

## ¿ALGO MÁS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO?\*

MARCELO FERRANTE\*\*

**Resumen:** Este trabajo —pensado originariamente como una conferencia— presenta un conjunto de conceptos y argumentos filosóficos que construyen una defensa del valor intrínseco, y no meramente instrumental, que puede hallarse en el castigo y en el derecho penal que lo institucionaliza. Conecta el análisis de la noción de castigo de Joel Feinberg y la concepción de la responsabilidad de Peter Strawson con una versión de un argumento de Igor Primoratz. Sitúa esa clase de defensa del valor del castigo en relación con posiciones antipunitivistas radicales y responde a la objeción liberal tradicional según la cual las justificaciones del castigo basadas en ideas de justicia retributiva implicarían un compromiso con la aplicación del castigo por rasgos del carácter.

**Palabras clave:** castigo — responsabilidad — reproche — retribución — punitivismo y antipunitivismo — principio del acto.

**Abstract:** This paper —originally conceived as a lecture— expounds a group of philosophical concepts and arguments that build up a defense of the intrinsic (non-instrumental) value that may be found in punishment and its institutionalization through criminal law. The paper links Joel Feinberg’s analysis of the notion of punishment and Peter Strawson’s conception of responsibility with a version of an argument by Igor Primoratz. It also places defenses of this kind of the value of punishment in relation to radical anti-punitive views, and responds a traditional liberal objection according to which retributive justice justifications of punishment would involve a commitment to punishment for character traits.

\* Recepción del original: 11/10/2022. Aceptación: 11/11/2022.

\*\* La versión original de este texto fue presentada como conferencia en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, el 9 de noviembre de 2017. Agradezco a Omar Palermo por la invitación y a él y a lo/as asistentes por sus comentarios durante la discusión. Agradezco también a Leandro Dias por su lectura de un borrador anterior y sus observaciones críticas.

**Keywords:** punishment — responsibility — blame — retribution — (anti)punitivism — act requirement.

## I. INTRODUCCIÓN

En este texto propongo recorrer algunos acordes y melodías de la discusión filosófica sobre la justificación del castigo. La metáfora musical no es caprichosa. Al teorizar sobre la justificación del castigo, como intento hacer en las páginas que siguen, quiero actuar como un músico de jazz que versiona abiertamente sobre estándares conocidos. Me apresuro a destacar una diferencia importante. En una sesión de jazz es frecuente que prácticamente todo el valor musical esté en la sesión, no en el estándar elegido para tocar: el valor reside en lo que se logra en ese momento, a partir de ese tema básico, en la versión que de él resulta como consecuencia de la combinación de variaciones e improvisación y de la sinergia entre las y los músicos que participan de ella. En la teorización sobre la justificación del castigo, los argumentos filosóficos fundamentales son los estándares sobre los que versionamos; pero, a diferencia del valor musical de las melodías que pueden dar lugar a una sesión de jazz, aquellos argumentos tienen un valor dominante. Por eso toda teorización contemporánea sobre la justificación del castigo deja la sensación de que no se ha dicho nada realmente nuevo, que apenas si se ha tocado una melodía conocida. Pero sí puede tener —esa es mi observación— un valor filosófico semejante al valor musical de una sesión de jazz, si es que ofrece una versión más o menos afortunada de esa melodía conocida, y quizás, con suerte, una versión que es iluminadora.

Tengo la tentación de anunciar que el tono general de la melodía sobre la que versiono es una melodía punitivista. Pero no creo saber usar la etiqueta *punitivista* y sus variantes como suele aparecer en la discusión contemporánea. Sé, sin embargo, que encuentro en el derecho penal un valor y quiero dedicar estas páginas a explicar cuál es ese valor y atender algunas objeciones. Si bien en ocasiones diré de mi posición que es punitivista, lo diré estrictamente con este sentido específico.

Cuando digo que encuentro valor en el derecho penal, no hablo de este o aquel derecho penal de esta o aquella comunidad. Por cierto, no hablo de nuestro derecho penal, que tiene demasiadas cosas demasiado disvaliosas. Hablo de algo que está en esa antigua práctica social que llamamos castigo y que nos acompaña desde que tenemos memoria histórica,

y de algunas regulaciones posibles de ella mediante esa herramienta que conocemos como derecho. Quiero decir, en particular, que cuando pienso en una comunidad ideal —una comunidad grande y diversa, como la que ocupa el planeta Tierra, y de seres más o menos como nosotros— imagino una comunidad con alguna forma de derecho penal y no sin él.

Antes de presentar mis argumentos centrales, quisiera hacer una distinción. La distinción es entre dos tipos de enfoque, digamos, antipunitivista: uno al que llamo (anti)punitivismo tolerante o minimizador y otro al que aludo como antipunitivismo radical. La razón para proponer esta distinción no es solo taxonómica; sino que me inspira el hallazgo de que mi defensa del derecho penal está relativamente cerca del antipunitivismo radical y en las antípodas del (anti)punitivismo tolerante o minimizador. Este es un hallazgo sorprendente; uno tendería a pensar que hay algo así como un espectro de posiciones que va desde posiciones antipunitivistas radicales, en un extremo, a defensas del derecho penal, en el otro, y que los antipunitivismos tolerantes o minimizadores, que lucen como posiciones moderadas, estarían de algún modo entre esos dos extremos. Sin embargo, no es así. O al menos, eso es lo que diré aquí respecto de mi defensa del valor del castigo penal.

Llamo antipunitivistas moderados o minimizadores a quienes encuentran en el derecho penal un mal necesario, que hay que tolerar por una razón u otra, pero del que siempre es mejor menos que más. En esta categoría caen quienes conciben al derecho penal —como con genialidad propuso Jeremy Bentham a fines del siglo XVIII<sup>1</sup>— solo como una herramienta de ingeniería social, especialmente como un régimen de incentivos negativos dirigidos a desmotivar clases de acciones, algo así como un sistema de precios.<sup>2</sup>

También caen dentro de esta categoría quienes —como James Fitzjames Stephen en el siglo XIX,<sup>3</sup> o Luigi Ferrajoli a fines del siglo XX—<sup>4</sup> entienden al derecho penal como una institución solo dirigida a realizar una versión controlada, contenida y razonable de lo que de otro modo sería un

1. Cfr. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*.

2. La metáfora es de RAWLS, “Two Concepts of Rules”, p. 12.

3. Cfr. STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*. Cfr. también MORSE, “Thoroughly Modern: Sir James Fitzjames Stephen (...)”, pp. 505 ss.; POSNER, “The Romance of Force: James Fitzjames Stephen (...)”, pp. 263 y ss.

4. Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*.

festín dantesco de linchamientos y otras manifestaciones brutales a las que llevan las pulsiones retributivas inescapablemente presentes en nuestras comunidades.

Lo común a estas posiciones es que para ellas el castigo no tiene por sí ningún valor. Es un daño más o incluso violencia irracional. Recurrimos a él sólo como un instrumento con el cual evitaríamos caer en un estado de cosas peor que este en el que castigamos.

De un modo u otro, articuladamente o solo intuitivamente, estos enfoques moderados parecen ganarse nuestro apoyo reflexivo. Ahí más o menos parece estar la razón. Sin embargo, quiero sostener aquí que, a diferencia de lo presupuesto por esos enfoques, el castigo tiene un valor intrínseco —en el sentido de que no depende de aquello para cuya consecución puede ser un buen instrumento— y que en ese valor reside el fundamento que nos obliga a adoptar alguna forma de derecho penal. En particular, la idea que quiero defender aquí es que adoptar un derecho penal es parte de nuestro deber de respetarnos como personas; es parte de nuestro deber de hacer de nuestra comunidad una comunidad de iguales.

Confieso que no sé, en rigor, si mi tesis es verdadera. Lo que sé es que me sirve como excusa para presentar un puñado de aportes filosóficos de muchísima importancia y que justifican por sí —espero— estas páginas.

## II. CASTIGO

La primera tesis en la que quiero detenerme proviene de un ensayo del filósofo Joel Feinberg que apareció publicado por primera vez en 1965.<sup>5</sup> Feinberg encaró allí la pregunta analítica ¿de qué hablamos cuando hablamos de castigo? O ¿en qué pensamos cuando pensamos en castigo?

En general, cuando como filósofos nos preguntamos por la justificación de una práctica determinada, el primer paso que debemos dar es precisar cuál es la práctica por cuya justificación nos preguntaremos. Feinberg postula que la caracterización de la práctica del castigo para la cual autores clásicos, como Bentham, ofrecen su justificación no es la adecuada. Esos autores parten del presupuesto de que el castigo es una imposición intencional de algún daño (una privación intencional de un bien) hecha en

5. *Cfr.* FEINBERG, “The Expressive Function of Punishment”.

conexión con una falta (la violación de una regla), y llevada a cabo por la autoridad que emitió la regla violada. Cualquier sanción o penalidad cae bajo esa definición. Pero la práctica que llamamos castigo no es cualquier sanción o penalidad. Entre el juicio y prisión que imponemos a alguien por haber asesinado a otro y la multa impuesta por un mal estacionamiento no hay —nos propone Feinberg— una simple diferencia de grados. Hay una diferencia cualitativa; son clases de cosas distintas.

Hay penalidades o sanciones que no son castigo. Lo que distingue al castigo —cito textualmente— es que es el “dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, y de juicios de desaprobación y reprobación por parte de la autoridad punitiva misma o por parte de aquellos ‘en cuyo nombre’ el castigo es impuesto”.<sup>6</sup>

En nuestro lenguaje social, por decirlo así, ciertas cosas que nos hacemos unos a otros, ciertas formas de tratarnos, se han convertido en el vehículo para la expresión de la condena y la reprobación públicas y es a eso a lo que llamamos castigo. Es a eso —y no a cualquier penalidad o sanción— a lo que nos resulta difícil encontrarle una justificación convincente y, sin embargo, a pesar de todo, no parecemos dispuestos a abandonarlo.

No hay nada paradójico en que algunas formas de tratarnos emitan ese mensaje expresivo: como lo pone Feinberg —vuelvo a citarlo—:

“esto no es ni más ni menos paradójico que decir que ciertas palabras se han convertido, en nuestro lenguaje, en vehículos para la expresión de determinadas actitudes, o que la champaña es la bebida alcohólica tradicionalmente usada en la celebración de grandes eventos, o que el negro es el color del luto”.<sup>7</sup>

Lo notable del trabajo de Feinberg es cómo nos muestra que efectivamente pensamos en el castigo como esas formas de trato mediante las cuales expresamos desaprobación y condena. No tengo espacio para reproducir aquí sus argumentos en ese sentido.<sup>8</sup> Basta solo decir que precisamente

6. FEINBERG, “The Expressive Function of Punishment” pp. 97 y ss.

7. FEINBERG, “The Expressive Function of Punishment” p. 100.

8. Feinberg presenta cuatro ejemplos distintos en los que reconocemos el uso del castigo como una alternativa comprensible y que, sin embargo, sería francamente ininteligible si no

porque Feinberg está en lo cierto ocurre que nos parece especialmente disonante castigar a quien juzgamos inocente, mientras que quizás someterlo a privaciones equivalentes que no identificamos como castigo —una cuarentena, por ejemplo— sólo nos parece desafortunado.

Esta es, entonces, la primera tesis que presento en estas páginas: la idea según la cual eso que llamamos castigo es el arreglo institucional con el cual comunidades políticamente organizadas como la nuestra expresan condenación respecto de aquellas personas que la comunidad juzga responsables por la violación de algunas normas o deberes.

### III. RESPONSABILIDAD

El segundo aporte en el que quiero detenerme es de la misma época; fue publicado apenas tres años antes, en 1962, pero es filosóficamente más profundo y su influencia para la filosofía contemporánea ha sido muchísimo mayor. Me refiero al trabajo del filósofo de Oxford Peter Strawson, *Freedom and Resentment*.<sup>9</sup>

El trabajo de Strawson encara una cuestión muy antigua y sumamente fundamental en la filosofía, la cuestión de la responsabilidad: ¿A qué alude nuestro discurso acerca de la responsabilidad? ¿Qué es eso de ser responsables? ¿Somos acaso responsables por algo? ¿Por qué, o en virtud de qué somos responsables? Hay una concepción muy tradicional según la cual la responsabilidad es algo que implica libertad de voluntad en un sentido muy fuerte: la capacidad de optar entre caminos alternativos, de modo que si no tenemos efectivamente caminos alternativos, si no hubiera, para ponerlo así, jardines en los que los senderos se bifurcan para nosotros y entre los cuales podemos elegir según nos parezca, no hay eso que llamamos responsabilidad. La versión filosóficamente extendida es conocida bajo el nombre de incompatibilismo y se presenta como la tesis según la cual eso que es la responsabilidad es incompatible con el determinismo. Por determinismo entendemos la idea de que lo que hacemos en un momento  $t$  está determinado por las leyes de la naturaleza y los hechos del mundo físico

---

lo concibiéramos como una herramienta expresiva. Cada uno de esos ejemplos representa —propone Feinberg— una función expresiva característica del castigo.

9. *Cfr.* STRAWSON, “Freedom and Resentment”.

anteriores a *t*. Si el determinismo es verdadero, parece seguirse que es también verdad que no tenemos opciones: cada cosa que hacemos resulta de la operación de las leyes de la naturaleza sobre el estado de cosas físico anterior a nuestra acción. Nuestra percepción de que al decidir actuar de un modo u otro elegimos entre alternativas genuinas —esto es, que bien podríamos haber actuado de otra manera— sería así solo una ilusión de nuestra consciencia. Si el determinismo es verdadero, entonces, no somos libres en aquel sentido fuerte y, por lo tanto, de acuerdo con la concepción incompatibilista, no somos agentes responsables. Creemos que lo somos; actuamos como si lo fuéramos. Pero no lo somos.

En su trabajo *Freedom and Resentment*, Strawson intenta una refutación del incompatibilismo. Su intento de refutación ha sido muy fructífero para la discusión posterior sobre responsabilidad;<sup>10</sup> pero lo notable es que al hacerlo ha producido muchos aportes de gran importancia filosófica que van más allá de la discusión sobre responsabilidad. Este ensayo de Strawson es un trabajo realmente extraordinario.<sup>11</sup>

Presento el aspecto en el que quiero concentrarme: Hoy no sabemos si el determinismo es verdadero. Puede serlo; pero no lo sabemos. ¿Qué pasaría si mañana la ciencia confirmara que sí lo es? ¿Qué cambiaría? Strawson postula que nada cambiaría en lo que respecta a las relaciones interpersonales que tenemos; que continuaríamos vinculándonos entre nosotros como lo hacemos hoy. ¿Y qué muestra eso?

Strawson nos invita a ver que las relaciones entre personas están marcadas por la mediación de lo que él llama allí actitudes reactivas, actitudes que reservamos para aquellos a quienes vemos como personas, como pares dentro de una misma comunidad moral: el resentimiento por el maltrato —el trato indebido—, y su contracara positiva, la gratitud, serían las más características. No con todos los seres nos relacionamos de ese modo. Strawson distingue dos perspectivas, puntos de vista, o formas de vincularse o relacionarse con otro: por un lado, la perspectiva participante, involucrada o personal; y, por otro, la perspectiva desinvolucrada u objetiva. La primera implica actitudes reactivas; la segunda, no. Doy

10. *Cfr.*, por ej., FISHER, “Recent Work on Moral Responsibility”, pp. 93 y ss.

11. *Cfr.* SHOEMAKER & TOGNAZZINI, en su introducción a *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, pp. 1 y ss., quienes atribuyen a ese ensayo el excepcional impacto, compartido solo con otras pocas obras filosóficas del siglo XX, de conformar “una especie de radiación cósmica de fondo” que permea la educación filosófica contemporánea.

un ejemplo —que tomo de Stephen Darwall, uno de los tantos filósofos contemporáneos que han continuado esta idea de Strawson—:<sup>12</sup> supongamos que algo nos pisa el pie y nos hace doler. La naturaleza de nuestra reacción (sensata o racional) depende crucialmente de que reconozcamos en aquello que nos pisa el pie a una persona o a otra cosa. Supongamos que es un animal, un perro grande, por ejemplo. Nuestra reacción es quitar el pie de allí o intentar que el animal se mueva: podemos empujarlo o motivarlo con incentivos conductuales (por ejemplo, arrojar algo que desee ir a buscar, o fastidiarlo como para hacerle suficientemente indeseable el quedarse allí donde está aplastándonos el pie). En cambio, si reconocemos en ese ser a una persona entonces ocurre algo muy singular: la reacción sensata o racional es exigirle que deje de pisarnos, esto es imponerle una obligación, demandarle una forma de respeto; y si no lo hace (y no nos ofrece excusas atendibles para no hacerlo) pues nos indignamos con ella y le reprochamos que no haga lo que nos debe, dejar de pisarnos. Este ejemplo nos sugiere la idea, que defiende Strawson, de que reconocernos personas es reconocernos como los destinatarios idóneos de esas actitudes reactivas que vemos en juego en el ejemplo, y de las que ese enojo, indignación o resentimiento por el trato indebido o inmerecido que hemos recibido es la más característica.

Strawson identifica así la responsabilidad —ese rasgo que nos caracteriza como personas, en lugar de meros objetos o seres sin esa dimensión moral— con la susceptibilidad a esas actitudes reactivas. Averiguar cuáles son las condiciones de la responsabilidad moral es averiguar cuándo o, mejor, en qué condiciones alguien es el destinatario apropiado de tal o cual actitud reactiva.

Como Strawson postula que si mañana la neurociencia proclamara que el determinismo es verdadero nosotros nos seguiríamos vinculando tal y como lo hacemos hasta ahora —seguiríamos amándonos, indignándonos, respetándonos y reclamando respeto, en fin, tratándonos como personas— concluye que el incompatibilismo es falso, que responsabilidad y determinismo son consistentes el uno con el otro.

Destaco dos ideas que han surgido del trabajo seminal de Strawson. La primera es que tratarnos como personas, como pares de una comunidad

12. DARWALL, *The Second—Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*, pp. 3 y ss.



moral, implica adoptar la perspectiva participante en la que las actitudes reactivas ocupan un lugar central. Quiero decir, no podemos pretender tratarnos como personas, en ese sentido, y adoptar una perspectiva objetiva (o al menos, adoptarla como perspectiva dominante de nuestras relaciones). Si adoptáramos esa perspectiva, ello equivaldría a decir que no nos tratamos como personas.

La segunda idea es la de la estrechísima relación entre un conjunto de conceptos normativos —esto es, las ideas con las que pensamos, entendemos, hablamos sobre lo que nos debemos los unos a los otros—. Piénsese en conceptos como tener un derecho, la autoridad para exigir o demandar el cumplimiento de un deber (correlacionado con aquel derecho) y la responsabilidad del obligado por ese deber ante quien tiene la autoridad para exigirle su cumplimiento y reprocharle su incumplimiento. La mejor interpretación de ellos —parece— es que son especificaciones más o menos parciales de eso que llamamos reconocernos como personas, como pares dentro de una comunidad moral.

Para lo que sigue, voy a subrayar únicamente la relación conceptual existente entre, por un lado, debernos conductas los unos a los otros —quiero decir, los deberes que tenemos correlacionados con derechos de otros— y, por otro, las actitudes reactivas de polaridad negativa —como cierta forma de resentimiento, la indignación y el reproche— que corresponden respecto del responsable por el incumplimiento de esos deberes. Indignarnos con quien incumple con una conducta que nos es debida, o reprocharle a quien viola un derecho de otro el haberlo violado es la contracara del reconocimiento de ese deber o ese derecho. Reconocer ese derecho y su deber correlativo es comprometerse con indignarse por el incumplimiento y reprochar a quien ha violado ese deber sin excusas.

Este grupo de ideas strawsonianas conforman la segunda tesis de estas páginas.

#### IV. JUSTIFICACIÓN

De la conjunción de las dos tesis que acabo de presentar surge mi argumento punitivista. Hay muchas versiones de este argumento en la literatura filosófica. Sin embargo, yo acostumbro presentarlo atribuyéndolo al filósofo contemporáneo Igor Primoratz, pues fue con la lectura de su

ensayo *Punishment as Language*<sup>13</sup> que yo vi por primera vez con claridad este argumento.

El argumento, en rigor, es muy simple. Las ideas strawsonianas que presenté en la sección anterior nos llevan a concluir que si tenemos razones para reconocernos mutuamente como personas, tenemos razones para reconocernos titulares de derechos, para exigirnos los comportamientos correspondientes a ese reconocimiento, y a indignarnos y reprocharnos por el incumplimiento inexcusable de esos comportamientos. Eso es reconocernos mutuamente como personas. La primera tesis —aquella que tomé de Feinberg— por su parte, nos recuerda que en una comunidad política organizada es el castigo la herramienta social con la cual expresamos esas actitudes correspondientes a la violación de los deberes que nos ligan los unos a los otros. Entonces, si hay algún valor en reconocernos como personas, como pares dentro de una comunidad moral, pues hay algún valor en adoptar esa práctica que llamamos castigo. Así de simple.

Una aclaración: Este argumento simple parece justificar sólo nuestro deber individual —el deber de cada uno de nosotros— de expresar reproche en relación con el culpable por violar el derecho de alguien en respuesta a su violación, reafirmando así el derecho violado. Pero cuando pensamos en el castigo pensamos en una institución pública, algo asociado esencialmente al Estado, en el que intervienen funcionarios estatales, tribunales y otros organismos gubernamentales. No parece haber nada de esto en el argumento simple que acabo de presentar.

Efectivamente, el argumento es incompleto. Pero lo que se requiere para completarlo no es algo especial del castigo penal, sino que es una respuesta convencional a una observación muy general. Veámoslo así. Imaginemos que todos los miembros de la comunidad en la que vivimos queremos honrar nuestro deber de respetar y reafirmar los derechos que todos y cada uno de nosotros tenemos. Queremos, en pocas palabras, tratarnos como personas. Eso nos obliga a condenar y reprochar a quienes son responsables de violar esos derechos. Nos enfrentamos ahora a algunos problemas bien conocidos. Algunos son epistémicos. Por ejemplo, ¿cómo sabemos cuándo ha habido una violación y cuánto tenemos que hacer para condenar y reprochar al responsable? Quizás, vamos andando por allí y una persona nos dice que esta otra ha violado a su vecino y que por eso la

13. PRIMORATZ, “Punishment as Language”, pp. 187 y ss.

está maltratando. ¿Tendríamos que sumarnos y maltratarla también? Pero hay otros problemas prácticos. Supongamos que la persona es convincente, que su juicio es confiable. ¿Debemos todos sumarnos y maltratar al responsable? Es fácil ver cómo podemos entrar rápidamente en una pendiente que lleva al linchamiento, a castigar de más —normalmente brutalmente y muchas veces a quien no lo merece—.

Nótese que una dinámica parecida lleva a que se castigue de menos: como dije, somos muchos, de modo que parece atinado preguntarnos ¿por qué hemos de molestarnos en ocuparnos nosotros de honrar el deber de condenar y reprochar? Después de todo, seguramente habrá otras personas que se ocuparán de hacerlo y nuestra contribución individual sería apenas marginal. Sin embargo, nada indica que los demás no harán exactamente la misma especulación; por lo cual es fácil ver cómo podemos entrar en una pendiente que nos lleva a que nadie se ocupe de condenar y reprochar.

Lo que vemos es una aplicación al caso del castigo de un problema muy general: los deberes positivos generales producen defectos de coordinación y otros problemas de acción colectiva.<sup>14</sup> Una forma eficaz de resolverlos reside en la adopción de instituciones. Nuestros deberes de ayudarnos ante —por ejemplo— el incendio de nuestros hogares nos lleva a adoptar instituciones de control de incendios, bomberos, seguros obligatorios. Adoptar esas instituciones forma parte del cumplimiento de esos deberes que tenemos, dados los inconvenientes que tendríamos si intentáramos cumplirlos sin esas instituciones. Bien, el derecho penal —con sus organismos de persecución penal, tribunales, administradores de penas, etc.— es la institución con la que lidiamos con los problemas de coordinación y acción colectiva correspondientes a nuestros deberes de condenar la violación de derechos. Así de simple.

## V. REPROCHE

En la introducción dije que un rasgo peculiar de la posición que defendería aquí era que está muy cerca de algunas versiones de lo que llamé antipunitivismo radical. Llegó el momento de explicar esa idea.

14. *Cfr.*, por ej., FEINBERG, “The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan”, p. 195; FERRANTE, “Causation in Criminal Responsibility”, pp. 477 - 481.

La posición antipunitivista radical que tengo en mente —aquella que está, por ejemplo, detrás de algunos modelos de justicia restaurativa— concede todo a mi argumento excepto la asociación, que el argumento efectivamente presupone, entre expresión de condena o reproche, por un lado, y, por el otro, las formas de maltrato a las que la humanidad ha echado mano a lo largo de la historia bajo el nombre de castigo: desde multas y otras privaciones compulsivas o encierro en instituciones penitenciarias sanas y limpias, hasta la reclusión en las prisiones infectas y hacinadas a las que estamos acostumbrados o la imposición cruel de dolor y muerte en hogueras, horcas, guillotinas, mediante azotes, piedrazos, enterramientos, etc. La capacidad creativa de la crueldad humana parece no haber tenido límites.

El antipunitivismo radical que tengo en mente concede que debemos reconocernos como personas, como pares en una comunidad moral; que eso implica adoptar una perspectiva participante y, por lo tanto, respetarnos y demandar respeto, exigirnos deberes recíprocos y reprocharnos los incumplimientos inexcusables. Ahora, de allí a tratarnos mal como forma de expresar reproche hay un salto injustificable. Puesto de otra manera, no es posible justificar que el maltrato sea el lenguaje con el que reprochamos y expresamos condena sólo citando las dos tesis de las que partí. Debemos expresar condena, sí; pero no hay razón para maltratar.

Para atender a esta preocupación, propongo recordar otro argumento más o menos clásico de la literatura tradicional sobre justificación del castigo. Cuando intentamos justificar el castigo en razones para expresar condena —como yo aquí— nos enfrentamos a la objeción tradicional de que no hemos dado en el blanco. Porque cuando nos preguntamos por la justificación del castigo, nos preguntamos por el enigma de cómo puede ser que sea apropiado hacerle a alguien lo que es inapropiado hacerle: maltratarlo en alguna de esas formas que nos muestra la historia comparada del derecho penal. Y quien ofrece como razones justificatorias para expresar condenación o reproche sencillamente parece no haber ofrecido nada para resolver ese enigma. Después de todo, parece que la manera primaria de honrar las razones que podamos tener para expresar actitudes es decir algo, quizás enunciarlo a los cuatro vientos; pero, en todo caso, no hacerle algo a alguien. Pensemos en la expresión de alguna creencia cualquiera: por ejemplo, la creencia de que la luz está prendida. Si tuviera alguna razón de peso para expresar mi creencia de que la luz está prendida, el modo normal de cumplir con esa razón sería decir que la luz está prendida. ¿No ocurre lo mismo con la expresión de otras actitudes, como las que resultan

de nuestros juicios de desaprobación y acompañan a nuestras emociones condenatorias y de reproche?

Para esta objeción tradicional hay también una respuesta tradicional. Hay muchas versiones de ella, pero yo acostumbro atribuirle a Anthony Skillen, quien la expuso en un artículo aparecido en 1980 que llevó como título *How to Say Things with Walls*.<sup>15</sup> Aquí va la tesis de Skillen:

Al presentar su análisis del concepto de castigo, Feinberg compara el hecho de que expresamos condenación maltratando, con el hecho de que expresamos felicidad por un logro descorchando un champán, o expresamos luto por una pérdida vistiéndonos de negro. Estos dos ejemplos sugieren que el tipo de acción con el que expresamos alguna actitud es completamente convencional: por ejemplo, bien podríamos haber elegido cualquier otra bebida en lugar del champán, o cualquier otro color en lugar del negro. De la misma manera, la elección del maltrato como vehículo para expresar reproche también sería convencional; bien podríamos elegir otra forma de expresarlo. O, en todo caso, necesitamos una razón adicional para justificar que sea precisamente el maltrato —en lugar de un acto de comunicación verbal— el vehículo apropiado.

El aporte de Skillen es que el castigo como expresión de condena no es una convención en el sentido en el que lo es el negro como expresión del luto. El vestirse de negro simboliza el luto. El castigo, en cambio, no simboliza el reproche o la condena, lo encarna: el maltrato es una parte constitutiva del reproche o la condena.

Piénsese en cualquier escena de la vida cotidiana en la que alguien cercano, una persona con la que vivimos, por ejemplo, nos ha hecho algo que, creemos genuinamente, esa persona no debía habernos hecho; tenemos un derecho a exigirle que no lo hiciera y a ella no le importó y de todos modos lo hizo. Sentimos esa actitud de polaridad negativa y la hacemos cognoscible para la otra persona, la expresamos ¿Cómo? Pues, ajustamos nuestro comportamiento en relación con ella, de modo que ahora el trato no es el normal; es uno peor. Quizás hay cosas que normalmente hacemos por ella, que ahora no hacemos precisamente como expresión de nuestra condenación. Quizás debemos acompañar nuestro cambio conductual con una explicación, para desambiguar nuestro comportamiento: así como hay palabras ambiguas, también hay acciones ambiguas; y por cierto hay

15. SKILLEN, “How to Say Things with Walls”, pp. 509 y ss.

contextos que hacen ambiguas a nuestras expresiones, sean estas verbales o conductuales. Pero eso no debe impedir que veamos el hecho de que el modo en el que expresamos condenación es conductual, y que consiste en un ajuste negativo del comportamiento hacia la persona que condenamos. ¿Qué tan negativo es ese ajuste de comportamiento? ¿Por cuánto tiempo lo mantenemos antes de volver a la normalidad? Pues eso depende de muchas cosas, entre ellas, centralmente, de aquello en virtud de lo cual reaccionamos. La observación importante es que reprochar o expresar condenación es ajustar negativamente nuestro comportamiento hacia la persona a la que la actitud se dirige, tanto que si no lo hacemos se sigue de ello que no es verdad que la condenamos.

Una aclaración importante, que es, a su vez, un punto a favor de la crítica antipunitivista radical. No es que haya algo esencial que una al maltrato —en ese sentido que recién expresé— con la condenación, de modo que, por ejemplo, sea lógicamente imposible expresar condenación sin maltratar. La asociación es contingente. Depende, parece, de la historia evolutiva de nuestra especie. Nuevamente, hay muchas versiones de esta tesis de historia natural y social; a mí siempre me gustó la presentación de la hipótesis del filósofo John Mackie, en un trabajo llamado *Morality and the Retributive Emotions* que escribió poco antes de morir en 1981.<sup>16</sup>

La historia comienza con el carácter adaptativo de la tendencia a las represalias espontáneas ante los daños o ataques provenientes de otros, las emociones que acompañan a esas reacciones en los animales con capacidad emocional, la cooperación en el resentimiento entre animales sociales y el desarrollo cultural de categorías morales asociadas a esa cooperación. Con esto sólo quiero subrayar que bien podríamos haber evolucionado de otro modo y que, en todo caso, y seguro con muchísimo esfuerzo, quizá podamos desanclar las actitudes reactivas ligadas a la responsabilidad y el reproche de los comportamientos más o menos hostiles a los que la historia de nuestra especie parece haberlas enlazado. De modo que hay un punto allí para reconocer al antipunitivismo radical. El argumento punitivista que presenté es contingente respecto de esa configuración expresiva.

Como defiende la filósofa Margaret Holmgren, bien puede ser que estemos moralmente obligados a trabajar sobre nosotros mismos para desasociar la reacción apropiada frente a quienes violan culpablemente

16. MACKIE, “Morality and the Retributive Emotions”, pp. 3 ss.

derechos incluso del tono o polaridad negativa que es característico de las actitudes retributivas.<sup>17</sup> Si Holmgren está en lo cierto —yo creo que no, pero no puedo defender mi posición aquí—<sup>18</sup> deberíamos empezar ya mismo a moderar o contener nuestras emociones retributivas. Pero mientras no lo hayamos logrado enteramente el argumento punitivista que presenté seguiría teniendo fundamento.

Ahora, dicho eso quiero hacer una aclaración más. Hay muchas posiciones que lucen como el antipunitivismo radical al que acabo de aludir, pero que en rigor no son tales. La abolición por la que abogan no es la abolición de la institucionalización del reproche por la violación de derechos, tal como en efecto concebimos el reproche —esto es, mediante un ajuste negativo de comportamiento respecto del responsable a quien reprochamos la violación— sino la abolición de las formas injustificadamente violentas, o crueles, o disruptivas de tejidos sociales importantes, o discriminatorias que hemos adoptado como vehículos para la expresión pública de la condena. La discusión relacionada con la abolición o reforma de esas prácticas —nuestro procedimiento, el régimen de la acción penal, el sistema de medidas cautelares, el repertorio de penas posibles, etc. — generalmente presupone que le debemos a la víctima de una violación de derechos reaccionar condenatoriamente contra el responsable de esa violación, y cuestiona sólo cuál es el modo adecuado de reaccionar, considerando todas las cosas.

La propuesta de penas alternativas (alternativas, esto es, a la pena de prisión), de un abanico amplio de medidas cautelares y de modelos flexibles de proceso están dirigidas a ajustar parsimoniosamente nuestras reacciones condenatorias sin caer en maltratos innecesarios, o provocar daños injustificados. El punitivismo bien entendido lleva a dar esa discusión; no a negarla.<sup>19</sup>

17. HOLMGREN, “A Moral Assessment of Strawson’s Retributive Reactive Attitudes”, pp. 165 ss. Holmgren defiende la tesis desafiante de que las actitudes retributivas de polaridad negativa revelan un defecto de autorespeto, en relación con quien las tiene, y —decisivamente— un falta de respeto en relación con aquellas personas a las que esas actitudes están dirigidas.

18. Una hipótesis convincente que liga de un modo no contingente reacciones apropiadas con alguna forma de trato negativo es desarrollada por YAFFE, *The Age of Culpability: Children and the Nature of Criminal Responsibility*, pp. 98 y ss.

19. Es frecuente la presentación, injusta y ridícula, de las posiciones punitivistas como comprometidas con formas de castigo especialmente severas o crueles. En un artículo reciente,

## VI. ACCIONES Y CARÁCTER

Mi argumento en favor del derecho penal es un argumento retributivista: una tesis que encuentra valor en el castigo —y en su regulación a través del derecho— con independencia de las consecuencias que logramos al adoptarlo en comparación con las que tendrían lugar si no lo adoptáramos. Quiero decir, no es que esas consecuencias no sean relevantes; lo son y muchísimo. De hecho, son centrales para optar entre distintos arreglos institucionales posibles mediante los cuales podemos honrar las razones que tenemos para condenar y reprochar. Lo que hace del argumento un argumento retributivista es que encuentra en el castigar un valor intrínseco —independiente de esas consecuencias—: en rigor, lo encuentra en el condenar y reprochar, esto es, en expresar eso que el castigo expresa.

Al ofrecer un argumento retributivista uno se enfrenta a una tradicional objeción liberal que yo tomé, por primera vez, de Carlos Nino.<sup>20</sup> Una forma de articular esta objeción anti—retributivista es la siguiente. El retributivista encuentra razones para castigar en la reprochabilidad: es el hecho de que uno es reprochable lo que hace correcto expresar nuestra condenación respecto de esa persona y, por lo tanto, hacer aquello mediante lo cual expresamos esa condenación. Ahora bien, uno ciertamente puede ser reprochable por asesinar a otro, por violarlo, por privarlo de su libertad, por explotarlo, etc. Pero nuestros juicios de reprochabilidad parecen no acabar allí. En especial, parece que podemos ser reprochables no sólo por cosas que hacemos, por nuestras acciones, sino también por lo que somos, por nuestros rasgos de carácter. Ciertamente juzgamos a otros el ser de ciertas maneras; —juzgamos negativamente a otros en virtud del hecho de que son (o somos) egoístas, insensibles, desconfiados, desagradecidos, etc. El retributivista, entonces, tenderá a aceptar (o a reconocer razones para aceptar) la aplicación de castigo por rasgos del carácter. Y eso es un problema. Porque cuando pensamos en organizarnos políticamente —al menos cuando lo hacemos de modo que resulta de nuestro compromiso algo así como una constitución liberal— pensamos que no es misión del Estado controlar qué clase de personas somos; el ejercicio de la coerción

---

KATZ, “Response Retributivism: Defending the Duty to Punish”, pp. 585 y ss., defiende con razón el compromiso opuesto, en la dirección que sugiero en el texto.

20. *Cfr.*, p. ej., NINO, *Radical Evil on Trial*, pp. 136 ss.



estatal sólo puede estar dirigido a limitar lo que hacemos. El retributivismo parece así no ser compatible con una organización política liberal. El compromiso del retributivista, que —parece— no le permitiría notar una diferencia entre la reprochabilidad (y susceptibilidad a ser castigado) por lo que hacemos y por lo que somos, nos debería llevar a descartar el retributivismo como justificación relevante.

Quiero cerrar estas páginas ofreciendo una respuesta a la objeción anti-retributivista liberal. Mi respuesta es una versión de un argumento de Michael Moore, de su defensa del principio del acto que desarrolló en su libro *Act and Crime*.<sup>21</sup>

La objeción presupone que el retributivista encuentra razones para castigar en aquello que da razones para reprochar. Pero es imprescindible aquí ser algo más preciso. Para el retributivista es necesario que para que algo sea una base apropiada para castigar ese algo deba dar fundamento a una actitud reactiva de polaridad negativa. Pero no es suficiente. La violación o falta o lo que sea que dé sentido al carácter negativo de la reacción debe también ser tal que justifique el carácter interpersonal de la reacción. Pues esa reacción ha de ser apropiadamente expresada mediante castigo, y el castigo es una transacción interpersonal, es algo que uno le hace a otro. En otras palabras, aquello en virtud de lo cual se castiga a alguien debe ser tal que no sólo haga a este alguien merecedor de eso que recibe como castigo, sino que debe también legitimar a quien impone el castigo a imponérselo.

Ahora, si aquello por lo que quisiéramos castigar a una persona fuera una falta de virtud, un defecto de su carácter, esa persona podría muy atinadamente respondernos que no tenemos legitimidad para reclamarle o reprocharle nada a ese respecto. Puede exigirnos, ofendida, que nos metamos en nuestros propios asuntos. Que, si es una persona virtuosa, o no lo es, es un asunto de ella y su consciencia. Que no nos debe a nosotros ser virtuosa y que, por lo tanto, no tenemos voz en ese asunto. No es que ella no sea responsable en algún sentido por sus faltas de virtud. Bien puede que lo sea. Lo que es seguro es que ese déficit no nos ofrece un fundamento a nosotros para reprochárselo, al menos, no en el modo en el que reprochamos mediante el castigo.

Para que el castigo sea una respuesta apropiada —o incluso inteligible— debe haber alguien que haya sido maltratado por la persona que ha

21. MOORE, *Act and Crime*, pp. 53 y ss.

de ser castigada, alguien que sea el beneficiario o titular del deber violado que pueda (o en cuyo nombre se pueda) castigar, reprochándole a la persona que se castiga lo que le ha hecho a la víctima. Faltas respecto de estándares normativos dirigidos a gobernar la clase de personas que somos solo afectan, si es que afectan a alguien, a la persona cuyo carácter el estándar tiene por objeto modelar. Si uno no llega a ser la clase de persona que, por hipótesis, debe ser, es uno y sólo uno mismo la víctima de ese déficit, si es que tiene sentido aquí hablar de víctima. Puede que otros nos juzguen negativamente, e incluso que expresen esos juicios mediante actitudes morales apropiadas; —quizás han de sentir pena por nosotros, o disgusto, o rechazo. Pero en todo caso carecen de fundamento para reprocharnos esa falta, por la misma razón por la que no pueden exigirnos que estemos a la altura de la virtud. En cambio, si uno maltrata a otra persona, como la maltratamos cuando el estándar normativo que incumplimos es un deber correlativo a un derecho de esa otra persona, eso asegura la dimensión interpersonal implícita en el castigo. La persona víctima del maltrato, u otros miembros de la comunidad en su nombre, pueden inteligible y justificadamente exigirnos que cumplamos con lo que debemos hacer, y reprocharnos, en su caso, el no haberlo hecho.

El castigo —a diferencia de la responsabilidad moral, que puede no serlo— es una práctica social. Ese reconocimiento da mi respuesta a la objeción liberal.

## BIBLIOGRAFÍA

- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. de 1789, Oxford University Press, 1996, Oxford.
- DARWALL, Stephen L., *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*, Harvard University Press, 2006, Cambridge Mass.
- FEINBERG, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, en *The Monist*, Vol. 49, 1965, pp. 397 - 423, reimpresso en Feinberg, Joel, *Doing and Deriving*, Princeton University Press, 1979, Princeton.
- FEINBERG, Joel, “The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan”, en *Freedom & Fulfillment — Philosophical Essays*, Princeton University Press, 1992, Princeton.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, Bari.

- FERRANTE, Marcelo, “Causation in Criminal Responsibility”, en *New Criminal Law Review*, Vol. 11, N° 2008, pp. 470 - 497.
- FISHER, John M., “Recent Work on Moral Responsibility”, en *Ethics*, Vol. 110, 1999, pp. 93 - 139.
- HOLMGREN, Margaret R., “A Moral Assessment of Strawson’s Retributive Reactive Attitudes”, en SHOEMAKER, David & TOGNAZZINI, Neal A. (eds.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, Vol. 2, Oxford University Press, 2014, Oxford.
- DAHAN KATZ, Leora, “Response Retributivism: Defending the Duty to Punish”, en *Law and Philosophy*, Vol. 40, 2020, pp. 585 - 615.
- MACKIE, J. L., “Morality and the Retributive Emotions”, en *Criminal Justice Ethics*, Vol. 1, 1982, pp. 3 - 10.
- MOORE, Michael S., *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford University Press, 1993, Oxford.
- MORSE, Stephen J., “Thoroughly Modern: Sir James Fitzjames Stephen on Criminal Responsibility”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, 2008, pp. 505 - 522.
- NINO, Carlos S., *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, 1996, New Haven CT.
- POSNER, Richard A., “The Romance of Force: James Fitzjames Stephen on Criminal Law”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 10, 2012, pp. 263 - 275.
- PRIMORATZ, Igor, “Punishment as Language”, en *Philosophy*, Vol. 64, N° 248, 1989, pp. 187 - 205.
- RAWLS, John, “Two Concepts of Rules”, en *The Philosophical Review*, Vol. 64, 1955, pp. 3 - 32.
- SHOEMAKER, David & TOGNAZZINI, Neal A. (eds.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility*, Vol. 2, Oxford University Press, 2014, Oxford.
- SKILLEN, Anthony J., “How to Say Things with Walls”, en *Philosophy*, Vol. 55, N° 214, 1980, pp. 509 - 523.
- STEPHEN, James F., *A History of the Criminal Law of England*, ed. de 1883, Cambridge University Press, 2014, Cambridge.
- STRAWSON, Peter, “Freedom and Resentment”, en WATSON, Gary (ed.), *Proceedings of the British Academy*, Vol. XLVIII, 1962, pp. 1 - 25,
- YAFFE, Gideon, *The Age of Culpability: Children and the Nature of Criminal Responsibility*, Oxford University Press, 2018, Oxford.