

---

# El derecho penal y la significación moral de la pena en John Finnis

*Criminal Law and the Moral Role of Punishment in John Finnis*

Carlos PÉREZ DEL VALLE

Universidad CEU San Pablo

<http://orcid.org/0000-0001-8412-0656>

RECIBIDO: 27/10/2020 / ACEPTADO: 01/12/2020

---

**Resumen:** Aunque la teoría de la pena no es un aspecto central en *Natural Law and Natural Rights*, Finnis desarrolla allí los presupuestos de una visión propia de la función del derecho penal. Si estos presupuestos se integran con otros trabajos de Finnis, en los que explícitamente ha defendido la idea de la pena como retribución, es posible mostrar un cuadro que permite explicar los aspectos fundamentales del Derecho penal. Esta visión de una pena como retribución en el centro de un sistema penal sujeto a exigencias de justicia derivadas de la ley natural constituye una solución plausible. Es necesario, tan sólo, mostrar cuáles son las exigencias de la pena como consecuencia de una imputación justa y determinar hasta qué punto la ley natural condiciona las estipulaciones de un sistema penal concreto.

**Palabras clave:** Pena, retribución, derecho natural, ley natural, derecho penal, significación moral, justicia.

**Abstract:** Although the theory of punishment is not a central issue in *Natural Law and Natural Rights*, Finnis develops there the principles of his own vision of the function of criminal law. If these assumptions are integrated with other works by Finnis in which he has explicitly defended the idea of punishment as retribution it is possible to show a table that allows to explain the fundamental aspects of criminal law. This vision of a penalty as retribution as the heart of a penal system determined by demands of justice derived from natural law constitutes a plausible solution. It is only necessary to show the requirements of the punishment consequent to a fair imputation, and determine to what extent natural law conditions the stipulations of a specific penal system.

**Keywords:** Punishment, retribution, natural law, criminal law, moral role, justice,

## I. INTRODUCCIÓN

En el prólogo de *Natural Law and Natural Rights*, John Finnis indica que su libro es sólo introductorio, y que «incontables materias han sido tratadas sólo someramente o en suma pasadas por alto»<sup>1</sup>. No sucede esto con la pena y el derecho penal, y es razonable que sea así: su propuesta explicativa aparece como un aspecto central cuando fundamenta la fuerza coercitiva del derecho (Law and Coercion) en el capítulo X (Law). Ciertamente, Finnis

---

<sup>1</sup> FINNIS, J., «Preface», *Natural Law and Natural Rights*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. v.

había tratado la cuestión en dos trabajos dedicados exclusivamente al derecho penal<sup>2</sup>, y desarrolló esta propuesta años después de la publicación de *Natural Law and Natural Rights*<sup>3</sup>. Una propuesta en la línea de la retribución no era, todavía en aquellos primeros momentos de crisis de las teorías de la prevención, tan frecuente<sup>4</sup>, y tal vez por ello la explicación de Finnis no ha tenido difusión entre los penalistas, pese a que su perspectiva del retributivismo constituye, como reconoce Matthew Kramer, una sólida reflexión sobre la significación moral de la pena<sup>5</sup>. Este aspecto es siempre central: la pena, entendida como una sanción asociada a la violación de normas jurídicas, ha sido siempre una preocupante cuestión moral<sup>6</sup>. Pero este relieve moral se acentúa cuando se trata de discutir sobre la retribución: la retribución se defiende, con frecuencia, como una exigencia moral; y es criticada, también, porque una fundamentación absoluta de la pena se entiende como inmoral.

Mi propósito en este trabajo es mostrar que la tesis de Finnis se asienta en una justificación moral de la pena y permite rechazar los argumentos tradicionales frente a las teorías de la retribución. Pero este objetivo no

<sup>2</sup> FINNIS, J., «Hart's Philosophy of Punishment», *Human Rights & Common Good-Collected Essays. Vol. III*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 155 y ss.

<sup>3</sup> FINNIS, J., «The Restoration of Retribution», *Human Rights & Common Good, op. cit.*, pp. 161 y ss; FINNIS, J., «Retribution: Punishment's Formative Aim», *Human Rights & Common Good, op. cit.*, pp. 167 y ss.

<sup>4</sup> Sobre la doctrina en lengua inglesa, el título de un artículo de Armstrong sobre la cuestión («El retributivista contraataca»), que inicia con una referencia al desprestigio de las teorías retributivas en el pensamiento filosófico británico, anticipa una tendencia distinta ya en 1961 (ARMSTRONG, K.G., «The Retributivist Hits Back», *Mind*, New Series, vol. 70, n. 280, oct. 1961, pp. 471 y ss). No obstante, en 1979 John Cottingham diferencia hasta nueve tipos de teorías de la retribución (COTTINGHAM, J., «Varieties of Retribution», *The Philosophical Quarterly*, vol. 29, n. 116. (Julio 1979), pp. 238 y ss. Aunque Duff habla de un resurgimiento de las teorías retributivas en los años 70 del siglo XX (DUFF, R.A., «Responsibility, Restoration, and Retribution», *Retributivism Has a Past: Has It a Future?*, Tonry (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 63), lo cierto es que las doctrinas con mayor incidencia en esta dirección son ya de los 90: fundamentalmente Jean Hampton (HAMPTON, J., «An Expressive Theory of Retribution», Cragg (ed.), *Retributivism and its Critics*, Franz Steiner, Stuttgart, 1992) y Michael Moore (MOORE, M. S., *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997). Tal vez en la doctrina alemana, la aparición de diversas teorías retributivas es posterior. Este resurgimiento en la doctrina alemana es posterior. BRUCKMANN, P., «Sinn und Unsinn gegenwärtiger Vergeltungstheorien – überholt, hilfreich oder notwendig zur Legitimation staatlicher Strafe?», *Kriminalpolitische Zeitschrift-2*, 2019, pp. 105 y ss.

<sup>5</sup> KRAMER, M. H. «Retributivism in the Spirit of Finnis», Keown/George (ed.), *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 167.

<sup>6</sup> RAWLS, J., «Two Concepts of Rules», *The Philosophical Review*, vol. 64, n. 1 (enero 1964), p. 4.

puede limitar los argumentos a la teoría de la pena que, aun siendo un aspecto fundamental, no constituye toda la teoría del derecho penal. En ese sentido, y aunque no comparto en lo fundamental su crítica a Kant<sup>7</sup>, creo que Murphy tiene razón cuando afirma que una auténtica teoría de la pena debe dar una respuesta plausible a las preguntas sobre la consistencia de la teoría: cuál es la naturaleza del delito y de la pena; cuál es la justificación moral de la pena; cuál es su justificación política; cuáles son los principios propios de la responsabilidad penal; y cuáles son las penas apropiadas<sup>8</sup>. Por esa razón, mis primeras reflexiones se referirán al marco en el que Finnis aborda la justificación de la pena y que, en sentido estricto, es el aspecto nuclear sobre esta cuestión en *Natural Law and Natural Rights* (I), porque la perspectiva de lo que el derecho penal significa dentro del sistema es precisamente la base de su justificación moral; posteriormente, haré una exposición de la fundamentación del derecho penal y de la pena en Finnis, e intentaré hacerlo con una referencia separada a diferentes aspectos esenciales que responden a las cuestiones planteadas por Murphy y, por supuesto, también a la teoría de la pena en sentido estricto (II); y, finalmente, expondré mi visión de la teoría de la pena como retribución –fundada sustancialmente en la defendida por Finnis– y, de ese modo, indicaré de forma particular aquellos aspectos de su posición que, desde mi punto de vista, exigen alguna matización (III).

## II. EL MARCO SISTEMÁTICO DE LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL (FINNIS *VERSUS* HOLMES)

Como he indicado antes, en *Natural Law and Natural Rights*, la cuestión del derecho penal no es relevante hasta que se aborda el problema del derecho y la coerción en el capítulo X. Algunas referencias a la pena aparecen cuando se trata la cuestión de la justicia, para indicar que la pena es también justicia distributiva<sup>9</sup>, lo que reconduce necesariamente, como se ha de ver, al bien común<sup>10</sup>, porque se anticipa que su tesis sobre la pena es una más de las solu-

<sup>7</sup> MURPHY, J.G., «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987, pp. 509 y ss., p. 512.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 510-511; su conclusión en p. 532.

<sup>9</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 174.

ciones que, sobre «situaciones de quiebra social y obstinación del individuo», se encuadran en su teoría de la justicia<sup>11</sup>.

La única referencia anterior a la pena aparece en el capítulo introductorio (*Evaluation and the Description*) y citando a Hart para aludir a su idea de las personas que aceptan el derecho desde un «punto de vista interno»: son quienes no contemplan las normas sólo como una señal de posible castigo, sino como estándares de valoración de la propia conducta o de otros<sup>12</sup>. No me extenderé ahora sobre esta cuestión, que he desarrollado anteriormente<sup>13</sup>, pero creo que aporta algo de luz en relación con el marco de discusión en el que Finnis quiere introducir el tema de la sanción penal. En mi opinión, Hart alude, con el «punto de vista interno», a la comprensión del derecho como normas compartidas con carácter vinculante por los miembros del grupo, más bien que por el miedo a sufrir las consecuencias de su incumplimiento<sup>14</sup>. Como ha indicado Shapiro, Hart pretende fundamentar –en particular si se considera el «punto de vista interno» referido a la norma de reconocimiento<sup>15</sup>– la norma como directiva de conducta con carácter vinculante sin acudir a exigencias de validez metafísica o moral<sup>16</sup>. En este punto se separa Finnis de Hart: los principios del derecho y las normas son contemplados «al menos como requerimiento presuntivo de la razón práctica», y reconoce precisamente que prescinde del término «moral», por las connotaciones inciertas que podría conllevar<sup>17</sup>. Para

<sup>11</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., p. 164.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 12. La cita de HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 98.

<sup>13</sup> PÉREZ DEL VALLE, C., «Impunibilitas y el derecho en sentido subjetivo», *Indret penal* 3, (julio 2017), <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1313.pdf> (07/08/2020), pp. 15 y ss.

<sup>14</sup> En ese sentido, FINKELSTEIN, C., «Hobbes and the Internal Point of View», *Fordham Law Review*, vol. 5, 2006, pp. 1211 ss., pp. 1217-1218.

<sup>15</sup> En la explicación del sistema jurídico de Hart es esencial el punto de vista interno respecto a la regla secundaria «de reconocimiento», aplicada por jueces y funcionarios: la mayor parte de éstos la aceptan, «desde el punto de vista interno», como «un estándar público y común de las decisiones judiciales correctas» (HART, *The Concept of Law*, op. cit., p. 116: «a public, common standard of correct judicial decision»).

<sup>16</sup> SHAPIRO, S.J., «What is the Internal Point of View», *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006, pp. 1157 ss, pp. 1168 y s.

<sup>17</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., pp. 14-15. Finnis entiende que «si hay un punto de vista en el que la obligación legal es tratada como al menos presuntivamente como una obligación moral (y por tanto como de ‘gran importancia’, para ser mantenida ‘contra la dirección de fuertes pasiones’ y ‘con el coste del sacrificio de considerables intereses personales’), un punto de vista en el que el establecimiento y el mantenimiento del orden jurídico como distinto del orden de la costumbre discrecional o estadística, es considerado como un ideal moral –si no como una demanda irresistible de justicia, entonces este punto de vista es el caso central del

Finnis, el «punto de vista interno» puede explicar una vis directiva de las normas<sup>18</sup> fundada precisamente en su obligatoriedad moral<sup>19</sup>, y esto confirmaría la distancia tomada respecto a Hart en este aspecto.

Por otro lado, el «aspecto interno del derecho» defendido por Hart ha sido siempre interpretado como opuesto a las teorías predictivas del derecho y del deber jurídico fundadas en el «punto de vista externo»<sup>20</sup>. El paradigma de la predictibilidad del derecho se encontraría, por tanto, en la figura del «bad man»<sup>21</sup>, porque ese «mal hombre» sólo considera las consecuencias negativas que pudiera depararle su conducta y, por tanto, la sanción<sup>22</sup>. Es obvio, entonces, que Finnis se encuentra precisamente en el punto opuesto a Holmes cuando desarrolla su posición sobre la obligatoriedad moral de las normas, y él mismo es consciente de ello. Por eso reconoce en Holmes la base teórica sobre la que se asentaría el concepto puramente práctico de la obligación, atento únicamente a las consecuencias y desentendido del bien común o del valor del orden del derecho como tal; y por eso, además, entiende necesario, para mantener su visión de la obligación contractual, someter a crítica a Holmes<sup>23</sup>.

---

punto de vista del derecho» (p. 14). Hay traducción al castellano con estudio preliminar de Cristóbal Orrego: *Derecho Natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 314 y ss.

<sup>19</sup> La confirmación de esta idea aparece en el Postscript de la segunda edición de *Natural Law and Natural Rights*, donde Finnis aclara que, en su opinión, cabe que algunas normas jurídicas no sean moralmente obligatorias por injustas («which is essentially Joseph Raz's [law invariably and by its nature claims to be morally obligatory, and the belief that the law's rules are morally obligatory is what needs to be explained] and not mine [since many rules of law, being unjust, are not morally obligatory], and it is possible that some legal systems abstain from claiming to be morally obligatory» (FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 432, nota 13).

<sup>20</sup> SUMMERS, R.S., «Professor H.L.A. Hart's Concept of Law», *Duke Law Journal*, 1963, pp. 629 y ss., pp. 634-635.

<sup>21</sup> La tesis del «bad man» es desarrollada por HOLMES, «The Path of Law», *Harvard Law Review*, 1897, p. 459: «If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience».

<sup>22</sup> NANCE, D.A., «Rules, Standards, and the Internal Point of View», *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006, p. 1287; también en ese sentido, PERRY, S.R., «Hart versus Holmes: the Bad Man in Legal Theory», Burton, S. J. (ed.), *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Cambridge University, Cambridge-New York, 2000, pp. 158 y ss. En contra, no obstante, LUBAN, D., «The Bad Man and the Good Lawyer: a Centennial Essay on Holmes's The Path of the Law», *New York University Law Review*, vol. 72, 1997, pp. 1546 y ss., pp. 1561 y ss: «I will shortly suggest that the prediction theory and the Bad Man Thesis are distinct and separable».

<sup>23</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 322 y ss.

Por ese motivo, quisiera establecer una comparación de los marcos de discusión: cuándo, dentro de su explicación del derecho, aborda Holmes la fundamentación del derecho penal, y cuándo la aborda Finnis. Holmes inicia su conocida exposición sobre el Common Law con una lección dedicada a las primitivas formas de responsabilidad que asocia de inmediato con la venganza, y no sólo en la responsabilidad penal, sino también en la civil<sup>24</sup>, y que vincula con infracciones intencionales. De hecho, reconoce que su finalidad en esa primera lección era «mostrar que las diferentes formas de responsabilidad del derecho nacen del fundamento común de la venganza», y que esto, «en el derecho penal y en el derecho de daños es de primera importancia»<sup>25</sup>. En cualquier forma, me parece evidente que la visión de Holmes es fundamentalmente preventiva,<sup>26</sup> porque incluso su único argumento en favor de la retribución es preventivo y no retributivo: la pena sigue a la infracción de forma axiomática, y esto es instintivamente reconocido por mentes no pervertidas<sup>27</sup>.

Por el contrario, Finnis parte de que «el caso central del derecho y del sistema legal es el derecho y el sistema legal de una comunidad perfecta» –en el sentido aristotélico; esto es: la polis– con la autoridad que proporcione una exhaustiva y suprema dirección para las conductas de los hombres en esa comunidad y para garantizar la validez legal de todas las demás disposiciones normativas que afecten a los miembros de la comunidad»<sup>28</sup>. Pero la autoridad del derecho depende de su justicia o, al menos, de su capacidad para asegurar la justicia, y «en este mundo, tal como es, la justicia requiere su aseguramiento con la fuerza», pero la coerción no es una mera cuestión de efectividad<sup>29</sup>. En este aspecto, existe ya un apartamiento de argumentos preventivos, que Holmes, como se ha visto, asociaba incluso con la propia perspectiva práctica de la retribución. Aunque después aludiré a esta cuestión de forma concreta, basta

<sup>24</sup> HOLMES, O.W., *The Common Law, op. cit.*, p. 2: al examinar la primera materia que ha de discutirse, que es la responsabilidad civil y pena, afirma que «it is commonly known that the early forms of legal procedure were founded in vengeance»

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>26</sup> Reconoce con claridad que es preventiva la previsión del legislador (HOLMES, *The Common Law, op. cit.*, p. 46) y descarta las objeciones que presentan la prevención como inmoral, frente a Kant: «el dogma de la igualdad constituye una ecuación sólo entre individuos, pero no entre un individuo y la sociedad» (p. 43).

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>28</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights, op. cit.*, p. 260.

<sup>29</sup> *Ibidem.*

con apuntar una reflexión: la distinción entre venganza y pena es fundamental, porque la retribución está vinculada a la justicia, que es el fin primario del gobierno y del derecho<sup>30</sup>.

Regreso, no obstante, a la crítica de Finnis hacia Holmes o, mejor, dicho, a sus consecuencias; pese a que se desarrolla con posterioridad al examen de las relaciones entre ley y coerción. Finnis reprocha a Holmes haber pasado por alto que la relevancia social del derecho –y, por tanto, de cualquier obligación jurídica– deriva no sólo de la capacidad de moldear la conducta del «hombre malo», sino también de la capacidad de proporcionar a otros sujetos, dispuestos a avanzar en el bien común, orientación precisa de la conducta que han de observar para alcanzar ese bien<sup>31</sup>. La perspectiva es, en cierto modo, contrapuesta a la del «hombre malo»: no se trata sólo de que la atención a las sanciones derivadas sea el punto de vista del hombre prudente y no del «hombre malo»<sup>32</sup>; o de que, para tener éxito, el «hombre malo» deba aprender a mirar el derecho en el punto de vista del «hombre bueno»<sup>33</sup>. Estas matizaciones responden todavía al «punto de vista externo» y no se salen de la óptica de Holmes e incluso la confirman como un método correcto para explicar la obligación. Finnis cambia la dirección del foco, que sitúa en el «hombre bueno» dispuesto a seguir normas en las que confía como medio de lograr el bien común; en términos más aristotélicos, la atención se fija en el «hombre justo»<sup>34</sup> y la perspectiva del «hombre malo» sólo puede ser, en el mejor de los casos, complementaria.

A mi juicio, el marco de la justificación moral del derecho penal en Finnis presupone ya, en principio, un rechazo de una visión preventiva de la pena. Cualquier teoría de la prevención general exige, de un modo u otro, asumir el

---

<sup>30</sup> FINNIS, J., «Introduction», *Human Rights & Common Good*, *op. cit.*, p. 12: «It is a distinction fundamental to distinguishing retribution from revenge and vengeance, and to locating retribution within a general account of the justice that is the primary object of state government and law».

<sup>31</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 325. Me parece aquí decisivo, pese a que no es un aspecto que sea necesario examinar en la argumentación invocada en el texto, el reconocimiento de que no todas las obligaciones tienen un mismo grado de vinculación moral (*ibid.*, pp. 309 ss.).

<sup>32</sup> WILCOX, W.H., «Taking a Good Look at the Bad Man's Point of View», *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981, pp. 1058 y ss.: «the bad man becomes prudent» (p. 1059).

<sup>33</sup> FULLER, L., *The Law in Quest of Itself* (reimpresión de la 1 ed. 1940), Beacon Press, Boston, 1966, p. 95: «(...) after his own interests, will have to learn to look at the law through the eyes of a good man».

<sup>34</sup> PÉREZ DEL VALLE, «Impunibilidad», *op. cit.*, p. 22.

punto de vista del «hombre malo» de Holmes<sup>35</sup>: la perspectiva del legislador es, necesariamente, la disuasión eficaz respecto a sujetos que potencialmente pudieran adoptar la decisión de infringir las normas jurídicas hasta el punto de cometer un delito y, por tanto, no se trata de persuadir al sujeto fiel al derecho. Cuestión diferente, y que ha de ser examinada a continuación, es si permite una justificación moral de la pena que responda a las preguntas a las que aludía en la introducción.

### III. EL DERECHO PENAL Y LA PENA COMO RETRIBUCIÓN EN FINNIS

#### III.1. *Las perspectivas de la propuesta de Finnis*

En este marco, la propuesta de Finnis ha de adoptar como punto de partida una justificación del derecho penal como forma de coerción del derecho. Me voy a referir a la teoría de Finnis a partir de tres aspectos que me parecen esenciales: la legitimación de la ley penal desde el bien común; el fundamento en la responsabilidad del sujeto; y la retribución como restauración del orden de la justicia. Finnis aborda también las propias antinomias del derecho penal, y, de una forma global, cómo los principios –también en el proceso– constituyen alteraciones sustanciales a la hora de alcanzar el fin de eliminar o disminuir formas no deseadas de conducta<sup>36</sup>. De forma muy concisa, introduce críticas a visiones puramente preventivas de la pena<sup>37</sup>, e incluso alude a la pena injusta, especialmente en el caso de la utilización del «chivo expiatorio» (scapegoat) como «un uso abusivo y corrupto de una institución humana justificada» que corresponde a un uso secundario y no focal de la pena<sup>38</sup>, pero Finnis no fija su

<sup>35</sup> Al menos, esto puede afirmarse respecto de la prevención general negativa, y esto es especialmente claro en un autor clásico como Feuerbach: «El fin de la pena es finalmente prevención, pero no a través de la ejecución, sino mediante la intimidación (..), y busca conseguir la seguridad de los derechos mediante la disuasión de todos los delincuentes potenciales (no de un infractor determinado)» (FEUERBACH, J.P.A., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts-1. Teil*, Henning, Erfurt, 1799, p. 60). Me limito a señalar un ejemplo, porque no se trata en este trabajo de abordar la crítica de otras teorías, sino de exponer lo que una teoría de la retribución plausible puede tener en deuda con Finnis.

<sup>36</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 261 (desde el principio de legalidad al proceso debido).

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 264.



atención en la crítica de otras teorías de la pena o del derecho penal, sino en la explicación de cuál es la suya. En los pasos que he indicado, intentaré resumir esta visión.

### III.2. *La legitimación del derecho penal desde el bien común y el principio de subsidiariedad*

Finnis inicia su aproximación al derecho penal indicando que «no toda coerción sigue el camino de la sanción o de la pena»<sup>39</sup>, porque la amenaza del uso de la fuerza se manifiesta en muchos ámbitos, y no sólo en la resistencia a ataques ejecutados con la fuerza, sino también al rechazo de otro tipo de intromisiones: una expropiación o una confiscación de bienes son medidas coercitivas, pero sustancialmente distintas de las sanciones del derecho penal<sup>40</sup>. El sistema del derecho penal no es un mero conjunto de prohibiciones que prevén consecuencias jurídicas; lo esencial en él es que persigue «una cierta forma o cualidad de vida de la comunidad» en la que el bien común constituye un elemento preferente de valoración, aunque comprende también la autonomía individual como bien<sup>41</sup>. Esta perspectiva de la autonomía individual configura el deber del sujeto respecto al derecho en lo que afecta a la responsabilidad en el derecho penal: aunque «nadie está hecho para vivir su vida en beneficio o conveniencia de otros», cada cual «está autorizado a conducir su propia vida (...) con el claro conocimiento y el conocimiento previo de la forma común apropiada y del coste de apartarse de ella»<sup>42</sup>.

En realidad, el apartamiento de estos fines implica comportamientos que se apartan del principio fundamental de la moralidad: en toda acción o deliberación de un sujeto, éste debe escoger sólo aquellas posibilidades de ejercitar su voluntad que son compatibles con una realización integral del ser humano<sup>43</sup>. De mismo modo que las acciones tienen su significación moral primaria

<sup>39</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., p. 261.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 261.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 261: «una cierta forma o cualidad de vida de la comunidad en la que las demandas del bien común son inequívoca e insistentemente preferidas a la indiferencia egoísta o a las demandas individualistas de permisión de conductas, aunque también se reconoce el bien que implica la autonomía individual».

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 261.

<sup>43</sup> FINNIS, J., «Commesuration and Public Reason», *Reason in Action- Collected Essays. Vol. I*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 244.

como una participación voluntaria en los bienes humanos<sup>44</sup>, el apartamiento de estos bienes, y del bien común, implica responsabilidad, que es penal cuando, como se ha dicho, la conducta sancionada afecta a esta «forma o cualidad de vida de la comunidad».

### III.3. *El fundamento de la responsabilidad del sujeto*

#### III.3.1. Razón práctica y bien común

Una cuestión que no es desarrollada en *Natural Law and Natural Rights*, es la relativa a la responsabilidad del sujeto en una perspectiva subjetiva, y tan sólo se limita a una referencia a las formas de deslealtad en la infracción. La legitimación material es, como se ha indicado y como Finnis afirma, objetiva<sup>45</sup>, porque objetiva es la delimitación de las conductas que se sancionan.

Sin embargo, la cuestión de estas exigencias subjetivas es esencial, porque sólo puede entenderse merecido el castigo si se trata de una infracción de un sujeto en un sentido moral, y ya en el momento de justificar la coerción del derecho penal se apunta alguna idea que considero esencial. La responsabilidad moral está ligada directamente con la propia pena; o, de forma más precisa, puede decirse que la pena es lo que es (retribución) porque responde a la responsabilidad moral. En efecto, cuando Finnis destaca que la pena rectifica el desequilibrio en la distribución de ventajas y desventajas en la comunidad (se entiende, provocado por el delito), privando al criminal convicto de su libertad de elección proporcionalmente al grado en el que ha ejercido su libertad o su personalidad en el acto ilícito<sup>46</sup>, establece ya el presupuesto de esta responsabilidad.

Más allá de algunas reflexiones que implican consecuencias concretas en un sistema concreto de imputación, la cuestión de la responsabilidad subjetiva regresa también al bien común. En la Introducción al segundo volumen de la edición completa de sus artículos, Finnis recuerda que ya en *Natural Law and Natural Rights* respalda la idea de comunidad –también de la comunidad política– en la existencia de una actividad conjunta con miras a fines compar-

<sup>44</sup> FINNIS, J., «Human Acts», *Intention and Identity- Collected Essays. Vol. II*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 141.

<sup>45</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 263.

tidos<sup>47</sup>. En efecto, creo que aquí se encuentra una base fundamental de la responsabilidad o, al menos, de la responsabilidad en un sentido subjetivo, sobre todo cuando considera que sólo puede explicarse un grupo si se atiende a la razón práctica (esto es: a la actitud interna) de sus miembros<sup>48</sup>. La consecuencia es evidente: el acto ilícito, en la medida que el sujeto ha ejercido su libertad, implica una separación de esos fines; y si se atiende a la razón práctica de los miembros de la comunidad, presupone una actitud interna frente a los fines compartidos y, por tanto, frente al bien común.

### III.3.2. La posición del sujeto que infringe respecto al derecho y el acto ilícito

El acto ilícito presupone, por tanto, que el sujeto ha puesto de manifiesto en su acción la preferencia por sus propios intereses, su propia libertad de elegir y su acción frente a los intereses comunes y frente a las formas de acción comunes definidos legalmente<sup>49</sup> –lo que podría definirse como modelos de orientación de conducta–. Se trata de un posicionamiento frente al bien común, frente al derecho como modelo de orientación de conducta, aunque se puede presentar de diferentes maneras. De hecho, aquí atribuye Finnis a Aristóteles haber dado carta de naturaleza a una cierta simplificación en las relaciones entre derecho y coerción: la necesidad de la coerción no se agota en el miedo a quienes actúan de forma egoísta o egocéntrica, porque no sólo en el seguimiento obstinado de los propios intereses o en la indiferencia descuidada respecto al bien común, sino también el rechazo consiente de esta o aquella estipulación<sup>50</sup>.

El hecho de que Finnis haga esta aclaración en este momento es revelador, tanto en sí misma como en su remisión a la sección del capítulo V (The Basic Requirements of Practical Reasonableness), en la que trata la cuestión

<sup>47</sup> FINNIS, J., «Introduction», *Intention and Identity*, *op. cit.*, p. 10. Alude a las reflexiones de Honoré sobre identidad de grupo y acción; no obstante, y como expresamente deriva de las notas en *Natural Law and Natural Rights* (*op. cit.*, p. 160), esta expresión recuerda al inicio de la Política de Aristóteles: «Puesto que vemos que toda ciudad es una comunidad y que toda comunidad está constituida con miras a algún bien (porque en vista de lo que les parece bueno todos obran en todos sus actos), es evidente que todas tienden a un cierto bien» (ARISTÓTELES, *Política*, 1252 a).

<sup>48</sup> Niega la posibilidad de que pueda explicarse un grupo de este modo, en *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 150 y ss.

<sup>49</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 262-263.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 261 (referencia a ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1180 a.).

del error de conciencia en Santo Tomás de Aquino<sup>51</sup>. Por una parte, implica que «cuando la objeción de conciencia da testimonio de valores básicos como la vida o la religión y no es radicalmente incompatible con el verdadero bien común, puede ser tolerado, aunque exista un juicio consciente de los gobernantes en el sentido de que la ley objetada es realmente necesaria»<sup>52</sup>. La tolerancia es aquí no sólo lo que ha de ser soportado –desde el punto de vista del derecho penal, lo que no ha de ser castigado–, sino también lo que encuentra fundamento en valores básicos sin contradicción radical con el bien común. Aunque reconozco que esta es una cuestión abierta, creo que, si se trata de leyes cuyo incumplimiento puede ser compatible con el verdadero bien común, la fundamentación en la razón práctica de su carácter obligatorio es especialmente débil, hasta el punto de que la conducta tolerada –en principio, una «infracción»– se adecuaría a un modelo de orientación de conducta. La conducta contraria, que la norma jurídica establece, sería una norma de carácter dispositivo. La cuestión no es baladí desde un punto de vista práctico y puede entenderse sobre la base de un ejemplo: aunque el aborto directo no esté sancionado con una pena cuando existe riesgo para la salud de la mujer embarazada, una acción de doble efecto del médico que actúa en conciencia, que no está expresamente prevista en la ley, supondría una conducta adecuada a modelos de orientación ofrecidos por el derecho<sup>53</sup>.

Por otra parte, la cuestión de la conciencia errada incide directamente en la responsabilidad, y no sólo en un sentido subjetivo. Con carácter general, actuar de acuerdo con la propia conciencia es un requerimiento de la razón práctica y, por tanto, una exigencia de la moralidad<sup>54</sup>. Sin duda, Finnis aprueba que la dignidad que se atribuye a la conciencia errónea que se deriva del propio reconocimiento de Santo Tomás de Aquino; pero este criterio, como en Santo Tomás de Aquino, se concreta en la obligación de una correcta formación de la conciencia. El mismo Santo Tomás de Aquino reflexiona sobre la conciencia errada en términos de voluntariedad, y habla de disculpa cuando el error se produce sin voluntariedad o negligencia<sup>55</sup>. La consecuencia incide, de

<sup>51</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 19, a. 5 y a. 6.

<sup>52</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 291.

<sup>53</sup> En se sentido, PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia y Derecho penal*, Comares, Granada, 1994, pp. 178 y ss.

<sup>54</sup> FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 125-126.

<sup>55</sup> «La ignorancia que causa involuntario, quita la razón de bien o mal moral» y «ignorancia que, de algún modo, es querida, sea directa o indirectamente, no causa involuntario (SANTO TOMÁS

forma explícita, en lo subjetivo: de esta dignidad de la conciencia errada no se deriva que otros no tengan la libertad de prevenir o de castigarme, sino que es posible que incluso tengan la obligación de hacerlo<sup>56</sup>. Evidentemente Finnis no agota la cuestión –de hecho, esta última afirmación aparece en una nota al texto– porque la actuación de acuerdo con la conciencia como requerimiento de la razón práctica es contemplado aquí en la perspectiva subjetiva de modo evidente. Ciertamente, existe un límite objetivo: el bien común; y un límite subjetivo: el esfuerzo en la formación del juicio de la conciencia moral. Sólo este límite subjetivo está referido a estos casos de error de conciencia.

### III.3. *Retribución y restauración del orden de la justicia.*

#### III.3.1. Retribución como justicia

A la hora de señalar el marco de discusión, se ha señalado ya un aspecto que, según creo, es un punto clave: la separación de pena y venganza se articula en torno a la justicia. Aquí, la visión de lo justo aristotélico es algo básico, y precisamente un aspecto sustancial que sitúa a Finnis frente a Kant. Sin duda, Kant quiere diferenciar la pena de la venganza de una forma sustancial; pero, en una perspectiva antropológica, Kant reconoce que, entre el deseo de venganza y el «deseo autorizado por el derecho», que es el de la pena, existe una cierta analogía.: la separación surge sólo del sujeto, puesto que la venganza es una pasión derivada del amor a sí mismo y no del fin de establecer una legislación para todos, impulsado por el odio y no por la injusticia<sup>57</sup>. La distinción entre venganza y pena es puramente formal: quien actúa por venganza, a diferencia de quien lo hace por el castigo justo, lo hace al margen del imperativo categórico como máxima de comportamiento moral y, sólo por esa razón, fuera del derecho como legislación general que compatibiliza la

---

DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II q. 19, a. 6). Es cierto que, aquí, en el ejemplo del adulterio, cuando hay disculpa, el error se refiere a una circunstancia (error cuando el sujeto piensa que es su propia mujer y no lo es), mientras que el ejemplo en el que no la hay alude a la norma (cuando el sujeto piensa que ha de tener relación con otra mujer) y se refiere a la ignorancia de la ley de Dios.

<sup>56</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 133, en una nota aclaratoria del «seguimiento de la propia conciencia» como requerimiento de la razón práctica (pp. 125-126).

<sup>57</sup> PÉREZ DEL VALLE, C., «Überlegungen zur Strafe und Vergeltung bei Kant», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 27, 2019, p. 633.

libertad –por tanto, la actuación de acuerdo con el imperativo categórico– de todos. por tanto, de la aplicación del imperativo categórico y del principio general del derecho. Finnis, como se ha anticipado, deja de lado esta perspectiva formal: ciertamente, la distinción es que retribución es justicia y venganza no lo es, pero la separación se encuentra en que la justicia es el fin primario del gobierno y del derecho<sup>58</sup>.

En este sentido se manifiesta ya Finnis al comentar e la teoría de la pena de Hart, e introduce unas reflexiones propias sobre algunas citas de Platón que considera esenciales como referencias de Hart. Articula aquí Finnis una crítica a las supuestas bases clásicas de la prevención especial sobre la finalidad de los textos<sup>59</sup> y explica como en Platón existe una clara alusión retributiva; pero, sobre todo, indica cómo el cristianismo, eliminando lo mítico de esta retribución fundada en los ciclos y en la metempsicosis, asumió la idea platónica de que la pena no ha de ser infligida sencillamente por causar daño y, sobre todo, como el trastorno que causa el desorden del delito puede ser absorbido en un orden de justicia<sup>60</sup>.

### III.3.2. Retribución hacia el futuro (*forwards looking*)

Inequívocamente Finnis adopta una teoría de la retribución en la que el delincuente es castigado por su merecimiento; o, en otras palabras: se retribuye en la medida en que se merece. Hasta el momento, he querido aclarar que lo merecido es, por una parte, un uso de la libertad de elegir y su acción frente a los intereses comunes y frente a las formas de acción comunes definidos legalmente. Esta discrepancia radical con la orientación de conducta hacia el bien común que establece el derecho es personal; es una actitud del sujeto respecto al derecho, como lo muestra el tratamiento de la conciencia moral y de la conciencia errónea en la infracción. Pero esto explica la retribución como

<sup>58</sup> FINNIS, J., «Introduction», *Human Rights & Common Good*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>59</sup> Por una parte, destaca que la clásica referencia a *Protágoras* (*nam ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*) no trata de resolver el fin de la pena, sino lo enseñable de la virtud. Por otra, que la cita de Las Leyes 861 y 865, y que alude a la cura, no hace referencia al sentido de la prevención especial en un sentido moderno. Sobre la primera cita, cuya versión latina procede de SÉNECA (*De ira*, 1, XIX), más extensamente en PÉREZ DEL VALLE, C., «Pœna forensis y retribución», *Indret penal* 3 (julio 2020), pp. 220-221, y notas 20 a 22.

<sup>60</sup> FINNIS, J., «Hart's Philosophy of Punishment», *Human Rights & Common Good*, *op. cit.*, p. 158.

un merecimiento personal, y no su carácter intersubjetivo; este plano es, en Finnis, lo que muestra una retribución no sólo enfocada al hecho pasado, sino al futuro; una restauración del orden jurídico que va más allá de una restauración de la confianza en la vigencia de las normas –como se formularía desde las modernas teorías de la prevención general positiva– en un plano abstracto. En este plano ha de situarse el discurso de la ventaja alcanzada por el autor del delito respecto a los demás sujetos que pretenden lograr sus fines sin infringir el derecho tal como lo articula Finnis que, no obstante, reconoce a Murphy la legitimidad de recuperarlo para el debate<sup>61</sup>.

De nuevo comentando a Hart, aunque posteriormente, señala que no es sólo la víctima y el autor del delito quienes deben ser restaurados a una situación de igualdad, porque la «satisfacción» que obtiene el autor del delito es una ventaja, no sólo respecto a la víctima, sino también respecto a todos aquellos que podrían haber infringido las normas, pero se han reprimido, o también aquellos que, sencillamente, han sido respetuosos con la ley<sup>62</sup>. De nuevo aquí recupera a Santo Tomás de Aquino, quien, al referirse al reato de la culpa, subraya como la pena «se requiere para restablecer la igualdad de la justicia»<sup>63</sup>. Ésta es la conclusión de Finnis<sup>64</sup>: el regreso a la «igualdad de la justicia» es la restauración del orden quebrado por la obtención de una ventaja; como esto implica, además, que ejerce su libertad más allá de lo debido, la pena ha de ser, en su esencia, *contra voluntatem*<sup>65</sup>. La pena, en tanto restaura el orden de justicia que ha alterado el delito, priva al criminal de lo que ha ganado en su acto: la libertad en tanto ejercicio de una libre elección<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> FINNIS, J., «The Restoration of Retribution», *op. cit.*, p. 163.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>63</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 87, a. 6.

<sup>64</sup> FINNIS, J., «The Restoration of Retribution», *op. cit.*, p. 164: «la actividad delictiva hace que un hombre sea merecedor de castigo (*reum poenae*) en la medida en que viola el orden de la justicia (*ordinem justitiae*). No vuelve a ese orden excepto por medio de algún tipo de recompensa punitiva (*per quandam recompensationem poenae*) que lo devuelve a la igualdad de la justicia (*aequalitatem justitiae*); cualquiera que haya complacido su voluntad más de lo debido (*plus voluntati suae indulisit quam debuit*), al transgredir la ley, debe hacerlo por su propia voluntad o sin su consentimiento, sufre algo opuesto a lo que él quiere, de modo que la igualdad de la justicia puede así restaurarse (*reintegretur*)». También en este sentido, en FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 263.

<sup>65</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 46, a. 6, ad. 2: «*est de ratione poenae quod sit contraria voluntate*». En ese sentido, FINNIS, J., «Retribution: Punishment's Formative Aim», *op. cit.*, pp. 173-174.

<sup>66</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 263

La restauración de la «igualdad de la justicia» de la pena, con unos caracteres específicos que la remiten al bien común, explica, además, la separación entre el derecho civil y el derecho penal: mientras que en un proceso civil sólo se tiene en consideración la satisfacción del perjudicado, en un proceso penal, el juez «puede estar autorizado a imponer, relajar, remitir o a aplazar las penas sobre la base de consideraciones de utilidad pública»<sup>67</sup>. Este punto conduce al último aspecto sobre la pena retributiva que, en su enfoque al futuro, modifica la visión tradicional de las teorías de la pena como absolutas: no hay una medida «natural» de la pena, y no hay una pena única y determinada para un delito concreto. La pena es el claro ejemplo de la *determinatio* como proceso de decisión libre en una gama de opciones razonables, de las que ninguna es superior a otras<sup>68</sup>.

La pena, en ese sentido, una parte de las propuestas que integran el bien común. Por esa razón, abarca también la restauración de la personalidad razonable del infractor, reformándole no sólo por el bien de otros, sino por el bien de sí mismo<sup>69</sup>. La cuestión de cómo esto tiene lugar en el marco de la retribución, sin embargo, queda abierta.

#### IV. UNA TEORÍA DE LA PENA A PARTIR DE JOHN FINNIS

##### IV.1. *La retribución y sus deudas en el derecho penal: el objetivo alcanzado por Finnis*

La perspectiva de John Finnis sobre el derecho penal y sobre la pena ha quedado, aunque de forma muy esquemática, expuesta hasta ahora. Se trata de una propuesta de la pena como retribución; con aspectos particulares, pero retribución, al fin y al cabo. Lo cierto es que lo que parece una mera cuestión clasificatoria implica, en la discusión penal del derecho continental, una deuda que tal vez no es tan clara en el derecho anglosajón. Esta carga que, en ocasiones, se atribuye a las teorías de la retribución en la discusión de lengua inglesa, puede ser incluso un reproche moral, como sucede cuando Murphy atribuye

<sup>67</sup> FINNIS, J., «Retribution: Punishment's Formative Aim», *op. cit.*, p. 176.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 178. Ya anteriormente, había indicado esta cuestión en «Hart's Philosophy of Punishment», *op. cit.*, p. 159: «un ejemplo tradicional de lo que se deja al puro derecho positivo».

<sup>69</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 264.



a los partidarios de las teorías de la retribución dureza de corazón, falta de humildad en incluso el intento de actuar como Dios<sup>70</sup>. Pero la deuda de las teorías de la retribución en la discusión continental afecta a la fundamentación filosófica de la teoría: difícilmente se concibe una perspectiva retributiva que no sea deudora de Kant y Hegel. En la discusión científica de lengua inglesa, Kant y Hegel son defensores –sin duda, especialmente relevantes– de *unas* teorías de la retribución; en la discusión continental moderna, Kant y Hegel son el principio de *las* teorías de la retribución. Por supuesto que no se ignoran, en esta discusión, las líneas de pensamiento que defendieron la idea de retribución antes de la filosofía idealista<sup>71</sup>; pero las teorías de la retribución posteriores se justifican, fundamentalmente, en su relación con aquélla.

La explicación tiene que ver con lo que Kant aporta a los fundamentos del estado de derecho liberal moderno: en palabras de Hruschka, Kant es «el primero que piensa en el estado de derecho y, como consecuencia, piensa también en los fundamentos del derecho penal en un estado de derecho»<sup>72</sup>. Por esa razón, desde Kant, una teoría de la pena de la prevención no puede conformarse con la afirmación de que «no necesita prueba que el Estado esté autorizado a la amenaza de ese mal» que es la pena<sup>73</sup>; y quien discrepe –como es mi caso– de la justificación del derecho penal de Kant, ha de reconocer que, de todos modos, aporta al discurso sobre la fundamentación de la pena los planos esenciales que permiten debatir sobre el contenido de la retribución, y que están relacionados entre sí: la dimensión moral de la pena estatal y el marco de su fundamentación en la razón práctica<sup>74</sup>. Por tanto, si una teoría de la pena quiere ser contemplada en la discusión del derecho continental, debe desarrollarse y dar respuestas en estos dos planos, lo que en absoluto significa la aceptación de la respuesta de Kant o Hegel a estas cuestiones.

<sup>70</sup> MURPHY, J.G., «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *op. cit.*, p. 517.

<sup>71</sup> En este sentido, es paradigmática la obra de GÜNTHER, L., *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts-Abt. II*, Th. Bläsing, Erlangen, 1891.

<sup>72</sup> HRUSHCKA, J., *Kant und der Rechtsstaat*, Karl Alber, Freiburg/München, 2015, p. 89.

<sup>73</sup> FEUERBACH, J.P.A., *Revision der Grundsätze*, *op. cit.*, p. 49. El punto de partida de esta afirmación es que «el fin de la ley y de la amenaza que contiene es la disuasión del hecho que es condición de la pena», porque «pena y delito están mutuamente condicionados» (*loc. cit.*). La vinculación entre delito y pena no es aquí una necesidad moral, sino la constatación de la estructura de la propia ley penal, y por esto de este argumento deriva, como es sabido, el desarrollo del principio de legalidad penal.

<sup>74</sup> Sobre esta cuestión y la propuesta que sigue, más extensamente en PÉREZ DEL VALLE, C., «Poena forensis y retribución», *op. cit.*, pp. 236 y ss.

La teoría del derecho penal y de la pena de John Finnis es consecuente en ese sentido, porque da respuesta en ambos planos. Por una parte, resuelve las carencias de contenido que el formalismo kantiano no aporta a la hora de precisar la legitimación material del derecho penal y su repercusión sobre la teoría de la pena. En ese sentido, la propuesta retributiva de Köhler en la doctrina alemana es significativa: pese a una indiscutible base kantiana, no se limita a acudir a Hegel<sup>75</sup>, que aporta una especial conexión intrínseca entre delito y pena y su relación con lo público<sup>76</sup>, sino que se apoya en Aristóteles<sup>77</sup> o en Santo Tomás de Aquino<sup>78</sup>, fundamentalmente porque la ética kantiana no colma su visión del agente moral como destinatario de una pena<sup>79</sup>. La limitación se encuentra, como indica Sánchez-Ostiz, en el hecho de que «el sujeto humano, en el planteamiento kantiano, no puede sino obrar siendo legislador»<sup>80</sup>, y esta perspectiva no es satisfactoria para Köhler.

Este aspecto es común a Finnis, que, además, explícitamente reconoce la base de la pena retributiva en la ley natural. Merecimiento y retribución son elementos esenciales; pero merecimiento implica, como se ha indicado, responsabilidad personal derivada de una libertad ejercida por el autor del delito. En otras palabras: culpabilidad. La relación entre retribución y culpa-

<sup>75</sup> Especialmente en KÖHLER, *Strafrecht-AT*, Springer, Berlín-New York, 1996, pp. 48-49

<sup>76</sup> Este aspecto es destacado por GIERHAKE, K. («How justify the Open Court Principle in Criminal Proceedings», Hess/Koprivica Harvey (eds.), *Open Justice: The Role of Courts in a Democratic Society*, 2019, pp. 111-112, y en nota al pie. 36). Es, por otro lado, evidente en la crítica de los autores hegelianos a la teoría de la pena de Kant; en ese sentido, destaca Köstlin, que denuncia en Kant la tendencia «a mimar el Yo y a atribuir la mínima cuota posible al Derecho (y al Estado)» (KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, H. Laupp, Tübingen, 1845, p. 23).

<sup>77</sup> KÖHLER, *Strafrecht-AT*, *op. cit.*, p. 49: «la fundamentación de la pena requiere un momento ‘moral’ (subjetivo-autoreflexivo)».

<sup>78</sup> KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, R.v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg, 1986, p. 40, sobre el reconocimiento autónomo de la pena como un bien por la conciencia moral.

<sup>79</sup> BRUCKMANN, P., «Sinn und Unsinn gegenwärtiger Vergeltungstheorien – überholt, hilfreich oder notwendig zur Legitimation staatlicher Strafe?», *op. cit.*, p. 117. La conclusión deriva claramente de la acertada clasificación de Bruckmann: mientras que, en una misma dirección, Wolff o Kahlo se asentarían en la necesidad moral de la pena como exigencia derivada de la infracción, que implica no reconocer al otro como igual sujeto de libertad fundada en el imperativo categórico, Köhler pretende además justificar que la pena retributiva constituye el proceso de restitución del sujeto como racional (*ibid.*, p. 109).

<sup>80</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Imputación y teoría del delito*, BdF, Buenos Aires-Barcelona, 2008, p. 196. No obstante, en Kant, «el ser humano es ser moral en cuanto que su existir lleva aparejado la conciencia de la propia vinculación a leyes» (*loc. cit.*); la cuestión es el carácter subjetivo-formal de la ley del imperativo categórico.

bilidad es precisamente la base de esta necesidad moral: en palabras de Armin Kaufmann, si la legitimación de la pena que se fundamenta en la culpabilidad y la pena no puede superar la medida de la culpabilidad, la idea de retribución es imprescindible<sup>81</sup>: Finnis se refiere al caso de la pena injusta del «chivo expiatorio» precisamente como «uso abusivo y corrupto» para destacar que su uso no focal<sup>82</sup> presupone una carencia de legitimidad moral. La prohibición del castigo de quien es moralmente inocente es, en ese sentido, una manifestación de esta dimensión moral de la pena que parece no discutible<sup>83</sup>, porque la pena sólo puede dirigirse a agentes moralmente responsables, capaces de comprender que el hecho está prohibido y de comportarse de acuerdo con esa comprensión<sup>84</sup>. Esta necesidad moral es lo «absoluto» de la pena como retribución; pero, como ha destacado Ronco, no puede confundirse el fundamento –su necesidad moral– con la aplicación de la pena: las exigencias de justicia no son independientes del bien común<sup>85</sup>. Por tanto, lo «absoluto» no lo es en sentido estricto: ni es absoluto porque esté vinculado a un imperativo categórico sobre personas totalmente autónomas que dictan sus propias leyes; no es absoluto porque abarca la totalidad de la pena concreta impuesta al autor. Necesidad moral no significa necesariamente que la pena prevista para un hecho determinado sea de forma exacta e inapelable la pena justa, y que sólo es justo su cumplimiento estricto e íntegro. Esta matización requiere tomar en consideración dos afirmaciones previas que han quedado demostradas en el razonamiento precedente: que el discurso sobre la razón y el sentido de la pena pertenece a la filosofía práctica<sup>86</sup> se debe, precisamente, a su significación moral y, en una teoría de la retribución, esto significa necesidad moral.

Los términos por los que atribuye Finnis significación moral a la pena –a ellos me referiré de modo más detallado en la exposición que sigue– son, desde

---

<sup>81</sup> KAUFMANN, Armin, «Die Aufgabe des Strafrechts», *Strafrecht dogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Carl Heymanns, Köln-Berlín-Bonn-München, 1982, p. 265.

<sup>82</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., p. 264.

<sup>83</sup> TASIOLAS, J., «Punishment and Repentance», *Philosophy*-81, enero 2006, pp. 281-282, por ejemplo, examina como, en el caso de Hart, aparece como una «restricción deontológica».

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 284.

<sup>85</sup> RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giapichelli, Torino, 1996, p. 146.

<sup>86</sup> En el sentido de FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., p. 12: «Practical philosophy is a disciplined and critical reflection on the goods that can be realized in human action and the requirements of practical reasonableness».

mi punto de vista, correctos, y los comparto: la ley natural no alcanza a la determinación de una pena concreta, y en ese sentido existen varias alternativas que pueden ser moralmente admisibles. Pero, a mi juicio, esta justificación moral de la pena requiere la concreción de dos cuestiones que quedan abiertas en la exposición de Finnis, y que intentaré responder a continuación en dos niveles:

- 1.<sup>a</sup> La forma en la que es eficaz la *determinatio*, y a partir de qué momento puede decirse sin duda que la imposición de la pena –o la supresión, y cualquiera de los puntos intermedios– no está vinculada por la ley natural.
- 2.<sup>a</sup> La forma en la que es posible integrar la restauración de la personalidad del autor del delito en el marco de una teoría de la retribución.

#### IV.2. *Algunas matizaciones sobre el desarrollo de la teoría de la pena y del derecho penal en Finnis*

##### IV.2.1. Pena, ley natural y *determinatio*

La retribución adopta como presupuesto su necesidad moral, y algo moralmente necesario no puede ser sencillamente un mal<sup>87</sup>; que exista una dimensión de la pena como mal –como sufrimiento– exige la indagación de su principio más general, que es el de la buena acción, y no como algo relativo («bueno para algo»), sino absoluto, propio de la misma constitución categorial del ser humano<sup>88</sup>. En la perspectiva del derecho natural, esto supone indagar el principio de una acción correcta –la razón práctica alude por esto a un princi-

<sup>87</sup> En relación con las leyes, la cuestión fue contemplada por Suárez, pues es posible una ley «odiosa» –como la ley penal o la ley fiscal– aunque como fin de toda ley se busca algo favorable: «*ex parte materie legis hoc non repugnare, etiamsi ex parte finis aliquid favorabile per omnem legem intendatur*» (*De legibus*, 5, c. 2, n. 5). Sobre esta cuestión, LEOCATA, F., «Sentido de la ley penal en Francisco Suárez», Cruz Cruz, J. (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, Eunsa, Pamplona, 2010, pp. 17 y ss.

<sup>88</sup> KÖHLER, M., *Der Begriff der Strafe*, *op. cit.*, p. 21. Otra cuestión es, como destaca Köhler, que la base aristotélica de lo bueno y de la felicidad, haya sido relativizada en la modernidad –en un sentido hobbesiano o kantiano– por la autonomía del sujeto (p. 21, nota 32); pero esto no modifica el reconocimiento del principio de la buena acción como punto de partida.

pio moral— sobre el que es posible decidir y actuar en formas compatibles con la realización integral de la persona<sup>89</sup>.

Por otra parte, la idea de la pena como retribución, en su significado como absoluta en la perspectiva de Kant, está vinculada al imperativo categórico y al *ius talionis*<sup>90</sup>, pero en un orden lógico-formal<sup>91</sup>. En la visión de Jakobs, esto implicaría una inevitable discrepancia entre adecuación al derecho y prudencia: ni puede perseguirse utilidad alguna sin que previamente se establezca la pena merecida por el autor; ni cabe, una vez que existe un juicio de merecimiento, ponderación de prudencia que limite o condicione la pena<sup>92</sup>.

Es evidente que, como se ha expuesto, la propuesta de Finnis no guarda relación alguna con esta visión de la retribución, cuando correctamente separa dos aspectos en la pena: sólo en un primer momento, y no en su concreción, es la pena moralmente necesaria o, en otras palabras, requerida por las exigencias de la ley natural. Sin embargo, creo que es necesario establecer algunas precisiones que derivan de un desarrollo de estos dos aspectos que indico:

1. El primer aspecto constituye lo absoluto de la teoría de la pena: sólo el castigo (retribución) es una reacción necesaria del delito de acuerdo con la razón práctica<sup>93</sup>, y esta necesidad moral se manifiesta no

<sup>89</sup> En este sentido, GEORGE, R.P., «Natural Law», *American Journal of Jurisprudence*, vol. 52, n. 1, 2007, p. 55 y ss.

<sup>90</sup> PÉREZ DEL VALLE, C., «Überlegungen zur Strafe und Vergeltung bei Kant», pp. 639 y ss; y 642 y ss., respectivamente.

<sup>91</sup> FINNIS, J., «The Nature of Law», Tasioulas, J. (ed.), *Cambridge Companion to Philosophy of Law* (en prensa en Cambridge University Press, con citas del manuscrito facilitado personalmente por el autor) describe la perspectiva de Kant de este modo: «(..) the alternative to it proposed by Kant to rescue morality from utilitarianism's reduction of third-domain rationality to fourth-domain, technological reasoning. For Kant's rescue effort made the analogous mistake of seeking moral rationality's paradigm in the second domain (retaining from the third domain little save the idea of bringing order into one's free choices – 'autonomy'), and modelling all ethical argument on logic's mission to eliminate contradiction» (p. 13). El orden de los ámbitos referidos y que Finnis toma de Santo Tomás de Aquino (esta diferenciación ya la apuntaba, sin desarrollo, en la primera edición de *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., pp. 136 y ss.), es el siguiente: natural, lógico, instrumental y moral; la conclusión es, por tanto, que el discurso de la ética de Kant, a excepción de la idea de libertad, se desenvuelve en el orden lógico y no propiamente moral.

<sup>92</sup> JAKOBS, G., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Ferdinand Schöningh, Paderborn., 2004, p. 11.

<sup>93</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 87, a. 1: «Mas es evidente que todas las cosas que están bajo un orden, en cierto modo, son una sola cosa respecto al principio de su orden. De ahí que, si se levanta alguien contra ese orden, es lógico que sea humillado por el orden mismo o por el que lo preside. Ahora bien, siendo el pecado un acto desordenado, es evidente que quienquiera que peca obra contra algún orden. Y por eso es lógico que sea humillado por ese mismo orden. Esta humillación es el castigo».

sólo como justicia conmutativa, sino también –y fundamentalmente– como justicia distributiva<sup>94</sup>. En efecto, «por la compensación de la pena se reintegra la igualdad de la justicia»<sup>95</sup>, que no es igualdad entre delito y pena en el sentido kantiano (*ius talionis*), sino restauración de la justa distribución de ventajas y desventajas que ha alterado el delito<sup>96</sup>. Finnis dirige la retribución hacia el futuro (*forwards-looking*): en el periodo de tiempo transcurrido desde antes del delito hasta después del castigo, nadie ha resultado finalmente desfavorecido por la decisión de «permanecer dentro de los confines del derecho»<sup>97</sup>. Esta perspectiva explica la necesidad moral de la ley penal y aporta su legitimación política: en la medida que sólo la pena puede garantizar esta restauración del orden jurídico, la promulgación de leyes penales en estos términos constituye una obligación de los gobernantes<sup>98</sup>. Hasta aquí, me parece claro que la imposición de la pena constituye una exigencia de la ley natural.

2. El segundo aspecto puede formularse de este modo: la retribución necesaria de acuerdo con la razón práctica no comprende todos los extremos que implica la pena concreta con la que se ha de castigar el hecho<sup>99</sup>. Textualmente señala Finnis que, «mientras claramente quien

<sup>94</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 186. Sobre esta visión de la justicia distributiva, KÖHLER, M., «Iustitia distributiva. Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit», *ARSP*, vol. 79, 1993, pp. 457 y ss.). A mi juicio, la atribución de culpabilidad de la persona en el derecho ha de ser siempre un acto de justicia distributiva.

<sup>95</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 87, a. 6: «*ut per recompensationem pœnæ reintegretur æqualitas iustitiæ*». Las palabras de Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, *op. cit.*, p. 273, son muy claras en ese sentido: «la pena encuentra su legitimación como justa compensación por el injusto culpable».

<sup>96</sup> FINNIS, «The Restoration of Retribution», *op. cit.*, p. 164. La ventaja obtenida por el autor del delito debe ser entendida necesariamente como un «botín o una satisfacción psicológica, sino el hecho de haber perseguido los propios fines, pese a que el derecho requería la abstención de esa conducta».

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>98</sup> FINNIS, J., «The Nature of Law», *op. cit.*, p. 14. No obstante, en este punto, en que aborda la naturaleza del derecho en su vinculación con la naturaleza de las personas, Finnis añade al castigo, la disuasión y la supresión de futuras infracciones («*and for their punishment, and the deterrence and suppression of future offences*»). La prevalencia de la retribución implica la siguiente interpretación: los gobernantes tienen el deber, no únicamente de establecer e imponer penas que retribuyen (derecho penal), sino de utilizar otros medios disuasorios, distintos de la pena, que constituyen prevención.

<sup>99</sup> VILLEY, M. («Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique», *Archiv du philosophie du droit*, vol. 28, 1983), compatibiliza el principio de justicia retributiva, como primer

comete un delito ha de ser ordinariamente castigado, las cuestiones de tiempo, lugar, circunstancias y grado son materias de puro derecho positivo y no pueden ser determinadas por el razonamiento moral abstracto»<sup>100</sup>. Aquí creo necesaria una matización a la posición de Finnis: aunque la pena prevista por la ley para cada caso no es una conclusión derivada de la ley natural y, por tanto, la necesidad moral de la retribución no la comprende<sup>101</sup>, algunas condiciones esenciales de la pena que el derecho positivo sí son propias de la ley natural, si se considera que la pena es justicia distributiva<sup>102</sup> y, como ley, está dirigida al bien común<sup>103</sup>. Fundamentalmente, el razonamiento abstracto alcanza a la afirmación de que las leyes han de prever penas que puedan entenderse como proporcionadas para el hecho que castigan en relación con otros hechos (por ejemplo: para el homicidio ha de preverse una pena sensiblemente más grave que para un hurto) y en relación con otros individuos (la ley penal debe establecer mecanismos para la individualización de la pena; esto es: que la pena pueda ser

---

grado de la Justicia según el cual el equilibrio que rompe el delito queda restaurado por una pena equivalente (p. 199); la apertura al perdón entendido como epiqueya (ἐπιείκεια-epieikeia), que determina la disminución de las penas o su remisión (p. 200); y temporalidad, de la que derivan en un segundo nivel la utilidad (sólo han de castigarse los hechos que de forma inmediata sean destructivos de la vida en común) y, por ello, la proporcionalidad en la medida de la pena (en la que influyen la salvaguarda del orden social, sin olvidar que la pena es medicinal y su factor educacional) (pp. 201-202).

<sup>100</sup> FINNIS, J., «The Restoration of Retribution», *op. cit.*, pp. 164-165.

<sup>101</sup> A mi juicio, esta conclusión de Finnis es acertada, y deriva, como indica, de SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 2: «la ley natural establece que el que peca sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es ya una determinación añadida a la ley natural»; en ese sentido, también CATHREIN, V., *Moralphilosophie. Eine wissenschaftliche Darlegung der sittlichen, einschließlich der rechtlichen Ordnung-Bd. I (Allgemeine Moralphilosophie)*, Herder, Wien-München-Straßburg-Sant Louis, Mo., 1904, p. 410. En esta cita, Santo Tomás de Aquino explica el alcance de la *determinatio* con ese ejemplo, para distinguir entre las conclusiones derivadas de los primeros principios de la ley natural y aquellas «que se derivan por vía de determinación». Unas y otras son de derecho positivo («por ambos caminos se originan las leyes humanas positivas»), pero las primeras mantienen la fuerza de la ley natural, mientras que las segundas «no tienen más fuerza que la de la ley humana». De inmediato añade que «ha de acomodarse a cada uno, según sus posibilidades, incluidas las naturales» y que ha de adecuarse también a las costumbres sociales, pues el hombre no puede vivir aislado en medio de la sociedad sin contar para nada con los demás», pues «la disciplina humana ha de someterse, en primer lugar, al orden de la razón».

<sup>102</sup> Como se ha indicado, con cita de FINNIS (*Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 186), en nota 94.

<sup>103</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 2 («*et ideo omnis lex ad bonum commune ordinatur*»); q. 95, a. 3.

diferente para diferentes sujetos); y en ningún caso la concreción de la pena que permite la ley puede dar lugar a penas que puedan apreciarse como claramente desproporcionadas<sup>104</sup>. Fuera de esta afirmación, no hay nada que objetar al planteamiento de Finnis: la determinación (*determinatio*) de las leyes que establecen las penas es una cuestión de derecho positivo, y consiste en escoger qué penas son las adecuadas a partir de una gama de opciones posibles.

3. No deriva de la ley natural, por tanto, que un delito debe ser castigado con una pena determinada<sup>105</sup>, sino tan sólo la proscripción de penas que, en la relación con la culpabilidad del autor manifestada en el hecho castigado, puedan considerarse desproporcionadas en la perspectiva de la justicia conmutativa (por ejemplo: penas muy graves para una leve culpabilidad) o distributiva (por ejemplo: la imposición de una pena grave en un contexto cuyos presupuestos se han valorado siempre como la base para la determinación de una pena claramente poco grave, en el mismo caso, pero también en casos distintos). No sólo cabe pensar en la justicia conmutativa con significación positiva (qué medida de pena en relación con qué medida de culpabilidad), que en todo caso es incompleta, porque la medida de culpabilidad sólo puede definirse en un acto de justicia distributiva. Es necesario considerar la justicia conmutativa en su significación negativa: la determinación de cuándo la culpabilidad manifestada en un hecho no puede ser castigada con una pena. Pero tampoco deriva de la ley natural que la efectividad de la pena prevista en la ley –que es la retribución establecida en la ley– sea inamovible, o, con palabras de Köhler, la negación incondicionada de libertad en la vida práctica, como la imposibilidad de acceso a la libertad durante la ejecución de la pena<sup>106</sup> o la posibilidad de suspensiones de la ejecución de la pena totales o parciales o de normas que autoricen un cumplimiento parcial.

---

<sup>104</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 3: que la pena sea justa significa que ha de ser posible según la naturaleza y las costumbres del país, proporcionada a los lugares y a los tiempos» («*possibilis secundum naturam, secundum consuetudinem patrie, loco temporisque conveniens*»).

<sup>105</sup> Por esa razón, «no es una exigencia natural –esto es: racional– que el asesinato, incluso el más atroz, sea castigado con la pena capital» (FINNIS, J., «The Restoration of Retribution», *op. cit.*, p. 179).

<sup>106</sup> KÖHLER, M., *Der Begriff der Strafe*, *op. cit.*, p. 14.



## IV.2.2. Merecimiento de pena y arrepentimiento

La discusión sobre la decisión judicial respecto a la concreción de la pena debe tener en cuenta que, en un marco como el que he expuesto, la pena no puede ser ajena a la medida de la culpabilidad del autor y, aunque exista una ineludible conexión entre la imposición de la pena merecida y la prevención general, ésta es sólo un efecto reflejo de la pena retributiva, aunque ésta presupone comunicación de que se ha infringido el derecho –aunque la comunicación no puede explicar por sí misma la pena–. La prevención general –positiva o negativa– no es sino un efecto reflejo de la pena individualizada por el juez, cuando constituye una retribución justa (merecida), y el merecimiento se proyecta en otros conceptos morales <sup>107</sup>.

El merecimiento de pena no puede determinarse de acuerdo con una medida de carácter absoluto, y precisamente porque la necesidad moral de la pena no puede desligarse del bien común; por esa razón tampoco puede determinarse en la perspectiva de la víctima, porque esto implica que el Estado «se convierte en parte»<sup>108</sup>. Pero en todo caso, el merecimiento conduce de nuevo a la culpabilidad personal, y la relación entre pena merecida y necesidad de prevención especial es, a mi juicio, muy próxima: el efecto que se pretende obtener cuando se habla de prevención especial es, en ese sentido, restauración en el sujeto de la fidelidad al derecho, que entiendo integrado en la idea de retribución de la culpabilidad y que, en su aplicación concreta, es *determinatio*.

La clave de esta integración se encuentra, desde mi punto de vista, en el arrepentimiento, entendido como capacidad de cambio del sujeto culpable<sup>109</sup>, lo que afectaría al propio concepto de imputabilidad (sin capacidad de cambio no hay sujeto imputable para el derecho penal); y como reconocimiento de las normas con posterioridad a la infracción. Quien, con su comportamiento posterior al delito, «hace inteligible la condena moral co-

---

<sup>107</sup> TASIOLAS, J., «Punishment and Repentance», *op. cit.*, p. 300, quien discrepa de la perspectiva de Nozick: el merecimiento se proyecta en otros conceptos «morales» y define ciertas reglas. En mi opinión, la culpabilidad absorbe estos conceptos morales en los que se proyecta el merecimiento.

<sup>108</sup> En ese sentido, Silva Sánchez, J.M., de forma contundente: «la reconstrucción del castigo estatal en clave criminológica (...) desestataliza al Estado punitivo convirtiéndolo en parte» (*Malum passionis*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 235).

<sup>109</sup> MARGALIT, A., *The Decent Society*, Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1998, sobre este punto en pp. 70 ss., especialmente en p. 74; también TASIOLAS, J., «Punishment and Repentance», *op. cit.*, p. 295.

municada por la pena –incluso si la existencia de la infracción es, en algunos casos, una creación de la ley que criminaliza la conducta (*mala prohibita*)»<sup>110</sup> y no un delito *mala in se*– pone de manifiesto un menor merecimiento del reproche. Sin duda, esto implica menor necesidad de prevención especial, pero esto es una consecuencia.

Me detengo brevemente en la afirmación sobre la imputabilidad y el arrepentimiento. En realidad, se trata de la cualidad del sujeto imputable, que puede someterse al derecho penal: del mismo modo que es preciso que el sujeto imputable pueda desplegar su propio yo en una forma autobiográfica, que implica su identidad personal a lo largo del tiempo; no hay sujeto imputable cuando éste no tiene capacidad de cambio y, por tanto, carece de la posibilidad de arrepentimiento, porque esto implica la imposibilidad de construcción de la propia biografía hacia el futuro.

En este punto ha de abordarse la pregunta que se planteaba antes en un orden práctico: si es posible la renuncia a la ejecución de una pena que retribuye la culpabilidad concreta del autor en el hecho. En la teoría de la retribución que he desarrollado a partir de Finnis, es inadmisibles la pena que no se agota en sus posibilidades de consecución del bien común, y es obvio que los riesgos de desocialización que pueden derivar de la ejecución de la pena pueden ser perturbadores en esa perspectiva<sup>111</sup>. Por esa razón, las instituciones de «individualización tardía» que permiten modificar sustancialmente de los términos de la pena o un aplazamiento que pueda incluso conducir a su supresión son razonables cuando se aplican en esta perspectiva vinculada al bien común, y constituyen una clara materialización de la *determinatio*. En estos casos es esencial el arrepentimiento, que constituye una restauración anticipada de la personalidad razonable del infractor, al menos en un modo parcial.

## V. CONCLUSIÓN

La exposición precedente pretendía mostrar la visión de la pena y del derecho penal de John Finnis, y la he finalizado explicando cómo desde esta perspectiva es posible defender una teoría coherente de la pena. He intentado

<sup>110</sup> TASIIOULAS, J., «Punishment and Repentance», *op. cit.*, p. 307.

<sup>111</sup> FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 264: «sanctions are part of the enterprise of legally ordering society, an enterprise rationally required only by that complex good of individuals which we name the common good».

mostrar, además, estas conclusiones sobre la visión de la pena y del derecho penal de John Finnis:

- 1.<sup>a</sup> La propuesta sobre el derecho penal y la pena de John Finnis pone de manifiesto la significación moral de la pena sobre la base de su vinculación a la ley natural, y explica la pena como retribución de forma razonable de castigo a través de las leyes penales.
- 2.<sup>a</sup> La teoría de la retribución en el sentido de John Finnis se desarrolla en un plano distinto al de las teorías que derivan de la filosofía idealista; se trata, por tanto, de «otra» retribución, que no niega la necesidad moral de la pena, pero introduce argumentos –propios del derecho natural clásico– que reducen la rigidez de la retribución de la filosofía idealista.
- 3.<sup>a</sup> Aunque la teoría de la pena y del derecho penal del Finnis no es un punto central de su fundamentación del derecho, su perspectiva permite desarrollar una teoría satisfactoria en la perspectiva del derecho penal y con la dogmática sobre la que se construyen y a partir de la que se desarrollan sus bases teóricas.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AQUINO, SANTO TOMÁS DE (1891), *Summa Theologiae-Prima pars secundae partis* (I-II), Textum Leoninum Romae 1891 editum et automato translatum a Roberto Busa SJ in tænias magnéticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit, disponible en <http://corpusthomicum.org> (traducciones confrontadas con Suma de Teología (edición dirigida por los Regentes de Estudios de las provincias dominicanas en España, 2.<sup>a</sup> ed., BAC, Madrid, 1993).
- ARISTÓTELES, *Política*, Gredos, Madrid, 1988.
- *Ética Nicómacoa-Ética Eudema*, Gredos, Madrid, 1985.
- ARMSTRONG, K.G., «The Retributivist Hits Back», *Mind*, New Series, vol. 70, n. 280, oct. 1961, pp. 471 y ss.
- BRUCKMANN, P., «Sinn und Unsinn gegenwärtiger Vergeltungstheorien – überholt, hilfreich oder notwendig zur Legitimation staatlicher Strafe?», *Kriminalpolitische Zeitschrift-2*, 2019, pp. 105 y ss.
- CATHREIN, V., *Moralphilosophie. Eine wissenschaftliche Darlegung der sittlichen, einschließlich der rechtlichen Ordnung-Bd. 1 (Allgemeine Moralphilosophie)*, Herder, Wien-München-Straßburg-Sant Louis-Mo., 1904.
- COTTINGHAM, J., «Varieties of Retribution», *The Philosophical Quarterly*, vol. 29, n. 116. (julio 1979), pp. 238 y ss.

- DUFF, R.A., «Responsibility, Restoration, and Retribution,» in *Retributivism Has a Past: Has It a Future?*, Tonry (ed.) Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 63 y ss.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.
- «Commesuration and Public Reason», *Reason in Action-Collected Essays. Vol. I*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 233 y ss.
- «Human Acts», *Intention and Identity-Collected Essays. Vol. II*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 133 y ss.
- «Introduction», *Human Rights & Common Good-Collected Essays. Vol. III*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 1 y ss.
- «Hart's Philosophy of Punishment», *Human Rights & Common Good-Collected Essays. Vol. III*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 155 y ss.
- «The Restoration of Retribution», *Human Rights & Common Good-Collected Essays. Vol. III*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 161 y ss.
- «Retribution: Punishment's Formative Aim», *Human Rights & Common Good-Collected Essays. Vol. III*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 167 y ss.
- «The Nature of Law», Tasioulas, J. (ed.), *Cambridge Companion to Philosophy of Law* (en prensa en Cambridge University Press, con citas del manuscrito facilitado personalmente por el autor el 11 de enero de 2020).
- FEUERBACH, J.P.A., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts-1. Teil*, Henning, Erfurt, 1799.
- FINKELSTEIN, C., «Hobbes and the Internal Point of View», *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006, pp. 1211 y ss.
- FULLER, L., *The Law in Quest of Itself* (reimpresión de la 1 ed. 1940), Beacon Press, Boston, 1966.
- GEORGE, R.P., «Natural Law», *American Journal of Jurisprudence*, vol. 52, n. 1, 2007, p. 55 y ss.
- GIERHAKE, K., «How justify the Open Court Principle in Criminal Proceedings», HESS/KOPRIVICA HARVEY (eds.), *Open Justice: The Role of Courts in a Democratic Society*, 2019, pp. 103 y ss.
- GÜNTHER, L., *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts-Abt. II*, Th. Bläsing, Erlangen, 1891.
- HAMPTON, J., «An Expressive Theory of Retribution», Cragg (ed.), *Retributivism and its Critics*, Franz Steiner, Stuttgart, 1992, pp. 1 y ss.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.
- HOLMES, O.W., Jr., «The Path of Law», *Harvard Law Review*, 1897, pp. 457 y ss.
- *The Common Law*, Little, Brown and Co., Boston, 1881.
- HRUSHCKA, J., *Kant und der Rechtsstaat*, Karl Alber, Freiburg/München, 2015.
- JAKOBS, G., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2004.
- KAUFMANN, Armin, «Die Aufgabe des Strafrechts», *Strafrechtdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982, pp. 263 y ss.
- KÖHLER, M., *Der Begriff der Strafe*, R.v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg, 1986.

- «Iustitia distributiva. Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 79, 1993, pp. 457 ss.
- KÖSTLIN, Ch. R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, H. Laupp. Tübingen, 1845.
- KRAMER, M. H. «Retributivism in the Spirit of Finnis», Keown, J./George, R.P. (ed.), *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 167 y ss.
- LEOCATA, F., «Sentido de la ley penal en Francisco Suárez», Cruz Cruz, J. (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, Eunsa, Pamplona, 2010, pp. 17 y ss.
- LUBAN, D., «The Bad Man and the Good Lawyer: a Centennial Essay on Holmes's The Path of the Law», *New York University Law Review*, vol. 72, 1997, pp. 1546 y ss.
- MARGALIT, A., *The Decent Society*, Harvard University Press, Cambridge-Mass., 1998.
- MOORE, M. S., *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.
- MURPHY, J.G., «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *Columbia Law Review*, vol. 82, 1987, pp. 509 y ss.
- NANCE, D.A., «Rules, Standards, and the Internal Point of View», *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006, pp. 1287 y ss.
- PÉREZ DE VALLE, C., *Conciencia y Derecho penal*, Comares, Granada, 1994.
- «Impunibilidad y el derecho en sentido subjetivo», *Indret penal 3* (julio 2017), <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1313.pdf> (07/08/2020).
- «Überlegungen zur Strafe und Vergeltung bei Kant», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 27, 2019, pp. 29 y ss.
- «Poena forensis y retribución», *Indret penal 3* (julio 2020), pp. 214 y ss.
- PERRY, S. R., «Hart versus Holmes: the Bad Man in Legal Theory», Burton, S. J. (ed.), *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Cambridge University, Cambridge-New York, 2000, pp. 158 y ss.
- RAWLS, J., «Two Concepts of Rules», *The Philosophical Review*, vol. 64, n. 1 (enero 1964), pp. 3 y ss.
- RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*. Giapichelli, Torino, 1996.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., *Imputación y teoría del delito*, BdF, Buenos Aires-Barcelona, 2008.
- SHAPIRO, S.J., «What is the Internal Point of View», *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006, pp. 1157 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Malum passionis*, Atelier, Barcelona, 2018.
- SUMMERS, R.S., «Professor H.L.A. Hart's Concept of Law», *Duke Law Journal*, 1963, pp. 629 y ss.
- TASIOULAS, J., «Punishment and Repentance», *Philosophy*-81, enero 2006, pp. 279 y ss.
- VILLEY, M., «Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel clasique», *Archiv du philosophie du droit*, vol. 28, 1983, pp. 181 y ss.
- WILCOX, W.H., «Taking a Good Look at the Bad Man's Point of View», *Cornell Law Review* vol. 66, 1981, pp. 1058 y ss.

