería posible la prevención especial, respecto de aquellos delincuentes que cuentan con una actividad permanente y habitual, puesto que no habría seguridad sobre su resocialización, así como tampoco haría eco la intimidación normativa, salvo que se trate de delitos menos graves, pero con pena altísima, lo cual colisionaría con la licitud de la pena.

Para Roxin²⁸⁷ la fórmula de la prevención general por medio de la retribución es la más utilizada, indicando que el problema de esta es que no puede explicar por sí misma porque debe conducirse a una retribución de acorde al grado de culpabilidad.

La crítica general a las teorías relativas²⁸⁸, deriva en que se da a la pena una función de utilidad o finalidad, lo que lleva a que se instrumentalice al hombre como medio para prevenir delitos futuros, en el afán de justificar su función mediante la intimidación, resocialización e inocuización dirigida a una persona determinada por cada caso en particular, lo que resulta contrario a la dignidad humana²⁸⁹, la misma que se desarrolla en el hombre como un fin en sí mismo y no como un instrumento.

Estimamos que la resocialización se tergiversa hasta cierto punto, en la prevención especial positiva, por las críticas formuladas, dado que consideramos que la resocialización vista como la instrumentalización del individuo, se derrumba si sostenemos lo formulado sobre la justicia y lo justo.

La resocialización del individuo como fin debe recaer sobre los medios que se empleen para ello y no sobre el individuo directamente, porque como hemos sostenido en un principio los

²⁸⁷ ROXIN, CLAUS. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Edit. Reus S.A 1981 Madrid – España p. 45

²⁸⁸ GUEVARA PUENTES, Gladys. Sanción Penal: Penas y medidas de seguridad. Edit. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla 2007 Bogotá – Colombia p. 51

²⁸⁹ MONTOYA VIVANCO, Yvan. Derecho Penal de principios (Vol. 1) Justificación de la intervención punitiva. Edit. Palestra S.A.C Lima – Perú p. 89

medios a elaborar deben dotarse de idoneidad y sobre dicha idoneidad ha de terminar la función de la pena, lo cual es independiente al resultado que se obtenga, pues el derecho penal no puede garantizar la justicia, pero si puede garantizar lo justo.

En ese sentido, si hemos partido por premisas que distinguen a la justicia de lo justo siendo la justicia la armonía de la conducta humana con las diferencias de su entorno y lo justo el medio idóneo para concretar dicha armonía, de lo que resulta que el derecho debe garantizar aquellos mecanismos derivados de la razón, que dada su naturaleza concreta y material si es posible garantizar y no sobre la justicia que, dada su naturaleza abstracta e inmaterial, no puede garantizarse.

Por lo tanto, si el delincuente representa una diferencia respecto de la norma, mediante su conducta, el derecho no puede garantizar que la resocialización del hombre sea absoluta y posible, pero si puede garantizar los mecanismos idóneos que se dirijan a tal fin, cumpliendo con ello la finalidad del derecho, es decir, lo justo.

Mediante lo formulado, consideramos que se soluciona la problemática de la instrumentalización del individuo en la resocialización, dado que la finalidad del derecho se consuma en los mecanismos que emplee, siendo aquellos mecanismos los medios que instrumentalice para su finalidad.

Arribando así a una finalidad aun superior, el individuo como fin en sí mismo, justificando con ello su dignidad, en donde pese a la comisión delictiva que sobre el recae, no se extingue, razón por la que la pena garantiza su vigencia.

4.1.2.2.2. Teoría de la Prevención Especial Negativa de Garofalo

La teoría de la prevención especial negativa o teoría de la inculpación de Garofalo²⁹⁰, asigna a la pena una función inocuidadora o neutralizante sobre el que delinque, esto significa que la función penal consiste en alejar al delincuente de la sociedad, apartándolo de la misma con la finalidad de que esta se mantenga segura, sin importar el desmedro que se genere al principio de igualdad y el hecho de adoptar al delincuente ya no como ciudadano si no como enemigo desde el momento que irrumpe el contrato social, lo que evidencia matices de un estado totalitarista que no garantiza la vigencia de los derechos fundamentales inherentes a todo ser humano, inclusive después de delinquir.

Para la concepción criminológica del autor, un delito era delito por atentarse contra la naturaleza humana, es en esta idea que se desprende el primer semillero de su pensamiento respecto al delito natural.

Desde otras aristas, como segundo punto sostenía la teoría de la criminalidad, en donde divide a los delincuentes, en el perfil asesino, violento, ladrón y lascivo; perfiles que se formulan en correspondencia con la teoría penológica que esbozaba, esto es, que la pena de muerte sea impuesta a los asesinos, la cadena perpetua para los violentos con el objeto de apartarlos de la sociedad y neutralizar el peligro que los mismos generan, y por último el trabajo forzado para los ladrones quienes aún podían tener la posibilidad de readaptarse al orden social.

Wolfgang Naucke²⁹¹ apunta que la prevención especial deshonra al individuo y lo convierte en un instrumento para la finalidad de un

²⁹⁰ GAROFALO, Raffaele. La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión. Edit. Olejnik Buenos Aires - Argentina 2019 p. 123

²⁹¹ NAUCKE, Wolfgang. Principales problemas de la prevención general. Edit. Euros S.R.L 2006 Buenos Aires – Argentina p. 39

tercero, siendo que esta finalidad no puede contradecir la exigencia de un trato digno para la persona por parte del derecho penal.

Teniendo en cuenta que, esta teoría va en contra de un estado democrático de derecho, debido a que la inculcación del delincuente inspira un totalitarismo que consideramos insostenible en la actualidad, partimos de la idea que no es función del estado hacer que sus fines resocializadores se concreten como tal, sino que es deber del mismo dar los medios idóneos para concretar tal fin, dicho de otro modo, estos medios deben proporcionarse en garantía del principio de igualdad así se trate de los “incorregibles”, se concrete o no se concrete tales fines, todo ello, en virtud de un estado democrático de derecho respetuoso de la igualdad de sus ciudadanos.

4.1.2.2.3. Neo preventivismo Anglosajón

Patricia Vanzolini²⁹² aborda este pensamiento que surge a partir de los años ochenta, debido al fracaso del sistema correccionalista y rehabilitador, que si bien se desarrolló desde un eje humanista o filántropo dio lugar a una corriente preventiva general basada en encarcelamientos severos y duraderos.

Es importante precisar que, esta corriente preventiva no se constituye como una teoría propiamente dicha, pues la misma se conforma por discursos políticos y mediáticos que generan amplia aceptación en la ciudadanía.

Siguiendo ese discurso, la autora refiere sobre estas teorías que la cuestión de la legitimidad de la pena deja de ser objeto de preocupación jurídica y filosófica, y comienza a operar de abajo hacia arriba, ya no desde una construcción teórica, sino por el contrario, desde el sentido común y la opinión popular.

²⁹² VANZOLINI, Patricia., op. Cit., p. 23

Dicha corriente, se da como una especie de reintegración moderna de la teoría de Feuerbach aunado a un razonamiento económico, que sigue la lógica de que mientras más se aumente el castigo, esto conducirá a la reducción de la tasa criminal.

Qué duda cabe que, esta corriente reza y justifica el autoritarismo, pese a que tal pensamiento cuenta con respaldo social, pero es menester advertir que dicho respaldo es aprovechado por intereses políticos como ocurre en Estados Unidos, donde se experimenta la densificación del punitivismo norteamericano, con la revitalización de la pena de muerte y la cadena perpetua²⁹³.

Por otro lado, es importante señalar que este tipo de corrientes, lo único que logran es obstaculizar el desarrollo de políticas criminales que verdaderamente podrían reducir la tasa de criminalidad, debido a que, la promesa que se azuza nunca llega a cumplirse, provocando un círculo vicioso, donde en la medida que no se cumpla dicha promesa, se promete cada vez más, creando la imagen de un derecho penal insuficiente y de un derecho penal simbólico, donde para hacer frente a esta crisis de legitimidad, se hace gestos simbólicos, como subir las penas²⁹⁴.

Derecho penal simbólico que como lo explica Hassemer²⁹⁵, no está basado en más que populismo punitivo, pues muchos investigadores políticos, sociólogos y criminólogos estadounidenses ya desde los sesenta analizaron que la política no solo se daba a través de poder e intereses económicos, sino también a través de la defensa de símbolos, dotados de una carga emocional y manipulativa de la que muchas veces como sociedad no somos conscientes, es por ello, que de manera tajante rechazamos esta corriente neopreventivista, que

²⁹³ Ídem

²⁹⁴ CEREZO DOMINGUEZ, Ana Isabel. Política criminal y exclusión social. Edit. Tirant lo Blanch 2021 Valencia - España p. 240

²⁹⁵ HASSEMER, Winfried. Pena y Estado “Derecho Penal y protección de Bienes Jurídicos”. Edit. Cono Sur Ltda. 1995 Santiago – Chile p. 23

afecta directamente la autonomía y libertad de los ciudadanos, pues la democracia no se ejerce con la mera aceptación de una política, si no se ejerce con la decisión depositada en libertad sin que medie ningún medio de manipulación o coacción que afecte a la misma.

4.1.3. Teorías de la Unión en Schmidhäuser, Roxin y Jescheck

Mir Puig²⁹⁶ nos señala que, a inicios del siglo XX en Alemania se empezó a postular una teoría ecléctica iniciada por Merkel que posteriormente se convertiría en una de las posturas más dominantes en la doctrina penal, en la que se concibe tanto a la retribución como a la prevención general y especial, como componentes de la naturaleza compleja de la pena.

Las teorías eclécticas o de la unión, se caracterizan por determinar cómo función al derecho penal, la protección de la sociedad, sobre dos perspectivas distintas.

La primera perspectiva²⁹⁷, se da como una posición conservadora en el Proyecto Ministerial Alemán de 1962, el cual se basaba en la protección de la sociedad bajo un criterio retributivo, donde la prevención actúa como rol complementario, cumpliendo así una función protectora y realizadora de justicia.

La segunda perspectiva²⁹⁸, se da como una posición progresista en el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, el cual se fundamenta en la defensa de la sociedad como protección de bienes jurídicos, donde la retribución actúa como límite de la prevención, evitando con ello que se impongan penas más allá de las correspondientes, cumpliendo así su función protectora.

²⁹⁶ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General 10ª Edición. Edit. Reppertor 2016. Barcelona-España p.95

²⁹⁷ *Ibidem* p. 88

²⁹⁸ VILLAVICENCIO, Felipe. Derecho Penal Parte General. Edit. Jurídica Grijley E.I.R.L 2006 Lima-Perú p. 66

Eberhard Schmidhäuser²⁹⁹ en su obra titulada en español “Desde el sentido del castigo” desarrolla la teoría de la diferenciación de la pena, la misma que hace una diferencia entre la teoría de la pena como finalidad y el sentido de la pena como instrumento dirigido a un sujeto particular.

La teoría de la pena como finalidad, es admitida como lícita en la medida que surge de una necesidad social (sentido de la pena en general), actuando con una finalidad preventiva general (finalidad de castigo), que no pretende evitar todos los delitos sino reducir la tasa criminal, de tal manera que se haga posible la vida en sociedad.

A su vez, la pena tendría un sentido especial³⁰⁰ que varía según el sujeto que interviene, por ejemplo, para el legislador la pena sirve para defender a la colectividad, para el Ministerio Público, la pena sirve para poner al delincuente a disposición de los jueces, para los jueces, la pena sirve como marco justo que se da en correspondencia al hecho cometido, y así sucesivamente, pues el sentido especial de la pena varía según quien intervenga en el *iter* de la pena.

En síntesis, el autor concibe una teoría de la pena en general de la que se desprende un sentido y finalidad general, a la vez que contempla un sentido especial, esto es, asigna a la pena una función preventiva general y protectora de la sociedad, donde el delincuente es empleado como un medio a favor de la sociedad, oponiéndose con ello, a todo planteamiento Kantiano que ve al ser humano como fin, desde un imperativo categórico.

Por su parte, Felipe Villavicencio³⁰¹ explica esta teoría, haciendo mención que Schmidhäuser en su teoría de la diferenciación, parte sobre una distinción entre las teorías de la pena, donde se entendía a

²⁹⁹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Vom Sinn der Strafe. Edit. Bücherwald Projekt 2002. Gelnhausen – Alemania p. 88

³⁰⁰ MIR PUIG, Santiago., op., cit., p. 89

³⁰¹ VILLAVICENCIO, Felipe., op., cit., p. 65

la prevención general como fin de la pena, pero ya no evitando todos los delitos, sino evitando aquellos delitos que sean posibles de evitar.

El sentido de la pena es ubicado según las personas que se involucran y en la finalidad que yace de cada uno, el legislador legisla la pena como medio para proteger bienes jurídicos de la sociedad, los operadores jurídicos se dirigen en la búsqueda del delito a la luz del principio de igualdad y el juez determina una pena justa con relación a la prevención especial y la sociedad da sentido a la pena, en el rol conciliador que le corresponda.

Por otro lado, encontramos como segunda teoría mixta o de la unión, la teoría unificadora formulada por Roxin³⁰² quien distingue tres estados de la pena, las cuales son, la conminación legal, la aplicación judicial y la ejecución de la condena, donde cada estado es asignado a una función específica de la pena, esta teoría se reviste como una teoría dialéctica unificadora.

La función de la pena que se atribuye a la conminación legal es la de proteger bienes jurídicos a través de la prevención general; a la aplicación judicial se le asigna la función de confirmación de la ley y en su imposición actúa como prevención especial en el individuo.

Finalizando con la ejecución de la pena, la misma que confirmaría los fines anteriores, arribando en la resocialización del delincuente como prevención especial, añadiendo que, la ejecución penal solo tiene efectos preventivos generales en la sanción como tal, siendo su configuración, una tarea resocializadora³⁰³.

Cabe agregar que, pese a la asignación de una función mixta de la pena resalta el sentido preventivo especial de la misma, Roxin³⁰⁴

³⁰² ROXIN, Claus. "Sentido y Límites de la Pena estatal": Problemas Básicos del Derecho Penal. Edit. Reus S.A Madrid – España 1976 p. 33

³⁰³ ROXIN, CLAUS. La Teoría del delito en la discusión actual Tomo II. Edit. Grijley 2016 Lima – Perú p. 414

³⁰⁴ ROXIN, CLAUS. La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal. Edit. Tirant lo Blanch 2000 Valencia - España p. 74

enfatisa la implementación de políticas criminales, donde se integren los derechos fundamentales en el sistema del derecho penal, pues una dogmática penal inspirada en consideraciones político-criminales es fundamentalmente una ciencia limitadora de la pena.

Ahora bien, a menudo en distintos libros de derecho penal, se explica la teoría de la unión como una teoría que conjuga la teoría retributiva con la preventiva, no obstante, nos percatamos que en la teoría unificadora de Roxin no se considera la retribución en una dimensión sustancial.

Esto el Autor³⁰⁵, lo explica en el sentido de que la retribución no puede ser integrada en las teorías de la unión, pues el entendimiento de la retribución de un mal como "esencia" de la pena que se formule en conjunto con sus fines justificantes preventivos, es errado, debido a que, las instituciones jurídicas no tienen una esencia que sea independiente a su finalidad, sino que esta esencia se determina según el objetivo que se persigue. Otro rasgo para tomar en cuenta es que Roxin destaca en la pena una función resocializadora opuesta a Jakobs que destaca en la pena una función preventivo general.

Al respecto conviene decir que, Roxin³⁰⁶ resalta en la pena una función preventiva especial debido a que considera a la prevención general, una función superflua en la acepción cautelar o educativa de la pena, siendo errada esa idea de que, mediante la intimidación o la educación a través de la pena, se va a reducir la tasa criminal. Esto se debe, según la tesis del autor³⁰⁷, que las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad.

³⁰⁵ ROXIN, CLAUS. Determinación Judicial de la Pena. Edit. EDRIGRAF S.A 1993 Buenos Aires – Argentina p. 36

³⁰⁶ ROXIN, CLAUS. Política criminal y sistema del derecho penal. Edit. Hammurabi S.R.L 2002 Buenos Aires - Argentina p. 96

³⁰⁷ ROXIN, CLAUS. Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas 2002 DF MEXICO – MÉXICO p. 89

Una tercera teoría de la unión que es importante desarrollar es la formulada por Hans Heinrich Jescheck³⁰⁸, quien propuso una relación equilibrada entre las teorías retributivas y preventivas, precisando que esta concepción es como generalmente se comprende a las teorías mixtas.

Jescheck a diferencia de Roxin, quien postulaba que las instituciones jurídicas no tienen una esencia que sea independiente a su finalidad; para el autor si debía distinguirse entre justificación y naturaleza de la pena, siendo la pena un juicio de valor público de carácter ético social que se produce a consecuencia de una conducta criminal, así la pena en su naturaleza contiene una carga negativa que consiste en la imposición de un mal; para Jescheck negar la condición o naturaleza de mal que yace en la pena no supone más que la negación del concepto de la misma.

Sobre esta distinción, es que se plantea la logicidad de una teoría mixta de la pena, donde no se trata de sumar ideas contradictorias, sino de desarrollar la totalidad de funciones punitivas que tengan efecto real en la persona a quien va dirigida y en la sociedad, para tal fin, se emplea una conjugación ponderada de dichos fines a través del método dialéctico.

Así se conjuga la prevención general y la retribución, en la idea de que una pena justa va en armonía con la culpabilidad³⁰⁹, pues disuade y educa, de manera que la retribución deja de ser solo la mortificación al delincuente, si no pasa a ser una intervención adecuada para reconciliar al delincuente con la sociedad a través de una compensación medida por su culpabilidad, actuando la pena desde un enfoque resocializador en la medida de las posibilidades existentes, lo que daría lugar a que la pena puede rebajarse para no

³⁰⁸ JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de derecho penal parte general Volumen I. Edit. Instituto Pacífico S.A.C 2014 Lima – Perú p. 112

³⁰⁹ Ídem

complicar al delincuente en el camino de la reinserción, sin que esto implique que se pierda relación con la culpabilidad como fundamento de punición.

En la doctrina nacional, Percy García Cavero³¹⁰ nos indica que, respecto a las teorías de la unión la crítica más reprochable que yace sobre ellas es el nivel excesivo de discrecionalidad, dado que el juez o el operador jurídico podrían fundamentar la pena que imponga bajo cualquier teoría que se acomode a su decisión.

Así mismo, apunta que, pese a esta crítica, nuestro sistema penal peruano se acoge y reconoce a esta teoría en el artículo IX del título preliminar del Código Penal al disponer que la pena cumple una función preventiva, protectora y resocializadora, dicha finalidad, aunque alejada de la realidad peruana, fue ratificada por la jurisprudencia mediante RN N° 2507-2015 Lima, R.N N° 296-2004 Lambayeque, Exp. 0007-2018-PI/TC, Exp N° 019-2002- SPE/CSJL, Exp N° 2911-98 Lima, Exp. 526-98 Lima, Exp. 4749-99 Lima, haciendo la precisión que en las causas referidas no se abordó estos fines de manera exhaustiva, sino por el contrario fueron mencionados de forma somera.

Al lado de ello, es importante advertir que si bien en el Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal - D.L N° 635 indica que la pena tiene una finalidad preventiva, protectora y resocializadora, en la Exposición de Motivos de dicho decreto promulgado el 03 de abril del 1991 y publicado el 08 de abril del mismo año, refiere que la pena tiene una finalidad retributiva, preventiva, protectora y resocializadora, esto es, se añade a la pena una función retributiva que en la ley penal fue suprimida.

³¹⁰ GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General 3ª edición. Edit. Ideas Solución Editorial S.A.C 2019. P 89.

Por último, a modo de crítica Jakobs³¹¹ indica que, el delincuente sigue siendo una persona, y por eso la pena debe mostrarse ante él cómo legítima. La pena como intimidación no tiene asidero desde la crítica de Kant, así como la idea de una pena carente de finalidad tampoco lo tiene, por eso las teorías de la unión que quieren conjugar ambas teorías o hacer prevalecer una sobre otra según la situación abordada; no se trata de una teoría propiamente dicha, si no de cajones de sastre.

4.1.4. Teorías Funcionalistas de la Pena

4.1.4.1. Teoría de la prevención general de Jakobs

Dentro de las teorías funcionalistas de la pena, quizá la teoría más reconocida y destacada es la formulada por Günther Jakobs, quien aducía que la pena cumple una función preventiva general positiva³¹² desde su teoría de la función restabilizadora de la norma.

Para comprender a plenitud esta teoría, debemos remontarnos al sistema normativista desde el cual Jakobs entiende a la teoría del delito y a la teoría de la pena, dicho sistema es inspirado en el sociólogo alemán Niklas Luhmann³¹³, el mismo que formuló la teoría de los sistemas sociales, es en esta comprensión de la sociedad y sus sistemas y la teoría dialéctica hegeliana, la base sobre la que se cimienta la teoría desarrollada a continuación.

El autor, comprende al derecho en función a los elementos sociales, entendiendo a la sociedad como un sistema global y cerrado que se desprende en un acuerdo normativo y al derecho como un subsistema que nace de la sociedad, así como la literatura, el arte, la política o la

³¹¹ JAKOBS. Gunther. El derecho penal como disciplina científica. Edit. Aranzadi S.A Navarra - España p. 34

³¹² JAKOBS. Gunther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal. Edit. Civitas S.L 2003. Madrid – España p.48

³¹³ GIMENEZ ALCOVER, Pilar. El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann. Edit. Bosch S.A 1993. Barcelona – España p. 174

economía, bajo la paremia romana que reza “*ubis societas ubis ius*”, que significa: “donde hay sociedad, hay derecho”.

Desde este preámbulo, las normas³¹⁴ no son más que expectativas sociales y la estructura de la norma está conformada por su forma y su contenido, haciendo una diferencia entre lo que representa una norma y una norma jurídica, esta distinción se entiende con el deporte, que si bien se desarrolla dentro de un ámbito normativo las normas que rigen al deporte no son normas jurídicas, pues las normas jurídicas adquieren relevancia en la relación que se le asigna al derecho y a la realidad social.

Bajo esta premisa, el ordenamiento normativo pasa a ser comprendido como un complejo normativo, donde la función de la norma es actuar como espejo que institucionaliza las expectativas sociales³¹⁵, pues la norma se sirve como foco o faro que orienta la conducta humana en la sociedad.

Así las cosas, el individuo es entendido como un concepto natural y biológico, y la persona es entendida como un concepto social y normativo, es decir, es el ser humano socializado como destinatario de normas.

En virtud de lo indicado, la Teoría de los sistemas sociales de Luhmann, se comprende en torno a tres elementos que interactúan funcionalmente, estos son: norma, persona y sociedad.

Sobre dicha teoría, y habiendo precisado los conceptos de tales elementos, se parte por la estructura lógica de que las personas para vivir en sociedad necesitan de normas, donde cada norma asigna un rol y sobre esos roles las personas interactúan en sociedad.

³¹⁴ JAKOBS, Gunther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Edit. Civitas S.L 1996. Madrid – España p. 80

³¹⁵ JAKOBS, Gunther. Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad. Edit. Civitas S.L 2004. Madrid – España p. 33

El rol es comprendido como el conjunto de derechos y deberes sean estos comunes o especiales, cada rol fija un ámbito de competencia, por lo que, en la medida de una mayor infracción al rol, habrá como consecuencia una mayor responsabilidad sobre el hecho.

La imputación se entiende así, como la consecuencia del quebrantamiento de un rol, donde se defraudaron expectativas sociales, por lo que surge la necesidad de estabilizar la vigencia de la norma penal defraudada a través de una pena.

Así mismo, lo formulado se sintetiza en que esta teoría de los sistemas sociales sirve como base para una teoría del delito funcionalista y la teoría dialéctica hegeliana se sirve como base de la teoría de la pena, esto se colige con lo señalado por Kohler³¹⁶ quien refería que el concepto de delito se halla entonces en una intrínseca relación fundamentada con la teoría de la pena.

En esa línea, Jakobs³¹⁷ sentencia que la prevención general positiva, es el modelo de una pena cuya función consiste en ejercitar en el reconocimiento de la norma, donde la culpabilidad del autor constituye el fundamento para la medición de la pena³¹⁸.

No cabe duda entonces que, desde la teoría de los sistemas sociales de Luhmann la pena surge de la necesidad de estabilizar la vigencia de la norma penal defraudada. En este punto, entra a tallar la lógica Hegeliana empleada por Jakobs, debido a que, el delito se comprende como la negación de la norma, esto es, la negación a cumplir la expectativa social que institucionaliza la norma, por lo que la tesis vendría a ser la norma penal, la antítesis el delito y la

³¹⁶ KHÖLER, Michael. Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Edit. Civitas S.L 2000 Madrid – España p. 82

³¹⁷ JAKOBS. Gunther. Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la imputación. Edit. Marcial Pons S.A 1997 Madrid – España p. 26

³¹⁸ JAKOBS. Gunther. Estudios de Derecho Penal - Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Edit. Civitas S.L 1997 Madrid – España p. 300

pena es la síntesis que resuelve estabilizar la vigencia de la norma penal en la sociedad.

Esta función social comunica que, pese a que la norma penal fue defraudada, esta recobra su vigencia y su institucionalización, pues la conducta defraudatoria no integra, ni antes ni ahora, aquella configuración social³¹⁹.

Bajo estos fundamentos, se sostiene que la función de la pena descansa en la vigencia normativa pese a la defraudación que se haga sobre la norma, de tal manera que confirme que quien se equivoca no es quien cumple con la norma sino quien la infringe.

Sobre este punto Jakobs indica: “el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad”³²⁰.

Cabe agregar que, la vigencia de la norma³²¹ en la construcción funcionalista se constituye como el principio y el fin del sistema penal, donde el derecho penal se encarga de contradecir la contradicción de las normas determinantes en la convivencia de la persona en sociedad.

García Caveró³²² señala que Jakobs configura una función social de la pena, asignándole una función comunicativa mediante la cual la norma consolida su vigencia cuando se ve corrompida, donde la pena se adquiere como una teoría expresiva.

Este autor advierte que, la pena no motiva a las personas a evitar la lesión de bienes jurídicos, pues en muchas situaciones estos se ven lesionados sin que intervenga el derecho penal, como es el caso de

³¹⁹ JAKOBS, Gunther. Problemas capitales del derecho penal moderno. Edit. Hammurabi S.R.L 1998. Buenos Aires - Argentina p. 33

³²⁰ JAKOBS, Gunther. Sobre la Teoría de la Pena. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Edit. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. 1998 Bogotá - Colombia p.15

³²¹ POLAINO ORTS, Miguel. El funcionalismo en el derecho penal. Edit. Universidad Externado de Colombia 2003. Bogotá - Colombia p. 66

³²² GARCIA CAVERO, Percy., op., cit., p.91

una muerte natural, inclusive la intervención del derecho penal no se da necesariamente ante la lesión de un bien jurídico, dado que para su intervención basta con la tentativa.

Dentro de las críticas formuladas a esta teoría encontramos el hecho que deja de ver a la pena como un mal, restando el factor aflictivo sobre el autor, por lo que se podría aducir que para restablecer la norma no es necesario imponer un mal al autor como la privación de la libertad, lo cual resulta un tanto incoherente, pues la pena en un sentido ontológico si involucra un mal o menoscabo producido en perjuicio de quien delinque.

Así mismo, se critica la función de la pena, como vigencia de la norma, sin importar si esta resulta legítima o no, a lo que Jakobs responde que toda norma y pena requiere de una base cognitiva que refuerce el derecho penal.

En un sentido similar, Hassemer³²³ refiere que el derecho penal es un medio de control social formalizado, en donde la pena actúa en respuesta al incumplimiento de la norma, asegurando así su vigencia, a diferencia de Jakobs, dicha vigencia es empírica, por lo que es función de las ciencias sociales determinar si se cumple o no con tal finalidad.

En base a lo desarrollado en los párrafos precedentes, podemos afirmar que, si bien esta teoría no carece de sustento lógico en las premisas de su estructura, pues es sustentada en grandes filósofos y pensadores como Luhmann y Hegel, debemos mencionar que, tal teoría si peca de ser una teoría utópica, pues parte en su génesis, en una sociedad ordenada, donde cada persona según la función social de la norma es consciente del rol que se le es asignado y actúa de conformidad a dicho rol.

³²³ HASSEMER, Winfried. Por qué no debe suprimirse el derecho penal. Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales 2003. DF – México p. 29

El orden sobre el cual está pensado los pilares de esta teoría, consideramos que no se ajusta a la realidad de cómo funciona el mundo en la actualidad, más aún cuando pensamos en países como los latinoamericanos; sobre ese pilar ya de por sí, la teoría cae de inconsistente pese a la logicidad y finura que acompaña a su pensamiento.

4.1.4.2. Teoría de la retribución funcional de Lesch

Heiko H. Lesch³²⁴ formula la teoría de la retribución funcional de la pena, en base a una crítica aguda respecto a la teoría de la estabilización normativa de Jakobs, donde la función de la pena se trata de canalizar las defraudaciones de expectativas institucionalizadas en una norma.

De esta manera ejemplifica que, si una persona va por la calle con una cartera y esta se le es arrebatada por otra, el primero esboza una concepción del mundo consistente en que se puede ir por la calle con una cartera sin esperar incidente alguno diferente, mientras que para el segundo su concepción le dicta que no se puede ir por la calle con carteras sin problema alguno, es sobre esta contraposición de concepciones donde la pena toma lugar, debido a que la pena demuestra que la concepción del segundo no marca la pauta, sino que la expectativa social que rigió la conducta del primero aún sigue vigente, esto significa que si bien la teoría de Jakobs sigue una orientación dialéctica predicada por Hegel, su rumbo cambia al no tratarse de la secuencia de dos males.

Lesch³²⁵ explica que, para el ejemplo propuesto, el desvalor del hurto ante el cual se impone la pena no reside en la pérdida de la cartera, dado que lo que concierne a este bien le corresponde al derecho civil, sino el desvalor reside en la vigencia de la expectativa social

³²⁴ LESCH, Heiko. La función de la pena Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Edit. DYKINSON S.L. 1999 Madrid – España p. 48

³²⁵ *Ibíd*em p. 49

consistente en que andar con una cartera por la calle no representa un inconveniente.

De igual forma, en un homicidio, el mal jurídico penal no será el cadáver de quien fuera la víctima, pues este daño resulta irreparable, sino el ataque a la vigencia de la norma que prohíbe matar, haciendo énfasis que, no se trata de una confianza normativa en un sentido psicológico que pueda demostrarse empíricamente, sino que la pena de como efecto contra fáctico que la expectativa social normativa sigue estando vigente.

A todo lo desarrollado con anterioridad, Lesch³²⁶ señala que, la denominación de la pena como prevención general positiva no es acertada debido al peligro de confusión que se genera, pues para el autor la función de la pena no descansa en fines preventivos o la evitación de determinados delitos en el futuro, sino en una retribución funcional y compensadora de culpabilidad, que va más allá de la fundamentación absoluta y relativa, donde integra y unifica el fundamento y fin de la pena adquiriendo no solo una lógica dialéctica sino también utilitarista.

De esta manera, la pena cumple una función retributiva funcional, esto se da desde la perspectiva sociológica que fundamenta el funcionalismo, en el sentido que la pena es absoluta porque se pena función a que se ha cometido un delito y no para evitar que se cometan delitos en un futuro, a su vez es relativa porque dicha punición no es su fin en sí misma, sino que cumple la función de mantener las condiciones fundamentales para la coexistencia social de la identidad normativa de la sociedad, solo esto, según Lesch respetaría el principio de culpabilidad, puesto que el autor responde solo por su culpabilidad, la misma que se encuentra en la perturbación del orden y que garantizaría un derecho penal de acto en contra de un derecho penal de autor.

³²⁶ *Ibíd*em p. 50

4.1.4.3. Teoría de la reacción retributiva de Pawlik

Michael Pawlik³²⁷ desde su concepción funcionalista de la pena, asigna a la misma una función similar a la de Lesch, en la interpretación retributiva de la pena, pero analizada ya no desde una retribución funcional y compensatoria de la culpabilidad del autor, sino como una retribución frente a la lesión de un deber de cooperación.

Como se ha explicado con anterioridad, las teorías funcionalistas parten de fundamentos sociológicos que se desarrollan en función al derecho, estos fundamentos no fueron ajenos en la concepción funcionalista de Pawlik.

Para el autor³²⁸, una persona es poseedora de derechos en un margen de igualdad donde uno mismo es responsable de su propia libertad, esto significa que el derecho penal cumple con la misión de establecer los lineamientos para orientar la vida en la existencia de las personas.

Los ciudadanos asumen una posición de responsabilidad y autodeterminación en el derecho, posición de donde nace el deber de cooperar con la comunidad jurídica de la que forman parte, manteniendo y conservando el estado de libertad del que son acreedores.

En ese sentido, si una persona quiere ejercer las libertades de las cuales tiene derecho, también debe cumplir con el deber de preservar y mantener su propia libertad, cooperando con este deber en la comunidad jurídica de la que forman parte.

³²⁷ PAWLIK, Michael. Ciudadanía y derecho penal Fundamentos de la Teoría de la pena y del delito en un estado de libertades. Edit. Atelier 2016. Barcelona – España p. 125

³²⁸ *Ibíd*em p. 126

Según Pawlik³²⁹, al autor de un delito le concierne una corresponsabilidad jurídica por la continuidad del estado de libertades en el cual vive, la pena sujetándose a esta corresponsabilidad, confirma a su costa la reciprocidad entre el cumplimiento del deber de cooperación y disfrute de la libertad. Por último, sentencia que, el derecho penal legítimo es, por definición, un derecho penal del ciudadano, después de este, no hay otro.

De esta manera, observamos que la pena tiene como función o fin la reacción retributiva frente al injusto, al haberse lesionado el deber de cooperación y conservación del estado de derecho.

Bajo este razonamiento, la pena surge como un deber de tolerancia, producto de la primera obligación de cooperación que fue incumplida tras la comisión de un hecho delictivo, confirmándose con ello, que tanto el derecho a disfrutar de la libertad y el cumplimiento del deber de cooperación no puede ser desunidos, sino que forman parte de una misma unidad que es reafirmada por la pena.

4.2. Teorías Negativas de la Legitimidad de la Pena

4.2.1. Teoría Abolicionista de Hulsman

A este punto ya hemos abordado las teorías positivas de la legitimidad de la pena, tanto las que se postularon en el derecho romano germánico como en el derecho anglosajón, ahora corresponde abordar las teorías negativas de la legitimidad de la pena que como habíamos indicado, son aquellas que niegan que la pena tenga alguna legitimidad.

Entre las teorías más radicales respecto a esta posición filosófica del derecho penal, encontramos las teorías abolicionistas³³⁰, las mismas

³²⁹ *Ibíd*em p. 58

³³⁰ POSTAY, Maximiliano. ¿De qué hablamos cuando hablamos de abolicionismo penal? Revista pensamiento penal 2012 p. 7 [En Línea] Disponible en: <<<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/04/doctrina33657.pdf>>> [Consulta: 23 de agosto del 2020]

que refieren la abolición del sistema penal y en consecuencia de la pena, pues la pena al no cumplir ninguna finalidad y ser carente de legitimidad debería abolirse, esto es, debería desaparecer.

Cabe mencionar, como uno de los representantes más destacados de esta posición a Hulsman³³¹. En principio Louk Hulsman, criminólogo holandés, reclamaba que la justicia penal debía ser reemplazada por otras formas descentralizadas de regulación autónoma de conflictos, donde los que estén involucrados tengan mayor intervención e influencia, es decir, que exista una regulación de conflictos en un nivel autónomo o directo³³².

Tal regulación debía presentarse en intergrupos o por medio de las personas directamente relacionadas con el conflicto, con ayuda y orientación de instituciones que se vinculen de manera directa con la experiencia de las personas.

Por otro lado, es importante mencionar que el pensamiento de Hulsman distaba de Mathiesen, en el extremo referido a que el primero buscaba la abolición de todo el sistema penal, mientras que el segundo abolir los sistemas represivos que surgieron en la última etapa del capitalismo de estado³³³, criticando el modelo básico de producción, donde advertía que la política penal involucra un manejo injusto e irracional sobre los grupos marginales de la sociedad, estableciendo una brecha de desigualdad que daba lugar el poder punitivo y que debía de ser limitada.

A modo de crítica, Hulsman afirmaba que el derecho penal, deja de lado a la víctima y al victimario, centrándose en teorías que reemplazan a los verdaderamente involucrados, como sería el situar a la sociedad o a la norma como los ofendidos por el injusto penal,

³³¹ HULSMAN, Louk y MATHIESEN, Thomas. Abolicionismo Penal – Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini. Edit. Ediar 1989. Buenos Aires – Argentina p. 62

³³² Ídem

³³³ Ibídem p. 70

en una concepción ficticia que pierde sentido con la realidad; por último, sentencia que, el sistema penal no es una utopía, sino una necesidad lógica, una gestión realista y una demanda de justicia³³⁴.

Por otro lado, Ferrajoli³³⁵ critica con firmeza la teoría abolicionista, refiriéndose a ella, como una propuesta radical y utópica que lo único que generaría es agudizar aún más las desigualdades ya existentes en la sociedad, pues el estado al abstenerse de intervenir en conflictos de naturaleza penal, que ameritan control social, ocasionaría que el conflicto sea resuelto por el más fuerte en perjuicio del más débil, acentuando un estado liberal agresivo donde el más rico terminaría oprimiendo al más pobre, pues la mínima intervención estatal, solo daría lugar a medidas disciplinarias invasivas que no surtirían efecto alguno sobre estos conflictos.

4.2.2. Teoría Agnóstica de la Pena de Zaffaroni

Zaffaroni³³⁶, el autor de esta teoría plantea su crítica a las teorías positivas de la pena, en el sentido de que al asignar a la pena una función, se asigna que la ley penal sea interpretada de acuerdo con esa función, esto genera como consecuencia que toda coacción por parte del estado que no responda a dicha función no sea considerada punitiva, aunque ontológicamente lo sea.

Otro punto crítico, radica en que como la función de la pena se estima como positiva, el estado tendría el deber de extenderla, esto se debe a que tal función no solo sirve para legitimar la pena y deducir una teoría del derecho penal, sino que da lugar a un derecho penal subjetivo donde el estado hace de titular.

³³⁴ *Ibíd*em p. 64

³³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Razones Jurídicas del Pacifismo*. Edit. Trotta S.A Primera Edición 2004. Madrid – España p. 133

³³⁶ ZAFFARONI, Eugenio. *Derecho Penal Parte General*. Edit. Ediar S.A Segunda Edición. 2002 Buenos Aires -Argentina p.45

Así las cosas, las funciones positivas de la pena, según Zaffaroni son contradictorias, puesto que evidencian la imposibilidad de su limitación material; por esta razón, tal debilidad no podría generar derechos subjetivos ni legitimar el poder.

En función a ello, el autor apela a una teoría negativa y agnóstica, partiendo por la premisa básica de que las teorías positivas han fracasado, por lo que se hace necesaria una teoría negativa donde su acatamiento no signifique la legitimación de los elementos del estado de policía, sino la búsqueda de un concepto de pena en la que no se requiera apelar a sus funciones.

Sobre ese concepto de pena, se debe tener en cuenta que, la pena es coerción que impone dolor y priva de derechos, que no repara ni restituye, ni tampoco neutraliza los peligros inminentes ni detiene las lesiones.

Bajo estas premisas, se advierte que, el concepto de la pena se obtiene por exclusión, así se tiene que la pena es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora y que actúa como coerción al imponer dolor y privar de derechos, sin obedecer a modelos de solución de conflictos. Así tenemos un concepto negativo, al no asignar a la pena una función positiva pues su concepto se obtiene por exclusión, y un concepto agnóstico porque su función descansa en el desconocimiento.

Desde un punto de vista filosófico, Zaffaroni explica la pena en el disciplinarismo³³⁷; donde el delito era considerado como resultado del desorden, el mismo sobre el cual se establecía un sistema de castigos y premios, así el desordenado sufría y el ordenado era premiado. Así también, desde el contractualismo, la pena era equivalente a un embargo, solo que en vez de embargar bienes como se hace en el derecho civil, se priva de la libertad, esto implica que

³³⁷ ZAFFARONI, Eugenio. La palabra de los muertos. Edit. Ediar S.A 2011. Buenos Aires – Argentina p. 72

se priva a la persona de todo el trabajo que este podría ofrecer al mercado, desde esta filosofía, la pena se consagra como equivalente a la confiscación general de bienes.

Así mismo el autor critica que, la pena manifestada como privativa de libertad³³⁸ en los encarcelamientos masivos se convierte en una tortura, siendo que desde una perspectiva jurídico penal, es necesario que esto sea resuelto por los poderes judiciales.

Respecto a la legitimidad de la pena, Zaffaroni³³⁹ sentencia que el sistema penal no es legítimo, pues como manifestación de poder político, la legitimidad involucraría una característica que le otorgue racionalidad, la misma que carece.

En el discurso jurídico penal³⁴⁰ del saber penal o lo que se conoce como ciencia penal, el sistema penal no es racional por lo tanto no es legítimo, esto se debe, porque la racionalidad requiere coherencia interna del discurso y el valor de verdad en la operatividad social, siendo que la legalidad no puede suplir a la legitimidad, en función a que la legalidad es un vocablo equívoco para esto.

La legalidad al concebirse como la producción de normas mediante procedimientos previamente establecidos se agota en la formalidad, esto hace que después queden suspendidos en el vacío, por lo que hace falta algo legitime el procedimiento de producción normativa, aunado a ello, el autor advierte que el sistema penal no opera conforme a la legalidad, pues sería legal si las agencias que convergen ejercerían el poder de acuerdo con la programación legislativa, lo que no ocurre en la realidad.

³³⁸ ZAFFARONI, Eugenio. *Morir de Cárcel Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Edit. Ediar S.A 2020. Buenos Aires – Argentina p. 32

³³⁹ ZAFFARONI, Eugenio. *En busca de las penas perdidas*. Edit. Ediar S.A 1998. Buenos Aires – Argentina p. 24

³⁴⁰ Ídem

Por otro lado, cabe advertir que las penas ilícitas, aunque sean ilícitas son penas³⁴¹, sobre este extremo encontramos a figuras como la prisión preventiva, a la cual Zaffaroni sentencia como pena, pese a que en teoría sea una medida cautelar, esto podría causar sorpresa, aun así, no es una postura ajena a la realidad, pues es un contrasentido que por un lado se prohíba las penas crueles a condenados y por otro se imponga prisión a procesados que son amparados por la presunción de inocencia.

Lo indicado según el autor, se consolida con los datos porcentuales de presos sin condenas, donde a más de la mitad de los presos latinoamericanos, primero se les ejecuta la pena y luego se les condena, esto invierte el proceso penal, dado que la verdadera sentencia pasa a ser el auto que dispone la prisión preventiva y la sentencia definitiva se termina convirtiendo en una especie de revisión extraordinaria.

Siguiendo esa línea, Zaffaroni³⁴² respecto a las teorías positivas de la pena, también advierte que cada penalista que plantea una posición desde esta orilla, lo hace desde el *deber ser* de la pena para desarrollar todo el tratado de derecho penal, esto se produce a consecuencia del deductivismo liberal³⁴³, pensamiento donde se priva de datos de la realidad y se esboza una construcción liberal que imagina un sistema del que deducir un estado racional del que a su vez se deduce lo que la pena debía ser.

Respecto a lo anterior, se dice que el derecho penal no sirve para otra cosa más que la de contener límites o reducir un poder deslegitimado³⁴⁴.

³⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio. Penas ilícitas Un desafío a la dogmática penal. Edit. Editores del Sur 2020. Buenos Aires - Argentina p. 14

³⁴² ZAFFARONI, Eugenio. Derecho penal humano y poder en el siglo XXI. Edit. INEJ 2016. Managua - Nicaragua p. 77

³⁴³ ZAFFARONI, Eugenio. Derecho, Derecho penal humano y poder financiero. Edit. Remanso 2017. Santa Fe - Argentina p. 104

³⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio. Hacia un realismo jurídico penal marginal. Edit. Monte Ávila 1993. Caracas - Venezuela p. 13

En ese concepto, la consecuencia del delito es fundamentalmente la coerción penal³⁴⁵, cuya representación ha sido caracterizada como pena que, dota de unidad conceptual y sistemática a la teoría del derecho penal y en consecuencia a la teoría del delito³⁴⁶; razones por la que formular su fundamentación es de suma trascendencia, debido a que puede reformular todo el sistema penal, tal cual lo comprendemos.

Finalmente, la Teoría agnóstica³⁴⁷ concibe a la pena como un hecho político, mediante el cual las agencias punitivas destinan esfuerzos por racionalizar el ejercicio de su propio poder que se manifiesta con un hecho irracional, dicho fundamento político de la pena también es compartido por Mir Puig³⁴⁸, quien señala que, la función de la pena depende de la función que se atribuye al estado.

Zaffaroni enfatiza que, ninguna de las teorías positivas que definen a la pena según su función puede ser corroborada en la realidad social, afirmando que ninguna de estas da solución alguna al delito u ofrece garantía de una sociedad estable, por lo que concluye que no se sabe a ciencia cierta cuál es la función de la pena, por lo que debe adoptarse una postura agnóstica de la misma.

No obstante, reconoce que existen ciertos datos parciales que permiten colegir una que otra función, ejemplifica así, el hacer pelear a los excluidos, controlar a los distraídos, acabar con algún enemigo político, generar votos o popularidad, engañar a la población, entre otras funciones que dado que no son éticamente positivas no son aptas para llegar a una definición, pues muchas de estas funciones circundan en lo criminal.

³⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de derecho penal Parte General Tomo V. Edit. Ediar 1988. Buenos Aires - Argentina p. 11

³⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio. En torno de la cuestión penal. Edit. B de F Ltda. 2005. Montevideo - Uruguay p. 230

³⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal Parte General. Edit. AR S.A Segunda Edición. 2006 Buenos Aires - Argentina p.56

³⁴⁸ MIR PUIG, Santiago. Estado, pena y delito. Edit. B de F Ltda. 2013 Montevideo – Uruguay p. 101

En razón a ello, el concepto de pena no se puede obtener a partir de funciones reales que en su mayoría se desconocen, por lo que es razonable, adoptar un concepto negativo y agnóstico de la pena; negativo pues no cumple ninguna función positiva o reparadora y agnóstica porque su función parte del desconocimiento.

Finalmente, Zaffaroni³⁴⁹ considera a la pena como un ejercicio de poder o coerción que impone dolor sobre el victimario, que no repara, ni neutraliza peligros inminentes; en la que su función o utilidad descansa en el desconocimiento de los hombres, por lo que considera saludable, mantener una posición agnóstica de la pena.

Por nuestra parte, consideramos que la postura de Zaffaroni resulta del todo racional, en esa línea, asumimos la idea que para formular una teoría de la pena se debe partir por su concepción agnóstica, pues esta concepción nos ofrece lineamientos lógicos que sirven de insumos para desarrollar una teoría que tome en cuenta las observaciones agudas realizadas por el autor, esto nos permite darle consistencia lógica a las premisas que conforman la teoría que es materia de formulación.

5. LA FUNCIÓN DE LA PENA DEBE SER GARANTIZAR LO JUSTO

Como hemos desarrollado en la primera parte de nuestra investigación, la pena no puede garantizar la justicia, pero si lo justo. Al ser lo justo, un medio idóneo para armonizar la conducta humana, se desprende que el derecho penal es un derecho de medios y no de fines. Esta idea de medios no es ajena al Derecho Penal, pues al proteger bienes jurídicos³⁵⁰, se obliga a emplear medios antes de que se produzca la afectación de dichos bienes, tales medios son expresados mediante la función preventiva de la pena.

³⁴⁹ Ídem

³⁵⁰ ALVAREZ GARCIA, Javier. Los efectos psicosociales de la pena de prisión. Edit. Tirant lo Blanch 2009 Valencia – España p. 17

La función de la pena debe ser garantizar lo justo, como medio idóneo para alcanzar el fin de la justicia, porque esta función pensada desde el “deber ser” emplea la estructura lógica del “ser” de la pena, generando que su fundamento tenga consistencia lógica. Siguiendo esa línea, la función de la pena debe ser garantizar lo justo, en base a tres razones fundamentales.

Primero, la función de la pena debe ser garantizar lo justo, como medio idóneo para alcanzar el fin de la justicia, porque esta función pensada desde el “deber ser”, emplea la estructura lógica del “ser” de la pena, lo que genera que su fundamento tenga consistencia lógica y racional.

Segundo, la justicia dada su naturaleza ontológica, abstracta y genérica no puede ser entendida como razón, pero lo justo a ser de naturaleza deontológica, concreta y específica, si puede serlo; lo que genera que lo justo al ser la función que debe cumplir la pena, esta sea una función posible desde un derecho penal realista, desmitificando todo sentido subjetivo y gaseoso de la justicia, y formulando lo justo como un medio que si es plausible de ser concretado por el derecho penal y las ciencias sociales.

Tercero, la función de la pena debe ser garantizar lo justo, debido a que, esta función al ser racional y realista respeta el principio republicano de todo estado de derecho, principio que exige que todo acto de gobierno sea racional y acentúa el principio de superioridad ética del estado, pues con dicha función el estado se legitima y orienta a que sus agencias limiten el poder punitivo a través de lo justo.

Sobre este extremo, Silva Sánchez³⁵¹ refiere que, el dolor ilegítimo que conlleva una situación indigna no puede ser jamás propio de la pena estatal.

³⁵¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*. Edit. Atelier 2018 Barcelona – España p. 155

En ese sentido, el autor³⁵² sentencia que, el estado que no sea capaz de garantizar un cumplimiento digno de la pena debe limitarse a la declaración simbólico-expresiva del injusto culpable, esto es, condenar sin ejecutar la condena.

Así las cosas, la finalidad del derecho penal es garantizar aquello que, si puede concretar, en una idea de la pena como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo, esto es, consecuencia de un conocimiento previamente establecido³⁵³.

Esta idea se sustenta en la crítica de Kelsen³⁵⁴ referida a que, la justicia no puede ser entendida como medio, precisando que los medios respecto a los fines tienen un problema, este es que, si bien justifican un fin, este fin no encuentra justificación y al no encontrar justificación hace que los medios que en un primer momento justificaba, pierdan sustento.

Frente a ello, consideramos acertada la idea referida a que, la justicia, dada su naturaleza, no pueda ser reducida a un medio, no obstante, creemos que, si bien la lógica de Kelsen no carece de sentido, esta idea produce un reduccionismo sobre la justicia que la vacía de contenido, por lo que, ante dicha lógica planteada hemos formulado lo siguiente.

Desde la estructura lógica de la Teoría de lo Justo, lo justo actúa como un fin primario, que a su vez es desarrollado como un medio para llegar a otro fin, y este fin secundario, que, en este caso, es la justicia; es quien realmente justifica el medio inicial; en este supuesto, consideramos que no se altera la correspondencia lógica planteada por Kelsen, por lo que, desde nuestra perspectiva, lo justo como función deontológica y legítima de la pena, encuentra asidero en la crítica esbozada.

³⁵² Ídem

³⁵³ BUNGE, Mario. Epistemología. Edit. Siglo veintiuno editores S.A Buenos Aires – Argentina p. 27

³⁵⁴ KELSEN, Hans., op. cit., p. 27

Esta formulación nos resulta sensata y sostenible, pues a su vez resolvería la crítica planteada por Dworkin³⁵⁵, quien aducía que el problema de la justicia es encontrar un concepto abstracto, dada su propia naturaleza y una concepción concreta que sea de utilidad para el derecho.

En ese sentido, si analizamos la lógica planteada, la justicia seguiría manteniendo su contenido abstracto sin alterar su naturaleza y el fin del derecho penal sería otro fin, que no es la justicia, pero que se justifica en ella, en este caso es “lo justo” como idea fin del derecho penal, puesto que su naturaleza concreta y utilitaria así lo justificaría, en síntesis, la justicia es el concepto abstracto y lo justo es el concepto concreto que, era lo requerido por Dworkin.

De esta manera, lo justo como función de la pena se erige en un fin en sí mismo, que a su vez hace de medio para otro fin que es la justicia, y la justicia finalmente se justifica en los medios iniciales formulados en una primera instancia, así la estructura lógica entre medios y fines se constituye en una fortaleza compenetrada entre las premisas que la componen.

Concluyendo así que, la función de la pena como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo es: Garantizar lo Justo; es decir, garantizar un medio idóneo para armonizar la conducta humana con aquellas diferencias relevantes para el derecho penal, satisfaciendo con ello su función, con independencia a si se llega a concretar o no la justicia como fin, puesto que, la justicia al ser de naturaleza óptica, genérica y abstracta no puede ser garantizada de manera categórica por la pena, esto se colige con lo formulado en la primera parte de la presente investigación, al afirmarse que el derecho penal es un derecho de medios y no de fines.

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald., op., cit., p. 63

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

1. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

1.1.HIPÓTESIS PRINCIPAL:

La Teoría de lo Justo genera una consecuencia epistémica en el deber ser de la legitimidad de la pena, debido a que, la pena se legitima en función de lo que se comprende por justicia.

1.2.HIPÓTESIS SECUNDARIAS:

- a. La justicia, al ser de naturaleza óntica y abstracta, debe ser comprendida como la armonía de la conducta humana con las diferencias de su entorno. Mientras que, lo justo al ser de naturaleza deóntica y concreta, como el medio idóneo para armonizar la conducta humana con aquellas diferencias que sean de relevancia para el derecho penal. En función a ello, la pena no puede garantizar la justicia, pero si lo justo.
- b. El derecho penal debe ser comprendido como un medio de control social que limita el poder punitivo a través de lo justo.
- c. La función de la pena debe ser garantizar lo justo, como medio idóneo para alcanzar el fin de la justicia; estableciendo así que, el derecho penal es un derecho de medios y no de fines.

2. VARIABLES DE ESTUDIO

2.1.HIPÓTESIS PRINCIPAL:

Variable A: La Teoría de lo Justo

Variable B: La legitimidad de la pena.

2.2.HIPÓTESIS SECUNDARIAS:

HIPÓTESIS SECUNDARIA (1):

Variable A: La Justicia y lo Justo

Variable B: La pena no puede garantizar la justicia, pero si lo justo.

HIPÓTESIS SECUNDARIA (2):

Variable A: Control Social.

Variable B: Poder Punitivo.

HIPÓTESIS SECUNDARIA (3):

Variable A: La función de la Pena debe ser garantizar lo justo.

Variable: El Derecho Penal es un derecho de medios y no de fines.

3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

- A) Por la finalidad o propósito de la presente investigación, estamos ante una investigación básica o pura con enfoque cualitativo, puesto que se persigue fines netamente teóricos y filosóficos que permitan formular y desarrollar teorías jurídicas, en torno a la Teoría de la Justicia y las Teorías Legitimadoras de la Pena, con el propósito de cimentar una base teórica de la pena, humanista y racional, sin pretender desarrollar su dimensión aplicada.
- B) Por las fuentes de información, estamos ante una investigación documental y bibliográfica, debido a que, la principal fuente de información es documental, en tanto, se emplearán libros, revistas y artículos científicos de Filosofía del Derecho respecto a la Teoría de la Justicia y de Derecho Penal-Parte General respecto a las Teorías legitimadoras de la Pena.
- C) Por el ámbito en el que se desarrolla, estamos ante una investigación filosófico - jurídica, debido que, se refuta los fundamentos filosóficos de la teoría de la justicia y la teoría de la pena; y se formula una teoría *ius* filosófica denominada la Teoría de lo Justo, la misma que genera una consecuencia epistémica en la legitimidad de la pena. Así mismo se analiza el sentido ontológico y epistemológico de la Teoría de la Justicia y de la Pena, a través de

los estudios desarrollados sobre la materia.

3.2.NIVEL DE INVESTIGACIÓN:

La presente investigación se desarrolla a nivel exploratorio, puesto que se formula una primera aproximación a la Teoría de lo Justo y la consecuencia epistémica que genera en la legitimidad de la pena; postulando nuevos conceptos a tratar en la filosofía del derecho penal.

Así mismo, se estudia la Teoría de la Justicia, la cual es poco estudiada pese a la trascendencia que esta implica para el derecho; y la Teoría de la Pena, la misma que es poco tratada por la doctrina *ius* penalista, a diferencia del estudio que se desarrolla respecto a la Teoría de la Ley Penal y la Teoría del Delito.

3.3.DETERMINACIÓN METODOLÓGICA:

Debido al ámbito filosófico - jurídico en el que se desarrolla la presente investigación, el Método de Investigación empleado en función al origen de los datos, será Documental, desarrollando el estudio y análisis de diversas fuentes documentales, puesto que se investiga en base a teorías y doctrina autorizada que contribuyan a determinar la estructura lógica de la legitimidad de la pena y el sentido ontológico y epistemológico de la Teoría de la Justicia en la filosofía del derecho y el sentido deontológico de la Teorías Legitimadoras de la Pena en la parte general del Derecho Penal.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS:

3.4.1. TÉCNICAS

La técnica que se utilizó en la presente investigación es la Técnica de Revisión Documental, mediante la cual se indaga, verifica, estudia y analiza investigaciones realizadas, y los datos obtenidos en torno a la Teoría de la Justicia y la Teoría de la Pena, para formular

con ello, la Teoría de lo Justo y su consecuencia epistemológica en la legitimidad de la pena.

3.4.2. INSTRUMENTOS

El instrumento que se empleó en la presente investigación es la Guía de Revisión Documental, la misma que consiste en un esquema organizado donde se sistematizaron los datos obtenidos de diversas fuentes documentales y los postulados de distintos filósofos del derecho que se utilizaron en el desarrollo de la presente investigación.

3.4.3. MÉTODO DE ANÁLISIS

En la presente investigación se recurrirá a los siguientes métodos de investigación jurídica:

- A) Método Sistemático:** Método de investigación jurídica mediante el cual se obtiene una interpretación general, globalizada y armónica de las teorías *ius* filosóficas desarrolladas en torno a la justicia y la legitimidad de la pena, conforme a los objetivos de la presente investigación.

- B) Método Filosófico:** Método de investigación jurídica mediante el cual se analiza y estudia el mundo racional de las cosas con el propósito de alcanzar una aproximación cercana a la verdad, escudriñando la estructura ontológica de la pena desde los fundamentos epistemológicos de la justicia, para en base a ello, formular sobre esa misma estructura, el *deber ser* de la legitimidad de la pena.

CAPÍTULO IV:
**PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE
LOS RESULTADOS**

I. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DOCUMENTAL

FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La información fue obtenida de diversas fuentes de tipo: fuentes de carácter doctrinal – filosófico de distintos autores con la finalidad de lograr un marco teórico consistente.

En el caso específico de la doctrina filosófica, fue utilizada aquella referida a la filosofía del derecho, respecto a las teorías de la justicia esbozadas en el marco *ius* filosófico.

En el caso específico de la doctrina penalista, fue utilizada aquella referida al derecho penal en su parte general, respecto a las teorías legitimadoras de la pena.

Este conjunto de fuentes documentales fue tomado durante la formación universitaria llevada por el titulado.

PROCESAMIENTO DE LOS DATOS

El estudio y análisis de estas fuentes documentales, se ha realizado de forma aguda en la presente investigación, estando señaladas en notas al pie cuando corresponda.

Así, en un sentido interno, la investigación fue realizada con un enfoque cualitativo, habiendo realizado una interpretación de cada fuente documental, buscando una interpretación filosófica y el razonamiento adecuado a cada uno de los planteamientos expuestos, para determinar la legitimidad de la pena como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo, empleando herramientas conceptuales y teóricas respecto a la Teoría de la Justicia desde un sentido ontológico, así como en un segundo nivel se han explorado las Teorías legitimadoras de la Pena desde un sentido deontológico y epistémico de la Teoría de lo Justo.

II. SUSTENTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

2.1. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

HIPÓTESIS 01:

“La justicia, al ser de naturaleza óntica y abstracta, debe ser comprendida como la armonía de la conducta humana con las diferencias de su entorno. Mientras que, lo justo al ser de naturaleza deóntica y concreta, como el medio idóneo para armonizar la conducta humana con aquellas diferencias que sean de relevancia para el derecho penal. En función a ello, la pena no puede garantizar la justicia, pero si lo justo”.

La hipótesis planteada, se sustenta en el constructo filosófico que hemos formulado en la Teoría de lo Justo, producto de contrastar los postulados de distintos filósofos del derecho. Así en un principio, partimos por la observación de Alf Ross, quien alertaba sobre los peligros de mantener a la justicia como un valor jurídico indeterminable, sobre el que cualquier operador jurídico podría dotar de un contenido subjetivo que dé lugar a arbitrariedades, razón por la que adoptamos la tesis objetiva de Scheler, precisando su implicancia y ubicando a la razón; según lo señalado por Amartya Sen como punto de diagnóstico entre la justicia e injusticia, pero sin confundir a la razón con la justicia en sí misma, dado los aportes críticos de Haft frente a Larenz.

Posteriormente, evocamos a Hartmann, quien reparaba en la importancia de mantener a la justicia como promesa, siendo la justicia un fin en sí mismo, independientemente de su efectividad, lo que nos llevó a plantearnos, si lo importante de la justicia, es que esta sea efectiva o la permanencia de su promesa como finalidad.

En base a ello, advertimos la naturaleza ontológica, genérica y abstracta que comprende a la justicia, aunado a esto, y gracias a la

crítica de Kauffman, estimamos al ser humano como eje fundamental de la justicia, en la idea de que, solo existe justicia en tanto exista el ser humano, este es el punto en el que se armonizan todas las ideas desarrolladas con anterioridad.

Más adelante, hicimos una distinción entre la justicia y lo justo, sustentando dicha distinción en la crítica de Kelsen, referida a que, la justicia no puede ser entendida como medio, precisando que, los medios respecto a los fines tienen un problema, pues si bien se justifican en un fin, este fin no encuentra justificación y al no encontrar justificación, hace que los medios que en un primer momento justificaba, pierdan sustento.

Frente a ello, consideramos acertada la idea referida a que, la justicia, dada su naturaleza, no pueda ser reducida a un medio, por lo que, ante dicha lógica, formulamos que desde la estructura lógica de la Teoría de lo Justo, lo justo actúa como un fin primario que a su vez es desarrollado como un medio para llegar a otro fin, y este fin secundario que en este caso, es la justicia; es quien realmente justifica el medio inicial, en este supuesto, sustentamos que no se altera la correspondencia lógica planteada por Kelsen, por lo que, desde nuestra perspectiva, lo justo como función deontológica y legítima de la pena, encuentra asidero en la crítica esbozada.

Esta fórmula resuelve la crítica planteada por Dworkin, quien aducía que el problema de la justicia es encontrar un concepto abstracto y una concepción concreta que sea de utilidad para el derecho. En la Teoría de lo Justo, la justicia no se tergiversa pues se mantiene su contenido abstracto y lo justo se concibe como fin del derecho penal, puesto que su naturaleza concreta así lo justifica, en síntesis, la justicia se sustenta en un concepto abstracto y lo justo en un concepto concreto que, era lo requerido por Dworkin.

Finalmente, para terminar de dar forma a la estructura lógica de la Teoría de lo Justo, evocamos a Stammler quien decía que la voluntad jurídica, tiene la misión de cumplir con la persecución de la idea de la justicia, la misma que concibe en una idea de armonía absoluta incondicionada para ordenar la vida en sociedad.

Sobre este constructo formulado en la Teoría de lo Justo, es que sustentamos nuestra definición de justicia, siendo la justicia la armonía de la conducta humana con las diferencias de su entorno, concepto que estima al ser humano con eje de la justicia a la luz de Kaufmann y mantiene a la justicia como promesa de finalidad que refería Hartmann. Mientras que, lo justo sustentado desde la crítica de Kelsen y Stammler lo definimos como el medio idóneo para armonizar la conducta humana con aquellas diferencias que sean de relevancia para el derecho penal, siendo un medio de contenido deontológico, concreto y específico, determinando con ello que, la pena no puede garantizar la justicia pero si lo justo, en función a que, lo justo al estar sustentando desde la razón y desde la concepción concreta que exigía Dworkin, es un medio factible de ser garantizado por la pena, desde una perspectiva realista del derecho penal.

Debido a que, la pena al ser un acto de poder requiere de un discurso racional que lo legitime, siendo ese discurso racional, el concepto de lo Justo que, al ser de contenido concreto y racional hace posible que pueda ser garantizado por la pena.

Así, queda SUSTENTADO por distintas fuentes doctrinarias que la Justicia, al ser de naturaleza óptica y abstracta, debe ser comprendida como la armonía de la conducta humana con las diferencias de su entorno, mientras que lo Justo, al ser de naturaleza deóntica y concreta, como el medio idóneo para armonizar la conducta humana con aquellas diferencias que sean de relevancia para el derecho penal, CONFIRMANDO la hipótesis planteada, en tanto, la pena no puede garantizar la justicia, pero si lo justo.

HIPÓTESIS 02:

“El derecho penal debe ser comprendido como un medio de control social que limita el poder punitivo a través de lo justo”.

La hipótesis planteada, se sustenta en los postulados de Hassemer quien definía el control social como un mecanismo propio de toda vida socializada que tiene como finalidad preservar la cultura cotidiana, definición que es contrastada, con los postulados de Bacigalupo, quien decía que el derecho penal se diferencia de otros medios de control, por su aplicación formal y por la tendencia a una fundamentación racional de su discurso.

Así mismo, esto es contrastado con los postulados de Muñoz Conde, quien aduce que el principal medio de coacción jurídica por parte del estado es la pena, entonces al fundamentar el derecho penal como un medio de control social, cabe también fundamentar el poder punitivo que para Zaffaroni es equiparable a la guerra, siguiendo el razonamiento de Von Clausewitz y Foucault, al concebir a la guerra como la continuación de la política y viceversa.

En ese sentido, el poder punitivo al ser un fenómeno político y no jurídico, cabe limitar o contener dicho fenómeno político a través de las agencias jurídicas, esta idea genera que, desde la Teoría de lo Justo, lo justo sea aquello que deba ser empleado por las agencias jurídicas para cumplir con su función de contención y limitar el poder punitivo, debido a que, lo justo al ser un medio de contenido racional acentúa el principio republicano de gobierno, que impone que los actos de gobierno sean racionales.

Así, queda **SUSTENTADO** que el Derecho Penal debe ser comprendido como un medio de control social que limita el poder punitivo a través de lo justo; **CONFIRMANDO** así, la hipótesis materia de sustentación.

HIPÓTESIS 03:

“La función de la pena, debe ser garantizar lo justo, como medio idóneo para alcanzar el fin de la justicia; estableciendo así que, el derecho penal es un derecho de medios y no de fines”.

La hipótesis planteada, se sustenta en el constructo filosófico que hemos formulado en la Teoría de lo Justo, así como de la contrastación de distintas teorías elaboradas respecto a la función de la pena, también conocidas como teorías legitimadoras de la pena, ubicadas dentro de las teorías positivas de la pena que asignan a la pena una función legítima, oponibles a las teorías negativas de la pena que, en un sentido adverso, niegan o cuestionan si la pena tiene o no alguna legitimidad.

Dichas Teorías sistematizadas en 1830 por Anton Bauer como teorías absolutas y relativas, posteriormente fueron extendidas en nuevas teorías, tales como las teorías de la unión de Roxin, Schmidhäuser y Jescheck, las teorías neo-retributivas de Hirsch y Zaczyk, el neo preventivismo anglosajón, así como las teorías funcionalistas de Jakobs, Pawlik y Lesch. Es así como, del contraste y análisis de dichas teorías se advierte lo señalado por Zaffaroni, respecto a que el problema de todas estas teorías es que se sustentan desde el “deber ser” de la pena, omitiendo tener en cuenta el “ser” de la misma.

Esta crítica es el principal sustento por el cual la función de la pena debe ser garantizar lo justo, puesto que, en función a esa crítica, se empleó en la Teoría de lo Justo, la estructura lógica del “ser” de la pena, para sobre tal estructura formular el “deber ser” de la misma, lo que sustenta y da consistencia lógica a la hipótesis planteada.

Como se ha formulado en la primera parte de nuestra investigación, la pena no puede garantizar la justicia, pero si lo justo.

Al ser lo justo, un medio idóneo para armonizar la conducta humana, se desprende que el derecho penal es un derecho de medios y no de fines, debido a que, la función del derecho penal se agota y satisface con la imposición de medios, independientemente de si se cumpla o no con las finalidades que estos medios dirigen.

Esta idea de medios, no es ajena al Derecho Penal y se contrasta con lo advertido por Francisco Javier Álvarez García, jurista español, quien refiere que el derecho penal al proteger bienes jurídicos, se obliga a emplear medios antes de que se produzca la afectación de dichos bienes. Siguiendo esa línea, la función de la pena debe ser garantizar lo justo, en base a tres razones fundamentales.

Primero, la función de la pena debe ser garantizar lo justo, como medio idóneo para alcanzar el fin de la justicia, porque esta función pensada desde el “deber ser”, emplea la estructura lógica del “ser” de la pena, lo que genera que su fundamento tenga consistencia lógica y racional.

Segundo, la justicia dada su naturaleza ontológica, abstracta y genérica no puede ser entendida como razón, pero lo justo a ser de naturaleza deontológica, concreta y específica, si puede serlo, lo que genera que lo justo al ser la función que debe cumplir la pena, esta sea una función posible desde un derecho penal realista, desmitificando el sentido subjetivo y gaseoso de la justicia y formulando lo justo como un medio que si es plausible de ser concretado por el derecho penal y las ciencias sociales.

Tercero, la función de la pena debe ser garantizar lo justo, debido a que, esta función al ser racional y realista, respeta el principio republicano de todo estado de derecho, principio que exige que todo acto de gobierno sea racional y acentúa el principio de superioridad ética del estado, pues con dicha función el estado se legitima y orienta a que sus agencias limiten el poder punitivo a través de lo justo.

Así la pena, deja de manifestarse como un mero castigo o mal que se irroga por la comisión de un delito y pasa a convertirse en un medio humanista y racional que, legítima y agota su función con la sola imposición de dicho medio, independientemente de si se concreta o no el fin de la justicia, debido a que, como lo indicamos en un principio, el derecho penal es un derecho de medios y no de fines.

Lo señalado, se sustenta con lo postulado por Silva Sánchez, quien señala que el dolor ilegítimo que implica una situación indigna, no puede ser jamás propio de la pena estatal, esto significa que, si el estado no puede garantizar un cumplimiento digno de la pena, debe limitarse a la declaración simbólico-expresiva del injusto, es decir, a condenar sin ejecutar la condena.

Así, queda SUSTENTADO por distintas fuentes doctrinarias que la función de la pena, debe ser garantizar lo justo, como medio idóneo para alcanzar el fin de la justicia; CONFIRMANDO la hipótesis formulada, en tanto, el derecho penal es un derecho de medios y no de fines.

2.2. HIPÓTESIS GENERAL

“La Teoría de lo Justo genera una consecuencia epistémica en el deber ser de la legitimidad de la pena, debido a que, la pena se legitima en función de lo que se comprende por justicia”.

La hipótesis planteada, se sustenta en el constructo filosófico y dogmático que hemos formulado en el planteamiento de las hipótesis confirmadas con anterioridad, producto de contrastar los postulados de distintos filósofos del derecho y juristas de la dogmática penal.

El planteamiento de que la Teoría de lo Justo genera una consecuencia epistémica en el deber ser de la legitimidad de la pena, se sustenta en la crítica advertida por Zaffaroni, quien indica que, el problema de las teorías legitimadoras de la pena, es que desarrollan su contenido desde el “deber ser”, omitiendo tener en cuenta el “ser” de la pena.

En base a dicha crítica, es que propusimos formular una teoría del “deber ser” a través de la estructura lógica del “ser” de la pena, el cual consiste en establecer su legitimidad como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo, con la finalidad de cimentar una base teórica de la pena que nos permita darle consistencia lógica a su legitimidad.

Así las cosas, partimos por la idea de que el “ser” de la pena se concibe como un hecho político que se legitima en función de lo que se comprende por justicia, dicho de otro modo, la pena si bien es un fenómeno político, este no impera por la sola razón de que sea político, sino que tiene un discurso que hace que impere en una sociedad, siendo este discurso, la sociedad misma, en la medida de lo que esta comprende por justicia, dada la relación tan intrínseca entre dicha concepción sobre la legitimidad de la pena.

Lo señalado, se sustenta y contrasta con lo esbozado por Zaffaroni quien apunta que, no existe fenómeno político que se mantenga si un discurso que lo legitime.

Sobre el “ser” de la pena, se advirtió que su estructura lógica está compuesta por una premisa base que es: la justicia, y una premisa consecuencia que es: la pena, vinculadas entre sí por una consecuencia epistemológica, es decir, de conocimiento.

Esto implica que, la pena se legitima en función de lo que se comprende o conoce por justicia, por lo que se reformula el concepto de justicia en una teoría de la justicia a la que denominamos la Teoría de lo Justo que genera como consecuencia epistémica, una función de la pena más humana y racional.

Dicho planteamiento está sustentado en los postulados de Kindhäuser quien advierte que, todo intento de legitimar la pena tiene que tomar en cuenta, cada uno de los elementos de su definición, puesto que, la pena es una institución jurídica que tiene como criterio de corrección jurídica a la justicia, esto hace que, todo intento de legitimación tiene que demostrar que puede ser justo reprochar a una persona.

Finalmente agrega que, la teoría de la pena justa es un elemento de una teoría de la justicia política, lo que conlleva a que la pena deba de ser cubierta por una estrategia de humanidad, en función a que, la teoría de la justicia abarca a la pena.

Así mismo, sustentamos nuestra hipótesis en el planteamiento de Alexy, quien indica que, si nos basamos en una idea de la justicia que tenga una concepción compensativa, resulta lógico que tal compensación sea asumida como pena; sostenemos que, esto se manifiesta cuando la sociedad legitima dicha pena, con arreglo a que esta idea de retribución, es lo que comprende y exige como justo.

Del mismo modo, sustentamos nuestra hipótesis en los postulados de Roxin que, si bien apunta que la concepción de la pena guarda relación con el control y el poder político también agrega que, la concepción de la pena como retribución compensatoria ya es conocida desde la antigüedad y que sigue permaneciendo viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad, lo que se condice con la postura ontológica de la pena que fue materia de formulación.

Finalmente la hipótesis referida a que, la pena se legitima en función de lo que se comprende por justicia y lo que se comprende por justicia se da en arreglo al castigo y la retribución, también se sustenta en lo postulado por Lorenzo Morillas Cueva, jurista español de la Universidad Complutense de Madrid, quien apunta que, la realidad punitiva tiene una tendencia hacia una modernizada retribución penal, en clave de expansionismo punitivo como instrumento para tratar los problemas sociales.

Así, queda SUSTENTADO por distintas fuentes doctrinarias que la Teoría de lo Justo genera una consecuencia epistémica en el deber ser de la legitimidad de la pena; CONFIRMANDO la hipótesis general formulada, en tanto, la pena se legitima en función de lo que se comprende por justicia.

CAPÍTULO V:
CONCLUSIONES

PRIMERA:

Se ha formulado la Teoría de lo Justo, diferenciando como deber ser comprendida la justicia y lo justo, concluyendo que, la Justicia al ser de naturaleza óntica y abstracta, es la armonía de la conducta humana con las diferencias de su entorno. Mientras que, lo Justo al ser de naturaleza deóntica y concreta, es el medio idóneo para armonizar la conducta humana con aquellas diferencias que sean de relevancia para el derecho penal. En función a ello, se determinó que la pena no puede garantizar la Justicia, pero si lo Justo; conclusión cimentada principalmente en la Teoría de la Justicia de Stammler y en los postulados de Hartmann, Scheler, Haft, Kaufmann, Larenz y Kelsen.

SEGUNDA:

Se ha determinado como debe ser comprendido el derecho penal desde la Teoría de lo justo, concluyendo que, el derecho penal debe ser comprendido como un medio de control social que limita el poder punitivo a través de lo justo; conclusión cimentada principalmente en los postulados de Hassemer, Muñoz Conde, Zaffaroni y Foucault.

TERCERA:

Se ha establecido cual deber ser la función de la pena como consecuencia epistémica de la teoría de lo justo, concluyendo que, la función de la pena, debe ser garantizar lo justo, como medio idóneo para alcanzar el fin de la justicia; estableciendo así que, el derecho penal es un derecho de medios y no de fines; conclusión cimentada principalmente del contraste de las teorías positivas de la legitimidad de la pena postuladas por Kant, Hegel, Stahl, Feuerbach, Welzel, Von Liszt y Garófalo, así como de las teorías funcionalistas postuladas por Jakobs, Pawlik, Lesch y las teorías negativas de Hulsman y Zaffaroni.

CUARTA:

En la presente tesis, se ha determinado el “deber ser” a través de la estructura lógica del “ser” de la pena, concluyendo que, la Teoría de lo Justo genera una consecuencia epistémica en el deber ser de la legitimidad de la pena, debido a que, la pena se legitima en función de lo que se comprende por justicia; conclusión cimentada principalmente en la crítica de Zaffaroni planteada en la Teoría Agnóstica de la Pena, así como en los postulados de Kindhauser, Robert Alexy y Claus Roxin.

RECOMENDACIONES

PRIMERA:

Analizar la Teoría de lo Justo, formulada en la presente investigación, la misma que aporta diferencias conceptuales entre el concepto de la justicia y lo justo para la filosofía del derecho; disgregando las premisas que componen la estructura lógica de la teoría propuesta, a efectos, de generar reflexión y debates académicos que enriquezcan estos nuevos conceptos que se propone analizar dentro de las Teorías de la Justicia.

SEGUNDA:

Difundir la Teoría de lo Justo, formulada y propuesta en la presente investigación, con la finalidad de que la teoría propuesta en la presente investigación sea mejorada a raíz de la dialéctica creada en distintos espacios académicos.

TERCERA:

Refutar los postulados aportados a la filosofía del derecho penal, haciendo énfasis en la función de la pena como consecuencia epistémica de la Teoría De Lo Justo, con el objeto de que lo postulado sea materia de estudio en posteriores investigaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Edit. Gedisa S.A 2º Edición 2004. Barcelona-España.
- ALEXY, Robert. Justicia como corrección. Universidad Christian Albrecht de Kiel. Traducción de Ana Inés Haquin Edit. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho 2003. Alicante – España.
- ALVAREZ GARCÍA, Javier. Los efectos psicosociales de la pena de prisión. Edit. Tirant lo Blanch 2009 Valencia – España.
- ALVAREZ GARDIOL, Ariel. Manual de Filosofía del Derecho. Edit. Juris 1998. Santa fe-Argentina.
- ARANDA FRAGA, Fernando. Debates Actuales sobre la Justicia: Historia y Desarrollo. Revista de la Universidad Adventista del Plata 2015. La Plata – Argentina.
- ARISTÓTELES. Ética Nicomáquea-Ética Eudemia. Edit. Gredos S.A 1998. Madrid – España.
- ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. Edit. DOOXA-Electrónica 2002. Alicante – España.
- ATIENZA, Manuel. Tras la justicia. Edit. Ariel S.A 1999. Barcelona – España.
- BAUMANN, Jurgen. Derecho Penal conceptos fundamentales y sistema. Edit. Depalma 1973 Buenos Aires – Argentina.
- BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Edit. Siglo XXI S.A 2002. Buenos Aires – Argentina.
- BARATTA, Alessandro. Criminología y sistema penal. Edit. B de F Ltda. 2004. Buenos Aires – Argentina.

- BACIGALUPO, Enrique. Manual de derecho penal. Edit. Temis S.A 1996. Bogotá – Colombia.
- BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal y el estado de derecho. Edit. Editorial Jurídica de Chile 2005 Santiago – Chile.
- BACIGALUPO, Enrique. Principios constitucionales del derecho penal. Edit. Hammurabi S.R.L 1999 Buenos Aires – Argentina.
- BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. Edit. Hammurabi S.R.L 2º Edición. 1999 Buenos Aires – Argentina.
- BELING, Ernst. Esquema de derecho penal – La Doctrina del Delito Tipo. Edit. Rodamillans S.R.L. 2002 Buenos Aires – Argentina.
- BILBENY, Norbert. Justicia compasiva – La Justicia como cuidado de la existencia. Edit. Tecnos 2015 Madrid – España.
- BINDER, Alberto. Introducción al derecho penal. Edit. Ad Hoc S.R.L 1999 Buenos Aires – Argentina.
- BINDER, Alberto. El derecho penal hoy. Edit. Editores del Puerto S.R.L 1995 Buenos Aires – Argentina.
- BOTTKKE, Wilfried. Política criminal y nuevo Derecho Penal. Edit. José María Bosch 1997 Barcelona – España.
- BRAMONT-ARIAS. Luis Miguel. Manual de derecho penal. Edit. EDDILI Cuarta Edición 2008 Lima – Perú.
- BONESSANA, Cesare de Beccaria. Tratado de los delitos y de las penas Edit. Heliasta S.R.L 1993 Buenos Aires – Argentina.
- BUNGE, Mario. Epistemología. Edit. Siglo veintiuno editores S.A Buenos Aires – Argentina.

- BURKHARDT, Björn. Derecho Penal Cuestiones fundamentales de la teoría del delito. Edit. Constitución y Leyes S.A 1995 Madrid – España.
- CAMPBELL, Tom. La Justicia. Traducción de Silvina Álvarez. Edit. Gedisa 2002. Barcelona – España.
- CARDENAS GRACIAS, Jaime. Introducción al estudio del Derecho. Edit. Nostra Ediciones 2009. DF México – México.
- CARNELUTTI, Francesco. Teoría general del delito. Edit. Revista de Derecho Privado 1952. Madrid – España.
- CASTILLO, Manuel. Miedo, Control Social y Política Criminal. Edit. DYKINSON S.L. Madrid – España.
- CEREZO DOMINGUEZ, Ana Isabel. Política criminal y exclusión social. Edit. Tirant lo Blanch 2021 Valencia – España.
- COHEN, Gerald. Por una vuelta al socialismo. Edit. Siglo veintiuno Editores S.A 2014. Bueno Aires – Argentina.
- COLMAN, Edward. La Justicia. Monografía de Derecho en la Universidad Monteávila. Caracas Venezuela p. 321. Disponible en<<http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/1/deryso_2000_1_319-326.pdf>>
- CUTIÑO RAYA, Salvador. Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia – España.
- COSSIO, Carlos. Radiografía de la teoría egológica del derecho. Edit. Depalma 1987 Buenos Aires – Argentina.
- DE DOMINGO, Tomas. La filosofía del derecho de Arthur Kaufmann en el tránsito a la postmodernidad: Una valoración. Persona y derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de

derechos humanos p. 464, Disponible en:<<
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=497365>>>

- DE RIVACOBBA, Manuel. Función y Aplicación de la Pena. Edit. Olejnik 2020. Santiago – Chile.

- DONNA, Edgardo Alberto. Teoría del delito y de la pena Fundamentaciones de las sanciones penales y de la culpabilidad Tomo I. Edit. Astrea 1996 Buenos Aires – Argentina

- DONNA, Edgard Alberto. Pena y culpabilidad en Teorías Actuales en el Derecho Penal. Edit. Ad Hoc 1998 Buenos Aires – Argentina.

- DUFF, Antony. Sobre el castigo. por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad. Edit. Siglo veintiuno Argentina S.A 2015. Buenos Aires – Argentina.

- DWORKIN, Ronald. El imperio de la Justicia. Edit. Gedisa S.A 2º edición. Mayo 2012 Barcelona-España.

- DWORKIN, Ronald. Los Derechos en serio. Edit. Ariel S.A 2º Edición 1989 Barcelona-España.

- SERRANO, Enrique. La Teoría Aristotélica de la Justicia p.2. Scielo. Isonomía N° 22 México 2005. Disponible en:<<http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182005000100006&script=sci_arttext>>

- ESTRADA VELEZ, Sergio. De la jerarquización filosófica de los valores a la coordinación jurídica de los principios. Revista Telemática de Filosofía del Derecho N° 8, 2004/2005. p.81 Disponible:<<
<http://www.rtfed.es/numero8/4-8.pdf>>>

- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte General Tomo I. Edit. Editorial Jurídica de Chile 1999. Santiago – Chile.

- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. La Pena como institución jurídica: Retribución y prevención general. Edit. B de F 2014 Buenos Aires – Argentina.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm. Tratado de derecho penal común vigente en Alemania Traducción de Eugenio Zaffaroni. Edit. Hammurabi S.R.L. 2007 Buenos Aires – Argentina.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Edit. Trotta S.A. 1995 Madrid – España.
- FERRAJOLI, Luigi. Razones Jurídicas del Pacifismo. Edit. Trotta S.A Primera Edición 2004. Madrid – España.
- FLORES MENDOZA, Imer Benjamín. La Concepción del derecho en las Corrientes de la filosofía jurídica. p. 1012. Disponible en <<
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3509/4171f> >>
- FRANK, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Edit. B de F Ltda. 2002 Montevideo – Uruguay.
- FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Edit. Marcial Pons 2004. Madrid – España.
- FRISCH, Wolfgang. Tipo penal e imputación objetiva. Edit. Constitución y Leyes S.A 1995 Madrid – España.
- FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. Edit. Siglo 21 Argentina S.A Buenos Aires – Argentina.
- GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General 3ª edición. Edit. Ideas Solución S.A.C 2019. Lima – Perú.
- GARGARELLA, Roberto. Las Teorías de la Justicia después de Rawls. Edit. Paidós 1999 Barcelona – España.

- GAROFALO, Raffaele. La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión. Edit. Olejnik 2019 --Buenos Aires – Argentina.
- GARZÓN VALLEJO, Iván. John Rawls, Justicia, liberalismo y razón pública. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas 2016. Ciudad de México – México.
- GIMENEZ ALCOVER, Pilar. El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann. Edit. Bosch S.A 1993. Barcelona – España.
- GOLDSCHMIDT, James. La concepción Normativa de la culpabilidad. Edit. B de F Ltda. 2002 p. 12 Montevideo – Uruguay.
- GUEVARA PUENTES, Gladys. Sanción Penal: Penas y medidas de seguridad. Edit. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla 2007 Bogotá – Colombia.
- HABERMAS, Jurgen. Teoría de la acción comunicativa. Edit. Santillana S.A 1992 Madrid-España.
- HAFT, Fritjo. Sobre el Sentido de la Justicia. Edit. La Universidad de Navarra 2015. Navarra – España.
- HART, Herbert. El concepto de Derecho, Universidad de Oxford 1961 Traducción de Genaro R. Carrio. Buenos aires Argentina.
- HARTMANN, Nicolai. Ética. Traducido por Javier Palacios. Edit. Ediciones Encuentro S.A. 2011 Madrid – España.
- HASSEMER, Winfried. Por qué no debe suprimirse el derecho penal. Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales 2003. DF – México.
- HASSEMER, Winfried. Pena y Estado “Derecho Penal y protección de Bienes Jurídicos”. Edit. Cono Sur Ltda. 1995 Santiago – Chile.

- HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Edit. Temis S.A 1999 Bogotá – Colombia.
- HASSEMER, Winfried. ¿Por qué castigar? Razones por la que merece la pena la pena. Edit. Tirant lo Blanch. 2016 Valencia - España.
- HEGEL, Georg Friedrich. Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho. Edit. Biblioteca Nueva. 2000 Madrid-España.
- HOBBS, Thomas. El Leviatán. Edit. Alianza Editorial S.A 2018 Madrid-España.
- HOEVEL, Carlos. La teoría de la justicia de Amartya Sen y los orígenes del concepto católico de justicia social en Antonio Rosmini Derecho. p. 38. [En línea] Disponible en<<file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaTeoriaDeLaJusticiaDeAmartyaSenYLosOrigenesDelCon-4154619%20(1).pdf >>
- HULSMAN, Louk y MATHIESEN, Thomas. Abolicionismo Penal – Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini. Edit. Ediar 1989. Buenos Aires – Argentina.
- JAEN VALLEJO, Manuel. Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito. Edit. Dykinson 2017 Madrid – España.
- JAKOBS, Gunther - POLAINO NAVARRETE, Miguel. El Derecho Penal antes las sociedades modernas. Edit. Grijley E.I.R.L Primera Edición 2006. Lima - Perú.
- JAKOBS, Gunther. Sobre la Teoría de la Pena. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Edit. Universidad Externado de Colombia Primera Edición 1998 Bogotá - Colombia.

- JAKOBS. Gunther. El derecho penal como disciplina científica. Edit. Aranzadi S.A. Navarra – España.
- JAKOBS. Gunther. Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la imputación. Edit. Marcial Pons S.A 1997 Madrid – España.
- JAKOBS. Gunther. Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal. Edit. Civitas S.L 2003. Madrid – España.
- JAKOBS, Gunther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Edit. Civitas S.L 1996. Madrid – España.
- JAKOBS, Gunther. Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad. Edit. Civitas S.L 2004. Madrid – España.
- JAKOBS. Gunther. Estudios de Derecho Penal - Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Edit. Civitas S.L 1997 Madrid – España.
- JAKOBS, Gunther. Problemas capitales del derecho penal moderno. Edit. Hammurabi S.R.L 1998. Buenos Aires – Argentina.
- JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de derecho penal parte general Volumen I. Edit. Instituto Pacífico S.A.C 2014 Lima – Perú.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Principios de derecho penal, ley y el delito. Edit. Sudamericana S.A Buenos Aires – Argentina.
- KANT, Emmanuel. Critica a la razón pura. Edit. Taurus 2007 Madrid – España.
- KANT, Emmanuel. Critica de la Razón Práctica. Edit. Fondo de Cultura Económica. 2011 D.F – México.

- KANT, Emmanuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Traducido por Manuel García Morente. Edit. Pedro Rosario Barbosa 2007 San Juan- Puerto Rico.
- KANT. Emmanuel. Principios Metafísicos del Derecho. Edit. Librería de Victoriano Suárez, Jacometrezo 1873. Madrid – España.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Edit. Universidad Externado de Colombia, 1999. Bogotá-Colombia.
- KAUFMANN, Arthur. Qué es y <<como hacer justicia>> Un ensayo Histórico-Problemático. p. 26. Disponible en<< file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/PD_15_01.pdf >>
- KAUFMANN, Armin. Estudios de Derecho Penal. Edit B de F Ltda. 2013 Montevideo – Uruguay.
- KELSEN, Hans. ¿Qué es la Justicia? Edit. Distribución Fontamara S.A 1991. D.F México – México.
- KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Edit. Universidad de Buenos Aires. 4º edición 2009 Buenos Aires – Argentina.
- KHÖLER, Michael. Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Edit. Civitas S.L 2000 Madrid – España.
- KUNSEMULLER, Carlos. Culpabilidad y Pena. Edit. Biblioteca Jurídica de Chile 2001. Santiago – Chile.
- LARENZ, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Edit. Ariel S.A 2001, Barcelona - España.
- LESCH, Heiko. La función de la pena Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Edit. DYKINSON S.L. 1999 Madrid – España.

- LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad De la unidad a la diferencia. Edit. Trotta S.A 1998 Madrid – España.
- MAIHOFER, Werner. Estado de derecho y dignidad humana. Edit. B de F Ltda. 2008 Buenos Aires – Argentina.
- MARIN, Santiago. Derecho y justicia: Análisis crítico del positivo jurídico de Herbert Hart. Monografía para obtener el título de licenciado en filosofía. Universidad Tecnológica de Pereira p. 39 Disponible:<< <https://core.ac.uk/download/pdf/71398877.pdf>>>
- MASINI, Carlos. La Justicia como “valor” desde la perspectiva del realismo clásico. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, ´p. 75-94 Disponible en:<< <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=902898/>>>
- MEZGER, Edmund. Derecho Penal - Libro de Estudio Parte General. Edit. Bibliográfica Argentina S.R.L Buenos Aires – Argentina.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. Edit. Reppertor 10ºEdicion 2016. Barcelona-España.
- MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y Teoría del delito en el estado social y democrático de derecho. Edit. Bosch, Casa S.A 1982 Barcelona – España.
- MIR PUIG. Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Edit. Ariel S.A 1994 Barcelona – España.
- MIR PUIG, Santiago. Introducción al Derecho Penal. Edit. Euros S.R.L 2003 Buenos Aires – Argentina.
- MIR PUIG, Santiago. La perspectiva Ex Ante en derecho penal – Anuario de derecho penal y ciencias penales Tomo 36. Edit. BOE 1983. Madrid-España.

- MIR PUIG, Santiago. Estado, pena y delito. Edit. B de F Ltda. 2013 Montevideo – Uruguay.
- MIZRAHI, Esteban. La Teoría hegeliana de la Justicia. p. 81 Disponible<<[<http://repositorio.filo.uba.ar:8080/bitstream/handle/filodigital/9888/uba_ffyl_t_1995_se_Mizrahi.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>](http://repositorio.filo.uba.ar:8080/bitstream/handle/filodigital/9888/uba_ffyl_t_1995_se_Mizrahi.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>>
- MOCCIA, Sergio. El Derecho Penal entre ser y valor Función de la pena y sistemática teleológica. Edit. B de F Ltda. 2003. Montevideo – Uruguay.
- MONTESDEOCA, Daniel. Justicia Restaurativa y sistema penal. Edit. Tirant lo Blanch 2021. Valencia – España.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan. Derecho Penal de principios (Vol. 1) Justificación de la intervención punitiva. Edit. Palestra S.A.C Lima – Perú.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo. Edit. DYKINSON S.L 2016 Madrid – España.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General. Edit. Tirant lo Blanch 2010 Valencia – España.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Edit. Temis S.A 2018. Bogotá – Colombia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Edit. B de F Ltda. 2001. Montevideo – Uruguay.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal y Control Social. Edit. Fundación Universitaria de Jerez 1985. Cádiz – España.
- NAUCKE, Wolfgang. Principales problemas de la prevención general. Edit. Euros S.R.L 2006 Buenos – Aires – Argentina.

- NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L 1989. Buenos Aires – Argentina.
- NOZICK, Robert. Anarquía, Estado y Utopía. Título Original: Anarchy, State and Utopia. Edit Innisfree, 2014. Nueva York, Estados Unidos.
- OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales. Edit. Heliasta 36° edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas 2015. Buenos Aires - Argentina.
- PARSONS, Talcott. El sistema social. Edit. Alianza Universidad 1988 Madrid – España.
- PAWLIK, Michael. Ciudadanía y derecho penal Fundamentos de la Teoría de la pena y del delito en un estado de libertades. Edit. Atelier 2016. Barcelona – España.
- PERELMAN, Chaim. De la Justicia. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México 1964. DF México - México
- PISI DE CATALINI, Marta. La teoría egológica de Carlos Cossío y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. Edit. Universidad Nacional de Cuyo. Facultad de Filosofía y Letras 1991. Mendoza – Argentina.
- PLATÓN, "La república o de lo justo", Edit. Porrúa- Alianza Editorial 2003. Madrid – España.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. La dosimetría del Castigo Penal. Edit. Ideas 2018.Lima-Perú.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Consecuencias jurídicas del delito - Giro Punitivo y nuevo marco legal. Edit. Moreno S.A. Lima –

Perú.

- POGGE, Thomas. Moral, justicia y derechos humanos. Edit. Universidad Pontificia Bolivariana 2017. Medellín – Colombia.

- POLAINO ORTS, Miguel. El funcionalismo en el derecho penal. Edit. Universidad Externado de Colombia 2003. Bogotá - Colombia.

- PONCE ESTEBAN, María Enriqueta. Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigación jurídica de la UNAM. p.214
Disponble:<<<https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11597/10608>>>

- POOLE DERQUI, Diego. La Justicia. Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid p.8. Disponible en<<https://laicismo.org/data/docs/archivo_1214.pdf>>

- POSTAY, Maximiliano. ¿De qué hablamos cuando hablamos de abolicionismo penal? Revista pensamiento penal 2012 p. 7 Disponible en:<<<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/04/doctrina33657.pdf>>>

- POTTSTOCK PADILLA, Edmundo. La justicia en el pensamiento de Hobbes, Locke, Hegel Y Kant. p.363. Disponible:<<<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/35845>>>

- RADBRUCH, Gustav. Filosofía del Derecho. Edit. Cometa S.A. 2007 Zaragoza – España

- RADBRUCH, Gustav. Sobre el Sistema de la Teoría del Delito. Edit. Instituto Pacífico S.A.C 2010. Lima – Perú

- RAWLS, John. Justicia como equidad. Edit. TECNOS S.A, 1986. Madrid - España.
- RAWLS, John. Teoría de la justicia, Edit. FCE 1997. DF México - México.
- RAWLS, John. Justicia como equidad. Edit. TECNOS S.A, 1986, Madrid - España.
- RECASENS I BRUNET, Amadeu. El poder Punitivo del estado – Criminología crítica y Control Social. Edit. Juris 2000. Rosario – Argentina.
- RIVERA, Iñaki. Política criminal y Sistema penal Viejas y nuevas racionalidades punitivas. Utopías del control y control de las utopías. Edit. Anthropos 2005 Barcelona – España.
- ROCCO, Arturo. Cinco estudios sobre Derecho Penal. Edit. B de F Ltda. 2008 Montevideo – Uruguay.
- ROCCO, Arturo. El objeto del delito y de la tutela jurídica penal – Contribución a las teorías generales del delito y de la Pena. Edit. B de F Ltda. 2014 Montevideo – Uruguay.
- RODRIGUEZ, Faustino. La Historia de las penas. Edit. Tirant lo Blanch 2015 Valencia – España.
- ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Edit. Universitaria, 1997. Buenos Aires-Argentina.
- ROXIN, CLAUS. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Edit. Reus S.A 1981 Madrid – España
- ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I Edit. Civitas S.A 1997 Madrid- España

- ROXIN, Claus. “Sentido y Límites de la Pena estatal”: Problemas Básicos del Derecho Penal. Edit. Reus S.A 1976 Madrid – España.
- ROXIN, Claus. Problemas fundamentales del derecho penal. Edit. Euros S.R.L 2017. Buenos Aires – Argentina.
- ROXIN, CLAUS. La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal. Edit. Tirant lo Blanch 2000 Valencia – España.
- ROXIN, CLAUS. Política criminal y sistema del derecho penal. Edit. Hammurabi S.R.L 2002 Buenos Aires – Argentina.
- ROXIN, CLAUS. Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas 2002 DF México – México.
- ROXIN, CLAUS. Determinación Judicial de la Pena. Edit. EDRIGRAF S.A 1993 Buenos Aires – Argentina.
- ROXIN, CLAUS. La Teoría del delito en la discusión actual Tomo II. Edit. Grijley 2016 Lima – Perú.
- RUBIO LARA, Pedro. Teoría de la Pena y consecuencias jurídicas del delito. Edit. Tirant Lo Blanch. 2017 Valencia – España.
- RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio. Santo Tomas de Aquino en la Filosofía del Derecho. p.2 Disponible. <<http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2016000100013>>
- RUSCHE, Georg - KIRCHHEIMER, Otto. Pena y Estructura Social. Edit. Temis S.A 1984. Bogotá – Colombia.
- SANDEL, Michael. Justicia ¿Hacemos lo que debemos? Edit. De Bolsillo. 2012 Barcelona – España.

- SCHELER, Max. Metafísica y axiología, en particular ética. Edit. Encuentro S.A. 2013 Madrid – España
- SCHMILL, Ulises. Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho. Seminario de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante p. 20 Disponible en <<https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32630/1/Doxa_33.pdf>>
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Vom Sinn der Strafe. Edit. Bücherwald Projekt 2002. Gelnhausen – Alemania.
- SCHUNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal. edit. B de F Ltda. 2012 Montevideo – Uruguay.
- SEN, Amartya. La idea de la Justicia. Edit. Santillana Ediciones Generales S.L, 2010. DF México – México.
- SILVA SANCHÉZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Edit. Bosch 1992 Barcelona - España
- SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal. Edit. Civitas S.L 2001 Madrid – España.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María. Normas y acciones en derecho penal. Edit. Hammurabi S.R.L 2003 Buenos Aires – Argentina.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María. Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal. Edit. Atelier 2018 Barcelona – España.
- SEGURA, Félix. Raíces historiográficas y actualidad de la historia de la justicia y el crimen en la Baja Edad Media p. 640. Disponible: <<https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2003-10057700678>>
- STAHL. Friedrich Julius. Historia de la filosofía del derecho. Edit. La España Moderna 1996. Madrid - España

- STAMMLER, Rudolf. El Juez. Edit. Coyoacán 2013 Buenos Aires-Argentina.
- STAMMLER, Rudolf. Tratado de Filosofía del Derecho. Edit. Reus S.A 2007 Madrid-España.
- STAMMLER, Rudolf. La Génesis del derecho. Edit. Comares 1ºEdición 2006. Granada – España.
- STAMMLER, Rudolf. Modernas Teorías del derecho y del estado. Edit. Ara Editores 2017 Santiago – Chile.
- STRATENWERTH. Gunther. Derecho Penal Parte General. Edit. Hammurabi 2005. Buenos Aires - Argentina.
- TORRES ROSSEL, Nuria. La pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Edit. Tirant lo Blanch 2006 Valencia – España.
- TORRES VASQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho. Edit. Instituto Pacífico S.A 2019 Lima-Perú.
- VANZOLINI. Patricia. Teoria da Pena: Sacrificio, Vingança e Direito Penal. Edit. Tirant lo Blanch 2019 Sao Paulo – Brasil.
- VAREZ GARCÍA, Francisco. Tomo XIX Esquemas de Teoría jurídica del delito y de la Pena. Edit. Tirant lo Blanch 2010. Valencia – España.
- VASQUEZ, Rodolfo. Cinco enfoques teóricos sobre la justicia. Edit. Instituto de la judicatura federal 2019. Ciudad de México – México.
- VILAJOSANA, Josep. Las razones de la pena. Edit. Tirant To Blanch 2015 Valencia – España.

- VILLAVICENCIO, Felipe. Derecho Penal Parte General. Edit. Jurídica Grijley E.I.R.L 2006 Lima- Perú.
- VON CLAUSEWITZ, Karl. Las guerras de la política. Edit. La esfera de los libros 2014. Madrid – España.
- VON IHERING, Rudolf. La dogmática jurídica. Edit. Ediciones Jurídica Olejnik 2019. Santiago – Chile.
- VON LISZT, Franz. La idea de fin en el derecho penal. Edit. EDEVAL 1994 DF- México.
- VON LISZT. Franz. La Tareas y Métodos de la Ciencia del Derecho Penal. Edit. Instituto Pacífico 2014 Lima – Perú.
- VON LISZT. Franz. Tratado de Derecho Penal Traducido de la 20° Edición Alemana por Luis Jiménez de Asúa. Edit. Reus S.A 1999 Madrid - España.
- WESSELS, Johannes y BEULKE, Werner. Derecho Penal Parte General, Traducción de Raúl Pariona Arana. Edit. Instituto Pacífico S.A 2018 Lima – Perú.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Edit. Roque de Palma 1956. Buenos Aires – Argentina.
- WELZEL, Hans. Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Edit. Euros S.R.L 2014 Buenos Aires - Argentina.
- ZACZYK, Rainer. Libertad, Derecho y Fundamentación de la Pena. Edit. Universidad Externado de Colombia 2010. Bogotá - Colombia.
- ZAFFARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal Parte General. Edit. AR S.A 2006 Segunda Edición. Buenos Aires - Argentina.

- ZAFFARONI, Eugenio. Estructura Básica del Derecho Penal. Edit. Ediar S.A 2009 Buenos Aires – Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio. Derecho Penal Parte General. Edit. Ediar S.A Segunda Edición. 2002 Buenos Aires –Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio. Morir de Cárcel Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo. Edit. Ediar S.A 2020. Buenos Aires – Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio. En busca de las penas perdidas. Edit. Ediar S.A 1998. Buenos Aires – Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio. Penas ilícitas Un desafío a la dogmática penal. Edit. Editores del Sur 2020. Buenos Aires – Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio. Derecho penal humano y poder en el siglo XXI. Edit. INEJ 2016. Managua – Nicaragua.
- ZAFFARONI, Eugenio. Hacia un realismo jurídico penal marginal. Edit. Monte Ávila 1993. Caracas – Venezuela.
- ZAFFARONI, Eugenio. En torno de la cuestión penal. Edit. B de F Ltda. 2005. Montevideo – Uruguay.
- ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de derecho penal Parte General Tomo V. Edit. Ediar 1988. Buenos Aires – Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio. Derecho, Derecho penal humano y poder financiero. Edit. Remanso 2017. Santa Fe – Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio. La palabra de los muertos. Edit. Ediar S.A 2011. Buenos Aires – Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio. La cuestión criminal. Edit. Planeta S.A.I.C 2012. Buenos Aires –Argentina.

ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

“LA TEORÍA DE LO JUSTO EN LA LEGITIMIDAD DE LA PENA: UNA RESPUESTA A LA CRIMINALIDAD”

PREGUNTAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p style="text-align: center;">Principal</p> <p style="text-align: center;">¿La Teoría de lo Justo genera una consecuencia epistémica en el deber ser de la legitimidad de la pena?</p>	<p style="text-align: center;">General</p> <p>Determinar el “deber ser” a través de la estructura lógica del “ser” de la legitimidad de la pena, el cual consiste en establecer su legitimidad como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo.</p>	<p style="text-align: center;">General</p> <p>La Teoría de lo Justo genera una consecuencia epistémica en el deber ser de la legitimidad de la pena, debido a que, la pena se legitima en función de lo que se comprende por justicia.</p>	<p>Variable A: La Teoría Justo</p> <p>Variable B: La legitimidad de la Pena.</p>	<p>1. TIPO DE INVESTIGACIÓN: 1.1. Por su finalidad 1.1.1. Investigación Básica o Pura</p> <p>Por la finalidad o propósito de la presente investigación, estamos ante una investigación básica o pura con enfoque cualitativo, puesto que se persigue fines netamente teóricos y filosóficos que permitan formular y desarrollar teorías jurídicas, en torno a la Teoría de la Justicia y las Teorías Legitimadoras de la Pena, con el propósito de cimentar una base teórica de la pena, humanista y racional, sin pretender desarrollar su dimensión aplicada.</p> <p>1.2. Por el Origen de sus fuentes 1.2.1 Método Documental – Bibliográfico</p> <p>Por las fuentes de información, estamos ante una investigación documental y bibliográfica, debido a que, la principal fuente de información es documental, en tanto, se emplearán libros, revistas y artículos científicos de Filosofía del Derecho respecto a la Teoría de la Justicia y de Derecho Penal-Parte General respecto a las Teorías legitimadoras de la Pena.</p>
<p style="text-align: center;">Secundarias</p> <p style="text-align: center;">¿Cómo debe ser comprendida la Justicia y lo Justo desde una concepción que pueda ser garantizada por la pena?</p>	<p style="text-align: center;">Específicos</p> <p>Formular la Teoría de lo Justo, diferenciando como debe ser comprendida la justicia y lo justo, determinando si esta concepción puede ser garantizada por la pena.</p>	<p style="text-align: center;">Específicas</p> <p>La Justicia, al ser de naturaleza óntica y abstracta, debe ser comprendida como la armonía de la conducta humana con las diferencias de su entorno. Mientras que, lo Justo al ser de naturaleza deóntica y concreta, como el medio idóneo para armonizar la conducta humana con aquellas diferencias que sean de relevancia para el derecho penal. En función a ello, la pena no puede garantizar la Justicia, pero si lo Justo.</p>	<p>Variable A: La Justicia y lo Justo</p> <p>Variable B: La Pena no puede garantizar la justicia, pero si lo justo.</p>	

<p>¿Cómo debe ser comprendido el derecho penal desde la Teoría lo Justo?</p>	<p>Determinar cómo debe ser comprendido el derecho penal desde la Teoría de lo Justo.</p>	<p>El Derecho Penal debe ser comprendido como un medio de control social que limita el poder punitivo a través de lo justo.</p>	<p>Variable A: Control Social.</p> <p>Variable B: Poder Punitivo.</p>	<p>1.3 Por el ámbito 1.2.3.1 Investigación Filosófico – Jurídica</p> <p>Por el ámbito en el que se desarrolla, estamos ante una investigación filosófico - jurídica, debido que, se refuta los fundamentos filosóficos de la teoría de la justicia y la teoría de la pena; y se formula una teoría ius filosófica denominada la Teoría de lo Justo, la misma que genera una consecuencia epistémica en la legitimidad de la pena. Así mismo se analiza el sentido ontológico y epistemológico de la Teoría de la Justicia y de la Pena, a través de los estudios desarrollados sobre la materia.</p>
<p>¿Cuál debe ser la función de la pena como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo?</p>	<p>Establecer cuál debe ser la función de la pena como consecuencia epistémica de la Teoría de lo Justo, estableciendo si el derecho penal es un derecho de medios o de fines.</p>	<p>La función de la pena, debe ser garantizar lo justo, como medio idóneo para alcanzar el fin de la justicia; estableciendo así que, el Derecho Penal es un derecho de medios y no de fines.</p>	<p>Variable A: La función de la Pena debe ser garantizar lo justo.</p> <p>Variable: El Derecho Penal es un derecho de medios y no de fines.</p>	<p>2.NIVEL DE INVESTIGACIÓN: 2.1 Nivel de Investigación Exploratoria</p> <p>La presente investigación se desarrolla a nivel exploratorio, puesto que se formula una primera aproximación a la Teoría de lo Justo y la consecuencia epistémica que genera en la legitimidad de la pena; postulando nuevos conceptos a tratar en la filosofía del derecho penal. Así mismo, se estudia la Teoría de la Justicia, la cual es poco estudiada pese a la trascendencia que esta implica para el derecho; y la Teoría de la Pena, la misma que es poco tratada por la doctrina ius penalista, a diferencia del estudio que se desarrolla respecto a la Teoría de la Ley Penal y la Teoría del Delito.</p>