

DOCTRINA

Ley penal, delito y pena como comunicación

Criminal law, crime and punishment as communication

Klaus Günther

Goethe-Universität Frankfurt am Main, Alemania

RESUMEN El artículo hace una reinterpretación de los enfoques clásicos de la pena como comunicación. Primero, analiza los orígenes de la pena entendida como censura, la que se enfrenta al instrumentalismo de la intervención preventiva. Luego, señala que el carácter comunicativo no debe limitarse a la pena como reacción del delito, sino que debe extenderse a este y también a la ley penal que nace de los procedimientos democráticos. Para finalizar, se analizan las contribuciones de Habermas a la teoría de los actos de habla. Estas se aplican a la estructura normativa subyacente a las relaciones intersubjetivas del derecho penal.

PALABRAS CLAVE Ley penal, comunicación, actos de habla, irrogación de un mal, discurso racional.

ABSTRACT The paper reinterprets classical approaches to punishment as communication. First, it analyses the origins of punishment understood as censorship, which is confronted with the instrumentalism of preventive intervention. Then, it points out that the communicative character should not be limited to punishment as a reaction to crime but should be extended to it and to the criminal law derived from democratic procedures. Finally, Habermas's contributions to the theory of speech acts are analysed. These are applied to the normative structure underlying the intersubjective relations of criminal law.

KEYWORDS Criminal law, communication, speech act, hard treatment, rational discourse.

Pena: Del instrumentalismo de bienestar al expresivismo moral

Cuando la concepción de la pena como censura formulada por Andreas von Hirsch fue publicada, atrayendo rápidamente una considerable atención, fue en el apogeo de una política criminal, que consideraba la pena como un instrumento para la realización de objetivos políticos. El objetivo más importante era, por supuesto, la prevención del delito. La política criminal preventiva fue parte de la agenda de reforma del Estado de bienestar de la mayoría de los países más ricos del mundo occidental durante la Guerra Fría (Garland y Duff, 1994: 112). Esta agenda concebía el derecho como una forma de instrumentalismo político, en el que la pena era una parte integral. Arraigada en una política más amplia de reforma social, que incluía medidas destinadas a enfrentar la desigualdad económica y a mejorar la situación de los más pobres mediante la redistribución de la riqueza y el apoyo estatal, uno de sus principales objetivos era la rehabilitación del infractor y la prevención del delito. La pena solo podía justificarse como un medio para alcanzar un fin, es decir, un fin políticamente justificado por el bien público consistente en aumentar el bienestar de la sociedad.¹

La articulación de la *pena como censura* fue concebida y ampliamente considerada como parte de una crítica general del instrumentalismo político-criminal, en particular de las medidas de prevención del delito simplistas o puramente simbólicas. Esta crítica se basa, principalmente, en razones morales y asume una concepción moral del derecho penal. Una de sus objeciones centrales es que el instrumentalismo político ignora la condición del perpetrador como persona moral (autónoma) y lo trata como un mero objeto de intervención preventiva, como un objeto de tratamiento de rehabilitación o de intervención policial, o como instrumento de medidas de seguridad pública a través de la pena; y, en general, como un medio para la realización de fines políticos en la legislación penal. Si bien el instrumentalismo político-criminal tenía sus méritos, en particular por derogar prohibiciones anticuadas e injustificables en el ámbito de los delitos contra la moral pública, era, al mismo tiempo, muy expansivo. No parecía haber ningún límite a la criminalización de cualquier comportamiento que se considerara, de alguna manera, peligroso y socialmente disfuncional; no había ninguna referencia a los valores morales esenciales, a una relación moral entre la víctima y el infractor, y al infractor como agente moral. ¿Por qué, por ejemplo, debería declararse delito el uso de información privilegiada en el mercado financiero (como se hizo en Alemania en 1994), cuando solo sirve a un bien colectivo como la eficiencia del mercado de valores, y cuando no hay una víctima real en una relación moral con el infractor? En consecuencia, una concepción y justificación *política* del

1. Para un análisis de esta larga tradición sobre la relación entre bienestar y pena, que comenzó alrededor de 1900, véase Garland (1985).

derecho penal se rechaza o se modifica por una concepción de *moralidad* política. Es rechazada en la medida en que se equipara con una visión instrumentalista de lo político en general.

Hacer justicia en lugar de perseguir objetivos políticos a través de la pena implica que el delito es considerado, principalmente, como una interacción moral entre personas morales y autónomas: el *infractor* como sujeto responsable y la *víctima* como sujeto moral, cuya autonomía e integridad es negada por el infractor. E incluye a un *tercero*, la sociedad: no como un agente colectivo cuyo bienestar público debe ser favorecido por la pena, sino como agentes morales que reciben un mensaje moral a través de la pena que recibe el infractor, «proveyéndoles una razón para desistir» (von Hirsch, 1993: 10). Además, la pena tiene que ser una reacción *proporcional* («*just deserts*»), que exprese una condena moral hasta el grado de «la reprochabilidad de la conducta», en lugar de una reacción que se elija por razones instrumentales, como un medio para realizar el objetivo político de la prevención (von Hirsch, 1993: 15 y ss.; von Hirsch, 1976; Hörnle, 1999). Su función expresiva es central porque separa la pena de cualquier otro propósito político que deba realizarse. Entendida como expresión o manifestación de la condena moral del infractor como agente responsable, dirigida al mismo tiempo a la víctima como persona moral que ha sido perjudicada por la falta del infractor, y también como expresión de la indignación y la desaprobación moral del delito por parte de terceros o de la sociedad, la pena puede mantenerse en pie por sí sola y no necesita ninguna otra justificación política.

El giro comunicativo

El giro del instrumentalismo *político* hacia el *expresivismo moral* de la pena se vincula, por supuesto, con una crítica general del instrumentalismo político del Estado de bienestar que se formuló por muchas razones diferentes. Aunque la política del Estado de bienestar se inauguró en beneficio de la sociedad para la materialización de la igualdad y la justicia social, y fue encauzada por una legislación democrática, existía una fuerte tendencia a tratar a los ciudadanos más como objetos de intervención que como sujetos o participantes. En consecuencia, los expertos desempeñaron un papel importante en todos los niveles, desde medidas legislativas hasta casos individuales, y la sociedad, en general, fue concebida como una entidad de regulación, dirección y control por parte del Estado y del sistema político. Al final de la Guerra Fría, la experiencia de empoderamiento de la sociedad civil pasó a considerarse cada vez más como un importante recurso de integración social. Los movimientos de derechos civiles fueron una parte de esta experiencia de solidaridad civil; otra parte, fue la lucha de las diferentes minorías por el reconocimiento de su identidad y por la igualdad de trato y respeto en una sociedad pluralista (Alexander, 2006: parte III). Como consecuencia de ello, los ciudadanos descubrieron esta dimensión de sus derechos

que los empoderaba, participando activamente en la autorganización de la sociedad en diferentes niveles y en diferentes áreas. Exigir razones y justificaciones en un procedimiento justo con participación igualitaria se convirtió en un fin en sí mismo, transformando así la estructura *top-down* de la política del Estado de bienestar. La participación podía exigirse y organizarse aumentando la comunicación tanto entre los miembros de la sociedad civil como entre el Estado y sus ciudadanos. De hecho, la integración social solo puede realizarse a través de la comunicación, en la que el ciudadano es considerado y tratado como una persona moral asumiendo la responsabilidad de sí mismo; esto se lograría tratándolo como un actor comunicativo.

Con respecto a la pena, el *giro comunicativo* de las sociedades modernas fue naturalmente ambivalente. Por un lado, condujo a un redescubrimiento del infractor como agente comunicativo, como persona que debía *responder* y ser tratada como *responsable* del delito que había cometido. El delito tiene que ser *censurado* porque esta reacción es adecuada entre miembros iguales de una comunidad moral que se tratan mutuamente como personas responsables. Strawson demostró que una actitud *reactiva*, que expresa resentimiento o indignación hacia otra persona por la vulneración de una norma moral, difiere de la actitud objetivadora que tomamos desde el punto de vista del observador cuando el infractor obviamente carece de capacidad de responsabilidad. Por otro lado, el giro comunicativo también condujo a un redescubrimiento de la víctima del delito como una persona moral con sus propias necesidades e intereses, que deben ser reconocidos por la reacción al delito. Si la justicia preventiva ignoraba la personalidad moral del infractor, hacía lo mismo con la víctima, que quedaba más o menos neutralizada y excluida de la justificación pública de la pena preventiva. El reconocimiento del infractor, como actor comunicativo, va de la mano del reconocimiento de la víctima como actor comunicativo en el sistema de justicia penal. Según David Garland (2001), la rehabilitación pública de la víctima era uno de los motivos más fuertes de la crítica al instrumentalismo del derecho penal del Estado de bienestar.²

Tener en cuenta el giro comunicativo, tratar al infractor y a la víctima como personas morales, implicaba tratarlos como actores comunicativos que pueden y tienen la obligación de responder, que tienen el derecho de solicitar justificaciones y la obligación de dar respuestas. En consecuencia, la pena debía cambiar de identidad. Pasó de ser una medida política, de ser un medio para un fin, a ser un mensaje moral, una expresión de censura; que debe ser transmitida al infractor, a la víctima y a la sociedad.

Como censura, la pena difiere de otros tipos de sanciones. Añade un elemento más al elemento visible de irrogación de un mal (*hard treatment*). Como Joel Fein-

2. También del papel desempeñado por los expertos en criminología cuya experticia fue rechazada debido a la diferente experiencia de los miembros de la sociedad civil.

berg (1994: 73, 80) señaló, sin este elemento adicional la pena no sería diferente de otros tipos de sanciones o impuestos. Este elemento adicional es comunicativo. Con la censura, la pena comienza a hablar, a decir algo. Obtiene un significado que debe ser articulado y puede ser expresado a través de un juicio. No lo hace pronunciando palabras y frases, sino mediante la ejecución de algo, mediante un mal irrogado. Los dos elementos constitutivos de la pena aparecen siempre juntos y siempre se experimentan a la vez, aunque puedan separarse conceptualmente: «Es el elemento comunicativo de la censura el que vincula la pena con el público» (Hörnle y von Hirsch, 1995: 261 y 266). Además, el elemento comunicativo tiene una justificación propia, que también difiere de la justificación de la irrogación de un mal: «La razón fundamental de la censura es la transmisión de un mensaje, mientras que otras razones mediadas comunicativamente tienen que ser presentadas para la irrogación de un mal» (Hörnle y von Hirsch, 1995: 267; von Hirsch, 1993: 9-10). Como ha señalado Antony Duff (2001: 79), ese mensaje debe ser concebido como una secuencia comunicativa en la que las personas a las que se *dirige* son tratadas como agentes racionales. ¿Pero qué significa que la pena y la censura se vuelvan comunicativas?

La pena como comunicación

La mayoría de los estudios sobre la pena como comunicación comienzan con su significado comunicativo. Como se ha mencionado, la pena se dirige al infractor como un agente responsable; de igual manera, a la víctima y a los demás miembros de la comunidad. La pena también les transmite a ellos un mensaje. Pero siempre forma parte de cualquier explicación estándar de la pena definirla como una respuesta *a un delito*. Como «respuesta», no solo se dirige al infractor, a la víctima y a la comunidad, sino que lo hace a causa del delito cometido por el infractor. Esto es verdad independientemente del objetivo o mensaje que se atribuya al mal irrogado. Ni siquiera las teorías preventivas de la pena niegan que la comisión de un delito es condición necesaria para la pena preventiva.

¿Pero cómo se refieren las teorías comunicativas de la pena al delito? ¿Es solo la causa, la ocasión para transmitir el mensaje de censura al infractor y a otras personas? Debe ser más que eso. El concepto de una censura que se dirige al infractor como agente responsable, sensible a la razón y capaz de deliberación, y que puede ser convencido por razones normativas de que su comportamiento fue incorrecto, se compromete con la perspectiva de que lo que hizo el infractor tiene también un significado comunicativo. Tratar al infractor y a la comunidad como agentes racionales y comunicativos que son responsables de sus actos, que pueden responder a la censura, lleva necesariamente a la conclusión de que el propio delito, en la medida que ha sido cometido por un agente racional y comunicativo, tiene también un sig-

nificado comunicativo.³ Así como la pena se dirige al infractor y envía un mensaje a él, a la comunidad y a la víctima, el *delito* también envía un mensaje a la víctima y a la sociedad. Tratar al infractor como agente racional y persona significa reconocer el delito como una acción comunicativa, cuya *respuesta comunicativa* es el acto comunicativo de censura (y/o pena).

Si el delito es en sí mismo comunicativo, hay dos tipos de reacciones posibles. Por supuesto, sería posible concebir una comunicación sobre el delito sin ninguna relación comunicativa con el infractor o su delito. La sociedad podría comunicar sobre ellos como comunica sobre otros asuntos del mundo objetivo. El delito y el infractor serían externos a las relaciones comunicativas entre los ciudadanos. Ellos comunicarían *sobre* el delito y el infractor, pero no se comunicarían *con* el infractor como agente responsable de su delito. En efecto, hay algunos casos en los que una sociedad hace esto y el delito es visto con una actitud objetiva o proposicional desde el punto de vista de un observador: por ejemplo, si una sociedad o su representante autorizado tiene que decidir qué hacer con un infractor peligroso que padece graves deficiencias y, por lo tanto, tiene que ser detenido; o cuando el delito es considerado como un efecto de una causa que puede ser estudiada empíricamente y remediada, por ejemplo, un problema de regulación social, de intervenciones de medio-fin destinadas a neutralizar la causa. Pero estos ejemplos de comunicación sobre el delito y el infractor no tienen ninguna relación interna con la pena. Solo conducen a intervenciones que se guían por observaciones e hipótesis científicas acerca de las relaciones causa-efecto. Si la pena ha de tener algún significado comunicativo, debe ser concebida como parte de una relación comunicativa con el infractor, es decir, como una respuesta comunicativa a un infractor por su delito.

¿Qué expresa el delito?

Por consiguiente, debería concebirse la pena-como-comunicación como parte de una secuencia comunicativa que ya comienza con el delito. Como acción comunicativa, la pena expresa algo a alguien a causa de un delito. Como respuesta, tiene que haber algo previo para lo cual es una respuesta. El delito y la pena se encuentran entonces en una relación comunicativa. El significado de la pena está relacionado con el significado del delito. El delito y la pena pueden pensarse como actos de habla que se refieren el uno al otro.

¿Pero cuál podría ser el significado del delito para el cual la pena es la respuesta? Obviamente, debe ser más que el significado de la acción volitiva que se califica como un delito. Se podría esbozar una analogía con una versión simple de una teoría del significado, según la cual el significado de una oración es la intención del hablante.

3. Para una interpretación del «delito como un ícono», véase Puppe (1999: 469, 473 y ss.).

Análogamente, el significado de un delito podría ser el propósito del infractor, por ejemplo, el fin que un agente quiere alcanzar moviendo su cuerpo de cierta manera, la razón que entregaría cuando se le preguntara por qué lo hizo. Pero considerado solo como una acción intencional, los movimientos del cuerpo son neutrales a la pregunta de si la acción es un delito o no. Si A mata intencionalmente a B, A podría perseguir algún fin con la acción (por ejemplo, obtener dinero), pero no es inherente a esa descripción si la acción de A es un delito. Como delito, una acción contiene un significado adicional; o, al menos, se le atribuye un significado adicional. Como delito, es una vulneración de una norma penal, una vulneración de intereses o bienes protegidos legalmente, un daño a otros que está legalmente prohibido. Por lo general, este no es el significado que le atribuye a la acción el propio infractor, salvo en casos excepcionales en que el infractor tiene como objetivo la vulneración de la ley *intentione recta*, como la desobediencia civil (con el objetivo adicional de defender la ley en general y protestar contra lo que considera una vulneración de la ley por el sistema político) o cuando los infractores actúan como terroristas. Si esto es efectivo, el problema es que ese significado adicional no puede atribuirse simplemente al infractor (Puppe, 1999: 474). El típico delito de robo o asesinato no se comete con la intención de cometer *un delito*, sino que ese estatus es atribuido por la víctima y por la sociedad a la acción del infractor.

Concepciones del delito como acción comunicativa pueden encontrarse entre las teorías retribucionistas, incluyendo quizá a Kant y Hegel. Aunque ninguno de ellos elaboró una teoría comunicativa de la pena en sentido estricto, conceptualizaron el delito y la pena como una secuencia estructurada por un significado más allá de la intención del infractor. Para ambos, el delito se niega a sí mismo debido a su significado: «Si ofendes a otro, te ofendes a ti mismo; si le robas a alguien algo, te robas a ti mismo; si lo golpeas, te golpeas a ti mismo; si lo matas, te matas a ti mismo» (Kant, 1975: A p. 198 (454)). De acuerdo con la ley de retribución, ¿qué significa «si le robas a otro, te robas a ti mismo»? El que roba vuelve insegura la propiedad de todos; se roba a sí mismo (según la ley de retribución) la seguridad de la propiedad (Kant, 1975: A p. 198 (454)). Esto suena como si la ley de retribución nos exigiera simplemente que le hagamos al infractor lo mismo que le hizo a la víctima. Pero la historia es más complicada que eso. La explicación de Kant le otorga a la ley de retribución un significado específico. La retribución no es un simple *ojo por ojo*. Funciona a través de la universalización. Si el robo hace que la propiedad sea insegura, significa que, con su acción de robar, el infractor niega la seguridad de la propiedad; del mismo modo, con una acción de matar vuelve la vida insegura. Hacer que la propiedad de la víctima individual sea insegura significa, por universalización, que la propiedad *de todos* se vuelve insegura. Y dado que el cuantificador «todos» incluye tanto al infractor como a la víctima y a todos los demás, la propiedad del infractor se vuelve insegura también. «Inseguro» significa que los derechos a la propiedad y a la vida carecen de

suficiente protección; como ocurre en el estado de la naturaleza, en el que cada individuo es responsable de su propia seguridad. No caracteriza un estado normativo, sino un estado de cosas *fáctico*. Una acción de robar o matar no niega el derecho a la propiedad o a la vida, sino que niega su seguridad, su protección fáctica contra su infracción. La pena entonces realiza la verdad de la declaración descriptiva de que la propiedad es insegura con referencia al infractor. Si el infractor niega la protección de los derechos, no estará protegido contra cualquier intrusión en sus propios derechos. ¿Pero por qué y cómo puede Kant interpretar la ley de retribución de esta manera? Porque el derecho penal es derecho público —se ejecuta públicamente y aquellos que no castigan un delito podrían ser considerados como partícipes de la «violación pública de la justicia» (Kant, 1975: A p. 199 (455))—, y porque el infractor es una persona. La pena articula el significado público implícito del acto criminal del infractor, que era, en sí mismo, comunicativo.

Hegel parece ser más preciso en este punto. Para él, no es que el delito sea una declaración normativa que deba ser falseada. Más bien, el argumento importante es que la pena tiene que negar el delito porque, de lo contrario, «se volvería válido» (Hegel, 2000: § 99). A diferencia de Kant, no se trata del efecto fáctico probable de que la propiedad se vuelva *insegura* si la vulneración de la ley de la propiedad a través del robo o el hurto quedara impune; que nadie confiaría ya en la validez de la ley de la propiedad y, por lo tanto, trataría de cuidar su propia seguridad. Para Hegel, la inseguridad de la propiedad es solo un efecto secundario de algo diferente que ocurre cuando se comete un acto de robo. Mientras que, para Kant, un delito individual de robo niega la validez de la ley de propiedad y, como consecuencia *fáctica*, vuelve insegura la propiedad para todos, Hegel enfatiza el punto *normativo* de que, mediante delito individual de robo, *se afirma una nueva norma*. Es la norma que se volvería válida si el robo no fuera castigado. De acuerdo con esta norma, la vulneración de la propiedad por el robo está permitida (Seelman, 1995: 88). Por supuesto, esta nueva norma es esencialmente *defectuosa*, sin embargo, es declarada por el infractor como una norma con pretensión de validez.

¿Pero por qué y cómo puede un solo infractor, que no es en absoluto un legislador autorizado, hacer una nueva ley? Hegel no dice mucho sobre esta cuestión. Por supuesto que se podría presumir que en el capítulo dedicado al delito en su *Filosofía del derecho* todo el mundo es legislador, porque en aquel estadio no existe todavía Estado o soberano establecido; no hay nadie que esté legítimamente autorizado para promulgar nuevas leyes. Es como en el estado de la naturaleza, donde, según Locke, todo el mundo tiene derecho a castigar cualquier trasgresión de la ley natural. Pero parece que para Hegel no es necesario que el infractor pueda hacer una nueva ley, que tenga la autoridad para promulgar un estatuto o pronunciar una norma según la cual se permita el robo. Es suficiente que el infractor haga una afirmación, realice un acto de habla que reclame ser reconocido como válido como cualquier otra afirmación o

imperativo que reclama ser verdadero o moralmente correcto. Como afirmación que plantea una pretensión de validez, debe ser tomada en serio: debe ser considerada como una acción comunicativa dirigida a otros con la pretensión de basarse en razones y en la responsabilidad de los compromisos que se desprenden por inferencia del enunciado. Hegel enlaza la validez de la declaración implícita, inherente en el acto delictivo a su «imputación subjetiva», con la voluntad del infractor: «que el delito se cometa sin vacilación alguna [...] que se haga *válido*»; el infractor lo comete «como *algo que es válido*» (Hegel, 2000: § 96 (añadido)). Ya que el infractor comete un delito como una persona autónoma que actúa de forma voluntaria, el acto puede convertirse en una declaración sobre la validez normativa. Esto queda claro en el § 100 de la *Filosofía del derecho*, donde Hegel dice que, dado que el actor actúa como una persona que razona, su acción es, en sí misma, razonamiento: es «algo universal», algo en virtud de lo cual «se postula una *ley* que él ha reconocido para sí mismo» (Hegel, 2000: § 100).

La validez normativa de esta ley postulada es, por supuesto, falsa, porque se contradice o se destruye a sí misma. Solo puede generalizarse como una declaración normativa razonable, como una ley que es válida para un número indeterminado de personas y casos, si se hace una sola excepción para el infractor. El robo estará prohibido a todos excepto el infractor; o, para decirlo de otra manera, el robo estará permitido al infractor, pero a nadie más. El asesinato estará permitido para el asesino, pero para nadie más. Como declaración normativa con una sola excepción o privilegio, la declaración normativa implícita en el delito es también autodestructiva por una segunda y más importante razón. La norma defectuosa niega la posibilidad del derecho (justicia) como tal. Como ha señalado Günther Jakobs, una ley de este tipo contradiría la definición de derecho («*Recht*») de Hegel en el § 26: que ser una persona y respetar a los demás como personas es la (única) base para concebir algo como derecho (Jakobs, 2004: 26, nota 135). La pena, de nuevo, lleva a cabo la autodestrucción de la norma mediante la irrogación del mal en el infractor.

Siguiendo presumiblemente a Hegel en este aspecto, Jakobs (1993: 9) ha explicitado la relación entre el delito y la pena como una secuencia comunicativa:

El comportamiento humano no es solo un suceso con efectos externos, sino que, en la medida en que un ser humano examina o es capaz de examinar los efectos de su comportamiento, este también *significa* algo, así como pronunciar un frase significa algo.

Jakobs también deja claro que esta comunicación no es afirmada como tal por el propio infractor —que el significado de su comportamiento no coincide necesariamente con el significado de un acto como es representado en la mente del infractor, por ejemplo, como su intención o conciencia de ilicitud—, sino que le es atribuida por la sociedad. Como tal, el significado no depende de la intención del infractor,

sino que solo presupone que es un agente responsable. Lo que se le imputa es que «considera su comportamiento como un diseño autoritario del mundo». Por ejemplo, un conductor ebrio «expresa con su comportamiento que, en esta situación específica, otras cosas son más importantes para él que tomar seriamente en cuenta la vida de los demás». Esto es lo contrario de la declaración normativa de la norma legal que prohíbe la conducción en estado de ebriedad, una objeción contra la norma legal articulada por el comportamiento. El comportamiento delictivo conlleva un mensaje que no puede ser ignorado.⁴ La pena, a su vez, es una objeción contra la vulneración de la norma, cuya validez se reafirma para que los ciudadanos puedan seguir confiando en esa norma al planificar sus vidas.

Si se toma en conjunto la interpretación de Kant, Hegel y Jakobs sobre el mensaje que transmite el delito, resulta que el argumento de la autodestrucción de la norma implícitamente propuesta, y la autocontradicción del infractor que quiere obtener las ventajas de una ley que niega con su delito, funciona solo porque la legitimidad de un orden normativo general, de alguna manera, ya se presupone. Tanto el infractor como la víctima y la sociedad en su conjunto habitan en un orden normativo ya aceptado e inteligible para todos. Pero si eso es correcto, el mensaje del delito puede ser negado sin ninguna comunicación real. O bien, la pena tiene lugar en el *interior* del infractor por su propia contradicción —simplemente materializa la comunicación interna del infractor consigo mismo acerca de la contradicción de las dos normas que quiere proponer simultáneamente—, o bien, tiene lugar en el interior de la sociedad que reafirma la validez de su orden normativo y reintegra a sus miembros en él castigando al infractor. Aquí, la sociedad se comunica consigo misma y el infractor solo es confrontado con la ley.⁵ *La ley no habla*. Sin embargo, si se toma en serio el delito y la pena como comunicación, hay que incluir la ley en la secuencia comunicativa y examinar más de cerca su papel comunicativo dentro de esta secuencia.

¿Qué expresa la ley penal?

Como ha demostrado la explicación del significado comunicativo de la pena por parte de Kant, Hegel y Jakobs, tenemos que empezar la secuencia comunicativa no solo con el delito, sino ya con la *ley penal*, que prohíbe una determinada conducta humana y la define como un delito. ¿Pero por qué, cómo y a quién le habla la ley penal? ¿Y cómo se relaciona su mensaje con el mensaje que transmite la pena? Según Kant y Hegel, la ley no habla porque ya se encuentra presente como la voluntad razonable y general. Según Jakobs, no habla porque ya está presente como la estructura normativa de una

4. Interpretando la teoría de Jakobs, Hörnle (2011: 30).

5. Una objeción similar contra las teorías comunicativas de la pena «orientadas hacia las normas» la realiza Hörnle (2011: 30 y ss.).

sociedad funcionalmente diferenciada. Por el contrario, Antony Duff (2001: 80 y ss.) ha señalado que la secuencia comunicativa comienza con la ley penal: «Al reclamar autoridad sobre los ciudadanos, afirma que hay buenas razones para ellos, arraigadas en los valores de la comunidad, para que eviten tales males [...] Habla a los ciudadanos como miembros de la comunidad normativa» (Duff, 2001: 80). El énfasis de Duff en las razones marca una diferencia con los autores recién mencionados porque las razones se dirigen generalmente a personas que son capaces de comprenderlas y de deliberar con base en ellas y en torno a ellas. Por supuesto, la ley penal es una razón normativa autoritativa y, por lo tanto, es excluyente con respecto a otras razones que el destinatario pueda tener en mente, en particular las razones que favorecen la acción prohibida.⁶ Pero como autoridad legítima, la ley penal reclama una justificación con respecto a los valores y principios de la comunidad normativa. Los miembros de una comunidad normativa pueden reclamar que las razones jurídicas están justificadas por los valores de la comunidad y que tienen derecho a cuestionarlas cuando no existe ninguna justificación o esta es defectuosa. Por eso, la ley penal puede *hablar*; por eso puede hablarles *a ellos* y no solo habla sobre ellos. Toma en serio a sus destinatarios como personas deliberantes que responden a razones y que orientan sus intenciones y su comportamiento según razones (Günther, 1995; Günther, 1999: 83). Por supuesto, esto se manifiesta solo en un procedimiento democrático de legislación en el que cada ciudadano tiene derecho a participar. Los ciudadanos se consideran —y se entienden a sí mismos— como colegisladores que participan en la deliberación pública sobre la justificación de su derecho penal. Por lo tanto, tienen derecho a reclamar que una ley penal válida esté justificada por razones, siempre y cuando no se presente una nueva razón en contra dentro del procedimiento público de legislación.

Tatjana Hörnle (2011: 30 y ss.) ha rechazado las «teorías expresivas de la pena orientadas hacia las normas» como la propuesta por Jakobs, con el argumento de que tratan la norma jurídica y su validez como un fin en sí mismo; representando al Estado o algún interés generalizado, desvinculado de los intereses individuales de los ciudadanos y, en particular, de la víctima. De acuerdo con esta interpretación, la pena que comunica la validez de la norma tiene una función meramente estabilizadora de las expectativas mutuas de comportamiento y de aumentar la seguridad de los derechos y los bienes *en general*. Pero esta no es la crítica crucial. En una democracia, las normas jurídicas son el resultado de un proceso legítimo de deliberación e inclusión, en el que cada ciudadano tiene el derecho y la posibilidad de participar a través de la esfera pública de la sociedad civil, a través del derecho a la libertad de expresión e información, y del derecho a votar por los miembros del parlamento (en una democracia representativa). La norma jurídica es, entonces, una manifestación de la autonomía política, y representa una autocomprensión republicana. No se trata

6. Sobre el papel y la función de las razones excluyentes, véase Raz (2009: 3 y ss.).

de una voluntad generalizada vista desde la nada, desvinculada de los intereses reales de los ciudadanos individuales, sino del resultado de una deliberación pública sobre intereses.

Cuando esta ley penal justificada se infringe, significa que el infractor rechaza las razones para la ley. Pero, en lugar de presentar su propia razón en contra de la ley en un procedimiento democrático de legislación, expresa su disenso cometiendo un delito. Además, el infractor niega a la víctima su condición de colegisladora, a quien hay que convencer por medio de razones en un procedimiento deliberativo y no por medio del daño cometido en su contra. La pena puede considerarse, entonces, como un rechazo manifiesto de las razones del infractor para negar la ley, reforzando así las razones que justifican el derecho penal en un procedimiento legislativo democrático, justo e inclusivo. En este sentido, la pena se dirige al infractor como una persona razonable y responsable. Lo mismo hace con la víctima y con los demás ciudadanos. Desde este punto de vista, la secuencia comunicativa se extiende a la ley penal, al delito y a la pena. En la medida en que se basa en razones justificantes, podría incluso hablarse de un ciclo: la pena comunica al infractor, a la víctima y a la sociedad las razones justificantes de la legislación y las razones injustificadas del infractor.

¿Por qué irrogación de un mal?

Si el ciclo comunicativo de la ley penal, el delito y la pena se completa, surge la pregunta evidente de por qué es necesaria la irrogación del mal, el otro elemento de la pena. Si el significado comunicativo de la pena puede hacerse completamente explícito por el ciclo comunicativo, ¿por qué es necesario añadir otra cosa, encerrar al infractor en la cárcel o quitarle su dinero? ¿Qué puede lograr la irrogación del mal que no puede hacerse con la realización explícita de la acción comunicativa? Como pregunta Duff (2001: 82; Puppe, 1999: 475).

Pero la censura puede expresarse mediante una condena formal o mediante una pena puramente simbólica que grava al infractor solo en la medida en que toma en serio su mensaje de censura. ¿Por qué entonces debemos expresarla a través de las clases de penas severas que nuestro sistema penal actual impone, penas que son graves o dolorosas independientemente de su contenido comunicativo?

Dos respuestas diferentes a esta pregunta pueden distinguirse. La primera admite que el significado de la pena puede hacerse plenamente explícito y realizarse mediante una acción comunicativa, y que la irrogación del mal es —en el mejor de los casos— una clase diferente de reacción al delito y al infractor, que es independiente del significado comunicativo y persigue un propósito diferente, por ejemplo, la disuasión (von Hirsch, 1993: 12). La segunda respuesta afirma que el significado de la pena no puede ser completamente explícito sin un mal irrogado, que la realización de la acción comunicativa es incompleta sin algún comportamiento extralingüístico.

Esta segunda línea de pensamiento se encuentra en escritores como Jakobs (2008: 33 y ss.), para quienes la comunicación de la validez de la norma a través de la pena necesita una «salvaguardia cognitiva de la validez de la norma». De manera similar, Duff (2001: 82 y ss.) ha sugerido que la comunicación de la censura debe ir seguida de una «comunicación intencional» con el infractor, quien asume una carga sobre sí mismo, mediante la cual él puede hacer explícito que entiende el mensaje comunicativo, como un procedimiento de mediación entre la víctima y el infractor o diferentes tipos de servicios comunitarios.

Hörnle (2011: 42) también afirma que la comunicación de la censura necesita un «soporte simbólico» a través de un mal irrogado porque, de lo contrario, no habría una escala cuantificable para hacer diferencias que sean proporcionales al grado de injusticia. Aunque el argumento a favor de la nivelación de los diferentes grados de injusto y responsabilidad penal es convincente, no es obvio que la irrogación del mal sea un medio necesario para dicha nivelación; sigue siendo una cuestión abierta si la irrogación del mal es el único medio para proponer una escala que sea capaz de expresar los diferentes grados de injusto y responsabilidad penal. Así, se podría imaginar una escala análoga a aquella basada en los años de prisión o en diferentes sumas de dinero que sirva también para traducir los diferentes grados de injusto y responsabilidad penal. Por ejemplo, «A es condenado por robo con grado 3 (dentro de una escala de 0,1 a 5)». Si tal escala es reconocida y aceptada dentro de una comunidad como la medida para expresar los diferentes grados de gravedad del delito, no necesitaríamos añadir otras acciones como el encarcelamiento o la multa con el mismo propósito.

Pero el problema más importante es que la comunicación y el mal irrogado —al menos como se practican en la mayoría de las sociedades en la actualidad, a través del encarcelamiento— son, en cierto modo, mutuamente excluyentes. Suena extraño enfatizar el significado comunicativo de la pena por un lado y hacer exactamente lo contrario mediante la irrogación de un mal por el otro. Mientras que la comunicación es inclusiva, respeta y trata al infractor como una persona responsable con derecho a justificación, el mal irrogado es siempre excluyente. Esto es manifiesto en el encarcelamiento. El encarcelamiento es, por definición, una exclusión social no comunicativa del preso, que instala al infractor en una situación en la que nadie se comunica con él y en la que no se permite a nadie comunicarse con él, excepto las comunicaciones residuales con guardias de prisión y la comunicación restringida y supervisada durante un tiempo limitado con algunos parientes o por carta; o la limitada comunicación con un abogado. Si se toma en serio el mensaje comunicativo de la pena con respecto al infractor, se produce una paradoja. El mensaje comunicativo es que el infractor merece que se le prive de las oportunidades de comunicación. Así, la pena es una acción comunicativa de no comunicación. Trata al infractor como un agente comunicativo durante el tiempo que sea necesario para transmitir el mensaje

comunicativo; después de eso, la comunicación termina junto con el reconocimiento del prisionero como agente comunicativo.

Comunicación como acción

Es bastante sorprendente que la mayoría de los autores que enfatizan el significado comunicativo de la pena no consideren la comunicación como una clase de acción en sí misma, como algo que puede sostenerse por sí mismo como una acción. Por lo general, el mal irrogado se considera, o bien, un medio para transferir el contenido proposicional de la pena —el mensaje moral de la censura—, o bien, si se separa el mal irrogado del mensaje moral, se considera que la expresión pura del mensaje es algo deficiente, algo que carece de un elemento importante. De acuerdo con este último punto de vista, sin un mal irrogado la expresión pura se reduciría a una simple declaración de palabras que no son tomadas en serio, ni por la víctima, ni por la sociedad, ni por el infractor. Esto es incluso cierto para teorías expresivas como la de von Hirsch, según la cual el mal irrogado puede ser justificado por el fin de la disuasión, como una adición a la censura justificada separadamente. ¿Pero es verdadero cualquiera de los dos puntos de vista? ¿Y si la expresión del mensaje moral de censura fuera, ya por sí mismo, una especie de acción y, como tal, sería, por sí mismo, una forma de *mal* hacia el infractor? ¿Y si dicha expresión ya estuviese incorporada en una relación comunicativa entre el infractor, la víctima y la sociedad que podría hacerse explícita?

Una posible interpretación de la comunicación como acción es la que proporciona la teoría de los actos de habla (Austin, 1962; Searle, 1969). Como señala la hipótesis central de John Searle: «hablar un idioma es participar en una forma de comportamiento gobernado por reglas. Para expresarlo de manera más rápida, hablar es realizar actos conforme a reglas» (Austin, 1962: 5; Searle, 1969: 22). Esta interpretación de la comunicación como acción no niega que la acción comunicativa suele ir acompañada de acciones extralingüísticas que obtienen su significado por una relación interpretativa con un acto de habla. Hörnle tiene razón al afirmar que los elogios y el reconocimiento suelen ir acompañados de un regalo, como el dinero, y que lo mismo es cierto para el reproche y la censura con respecto al mal irrogado. Pero esta relación es contingente y convencional. Pues, otras situaciones (u otras culturas), en las que elogiar a alguien no va acompañado de un regalo, donde el acto de alabar a alguien es en sí mismo suficiente, son fácilmente imaginables. Depende, entre otras cosas, de las formas y maneras de evaluar, ver, experimentar y recibir un acto de elogio. También es cierto que, particularmente en el derecho, un acto de habla con significado jurídico suele estar relacionado con una acción simbólica. Pero también se puede observar que, en muchos casos, un soporte simbólico se hace cada vez más innecesario. Por ejemplo, en el derecho contractual, en el derecho romano y en el *common law* se exige

siempre un acto simbólico para que una promesa constituya una obligación contractual. Pero desde Grocio y Savigny, la promesa en sí misma se reconoce cada vez más como la fuente de la obligación debido a su carácter performativo. Entonces, ¿por qué no pensar en la historia de la pena como un desarrollo en el que el mal irrogado se hace cada vez más innecesario para la transmisión del mensaje?

Para profundizar en el aspecto comunicativo distintivo de la pena, puede ser útil tomar algunas ideas de las teorías de actos de habla (Hamel, 2009). Según estas teorías, la acción comunicativa puede analizarse en tres niveles. El acto formal (*locucionario*) es generalmente el acto de pronunciar la frase en sí. Comunica el contenido proposicional superficial de la declaración. Este acto debe distinguirse del *acto ilocucionario*, que se refiere a la *fuerza ilocucionaria* del acto locucionario —su significado real e intencional—; y del *efecto perlocucionario* del acto, que se refiere al efecto real del acto (sea o no intencional).⁷ Lo más importante para comprender la naturaleza del acto de habla como acción es el acto y su fuerza ilocucionarios, ya que esto identifica lo que un hablante hace intencionalmente al pronunciar una oración con contenido proposicional: es el propósito inherente al acto y que se puede realizar al emitir el acto de habla. Esto es más evidente con los actos ilocucionarios explícitos que utilizan verbos performativos, como «prometo». El acto ilocucionario cumple las reglas que son constitutivas de la promesa, de modo que el hablante pretende que su declaración sea una promesa y el oyente la entiende como tal. Como acción cambia el mundo, específicamente el mundo social (y moral) del hablante y del oyente. Al emitir una promesa, el hablante se compromete en su relación social con el oyente a hacer lo que ha prometido. Este efecto constitutivo del acto ilocucionario de prometer es independiente de todos los efectos adicionales que el compromiso también puede causar en el mundo social. Si el oyente —o terceros— comprende correctamente la declaración del hablante como una promesa, esto puede generar ciertos efectos adicionales, como emociones de agrado, confianza o un motivo para otras acciones del oyente. Estos efectos —perlocucionarios— pueden ser también deseados por el hablante, pero son incidentales y no inherentes a la fuerza ilocucionaria. Un hablante puede tener varios propósitos para hacer una promesa, pero estos propósitos (ulteriores) no son relevantes para la cuestión de si el acto locucionario *es* (o no) en sí mismo una promesa *qua* acto ilocucionario.

En casos como el de la promesa, la fuerza ilocucionaria de los actos de habla puede depender de la existencia de reglas extralingüísticas. La pronunciación de la palabra «¡sí!» como respuesta a la pregunta del celebrante de si el contrayente se casaría con su pareja, puede contar como un matrimonio válido solo cuando ya exista un

7. Por ejemplo, el acto locucionario de decir: «hay un hombre detrás de ti con un arma» puede tener la fuerza ilocucionaria de una advertencia de no moverse y el efecto perlocucionario de hacer que el destinatario se dé vuelta.

sistema de normas acerca de la institución legal del matrimonio y cuando sea reconocido intersubjetivamente por la intención colectiva de los miembros del grupo. El matrimonio es un hecho social *institucional* constituido por normas; como institución, consiste en un «sistema de normas constitutivas» (Searle, 1969: 51). Los hechos institucionales pueden generarse mediante *actos de habla declarativos*; con ellos, un hablante puede declarar que el hecho *x cuenta como y* dentro de un determinado contexto (que estará constituido por otros hechos institucionales). *Y* es un nuevo estatus y función de *x*, que consiste en una atribución y reconocimiento colectivo. La relación social entre A y B puede contar como un matrimonio cuando el celebrante y los contrayentes, en presencia del primero, realizan las declaraciones performativas requeridas de acuerdo con un sistema preexistente de normas (jurídicas). Siguiendo una sugerencia anterior de Searle, Roman Hamel ha sugerido analizar la sentencia del juicio penal como un acto de habla declarativo y considerar que *esto* es el significado comunicativo nuclear de la pena. Con su ejecución, Hamel (2009: 128, 152-153) dice que la realidad institucional cambia en dos dimensiones: la emisión del veredicto reconstituye y reafirma la validez de la norma vulnerada por el infractor y censura el acto delictivo individual, como se ha adjudicado legalmente, desde un punto de vista general y público. En ambas dimensiones, una realidad institucional nueva es creada.

Pero el cuadro de Hamel está incompleto. Al emitir un acto de habla, se establece una relación intersubjetiva por la fuerza ilocucionaria entre el hablante y el oyente. Esta relación va más allá de la relación normativa particular que se crea constitutivamente al emitir un acto de habla de acuerdo con normas institucionales específicas. Como ha demostrado Habermas (1981: 391, 395), la fuerza ilocucionaria de un acto de habla está relacionada con la comprensión mutua del hablante y el oyente cuando el acto ilocucionario se efectúa sinceramente, sin reservas. Ciertamente, en el caso de un acto de promesa (exitoso), esa promesa se entiende y acepta como la creación de una vinculación específica entre el hablante y el oyente con respecto al contenido proposicional de la promesa. Pero lo más importante para Habermas es que la fuerza ilocucionaria genera siempre un efecto vinculante más amplio, de carácter diferente y más general, entre el hablante y el oyente *debido a su propósito consistente en que el acto de habla sea comprendido y aceptado*.

Este efecto vinculante general difiere del efecto específico de un acto de habla que se relaciona con hechos institucionales, como una promesa; y es un rasgo esencial de todo tipo de actos de habla ilocucionarios que se realizan con sinceridad. El efecto vinculante general puede revelarse, en ocasiones, por un rechazo o crítica del acto ilocucionario por parte del oyente. En caso de desacuerdo, el hablante está obligado a dar razones para apoyar lo que dijo y, por otra parte, el oyente está obligado a dar razones para su disenso. De esta manera, puede establecerse una aceptación o consenso entre el hablante y el oyente, que surge de un discurso racional entre ambos. El discurso es, en sí mismo, una secuencia de interacción comunicativa, y el consen-

so genera más efectos vinculantes para el hablante y el oyente debido a sus posibles inferencias y compromisos.

Por consiguiente, podría decirse que un hablante eleva una *pretensión* al realizar un acto de discurso con sinceridad, una pretensión dirigida a su aceptación por razones. El tipo de razones que se dan y se exigen a los partícipes de un discurso depende, a su vez, de la naturaleza de cualquier desacuerdo resultante. Habermas distingue *tres* cuestiones diferentes con respecto al desacuerdo: la *veracidad* del contenido proposicional, así como de las aseveraciones implícitas y supuestas sobre los hechos contextuales del acto de habla; la *exactitud* del contenido normativo explícito o contextual del acto de habla; y la *sinceridad* y autenticidad de la emisión del acto de habla por parte del hablante. Así, lo que el hablante afirma mediante la emisión del acto de habla ilocucionario es que su componente asertivo es veraz, que su componente normativo es correcto y que su componente subjetivo es sincero. Estas *pretensiones de validez* son impugnadas y confirmadas a través del razonamiento, por el hablante, el oyente y — porque dependen de la razón y en esa medida son generales— por cualquier tercero. Al elevar esas pretensiones de validez con el componente ilocucionario de su acto de habla, el hablante está obligado a justificar su veracidad, corrección y sinceridad en caso de que su pretensión sea impugnada por el oyente o cualquier otra persona.

Si se tiene en cuenta esta interpretación ampliada del significado ilocucionario, resulta evidente que, con independencia de que contenga o no elementos performativos como los que prevé Hamel, la acción comunicativa siempre está incorporada en un contexto intersubjetivo que tiene una estructura normativa. La estructura normativa se hace explícita en caso de impugnación, cuando se rechaza una pretensión de validez y el oyente y el hablante exigen razones. Las razones y justificaciones siempre se encuentran en un segundo plano cuando un acto de habla se realiza con sinceridad. Una parte importante de esta estructura normativa es que el hablante y el oyente están obligados a tratarse mutuamente como *personas* que tienen *derecho* a disentir, a exigir razones; y la *obligación* de dar razones. Esta relación normativa y social está constituida por la fuerza ilocucionaria del acto de habla.

Nuevamente: La pena como comunicación

Esta interpretación permite un nuevo enfoque del significado comunicativo de la pena, uno que no depende tanto de la clasificación de la censura como un acto declarativo. Lo importante es que la censura, como acto de habla, eleva una pretensión de validez que remite a un orden normativo válido, cuya legitimidad puede ser justificada por razones en un discurso racional. Se refiere al orden normativo, al sistema de normas jurídicas, a la víctima y al infractor.

Desde este punto de vista, se puede ver que tanto el delito como su respuesta deben ser entendidos de manera comunicativa. En un escenario democrático y repu-

blicano, en el que las normas jurídicas se legitiman en un proceso público e inclusivo de deliberación e impugnación, los ciudadanos son considerados y se consideran a sí mismos como actores comunicativos. Tal escenario institucionaliza la estructura normativa de la relación intersubjetiva entre el hablante y el oyente con respecto al derecho y la política. Los ciudadanos se consideran, tratan y entienden a sí mismos como seres racionales que formulan afirmaciones, que dan y reciben razones, que interpretan sus actos como significativos y de autoría propia, y que son capaces de tener en cuenta las razones al momento de planificar y ejecutar una acción. Por esta razón pueden ser considerados como colegisladores. Al mismo tiempo, fundamenta el significado público del delito. Y esta es la razón por la que Hegel pudo afirmar que, al cometer un delito, el infractor propone una nueva norma. Descansa en el concepto de agente responsable: «El derecho democrático debe descansar en creencias sobre las cualidades civiles de los agentes; se centra, de hecho, en los motivos, en los supuestos culturales sobre la agencia, la comprensión y la responsabilidad» (Alexander, 2006: 178).

Adicionalmente, no es el acto de castigarse a sí mismo el que, de alguna manera, introduce un nuevo significado o mensaje que podría hacerse explícito de forma independiente, ser traducido y pronunciado. El procedimiento penal es ya un proceso comunicativo. Y su fin, la *sentencia*, es un acto esencialmente comunicativo (Schork, 2005). Cumple con los requisitos de una sociedad integrada comunicacionalmente: es pública y ajustada a razones. Por supuesto, la sentencia está institucionalmente relacionada con el mal irrogado, y este obtiene su significado a través de una interpretación que se relaciona con la sentencia. Pero esta relación no significa que ambos deban ser necesariamente considerados y tratados como una unidad. Deben ser tratados por separado.⁸

Con respecto al *infractor*, el mensaje comunicativo es doble. Como ha sido sugerido por von Hirsch y otros que proponen una interpretación comunicativa de la pena, una parte del significado que se transmite al infractor es que lo que hizo es *incorrecto*. Pero esta pura declaración no es suficiente. La norma no se presenta al infractor como algo que tiene que dar por sentado. Debido a que la sentencia, como acto de habla, se realiza en una relación intersubjetiva con una estructura normativa basada en razones y justificaciones, la pretensión de la sentencia de que el delito es algo incorrecto puede ser justificada por razones. Además, en una sociedad democrática puede interpretarse la vulneración de la propia norma como una declaración normativa, una expresión de disenso con la norma válida.

Pero aquí está el *quid* de la cuestión. La expresión de disenso del infractor no se articuló a través de los procedimientos de deliberación pública de la esfera pública de la sociedad civil, aunque tenía derecho —en ese foro— a proponer una derogación

8. Considero que este es el error de Hamel (2009), quien siempre habla de la sentencia y de la pena.

de la norma válida. Como declaración de disenso, el acto transgresor de la norma del infractor es rechazado legítimamente por ser incorrecto. El infractor no se dirigió al otro ciudadano —la víctima— como un actor comunicativo, como un participante en igualdad de condiciones en el discurso público, sino que negó su estatus. En consecuencia, el infractor no es considerado como un legislador. Tiene que soportar la carga de ser obligado a un procedimiento judicial que lo trata como persona, como agente responsable, pero solo en lo que respecta a su papel de destinatario de la norma, no como su coautor.

Reconocimiento

Este artículo fue publicado originalmente en inglés en 2014 como «Criminal law, crime and punishment as communication», y está publicado en A.P. Simester, Antje du Bois Pedain y Ulfrid Neumann (editores), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch* (pp. 123-140), Oxford: Hart Publishing. Esta traducción es de Francisco Acosta Joerges, LLM, doctorando en Derecho en la Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Referencias

- ALEXANDER, Jeffrey (2006). *The civil sphere*. Oxford: Oxford University Press.
- AUSTIN, J.L. (1962). *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press.
- DUFF, R.A. (2001). *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press.
- FEINBERG, Joel (1994). «The expressive function of punishment». En R.A. Duff y David Garland (editores), *A reader on punishment* (pp. 71-91). Oxford: Oxford University Press.
- GARLAND, David (1985). *Punishment and welfare*. Aldershot: Ashgate.
- . (2001). *The culture of control*. Oxford: Oxford University Press.
- GARLAND, David y R.A. Duff (1994). «Preface: A. von Hirsch, censure and proportionality». En R.A. Duff y David Garland (editores), *A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press.
- GÜNTHER, Klaus (1995). *Schuld und kommunikative Freiheit*. Fráncfort del Meno: Klostermann.
- . (1999). «Welchen personenbegriff braucht die diskurstheorie des rechts? Überlegungen zum internen zusammenhang zwischen deliberativer person, staatsbürger und rechtsperson». En H. Brunkhorst y P. Niesen (editores), *Das Recht der Republik* (pp. 83-104). Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- HABERMAS, Jürgen (1981). *Theorie des kommunikativen Handelns*. Tomo I. Fráncfort del Meno: Suhrkamp.

- HAMEL, Roman (2009). *Strafen als sprechakt: Die bedeutung der strafe für das opfer*. Berlín: Duncker & Humblot.
- HEGEL, G.W.F. (2000). *Grundlinien der philosophie des rechts*. 6.ª ed. Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- HÖRNLE, Tatjana (1999). *Tatproportionale strafzumessung*. Berlín: Duncker & Humblot.
- . (2011). *Straftheorien*. Tubinga: Mohr Siebeck.
- HÖRNLE, Tatjana y Andrew von Hirsch (1995). «Positive generalprävention und Tadel». *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 142: 261, 266.
- JAKOBS, Günther (1993). *Strafrecht allgemeiner Teil: Die grundlagen und die zurechnungslehre*. 2.ª ed. Berlín y Nueva York: de Gruyter.
- JAKOBS, Günther (2004). *Staatliche strafe: Bedeutung und zweck*. Paderborn: Schöningh.
- . (2008). *Rechtswang und personalität*. Paderborn: Schöningh.
- KANT, Immanuel (1975). *Metaphysik der sitten, rechtslehre: I. Kant, schriften zur ethik und religionsphilosophie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- PUPPE, Ingeborg (1999). «Strafrecht als kommunikation-Leistungen und gefahren eines neuen paradigmas in der strafrechtsdogmatik». En E. Samson, F. Dencker, P. Frisch, H. Frister y W. Reiß (editores), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebenzigsten geburtstag* (pp. 469-494). Baden-Baden: Nomos.
- RAZ, Joseph (2009). *The authority of law*. 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- SCHORK, Stefanie (2005). *Ausgesprochen schuldig-dogmatische und metadogmatische untersuchungen zum Schuldspruch*. Fráncfort del Meno: Peter Lang.
- SEARLE, John (1969). *Speech acts: An essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SEELMANN, Kurt (1995). *Anerkennungsverlust und selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien*. Friburgo y Múnich: Alber.
- VON HIRSCH, Andrew (1976). *Doing justice: The choice of punishments*. Nueva York: Hill and Wang.
- . (1993). *Censure and sanctions*. Oxford: Oxford University Press.

Sobre el autor

KLAUS GÜNTHER es profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Teoría del Derecho en la Goethe-Universität Frankfurt am Main y co-speaker del Centro de Investigación «Normative Ordnungen». Su correo electrónico es k.guenther@jur.uni-frankfurt.de.

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)