

Concepto y concepciones del castigo y su incidencia en la asignación de responsabilidad penal

Concept and conceptions of punishment. The impact thereof in adjudication of criminal responsibility

Ilse Carolina Torres Ortega
Departamento de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos
Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO)
México

Fecha de recepción 02/04/2019 | De aceptación: 01/12/2019 | De publicación: 27/12/2019

RESUMEN.

En este trabajo se realiza un análisis conceptual y justificatorio sobre el castigo jurídico como elemento crucial de la asignación de responsabilidad penal. Para ello, se propone que, si bien el concepto es descriptivo y neutral desde cierta perspectiva, cuando se trata de dar cuenta de cómo es usado dentro de la práctica jurídico-punitiva, el concepto es de carácter normativo. Se plantea que ese carácter normativo se articula en distintos contenidos que conforman diversas concepciones, las cuales constituyen los marcos valorativos para realizar el juicio de justificación sobre el castigo.

PALABRAS CLAVE.

Castigo, responsabilidad penal, concepto, concepciones, justificación

ABSTRACT.

In this work, I made a conceptual and justificatory analysis on legal punishment as a important element of the adjudication of criminal responsibility. For this, I proposed that the concept is of a normative nature when it comes to giving an account of how it is used within the legal-punitive practice. I argued that this normative character is articulated in different contents that make up different conceptions of punishment, which constitute the evaluative frameworks to carry out the justification judgment.

KEY WORDS.

Punishment, criminal responsibility, concept, conceptions, justification

Sumario: 1. Presentación. 2. Introducción: el debate en torno al castigo. 3. El concepto y la justificación del castigo. 3.1. *El caso central del concepto de castigo jurídico y su neutralidad justificativa.* 3.2. *Las propiedades definitorias del castigo.* 3.3. *La reconstrucción conceptual y la pretensión de justificación.* 4. Concepto y concepciones del castigo. 5. Hacia una concepción del castigo como práctica punitiva. 6. Castigo y asignación de responsabilidad penal. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Presentación

En este trabajo se pretende abordar la compleja cuestión del castigo y la manera en la que dicha reflexión repercute en la asignación de responsabilidad penal. Para ello realizaré el recorrido siguiente: (1) En primer lugar, me ocuparé del *concepto de castigo*. Mi objetivo es llevar a cabo una reconstrucción de tal concepto que, siguiendo la metodología hartiana, mantenga la diferencia entre la reconstrucción conceptual de una práctica –o de ciertos elementos de la misma- y la cuestión de su valoración ética. Esto es, realizaré una indagación filosófico-conceptual *externa* que me lleve a caracterizar el concepto de castigo dando cuenta de (1.1) sus propiedades (descriptivas) relevantes, y poniendo especial atención en la tarea de (1.2) identificar aquellas que muestren la especificidad del castigo frente a otras medidas coactivas estatales. (2) En segundo lugar, sostendré que para una reconstrucción cabal del concepto tal y como es utilizado en la práctica punitiva es necesario incorporar metodológicamente el característico punto de vista interno de toda práctica justificativa. Se tratará, entonces, de añadir una propiedad que reproduzca el puente que surge entre lo conceptual y lo justificativo cuando el participante recurre al argumento de castigar jurídicamente en un contexto justificativo. (3) Argumentaré que esa propiedad puente consiste en la pretensión de justificación. A esta primera la llamaré *pretensión de justificación débil*, para distinguirla de una *pretensión de justificación fuerte* que incorpora ya elementos sustantivos para la evaluación de su cumplimiento o incumplimiento. (4) Posteriormente, sostendré que la pretensión débil, para poder ser dotada de contenido y pasar a constituir la pretensión fuerte, tiene que desarrollarse en el ámbito de lo justificativo. Esto es así porque tal contenido se articula a través de una o diversas *concepciones de castigo* que coexisten, dialogan y se disputan la fundamentación crítica y los principios guía de la

práctica punitiva. (5) Desplazándome ya a ese nivel interno, sostendré que el concepto de castigo, tal y como es utilizado en la práctica punitiva, no es un concepto descriptivo, sino normativo en un doble sentido: (5.1) debido a que incorpora el elemento de la pretensión de corrección cuyo contenido requiere atender a consideraciones valorativas; y (5.2) porque se extraen de él consecuencias de ética normativa. (6) Finalmente presentaré los principales argumentos de las concepciones que pretenden justificar la práctica punitiva en su conjunto –así como los actos de castigar, en particular–, mostrando que, además, tomar consciencia de la concepción que subyace a nuestros sistemas de justicia es esencial para la labor de construir sistemas de responsabilidad penal axiológicamente coherentes.

2. Introducción: el debate en torno al castigo

Las discusiones filosóficas en torno al castigo escapan por mucho de lo que yo pueda presentar en estas páginas. La reflexión sobre este tema es compleja y perdurable, por lo que forma parte de esos denominados “problemas clásicos de la filosofía”. Si bien el carácter de clásico se le atribuye por su recurrencia en la historia de las ideas, lo que hay que enfatizar no es la mera repetición, sino más bien la razón para que ello sea así: estamos ante un problema de ética práctica (discursiva-crítica) que involucra una necesidad de reflexión constante.

Históricamente, los antecedentes de esta cuestión se remontan hasta los griegos¹, quienes ya entonces se percataron de que la imposición de sanciones, sobre todo cuando revestían cierta gravedad, no era precisamente un asunto trivial. Desde entonces, el tema del castigo ha sido objeto de deliberación, aunque fue en la segunda mitad del siglo XVIII que se sentaron las bases del debate en los términos en los que llegó a nuestros días; esto es, como la confrontación entre dos grupos de teorías que aspiraban a ofrecer razones justificantes para castigar en el ámbito jurídico: de un lado, las retribucionistas (derivadas del deontologismo en ética), y del otro las prevencionistas (inspiradas en el consecuencialismo).

Esta naturaleza dicotómica ha sido, históricamente, el motor de la discusión. Aun así, como bien matiza Mitchell Berman, esto es una exageración, al menos en el sentido de que sí podemos identificar algunos consensos: el ejemplo más claro de esto sería la afirmación de que el castigo

¹ La rebelión de Mitilene contra Atenas en el 428 a. C. nos dejó el legado histórico de la deliberación en la asamblea ateniense acerca de cuál debía ser el fundamento del castigo de los mitilenos tras esa rebelión. Ver en SCHMILL, C.; “El debate sobre Mitilene: una interpretación”, *Revista Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, No. 4, 1987, p. 210.

necesita justificación. Esta puede considerarse la primera premisa de cualquier teórico sobre el castigo.² Desde el momento en que el castigo involucra desacuerdos considerables sobre las razones que podrían autorizar el acto de castigar, y desde el momento en que validamos la intuición de que hay algo controvertido que le es intrínseco a la propia práctica (que consiste en causar un mal), no puede considerarse justificado de manera *a priori*.

Ahora bien, siendo este nuestro punto de partida es cierto que las estrategias para responder a esta necesidad de justificación (las cuales más adelante presentaré como *concepciones* de castigo) son muy diversas –incluso la propia idea de justificabilidad varía– y, si bien oscilan entre las posiciones prevencionistas y las retribucionistas, estas admiten también tal variedad que casi siempre el tratamiento que se hace de tales posiciones es en extremo reduccionista. El debate en torno al castigo hace tiempo que dejó de estar fijado en los términos establecidos por Kant y Beccaria. Desde el siglo pasado y, principalmente, gracias al trabajo de autores como John Rawls –en el ámbito filosófico– se han venido explorando diversas propuestas “mixtas”³. En el ámbito de la dogmática jurídico-penal, autores como Claus Roxin y su teoría unificadora dialéctica también han enriquecido estas propuestas⁴.

Este nuevo escenario de discusión ha generado, además de un resurgimiento del debate sobre el castigo, también un resurgimiento del interés por pensar en el Derecho penal desde sus fundamentos filosóficos. Así, desde el siglo pasado, y a partir de las obras de diversos autores, principalmente, del mundo anglosajón, aunque también de la tradición continental europea –en el ámbito de la iusfilosofía solo hay que pensar en los admirables trabajos de Luigi Ferrajoli y de Carlos S. Nino–, es posible afirmar que estamos ante la revivificación de la filosofía del Derecho penal. También creo que podemos aseverar que esto, en general, no consiste en una moda pasajera, sino en una verdadera toma

² BERMAN, M. N.; “Castigo y justificación”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Volumen 9, 2008, pp.1.

³ Rawls aludió a la necesidad de distinguir entre *justificar una práctica* y *justificar una acción particular que cae dentro de ella*; en el artículo en comento tal recurso se dirige a superar las objeciones comunes al consecuencialismo en relación con el castigo y con la obligación de cumplir las promesas. En RAWLS, J.; “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*. Vol. 64, 1955, pp. 3-32.

⁴ Como es ampliamente conocido, Roxin diferencia tres momentos de la actividad estatal sobre los individuos, los cuales requerirían de una justificación distinta: el momento de la amenaza penal, la imposición de penas y la ejecución de estas. Así, en el primer momento, la justificación corresponde al modelo normativo de la prevención general; el segundo, al de la culpabilidad (idea retributiva); y, en el tercer momento, el de la prevención especial. La teoría penal que el autor defiende considera que la pena sirve, centralmente, a los fines de prevención especial y general. En ROXIN, C.; *Derecho penal. Parte general Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remasal, Editorial Civitas, 1997, Madrid, p. 103 Y ROXIN, C.; *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.59.

de conciencia acerca de la enorme relevancia que la filosofía del Derecho penal tiene en el ámbito de la filosofía práctica y del pensamiento que persigue contribuir al diseño de sociedades más justas.

3. El concepto y la justificación del castigo

Uno de los retos más importantes de los teóricos sobre el castigo es mostrar que no estamos ante una mera discusión teórica clásica, sino que en nuestras sociedades existe una práctica –la del castigo– que pretende responder a ciertas razones, que se da en un tejido social complejo (político, económico, etc.), que se manifiesta en castigos concretos y, principalmente, que todo aquello debe ser objeto de reflexión. Incluso, correspondería esclarecer si ésta ha de verse como una práctica que ha de ser objeto de un estudio independiente –específico y diferenciado de otras prácticas de imposición de medidas coactivas estatales– o si, por el contrario, la reflexión sobre el castigo en tales términos solo tiene –o tenía– sentido ante sistemas punitivos más rudimentarios de los que tenemos hoy.

Para avanzar en ello es ineludible recurrir al análisis del concepto de castigo, intentando identificar sus propiedades descriptivas relevantes. Además, este análisis nos permitirá emprender la tarea de identificar aquello que permite plantear al castigo como objeto de reflexión distinto, específicamente, de otras sanciones negativas.

Sucede que, al menos en idioma castellano, hay una cierta indefinición acerca del uso de términos como “pena”, “castigo” o “sanción”; es decir, parecen ser intercambiables. Corresponde entonces preguntarse si, pese a ello, es posible identificar ciertas propiedades relevantes que hagan del castigo algo substancialmente distinto que no pase simplemente por una caracterización obvia acerca de qué son penas, sanciones penales o castigos jurídico-penales aquellas medidas contempladas en un código penal.

3.1. El caso central del concepto de castigo jurídico y su neutralidad justificativa

En primer lugar es necesario señalar que el término castigo se emplea en contextos muy diversos, por lo que se trata de un término bastante impreciso⁵. Es por ello que cada vez que se habla de

⁵ Esto lo advirtió Rabossi desde su ya clásico trabajo sobre este tema: “Los padres suelen *castigar* a sus hijos cuando éstos ‘se portan mal’. Los maestros *castigan* a sus alumnos por faltas a la aplicación o a la disciplina. Un militar puede *castigar* a sus subordinados por no cumplir sus órdenes. Los jueces *castigan* a los criminales por los delitos que estos han cometido”. Aun ante tal diversidad el propio Rabossi consideró que era, en efecto, posible identificar elementos comunes: (a) una persona que se ha comportado mal o que ha violado

castigos es conveniente especificar el escenario práctico (i. e. normativo) referido; en este caso, me refiero al jurídico-penal, sin afirmar con ello que éste corresponda al uso más frecuente o más importante de los sentidos en los que hablamos de castigo.

En tal contexto, hay que indicar que, pese a que los teóricos jurídicos se han centrado en conceptos primarios más amplios –como el de acto antijurídico, deber jurídico, consecuencia jurídica, etc.– y los dogmáticos penales se han ocupado principalmente del de delito, sí se han realizado esfuerzos muy valiosos por conceptualizar el castigo desde la perspectiva jurídica. Así, uno de los intentos mejor logrados en tal sentido es la ya clásica propuesta de H. L. A. Hart⁶.

Tomando como punto de partida la distinción entre concepto y justificación, Hart utilizó el método de la elucidación para intentar establecer las propiedades (descriptivas y neutrales) de aplicación del concepto de castigo. De esta propuesta, vale la pena señalar dos herramientas metodológicas: (1) considerando la vaguedad y la textura abierta del concepto, y reconociendo que es posible hallar tanto una zona de claridad como una de penumbra, Hart distinguió un *caso central o estándar* del castigo y *casos sub-estándar o secundarios*; y (2) con ello, Hart también puso de manifiesto el denominado “*definitional stop*”, método que pretende reducir el problema de justificación al problema del ámbito de aplicabilidad de un concepto, introduciendo en éste una propiedad que conlleve aceptar que todos los supuestos de castigo son también, por definición, *castigos justos*.

Respecto a la primera cuestión, Hart propuso la siguiente caracterización del caso estándar: 1) Debe involucrar dolor u otras consecuencias normalmente consideradas no placenteras, o desagradables; 2) tiene que ser por una transgresión a reglas jurídicas; 3) tiene que ser aplicado a un real o supuesto delincuente por su transgresión; 4) tiene que ser administrado intencionalmente por seres humanos distintos del delincuente y; 5) debe ser impuesto y administrado por una autoridad

algún precepto, uso, directiva o norma; (b) una persona que tiene ascendencia, superioridad o jurisdicción sobre el ofensor y que le aplica un castigo (ya sea personalmente o por medio de alguien más); y (c) el castigo que sufre el ofensor y que consiste en un estado de cosas que se traduce en dolor o sufrimiento para el ofensor, sea por una acción directa sobre su persona o por la privación de algún bien que le espreciado. En RABOSSO, E. A.; “Sobre la justificación moral del castigo” en *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho-Homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Editorial Panedille, 1970, p. 185.

⁶ Hart se basó en las propuestas de Antony Flew y S. I. Benn. Véase BENN, Si I. “An Approach to the Problems of Punishment” en *Philosophy*, Vol. 33, 1958, pp. 325-341 y FLEW, A.; “The Justification of Punishment” en *Philosophy*, Vol. 29, 1954, pp. 293 y 294.

constituida por el sistema jurídico en contra del cual se cometió la transgresión.⁷ Adicionalmente, señaló algunos casos sub-estándar o secundarios⁸.

Este caso central es bastante esclarecedor para identificar que hay al menos algunos casos que caen bajo la categoría de castigos. Esta propuesta cumpliría algunas de las condiciones que, en principio, se espera que tenga una buena definición de castigo: debe ser exacta, esclarecedora respecto a aquello que define y, centralmente, neutral acerca de si el castigo es o no moralmente permisible.⁹

Esto último se relaciona directamente con la segunda cuestión. Con esta propuesta, Hart dio cuenta de que el análisis conceptual en estos términos no puede zanjar el problema de la justificabilidad –ya sea en el nivel de justificación de la práctica o en el de justificación de una acción particular que cae dentro de ella (la distribución de castigos)¹⁰. Resulta inadecuado desde el punto de vista del esclarecimiento conceptual afirmar que la revisión de la fundamentación de un caso concreto de castigo (en cualquiera de los dos niveles antes señalados) nos ha de llevar a señalar, en virtud de criterios semánticos, que tal caso simplemente no cae bajo esa categoría¹¹. Esto conduciría a cancelar la posibilidad de distinguir entre prácticas de castigo justificadas y no justificadas o entre castigos justificados y no justificados: en los últimos casos, por definición, no hablaríamos de castigos.

⁷ HART, H. L. A.; *Prolegomenon to Principles of Punishment*, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, segunda edición, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 4 y 5.

⁸ a) Castigos por infracciones de reglas jurídicas impuestas o administradas por personas distintas de los funcionarios (sanciones descentralizadas), b) castigos por infracciones a reglas u órdenes no jurídicas (castigos en la familia o en la escuela), c) castigos indirectos o colectivos a algún miembro de un grupo social por sanciones hechas por otros sin la previa autorización, estímulo, control o permiso y; d) castigo de personas (distintas de las incluidas en (c) que no son ni de hecho ni supuestamente transgresores. *Ibidem*, p. 5.

⁹ BOONIN, D.; *The Problem of Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

¹⁰ Me refiero a la distinción lógica indicada por Rawls que ya aparece en la nota 4. Y es que con frecuencia se subestima la cuestión de que, en la práctica del castigo, hay que reconocer dos niveles de reflexión distintos: el nivel sobre la justificación de la institución se centraría en los principios que subyacen a la admisión de penas en nuestros ordenamientos –esto es, se trata de deliberar sobre las razones que legitiman a esta institución tal y como se encuentra plasmada en el Derecho positivo. Mientras que, en el otro nivel, se trataría de reflexionar sobre la justificación de la aplicación de castigos a sujetos concretos.

¹¹ La barrera definicional (*definitional stop*) que pretendía evitar Hart es frecuentemente aludida en la defensa de las tesis consecuencialistas, ya que ante el reproche habitual de que podría llegarse a la conclusión de que castigar a inocentes puede dar lugar a consecuencias beneficiosas, algunos autores suelen responder que, por definición, este supuesto no puede estar justificado porque no se dan los elementos suficientes para hablar propiamente de castigo. Dado que lo relevante es profundizar en el estatus moral y racional de nuestra preferencia por un sistema que castigue únicamente a quienes han trasgredido voluntariamente una norma, una respuesta como esta es totalmente insatisfactoria.

3.2. Las propiedades definatorias del castigo

Hay otros obstáculos relevantes a tomar en cuenta. Pues bien, como he insistido, una dificultad central que permea la cuestión del análisis conceptual consiste en que, al menos en principio, requerimos que una definición de castigo aclare lo que lo hace distinto de otras medidas coactivas estatales.

En la literatura sobre el castigo me parece que estas propiedades diferenciadoras se relacionan con lo expresado en el elemento (1) y, parcialmente, en el elemento (2) de la caracterización antes señalada. Así, en principio, lo que haría distinguible al castigo de otras medidas coactivas se podría expresar en dos características:

(1) La primera tiene que ver con el hecho de que a través del castigo se busca colocar a sus destinatarios en una situación no placentera o de desagrado. En la literatura sobre el castigo se suele considerar más adecuada la idea de infligir sufrimiento (físico o mental)¹². De esta forma, el problema del castigo radica en que involucra la imposición de sufrimiento a otros y, más precisamente, en que esto se hace intencionalmente¹³. Por ello, este sufrimiento vendría a constituir una *base de demanda* sobre la cual se articula la necesidad de plantear su justificación¹⁴. Este sufrimiento puede ser buscado como un fin en sí mismo o como un medio para lograr otro propósito, pero lo relevante es que se trata de una propiedad sin la cual parece que el castigo perdería su razón de ser¹⁵.

¹² Para los teóricos sobre el castigo la distinción entre privación de un bien y la aplicación de sufrimiento es necesaria para mostrar la gravedad de las medidas que solemos identificar como castigos; es decir, sería una forma de llamar la atención o denunciar el hecho de que “no solo” se está privando a una persona de un bien. En HONDERICH, T.; *Punishment. The Supposed Justifications Revisited*, Pluto Press, Inglaterra, 2006. Lugares como las prisiones son sitios perniciosos que generan un grado considerable de sufrimiento, por lo que, aparentemente, afirmar que una persona se encuentra en una situación desagradable sería una insolencia. Como más adelante expondré, en mi opinión, esta denuncia se mantiene y se puede dirigir mejor desde la pretensión de justicia de la práctica punitiva, independientemente de que decidamos hablar de privación de bienes y no de sufrimiento.

¹³ *Ibidem*, p.4

¹⁴ Berman indaga en la cuestión de qué significa afirmar que el castigo requiere justificación, indicando que solo lo que es aparentemente objetable debe ser justificado —esto es, implica que, *prima facie*, no se debe hacer. Las consideraciones que ponen en duda esa justificabilidad es lo que identifica como “base de demanda” que, para él, corresponde a la condición de que el castigo impone sufrimiento. En BERMAN, M. N.; *Op. Cit.*, p.1-32.

¹⁵ Autores como Nino señalan que otras medidas también pueden ocasionar ese desagrado o sufrimiento en quienes las reciben, pero que, en estos casos —él trata, concretamente, la medida de la cuarentena— no se trata de algo que dote de sentido a la medida. En estos casos se procura una distribución equitativa de beneficios y cargas y, de ser posible prescindir del carácter gravoso de la medida, así se haría. En el caso del castigo, sin embargo, su carácter gravoso no es algo accesorio, sino que va ligado a la razón por la que se recurre a ella. En NINO, C. S.; *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Editorial Astrea, Barcelona, 1980, p.223.

(2) La segunda característica tiene que ver con un elemento de la desaprobación. Se ha considerado que este elemento es determinante, puesto que una transgresión a una norma de conducta implica, lógicamente, desaprobación¹⁶. El castigo constituye, entonces, una expresión de ésta, aunque también suele manifestarse en forma de censura o de reproche hacia la persona culpable de la transgresión.

En mi opinión, la afirmación de que el castigo consiste en una expresión de desaprobación no constituye una propiedad descriptiva y neutral del concepto, sino que supone la introducción de una propiedad normativa, al menos en el sentido en que apela como referencia a la comunidad: para hablar de castigo es preciso que concurran en ella las condiciones para el reproche y su expresión. En este sentido, se abriría paso a una forma concreta de concebir el castigo.

Algo similar podría decirse respecto de la propiedad que afirma que lo más característico del castigo es que implica infligir intencionalmente sufrimiento a otra persona. La determinación de que una medida que priva a otro de un bien implica, necesariamente, una dosis de dolor tan fuerte como para afirmar que su propósito es hacer sufrir a la persona, tampoco es una propiedad descriptiva y neutral. Ese sufrimiento bien puede calificarse como un *mal*, o puede defenderse la existencia de un tipo de sufrimiento que no sea un mal (el *sufrimiento merecido*), lo que también implica diversas maneras de concebir el castigo.

Me parece que esta tarea de identificación de los elementos definitorios que hacen del castigo un objeto de estudio distinto de otras medidas coactivas, quizás puede ser más exitoso si fijamos nuestra atención en el género más amplio de sanciones.

En general, las sanciones jurídicas establecidas por nuestros Derechos tienden a ser cada vez más híbridas, y esto hace muy difícil sostener a primera vista la existencia de características intrínsecas que sean obvias y diferencien claramente a unas sanciones de otras. Parecería, entonces, que para poder

¹⁶ Ross incluso modificó parcialmente la definición de Hart para subrayar este elemento, señalando que el castigo es la respuesta social que: 1-tiene lugar cuando hay una violación de una norma jurídica; 2-es impuesto y ejecutado por personas autorizadas en representación del orden jurídico al que pertenece la regla que ha sido transgredida; 3-implica sufrimiento o, al menos, otras consecuencias que normalmente se consideran desagradables; y 4-expresa desaprobación hacia el infractor. La desaprobación a la que Ross alude es una desaprobación formal, no material. En ROSS, A., *On Guilt, Responsibility and Punishment*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1975, p. 39.

formular una distinción sería preciso hacerlo a partir de una reflexión sobre la dimensión normativo-crítica de tales sanciones. Atendiendo a ello, lo que propongo es regresar a la noción general de sanción negativa e identificar los castigos con la privación de ciertos bienes.

En nuestros sistemas jurídicos hay sanciones negativas que autorizan la privación de bienes. De acuerdo con la paradigmática caracterización de sanción elaborada por Kelsen tenemos que: a) se trata de un acto coercitivo, un acto de fuerza efectiva y latente; b) este acto tiene por objeto la privación de un bien (la libertad, la propiedad, el honor, etc.); c) quien lo ejerce debe estar autorizado por una norma válida; y d) debe ser una consecuencia de una conducta de algún individuo. Pocos pondrían en duda que los castigos jurídico-penales se enmarcan en estas mismas propiedades; aunque parezca una trivialidad apuntarlo, nadie diría que los castigos no son sanciones. Así, si pensamos, por ejemplo, en la pena de prisión como caso paradigmático al que llamaríamos “castigo”, vemos que resultaría erróneo afirmar que hay consenso por lo que se refiere a que, lo que puede caracterizar a la medida como tal es el hecho de que persigue hacer sufrir al agente que la recibe: precisamente, determinar si persigue o no esto es algo a ser esclarecido en otra dimensión discursiva. Donde sí hay consenso es en que lo que la caracteriza es precisamente la privación de un bien que es considerado prioritario en la jerarquía valorativa, esto es, un bien muypreciado (la libertad).

Hay entonces, un tipo de sanciones que están dirigidas a la privación de un tipo muy especial de bienes dentro de la práctica sancionadora jurídica (lo que implica un juicio de valor respecto al carácter de dichos bienes); considero que tiene sentido identificar a este tipo de sanciones como castigos¹⁷.

Lo que señalaré ahora es que esta propuesta conceptual nos ha de llevar a defender que, en realidad, el concepto no es descriptivo. Y es que, si el castigo no constituye una mera abstracción, sino que es posible afirmar la existencia de una práctica del castigo, no puede prescindirse entonces de la propiedad normativa consistente en la pretensión de justificación.

3.3. La reconstrucción conceptual y la pretensión de justificación

¹⁷ En este mismo sentido, autores como Feinberg sugieren reservar el término *punishment* para aquellos casos claros del “sentido enfático” de la expresión, sugiriendo hablar de *penalties* para otros casos menos graves. En FEINBERG, J.; “The Expressive Function of Punishment” en *The Monist*, 49, 1965, pp. 397 y 398.

Hasta aquí he revisado el castigo desde la distinción metodológica entre la tarea conceptual y el problema acerca de las condiciones para implementar una práctica punitiva legítima y para castigar, en casos concretos, de forma legítima (entendiendo legítimo desde la moral crítica). Ahora bien, en mi opinión, hay dos cuestiones (conectadas entre sí) que exigen ser apuntadas para una reflexión ulterior: (a) por una parte, que el ejercicio de análisis conceptual, aunque podamos fijarlo como antes he anotado, avanza de forma tentativa; y en este sentido (b) dar cuenta cabalmente de cómo el concepto de castigo es empleado en la práctica social punitiva exige introducir un elemento puente a las condiciones para su justificación. Tal elemento o propiedad puente es la pretensión de justificación.

Sobre (a), me refiero a que se avanza de forma tentativa porque, si bien la primera aproximación al uso ordinario del concepto es la que nos permite identificar casos en los que afirmaríamos que estamos ante castigos (la pena de prisión, la pena de muerte, penas que en general incluyen privaciones físicas graves¹⁸, etc.), aquellos elementos definitorios –como los antes mencionados– que nos arroja esa primera aproximación han de estar dispuestos a ser discutidos a la luz de cómo opera el concepto de castigo en contextos justificativos. Fijar sus elementos definitorios no será una tarea terminada, puesto que no puede darse al margen de una reflexión sobre los fundamentos de aquello que se intenta definir¹⁹. Esto permite que ese instrumental conceptual vaya depurándose conforme se desarrolle la discusión sobre la fundamentación del castigo, con el fin de que éste pueda ser proyectado en una teoría de tipo sustantivo sobre el mismo²⁰.

Por lo que respecta al inciso (b), cuando afirmo que esta labor conceptual avanza de forma tentativa, en tanto que debe tomar en cuenta cómo es empleado ese concepto desde el punto de vista

¹⁸ Michel Foucault en su conocida obra el tema del castigo *Vigilar y castigar* da cuenta de la evolución de la práctica punitiva. Si bien, desde el siglo XIX desapareció el cuerpo y el dolor como objetivos últimos de la acción punitiva –desapareció el gran espectáculo de la pena física– para centrarse más bien en la pérdida de un bien o un derecho, las penas actuales –tales como la prisión, los trabajos forzados, la deportación, etc.– siguen siendo profundamente controversiales, y siguen siendo de alguna forma penas físicas. En FOUCAULT, M.; *Vigilar y Castigar: Nacimiento De La Prisión*, decimotercera reimpresión, Editorial Siglo veintiuno, 2005, Madrid.

¹⁹ En esto intento seguir la metodología señalada por Nino: hay que asumir un enfoque de sucesivas aproximaciones dialécticas entre el concepto de la primera aproximación y su fundamentación, dándose un proceso de ajustes mutuos; esto permite que ese instrumental conceptual vaya depurándose conforme se desarrolle la discusión sobre la fundamentación del castigo, con el fin de éste pueda ser proyectado en una teoría de tipo sustantivo sobre el mismo. Esta estrategia va en la línea de la que, posteriormente, siguió en la fundamentación de los derechos humanos En NINO, C. S.; *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 35; para indagar en ésta, véase GONZÁLEZ PIÑA, A.; “Los derechos humanos en perspectiva” en *El pensamiento de Gregorio Peces Barba*, Antonio E. Pérez Luño y Carlos Santiago Nino, Editorial Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2015, pp. 284 y 285.

²⁰ NINO, C. S.; *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*. Compilado por Gustavo Maurino, Editorial Gedisa, Buenos Aires, 2008, p. 35.

interno de los participantes, me refiero a que hace falta incorporar un elemento que refleje lo anterior. Este elemento es el de la pretensión de justificación (en sentido débil), cuyo contenido –las concepciones de castigo– fijará el marco crítico para la valoración acerca de si la práctica en su conjunto o un castigo en particular está o no justificado (pretensión de justificación en sentido fuerte). Esto último, desde la perspectiva de la ética normativa, también debería determinar el marco para diseñar el sistema de responsabilidad que, en principio, permita asignar justificadamente responsabilidad penal e infligir un castigo justo, en el nivel de distribución de castigos.

El castigo –y, en general, cualquier sanción–, en tanto práctica que tiene lugar dentro de una comunidad normativa, envuelve una pretensión de justificación. Privar a alguien de un bien –en este sentido, dañar a alguien– es algo *prima facie* indebido que, o se justifica como una excepción a dicho principio, o bien, será simplemente un acto de fuerza. Es decir, son sanciones que quiebran la *a priori* inalienabilidad de ciertos derechos que protegen esos bienes²¹. Si la privación de bienes que se autoriza implica la lesión de aquellos tan valiosos como pueden ser la vida o la libertad, tanto más fuerte habrá de ser la pretensión de justificación y la exigencia de que la misma se cumpla, y tanto más estrictos los requisitos en que haya de articularse la práctica de castigar (reglas de asignación de responsabilidad).

Es esta pretensión en sentido débil (puesto que hasta aquí no tiene un contenido preciso) que permite sostener que el castigo se presenta como una institución que puede operar legítimamente en nuestras sociedades²². Una cuestión distinta será el hecho de que dicha pretensión quede, en efecto, satisfecha y que la medida no sea solo un castigo, sino un *castigo justificado* desde el punto de vista crítico o del agente que pretende aplicarlo o reivindicar su aplicación; por ello, este corresponde al sentido fuerte de la pretensión.

Esto quiere decir que el elemento normativo está inserto en el concepto del castigo, no como un pronunciamiento acerca de si está o no moralmente justificado, sino en la propia pretensión de que así sea. En definitiva, si el criterio relevante para hablar de castigos consiste en que los bienes que la

²¹ Sobre la inalienabilidad de los derechos, ver ALEMANY, M.; “La inalienabilidad de los derechos humanos” en *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 17-52.

²² Esto no implica, por supuesto, que las condiciones sean tales que deba cuestionarse esta legitimidad. Esto sucede cuando, tal y como argumenta Roberto Gargarella, al no cumplirse las precondiciones que permiten al proceso democrático tener valor epistémico (especialmente en condiciones de extrema desigualdad), la presunción de validez de las normas e instituciones jurídicas se pierde. En GARGARELLA, R.; *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del Derecho penal* (versión Kindle), Siglo XXI editores, Argentina, 2016.

práctica autoriza afectar son jerárquicamente superiores y que dicha autorización esgrime la pretensión de legitimidad, entonces partiremos de un concepto normativo que reproduce metodológicamente el punto de vista interno de la práctica²³.

4. Concepto y concepciones de castigo

Una vez anotado lo anterior, lo que pretendo hacer a continuación es mostrar cómo la pretensión débil es dotada de contenido; solo así la misma puede configurar un modelo crítico que permita hacer la evaluación de la pretensión fuerte. En la práctica punitiva los participantes operamos asignando cierto contenido a esa primera pretensión; lo que sucede es que ese contenido puede ser controvertido e, incluso, llegar a manifestarse en una normativa errática que rige en el sistema jurídico en cuestión.

Para intentar dar cuenta de lo anterior, me remito a la herramienta teórica empleada, centralmente, por Ronald Dworkin para tratar el caso de conceptos normativos en los que la determinación de su contenido implica serias controversias de fondo; me refiero a la distinción entre concepto y concepciones.²⁴ Así, cuando afirmo que operamos atribuyendo un distinto contenido a esa pretensión, me refiero a que hay distintas *concepciones* sobre el castigo que coexisten, que dialogan y que se disputan la fundamentación crítica y los principios guía de la práctica punitiva.

Las diversas concepciones sobre el castigo dan lugar a modelos normativos, por lo que habrá que tener presente la advertencia que hace Ferrajoli de no confundir aquellas propuestas cuyo estatuto epistemológico es el de ofrecer explicaciones sobre las funciones que *de hecho* cumplen el Derecho penal y la pena, de las doctrinas axiológicas o de justificación referidas a las cuestiones ético-

²³ Los participantes, considerando el valor de los bienes involucrados, coinciden en que la pretensión de justificación debe ser especialmente fuerte, lo cual se pone de manifiesto en la idea fundante del Derecho penal de absolver al inocente y castigar al culpable. En palabras de Fletcher: “Todos los sistemas de Derecho penal representan un compromiso compartido de absolver al inocente y castigar al culpable. Este compromiso les confiere un singular propósito unitario que está por encima y que se centra en la institución del castigo. Sin el castigo y sin las instituciones designadas para medirlo y ejecutarlo no habría Derecho penal. Es correcto decir, pues, que la institución del castigo ofrece la base de la que podemos esperar el nacimiento del Derecho penal y de sus elementos característicos”. En FLETCHER, G. P.; *Conceptos básicos de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 49

²⁴ El concepto hace referencia al núcleo común de significado que nos permite identificar los casos paradigmáticos. Las diferentes concepciones están constituidas por un conjunto de criterios, reconstruidos por una teoría, que permiten explicar la aplicación del concepto a determinados casos, así como resolver los casos controvertidos. Ahora bien, estos criterios son esencialmente controvertidos. En DWORKIN, R.; *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, pp. 213 y 216 y MORESO, J. J.; *Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2006, p. 26.

filosóficas sobre los fines que deben o deberían perseguir²⁵. Siguiendo esta distinción, entonces hablaríamos de concepciones que constituyen modelos normativos que permiten valorar críticamente al castigo y llevar a cabo la tarea justificativa de la pretensión fuerte²⁶.

A continuación, enunciaré algunas de las concepciones que mayor influencia tienen en el debate actual sobre el castigo, así como algunas de tesis centrales de cada una de ellas:

(a) *Concepción del castigo como prevención:*

(a.1) Necesidad: el acto de autoridad consistente en *penar* sólo puede fundamentarse en la *necesidad* de esa pena. (a. 2) Utilidad penal: el castigo debe reservarse para prevenir los costes individuales y sociales más graves; el Derecho penal mínimo. (a. 3) Un mal necesario para evitar un mal mayor: el castigo es un mal en sí mismo, un costo que pretende ser un medio efectivo para prevenir el delito, disuadiendo o reformando a los individuos²⁷ (Beccaria, 2011; Ferrajoli, 2018: 91; Bentham, 1996: 158-165 y Cid Moline y Moreso 1991: 160).

(b) *Concepción del castigo como retribución:*

(b.1) La justicia del castigo no está en las consecuencias: el castigo no puede servir simplemente como medio para fomentar un bien. (b. 2) La no instrumentalización: un castigo justo no se fundamenta en las consecuencias de su aplicación, por encima se encuentra la inviolabilidad de la persona. (b. 3) La culpabilidad del individuo: la única razón moralmente aceptable para castigar a una persona consiste en que haya cometido una transgresión, en su culpabilidad moral, la cual también constituye la medida de su pena. (b. 4) El sufrimiento cuando es merecido no es realmente un mal: hay

²⁵ Esto es especialmente importante para evitar confusiones entre el ser y el deber ser que derivan en lo que Ferrajoli llama “ideologías”. Este autor denuncia las ideologías naturalistas (tomar explicaciones empíricas como justificaciones axiológicas) y las normativistas (tomar justificaciones axiológicas como explicaciones empíricas), como ideologías que, además de ser lógicamente falaces, cumplen una función de evaluación crítica del Derecho existente que hay que impedir en el metaanálisis filosófico del Derecho penal. En FERRAJOLI, L.; *El paradigma garantista. Filosofía crítica del Derecho penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 40, 41 y 43.

²⁶ Sin embargo, a diferencia de Ferrajoli que establece como requisito metaético que tales valoraciones sean reconocidas como externas al Derecho –como resultado del postulado de la separación del Derecho de la moral-, yo parto de que las mismas sí forman parte de la reflexión jurídica.

²⁷ Véase: BECCARIA, C.; *De los Delitos y las Penas*, edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2011. CID MOLINÉ, J. y MORESO, J.J.; “Derecho penal y filosofía analítica” en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo XLIV, Fascículo, 1, 1991. FERRAJOLI, L.; *Op. Cit.*; BENTHAM, J.; *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

una intuición ética acerca de que la suma de dos males da como resultado un bien. (b. 5) La relevancia del merecimiento: el merecimiento es condición necesaria y suficiente para castigar²⁸.

(c) *Concepción del castigo como compensación de un beneficio indebidamente recibido:*

(c.1) Distribución de cargas y beneficios: realizando un símil con la relación entre acreedor-deudor, ha de aplicarse el principio de igualdad en la distribución de satisfacciones y desventajas para el supuesto de castigo. (c. 2) El sometimiento de los delincuentes: la esencia del castigo no es infligir sufrimiento, sino el sometimiento de los delincuentes a algo que resulta contrario a su voluntad, puesto que estos han cedido a ésta más de lo que deberían haberlo hecho. (c. 3) Restauración del orden igualitario y justo de preferencias: para restaurar la igualdad entre el delincuente y el observador de la ley hay que sustraer del delincuente, proporcionalmente, la voluntad que indebidamente tomó²⁹.

(d) *Concepción del castigo como símbolo o como expresión de desaprobación:*

(d.1) Las actitudes reactivas que genera el delito: los seres humanos en nuestras relaciones con los demás adoptamos distintas reacciones; ante actos que dan lugar al delito, se generan en los integrantes de la comunidad actitudes reactivas de resentimiento. (d. 2) La desaprobación como reacción: el castigo es la respuesta institucionalizada que viene a manifestar la desaprobación que nos generan los actos delictivos de otros; suele ir acompañada del reproche o la censura por el acto realizado. (d. 3) El castigo como símbolo de desaprobación: la pena se constituye como símbolo de desaprobación (no como expresión) porque la comisión de un acto delictivo suele coincidir con un acto moralmente reprochable, provocando juicios y reacciones adversas. (d. 4) Condenación de la comunidad: el castigo, a diferencia de otras medidas, siempre va acompañado de la condena moral de la comunidad, la cual implica la reprobación, pero también el resentimiento. (d. 5) El castigo como

²⁸ Véase: BETEGÓN, J.; *La Justificación Del Castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. KANT, I.; *La Metafísica De Las Costumbre*, Madrid, Editorial Tecnos, 1989. MOORE, M. S.; *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997. VON HIRSCH, A.; “Proportionality in the Philosophy of Punishment” en *Crime and Justice*, Vol. 16, 1992.

²⁹ Véase: FINNIS, J. M.; “Retribution: Punishment’s Formative Aim” en *Journal Articles*, 1999. MORRIS, H.; *On Guilt and Innocence: Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, University of California Press, 1976. NIETZSCHE, F.; *La genealogía de la moral: un escrito polémico*, Editorial Alianza, Madrid, 1981. PÉREZ BARBERÁ, G.; “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 4, 2014, pp. 1-44.

expresión de desaprobación (la función expresiva): la expresión de la desaprobación y la censura tienen como finalidad comunicar al ofensor la incorrección de su acto³⁰.

(e) *Concepción del castigo como comunicación:*

(e. 1) La función expresiva del castigo en perspectiva discursiva: a través del castigo se aspira a comunicarle al ofensor que se desaprueba su conducta, pero también se pretende establecer un diálogo moral al respecto entre el agresor y su víctima. (e. 2) El castigo en la comunidad de *ciudadanos*: el énfasis del papel discursivo del castigo se relaciona con un modelo de Derecho penal republicano liberal. (e. 3) Las condiciones reales de la ciudadanía: una revisión en términos de justicia social acerca de si el delincuente ha sido tratado con la consideración y el respeto de un miembro de la comunidad³¹.

(f) *Concepción del castigo como rehabilitación:*

(f. 1) La rehabilitación como terapia: el análisis del crimen como un fenómeno empírico y la propuesta de equiparar el aparato institucional punitivo al sistema sanitario (de salud mental) y eliminar el carácter represivo y estigmatizador de la pena. (f. 2) La rehabilitación como arrepentimiento: al sistema penal debe interesarle la personalidad moral de las personas, por lo que el castigo ha de estar dirigido a lograr su reforma moral, facilitando medidas como el arrepentimiento, el ofrecimiento del perdón y la aceptación a restaurar o dar algo a cambio por el mal que se ha causado³². Me parece que una versión más moderada de esta concepción es cercana a algunas de las pretensiones de la llamada justicia restaurativa³³. Ésta, por supuesto, implica una serie amplísima de programas y procesos que se

³⁰ Véase: BEADE, G. A.; “Las razones del castigo retributivo. ¿Alternativas a los juicios de lesa humanidad?” en *Revista pensamiento penal*, No. 6, 2015. FEINBERG, J.; *Op. Cit.* NINO, C. S.; *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Editorial Astrea, Barcelona, 1980. STRAWSON, P.; *Libertad y resentimiento (y otros ensayos)*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2012. VON HIRSCH, A.; *Censurar y Castigar*, traducción de Elena Larrauri, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

³¹ Véase: BRAITHWAITE, J. y PETTIT, P.; *Not just deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 2002. DUFF, R. A.; “¿Hacia una teoría del Derecho penal?” en *Discusiones sobre la filosofía del Derecho penal*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2015. GARGARELLA, R.; *Op. Cit.* PÉREZ BARBERÁ, *Op. Cit.*

³² En su versión más extrema, coincidiría con la doctrina del perfeccionismo estatal; esto es, la doctrina que sostiene que es legítimo — incluso un deber— que el Estado tome las medidas necesarias para que los ciudadanos sigan determinados planes de vida considerados más valiosos que otros. El perfeccionismo no debe confundirse con los casos de paternalismo en los que el Estado no pretende imponer ciertos planes de vida, sino ayudar a los individuos a que puedan llevar a cabo los que ellos, libremente, han adoptado.

³³ Sobre justicia restaurativa, véase BRAITHWAITE, J.; “Restorative Justice and a better future” en Johnstone, G. (ed), *A Restorative Justice Reader Texts, sources, context*, Willan Publishing, Inglaterra, 2003. DIGNAN, J.; *Understanding Victims and Restorative Justice*, Open University Press, Inglaterra, 2005. DUFF, R.; “Restorative punishment and punitive restoration” en Johnstone, G. (ed.) *A Restorative Justice Reader. Texts, sources, context*, Willan Publishing, Inglaterra, 2005. MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, A.; “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades” en *Revista Ius Et Praxis*, 15 (2), 2014, pp. 165-195.

desvinculan del ánimo del perfeccionismo estatal, aunque sí busca, a través de medios distintos de la coerción, un tratamiento distinto de los conflictos sociales y una toma de consciencia del daño producido por parte del delincuente³⁴.

Como había indicado al inicio, en general se ha seguido avanzando en la línea de un proyecto que, incorporando nuevos elementos al debate, combine en sus fundamentos tesis retribucionistas y consecuencialistas. Y es que tal parece que no es posible renunciar a tesis tan elementales como que el individuo no debe ser tratado como un mero instrumento a merced de la sociedad, o que, *prima facie*, es la finalidad de proteger a la sociedad lo que autoriza al Estado a contemplar medidas coactivas tan lesivas como los castigos. Así, actualmente hay múltiples combinaciones mixtas (como el llamado consecuencialismo lateralmente restringido, el retribucionismo negativo, el dualismo integrado³⁵, etc.), algunas de las cuales desarrollan cuestiones más concretas como los principios distributivos que han de regir la aplicación de castigos³⁶.

5. Hacia una concepción del castigo como práctica punitiva

La concepción retribucionista y la prevencionista del castigo, mientras se erijan desde las teorías éticas del deontologismo y el consecuencialismo, constituirán el núcleo básico de las concepciones sobre el castigo. Esto quiere decir que, aunque haya diversas concepciones que enfatizan otros aspectos, estas propuestas han de verse como diversas vías, provenientes de la filosofía moral, para la realización de la justicia penal; esto es, se pretende que estas “teorías” o concepciones sirvan como referencia para determinar cómo evaluar la práctica de castigar en su conjunto y cómo castigar, en lo particular, adecuadamente.

³⁴ Véase FERRI, E.; *Sociología criminal* Tomo I y II. Madrid, Centro editorial de Góngora, 1907. WOOTTON, B.; *Crime and the Criminal Law. Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, segunda edición, Steven & Sons, Londres, 1981.

³⁵ El consecuencialismo lateralmente restringido sostendría básicamente que no castigamos a los individuos porque lo merecen, sino que el merecimiento sirve como límite del castigo. Mientras que el retribucionismo negativo defendería que castigamos porque a través del castigo se obtienen beneficios sociales valiosos, pero únicamente infligimos el castigo a aquellos individuos que lo merezcan. Castigamos a los individuos porque lo merecen, pero el límite consiste en que a través de su castigo puedan alcanzarse beneficios sociales como la prevención). En MOORE, M. S.; *Op. Cit.*, p. 93. Por su parte, el dualismo integrado hace referencia a la posibilidad de construir una propuesta que combine armoniosamente el elemento retribucionista y el prevencionista.

³⁶ Me refiero a propuestas como la de Paul H. Robinson, quien sostiene una finalidad disuasoria del castigo que se combine con un principio distributivo que él denomina “merecimiento empírico”. En ROBINSON, P.; “*Principios distributivos del Derecho penal*” traducción de Manuel Cancio Meliá e Íñigo Ortiz de Urbina, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Por tanto, intentar construir una propia concepción sobre el castigo resulta ser una tarea sumamente compleja. Teniendo esto en cuenta, a continuación me limito a proponer algunas cuestiones metodológicas acerca de cómo tendría que ser tal concepción para servir, en efecto, de marco de referencia para la justificación del castigo. Ese camino tiene que estar guiado, en mi opinión, por una concepción del castigo como práctica punitiva.

Una concepción del castigo en tal sentido implica un compromiso fuerte por llevar a cabo los fines valiosos que pretenden desarrollarse a través del Derecho penal³⁷. Indagar acerca de cuáles son estos fines valiosos es algo que solo puede encontrarse en los propios fines que el Derecho en general intenta realizar, como lo son la procuración y garantía de los derechos individuales básicos. Estos derechos son –desde una postura cognoscitivista respecto a los juicios de valor– marcos de referencia válidos, legítimos a la luz de los principios que han de regir el espacio de lo intersubjetivo.

En esta línea resulta esclarecedor el proyecto anunciado por Nino en uno de sus últimos artículos dedicados al tema penal. Nino defendió, en primer término, una propuesta de fundamentación de los derechos individuales básicos que constituye la base de la concepción liberal del individuo y de la sociedad. Esta concepción viene conformada por tres principios que, al combinarse, permiten derivar los derechos humanos: el principio de autonomía (que determina el contenido de los derechos humanos), el de inviolabilidad (que determina su función) y el de dignidad (que permite que dichos derechos sean dinámicos al validar la voluntad individual y la capacidad de decidir). Ahora bien, la admisión de estos tres principios, a su vez, es el punto de partida para establecer otro grupo de principios, articulados en un segundo nivel, referidos en específico a la cuestión penal³⁸.

Nino formuló una serie de principios básicos que conforman una base normativa que, partiendo de la reflexión sobre la pena, rige la asignación de responsabilidad penal: el principio de protección

³⁷ En esto sigo la tesis de Atienza respecto a la idea del Derecho como práctica social que enfatiza que el Derecho es una empresa con la que se trata de lograr propósitos y no es exclusiva de una concepción del Derecho específica. Contiene esencialmente tres componentes: (1) una concepción dinámica del Derecho (que supone considerarlo no simplemente como un hecho social, sino como un artefacto social complejo, inventado para cumplir ciertos propósitos); (2) la distinción en una compleja realidad de la dimensión organizativa o autoritativa y una finalista o axiológica, articuladas de tal forma que la segunda no puede reducirse a la primera, gozando de preeminencia; (3) la necesaria vinculación de la práctica jurídica con valores morales objetivos o con la idea de justicia. En ATIENZA, M.; *Filosofía del Derecho y transformación Social*, Madrid, Editorial Trotta, 2017 p. 35.

³⁸ Es necesario señalar que la formulación de estos principios enfocados al ámbito de penal aparece ya en su obra *Los límites de la responsabilidad penal* de 1980, por lo que es anterior a la exposición clara y detallada de los principios generales de *Ética y derechos humanos* de 1989. Sin embargo, esta derivación del primer grupo de principios del segundo la hizo explícita en un trabajo titulado “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, publicado en 1989.

prudencial de la sociedad (la pena es un mal que solo puede aceptarse si se demuestra que es un medio necesario y efectivo para prevenir mayores perjuicios); el principio de asunción de la pena³⁹ (para no utilizar a un individuo en beneficio de la sociedad hace falta que éste haya consentido las consecuencias normativas que se siguen necesariamente de su conducta transgresora voluntaria); el de intersubjetividad del Derecho penal (las conductas tipificadas deben ser conductas tendentes a prevenir daños a terceros y no conductas que dañen únicamente al propio agente); y el de antijuridicidad (la conducta debe haber causado el daño que se está intentando prevenir)⁴⁰.

Los términos en los que viene articulada esta propuesta me parecen acertados por mostrar que, efectivamente, a una concepción sobre el castigo subyace una reflexión más profunda sobre los derechos individuales básicos que las personas poseen y que los demás debemos garantizar. Siendo así, lo que tendríamos que hacer es contrastar las distintas tesis enunciadas y ver si, de alguna forma, no solo no vulneran, sino que facilitan la garantía de estos derechos.

6. Castigo y asignación de responsabilidad penal

La asignación de responsabilidad penal –partiendo de la distinción entre sistemas de responsabilidad, reglas de responsabilidad y juicios de responsabilidad⁴¹–, obviamente, no se construye desde la arbitrariedad; a ella subyace, como en el caso del castigo, la pretensión de justificación (en el sentido débil) que se articula –o debería articularse– de acuerdo con aquel modelo que se considera más óptimo para que lograr que la práctica punitiva en su conjunto sea justa (pretensión fuerte).

Ser responsable de un estado de cosas que a la luz del ordenamiento jurídico es disvalioso –la responsabilidad como sancionabilidad⁴²–, significa ser una persona que puede ser *justificadamente castigada*. Es por ello que, la asignación de responsabilidad pretende realizarse en función de qué tipo de sistema de responsabilidad consideramos más adecuado, qué condiciones de imputación serán

³⁹ Dentro de la propuesta de Nino este principio es, sin duda, el que más controversias ha generado. Tanta relevancia adquiere que, incluso, su propuesta es identificada como “teoría consensual de la pena”.

⁴⁰ NINO, C. S.; *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*. Compilado por Gustavo Maurino, Editorial Gedisa, Buenos Aires, 2008, pp. 25-41.

⁴¹ De acuerdo con esta distinción las *reglas de responsabilidad* aluden a las reglas que establecen las condiciones para imputar sanciones a los individuos, distintas de la violación de la norma de conducta; los *sistemas de responsabilidad* se refieren a las normas de conducta y las reglas de responsabilidad; y los *juicios de responsabilidad* aluden al resultado de contrastar una acción con un sistema de responsabilidad. En LARRAÑAGA, M.; *El concepto de Responsabilidad*, Fontamara, México, 2004, pp.198-201.

⁴² Hago referencia a la distinción de Hart entre sentidos de responsabilidad. En HART, H.L.A.; *Op. Cit.*, pp. 210-238.

previstas por las reglas de responsabilidad y cómo se desarrollarán los juicios de responsabilidad una vez que se contraste la acción con el sistema de responsabilidad. Lo que yo sugiero es que una guía para fijar lo anterior debería incluir la reflexión sobre el castigo –precisamente por ser el caso más paradigmático de privación de bienes– y que, para ello, tendríamos que ser muy conscientes entonces de qué concepción del castigo consideramos adecuada para justificarlo.

Sin embargo, lo que resulta muy problemático es que, en general, parece haber muy poca claridad sobre nuestras concepciones, lo que puede llevar a consecuencias adversas en nuestros sistemas de responsabilidad. Así, por poner otro ejemplo, si la concepción del castigo que se considera más óptima es retribucionista, el énfasis habría de estar colocado en cómo indagar acerca del merecimiento moral de una persona. Una asignación de responsabilidad justificada sería aquella que haya indagado lo suficiente en ese merecimiento, y un castigo justo sería aquel que se aplique a la persona que moralmente lo merezca. Sin embargo, lo que sucede en muchas ocasiones es que, expresamente, el ordenamiento parece abrazar una concepción prevencionista con tintes de retribucionismo y de rehabilitación, sin dar cuenta de, en función de qué argumentos, se establece de esa forma.

De ahí la importancia de que los participantes pongamos de manifiesto nuestras concepciones, sometiéndolas a discusión crítica y descartando aquellas tesis que no sean armoniosas con la fundamentación de la práctica jurídica en general. Una concepción de castigo construida desde valores en los que no se sustente la práctica del Derecho en general, no resultará una práctica punitiva justificada y además nos llevará a configurar sistemas de responsabilidad también injustificados.

7. Conclusiones

A continuación, pretendo sistematizar aquellos que considero los aspectos clave de este trabajo:

(1) *Preocupación teórica sobre problemas reales*- Con frecuencia el debate sobre el castigo se analiza desde una excesiva abstracción. Esto le ha dado al tema un halo de tradicionalidad que lo convierte, si se me permite la expresión, en una pieza de museo; esto es, en una discusión anticuada que parecería que nada tiene que ver con lo que sucede en nuestros sistemas penales positivos. Desde la filosofía del Derecho este planteamiento puede ser revitalizado, dirigiendo la atención hacia aquello

que subyace a él, es decir, las preocupaciones teóricas (incluyendo la deliberación ética) en torno a la existencia y persistencia en nuestros ordenamientos jurídicos de un tipo de sanciones especialmente graves. Y es que, si bien hoy los castigos no son las técnicas de suplicio de antaño, esto no ha evitado que sus manifestaciones empíricas sigan siendo, cuando menos, éticamente controvertidas.

(2) *La necesidad de llevar la discusión del terreno puramente teórico-descriptivo al normativo-crítico*- La discusión en torno al castigo tiene que procurar generar herramientas conceptuales y tesis sustantivas desde la perspectiva interna a la propia práctica del Derecho, con el fin de que ese esclarecimiento no solo reconstruya conceptualmente la práctica jurídica, sino también aporte herramientas adecuadas para que la misma sea repensada y conducida a la luz de adecuados criterios de justicia. Sin duda, esto nos compromete con una concepción de esta disciplina como filosofía del Derecho práctica que tiene entre sus objetos de interés el desarrollo de las reflexiones de ética normativa (o de ética sustantiva).

(3) *Preocupación teórica no aislada*- Las preocupaciones teóricas no pueden limitarse al castigo como objeto de estudio aislado. En esto he insistido mucho, pero para ilustrarlo mejor es muy pertinente atender a la advertencia de Antony Duff respecto a que los estudiosos del castigo han relegado el proceso que conecta el delito con el castigo, aun cuando se trata del foro en el que se determina formalmente la punibilidad y se asigna, propiamente, el castigo. Esto, en general, afirma Duff, es un descuido común de los filósofos del Derecho penal quienes tienden a asumir que solo importan preguntas del tipo ¿quién es punible? o ¿quién debe ser punible?, siendo algo meramente instrumental y sin gran interés teórico, el proceso por medio del cual se determina la punibilidad⁴³.

(4) *La práctica punitiva y el Derecho en general*- Es necesario dejar de concebir el debate sobre la justificación de la pena como una discusión desconectada del resto del sistema penal. Y para lograr lo anterior, primero habrá que insistir en que esta reflexión normativa no es independiente a la del propio Derecho. La práctica punitiva es una de las formas más controvertidas que tiene el Derecho para procurar el cumplimiento de sus disposiciones. La imposición de un castigo penal es, seguramente, la expresión más manifiesta de la coacción en general –uno de los elementos esenciales del Derecho– y,

⁴³ DUFF, R. A.; “Responsabilidad y punibilidad en el Derecho penal” en *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 145 y 146.

en cuanto tal, la justificación moral de la pena es una condición necesaria de la justificación moral del Derecho⁴⁴. Por lo tanto, deliberar acerca de lo que hace justa la institución y de lo que legitima infligir penas no puede ser ajena a la deliberación sobre qué teoría de la justicia está detrás de nuestras prácticas jurídicas generales.

(5) *Propuestas normativas para el ámbito penal*- Para lograr lo que antes he mencionado es necesario añadir un paso más a lo hasta aquí dicho: el aparato crítico resultante de estas reflexiones debe ser uno que coadyuve con la dogmática jurídico-penal y se proyecte a sistemas jurídicos en vigor. Esto es, se trataría de estrechar lazos entre la iusfilosofía penal y la dogmática jurídico-penal para participar en el propósito de mejora del sistema positivo y la labor de los operadores jurídicos para que estos no se limiten a aplicar castigos, sino a procurar que dichos castigos sean también justos.

⁴⁴ NINO, C. S.; *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 428.

8. Bibliografía

- ATIENZA, M.; *Filosofía del Derecho y transformación Social*, Madrid, Editorial Trotta, 2017.
- ALEMANY, M.; “La inalienabilidad de los derechos humanos” en *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 17-52.
- BEADE, G. A.; “Las razones del castigo retributivo. ¿Alternativas a los juicios de lesa humanidad?” en *Revista pensamiento penal*, No. 6, 2015, pp. 173-194.
- BEADE, G. A. y MARTÍ, J. L.; *Discusiones sobre filosofía del Derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- BECCARIA, C.; *De los Delitos y las Penas*, edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- BENN, S. I.; “An Approach to the Problems of Punishment” en *Philosophy*, Vol. 33, 1958, pp. 325-341.
- BERMAN, M. N.; “Castigo y justificación” en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Volumen 9, 2008, pp.1-32.
- BETEGÓN, J.; *La Justificación Del Castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- BOONIN, D.; *The Problem of Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- BRAITHWAITE, J.; “Restorative Justice and a better future” en Johnstone, G. (ed), *A Restorative Justice Reader Texts, sources, context*, Willan Publishing, Inglaterra, 2003.
- BRAITHWAITE, J. y PETTIT, P.; *Not just deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 2002.
- CID MOLINÉ, J. y MORESO, J.J. “Derecho penal y filosofía analítica” en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo XLIV, Fascículo, 1, 1991, pp. 143-178.
- DEIGH, J. y DOLINKO, D., *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- DIGNAN, J.; *Understanding Victims and Restorative Justice*, Open University Press, Inglaterra, 2005.
- DUFF, R. A.; “¿Hacia una teoría del Derecho penal?” en *Discusiones sobre la filosofía del Derecho penal*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp.17-68.
- DUFF, R. A.; “Responsabilidad y punibilidad en el Derecho penal” en *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 145-168.
- DUFF, R.; “Restorative punishment and punitive restoration” en Johnstone, G. (ed.) *A Restorative Justice Reader. Texts, sources, context*, Willan Publishing, Inglaterra, 2005.
- DWORKIN, R.; *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

- FEINBERG, J.; “The Expressive Function of Punishment”, *The Monist*, 49, 1965, pp. 397–423
- FERRAJOLI, L.; *El paradigma garantista. Filosofía crítica del Derecho penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2018.
- FERRI, E.; *Sociología criminal* Tomo I y II. Madrid, Centro editorial de Góngora, 1907.
- FINNIS, J. M.; “Retribution: Punishment’s Formative Aim” en *Journal Articles*, 1999 pp. 91-103.
- FLETCHER, G. P.; *Conceptos básicos de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- FLEW, A.; “The Justification of Punishment” en *Philosophy*, Vol. 29, 1954, pp. 291-307.
- FOUCAULT, M.; *Vigilar y Castigar: Nacimiento De La Prisión*, decimotercera reimpresión, Editorial Siglo veintiuno, 2005, Madrid.
- GARDNER, J.; “Introduction” en *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- GARGARELLA, R.; *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del Derecho penal* (versión Kindle), Siglo XXI editores, Argentina, 2016.
- GONZÁLEZ PIÑA, A.; “Los derechos humanos en perspectiva” en *El pensamiento de Gregorio Peces Barba*, Antonio E. Pérez Luño y Carlos Santiago Nino, Editorial Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2015.
- GLOCK, H.; *¿Qué es la filosofía analítica?*, Tecnos, Madrid, 2012.
- HART, H. L. A.; “Prolegomenon to Principles of Punishment” en *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*”, segunda edición, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1-27.
- HONDERICH, T.; *Punishment. The Supposed Justifications Revisited*, Pluto Press, Inglaterra, 2006.
- MORESO, J. J.; *Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2006.
- KANT, I.; *La Metafísica De Las Costumbre*, Madrid, Editorial Tecnos, 1989.
- KRAMER, M. H; GRANT, C.; HATZISTAVROU, A. (compiladores); *El legado de Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, traducción de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- LARIGUET, G.C.; “Filosofía Práctica Impura y Normativa” en *Universidad EAFIT. Departamento de Humanidades, Co-herencia*, Vol. 11, num. 20, 6-2014, pp. 187-213.
- LARRAÑAGA, M.; *El concepto de Responsabilidad*, Fontamara, México, 2004.
- MACCORMICK, N.; *H. L. A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, A.; “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades” en *Revista Ius Et Praxis*, 15 (2), 2014, pp. 165-195.

- MOORE, M. S.; *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- MORRIS, H.; *On guilt and Innocence: Enssays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, University of California Press, 1976.
- NINO, C. S.; *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*. Compilado por Gustavo Maurino, Editorial Gedisa, Buenos Aires, 2008.
- NINO, C. S.; *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
- NINO, C. S.; *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.
- NINO, C. S.; *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Editorial Astrea, Barcelona, 1980.
- NIETZSCHE, F.; *La genealogía de la moral: un escrito polémico*, Editorial Alianza, Madrid, 1981.
- PÉREZ BARBERÁ, G.; “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución” en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 4, 2014, pp. 1-44.
- RABOSSO, E. A.; “Sobre la justificación moral del castigo” en *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho-Homenaje al profesor L. Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Editorial Panedille, 1970, pp. 185-202.
- RAWLS, J.; “Two Concepts of Rules”, *The Philisophical Review*. Vol. 64, 1955, pp. 3-32.
- ROBINSON, P.; *Principios distributivos del Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Manuel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROSS, A., *On Guilt, Responsibility and Punishment*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1975.
- ROXIN, C.; *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ROXIN, C.; *Derecho penal. Parte general Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de Diego Manuel Luzón-Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remasal, Editorial Civitas, 1997, Madrid.
- SCHMILL, C.; “El debate sobre Mitilene: una interpretación” en *Revista Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, No. 4, 1987, pp. 203-245.
- STRAWSON, Peter F.; *Libertad y resentimiento (y otros ensayos)*, Ediciones Paidós, Barcelona. 2012.
- VILAJOSANA, J. M.; *Las razones de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VON HIRSCH, A.; “Proportionality in the Philosophy of Punishment” en *Crime and Justice*, Vol. 16, 1992, pp. 55-98.

VON HIRSCH, A.; *Censurar y Castigar*, traducción de Elena Larrauri, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

WOOTTON, B.; *Crime and the Criminal Law. Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, segunda edición, Steven & Sons, Londres, 1981.