

Castigo y Justificación*

Mitchell N. Berman**

I. Introducción

En ocasiones se insinúa que las discusiones filosóficas acerca del castigo están plagadas de disensos radicales. Pero esto es una exageración. En al menos un asunto, el consenso se aproxima a la unanimidad: el castigo necesita de una justificación. Muy a menudo, este principio constituye la primera premisa del teórico del castigo.

Por cierto, las respuestas propuestas a la necesidad de una justificación varían ampliamente. Las teorías consecuencialistas ponen el acento de modos diversos en la disuasión, la incapacitación o la reafirmación de normas. Las teorías retributivas son aún más diversas. Pero con independencia de la variación dentro de cada uno de los campos, ambos enfoques enfrentan objeciones bien conocidas. Brevemente, se considera que los consecuencialistas están equivocados porque niegan la idea intuitiva de que quienes obran mal merecen sufrir, mientras que su oposición al uso de chivos expiatorios ha sido condenada por débil y contingente. Se dice que los retribucionistas son incapaces de explicar por qué quienes obran mal merecen sufrir o por qué es permisible que un estado imponga sufrimiento, aun cuando sea merecido. También son condenados como salvajes o bárbaros.

En parte como respuesta a estas críticas, muchos teóricos han expresado una preferencia por las versiones “mixtas” o “híbridas” de la justificabilidad del castigo penal.¹ La versión más famosa

* Versión castellana de “Punishment and Justification”, *Ethics* 118 (January 2008): 258-290. Traducción de Julia de la Parra y Marcelo Ferrante para la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. La revista agradece al autor y a The University of Chicago por la autorización para la traducción y publicación.

** Agradezco a Larry Alexander, Dan Brudney, John Deigh, David Dolinko, Stefan Fauble, Les Green, Tom Green, Mark Greenberg, Don Herzog, Douglas Husak, Larry Sager, Scott Shapiro y Peter Westen por comentarios útiles a versiones anteriores y por conversaciones provechosas; también a dos árbitros anónimos y a dos editores también anónimos de esta revista; y a los participantes en seminarios de la escuela de derecho de la Universidad de Columbia, de la Universidad de Michigan y del Segundo Congreso Internacional Anual en Derecho y Filosofía de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico. Estoy en deuda con Jeff McMahan por su magnífica y generosa asistencia editorial.

¹ Muchos académicos han descripto al retribucionismo como la teoría del castigo dominante en la actualidad. Ver, en general, Russell L. Christopher, “Detering Retributivism: The Injustice of ‘Just’

perteneció a John Rawls y H. L. A. Hart. En la versión utilitarista de reglas de Rawls, los legisladores justifican las instituciones y las prácticas de la justicia penal basándose en razones consecuencialistas, mientras que los jueces justifican el castigo de delincuentes individuales fundándose en la razón no-consecuencialista de que él o ella han violado una deber jurídico.² De modo similar, Hart describió el “objetivo general justificante” de la institución del castigo como la reducción del delito, argumentando sin embargo que la persecución de esta meta consecuencialista se encuentra limitada por un principio de “retribución en la distribución”, que permite la imposición del castigo sólo a “un delincuente por un delito que ha cometido”.³ Una visión popular emparentada con la de Hart —conocidamente designada como retribucionismo “negativo”⁴, pero más apropiadamente llamada “consecuencialismo lateralmente restringido”⁵— justifica el castigo por sus buenas consecuencias (realizadas en especial a través de mecanismos de disuasión general y especial, incapacitación y diversas funciones expresivas o comunicativas) pero argumenta que éste debería verse limitado por el merecimiento de quien lo recibe.

Pero todos estos enfoques han sido criticados por marginalizar al retribucionismo en relación con el consecuencialismo.⁶ Y los esfuerzos para desarrollar versiones híbridas que den igual peso a consideraciones retributivas y consecuencialistas han sido a su vez criticadas por juntar consideraciones diferentes de una manera *ad hoc*. Podría ser preferible una versión “dualista integrada” —una que asigne al razonamiento retributivo y al consecuencialista roles distintos y equivalentes dentro de la estructura lógica de la teoría—. Sin embargo, ninguna teoría así ha aparecido y la posibilidad de dicha aparición ha sido puesta en duda.⁷

Punishment”, *Northwestern University Law Review* 96 (2002): 843-976, 845-47 y nn. 2-12 (recolectando citas de trabajos que proclaman un renacimiento retribucionista). Pero, como estas declaraciones usualmente prologan una crítica mordaz, dudo que el retribucionismo puro disfrute de mucho apoyo. Ver también, p. ej., Douglas N. Husak, “Why Punish the Deserving?” *Nous* 26 (1992): 447-64, 452 (“Casi todos los filósofos aprecian la necesidad de construir una síntesis de elementos retributivos y consecuencialistas”).

² John Rawls, “Two Concepts of Rules”, *Philosophical Review* 64 (1955): 3-32.

³ H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1968), 8-12.

⁴ J. L. Mackie, “Morality and the Retributive Emotions”, *Criminal Justice Ethics* 1 (1982) : 3-10, 3.

⁵ R. A. Duff, *Punishment, Communication, and Community* (Oxford: Oxford University Press 2001), 11.

⁶ Véase David Wood, “Retribution, Crime Reduction and the Justification of Punishment”, *Oxford Journal of Legal Studies* 22 (2002): 301-21.

⁷ Para el término “dualismo integrado” y la conclusión de que es conceptualmente imposible de obtener, ver *ibid.*, 316-317.

Este artículo ofrece una teoría dualista integrada del castigo.⁸ Al hacerlo, asume que el camino para llegar a una teoría satisfactoria de la justificabilidad del castigo debe comenzar por examinar con seriedad el punto de partida común ya destacado —a saber, que el castigo exige una justificación—. Frecuentemente los teóricos se esfuerzan en tratar de definir el castigo. Sin embargo, muy raramente alguno atiende explícitamente a qué significa que el castigo (o cualquier otra cosa) esté “necesitado de una justificación”.⁹ Esto es un descuido desafortunado, ya que, como Hart reconoce, “teorías del castigo” es un término poco feliz, debido a que dichas “teorías” no son teorías en ningún sentido normal. . . . Por el contrario, . . . [ellas] son *proposiciones* morales acerca de qué es lo que justifica la práctica del castigo.”¹⁰ Más precisamente, son proposiciones morales en respuesta a la proposición de que el castigo necesita de una justificación. Si las teorías del castigo están así situadas *ab initio* dentro de una dialéctica argumentativa, uno podría esperar que su persuasividad dependiera, en parte, de cuan completa y satisfactoriamente ellas comprenden la proposición que intentan responder.

* * *

Las prácticas humanas, como otros fenómenos, a menudo abarcan un centro y una periferia. Por ello, la sección II distingue entre casos centrales y casos periféricos de castigo. De modo aproximado, el centro comprende los casos “correctos”; los casos periféricos comprenden errores de juicio o imposición de castigo excesivo. La sección III busca revelar la lógica de la justificación respondiendo dos preguntas: ¿qué es lo que crea la necesidad de justificación? y ¿cómo es posible satisfacer esa necesidad? En relación con la primera pregunta, sostengo que para que una práctica necesite una justificación, deben primero identificarse consideraciones que pongan en duda su justificabilidad o permisibilidad global. Llamo “base de demanda” a cualquiera de esas consideraciones. En relación con la segunda pregunta, explico que la justificación puede ser suministrada mostrando o bien que la razón putativa que constituye la base de demanda —esto es, la que evidencia la necesidad de justificación— no se aplica, o bien que es derrotada por consideraciones que compiten con ella. En términos Razianos, la justificación puede ser suministrada por condiciones cancelatorias o por razones prevalecientes.

En conjunto, las secciones IV y V buscan justificar el castigo a la luz del análisis de la justificación desarrollado en la sección III. La sección IV identifica la base de demanda que subyace a la proposición de que el castigo requiere de justificación —a saber, que impone sufrimiento— y la

⁸ Si bien la teoría es dualista, los elementos probablemente más interesantes y polémicos surgen al apoyar el rol que yo asigno al retribucionismo. De manera que el argumento puede ser visto como una rehabilitación parcial del retribucionismo.

⁹ John Kleinig, *Punishment and Desert* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1973), cap. 1, es una excepción notable. Tal como él lo entiende, decir que el castigo requiere de justificación “no es decir nada muy útil, sin antes decir algo acerca de la noción de justificación para poder ver qué es, precisamente, lo que se dice que el castigo necesita” (ibid., 1).

¹⁰ Hart, *Punishment and Responsibility*, 72.

desagrega en dos afirmaciones distintas —que el castigo es incorrecto por el mal que causa (dolor, sufrimiento, privación de libertad) y que el castigo es incorrecto porque la imposición intencional de ese mal infringe derechos del acusado—. La sección V, entonces, argumenta que los casos centrales de castigo están justificados por cancelación en virtud de fundamentos retributivos y que los casos periféricos de castigo están justificados por prevailecimiento de razones sobre la base de fundamentos consecuencialistas. Más en particular, los casos centrales de castigo están justificados porque el merecimiento de castigo por parte del delincuente hace que el hecho de que el castigo impone sufrimiento constituya una razón totalmente inerte en su contra —esto es, el sufrimiento del ofensor no es un mal y no infringe ninguno de sus derechos—. En casos periféricos, en cambio, el sufrimiento del condenado es un mal y por ello cuenta como una razón en contra del castigo. Entonces aun cuando, como yo argumento, el castigo no necesariamente infringe derechos incluso en los casos periféricos, los casos periféricos pueden justificarse en relación con esta base de demanda sólo si las consecuencias beneficiosas producidas por tal castigo tienen un peso prevaileciente. La sección VI ofrece un resumen y objeciones posibles. La sección VII es una conclusión breve.

II. Castigo

¿Qué es el castigo penal o legal? Filósofos de una o dos generaciones atrás atendían a esta pregunta en parte “porque se [suponía] que algunos argumentos sobre su justificación dependen de cómo se lo define”¹¹. Hay pocos teóricos que todavía creen eso. Por lo tanto, siguiendo a R. A. Duff, entenderemos por castigo, vagamente, “algo que se intenta que sea gravoso o doloroso, que alguien con (supuesta) autoridad impone a un (supuesto) delincuente por un (supuesto) delito”.¹²

Como sugieren los términos entre paréntesis, podemos decir que el castigo se compone de dos subclases: el caso central o principal en el que el delito, el delincuente y la autoridad son reales; y el caso periférico en el que uno o más de los tres es meramente supuesto.¹³ Adoptaré este enfoque y añadiré una simple observación. Digamos que el caso central de castigo —al que representaré como P_c — entraña la imposición de algo doloroso o gravoso a un delincuente real por el delito que cometió y sólo en la medida en que la imposición satisfaga algún límite de proporcionalidad, sea de tipo retributivo o benthamita.

Los casos periféricos —que abreviaré como P_p — entrañan la imposición de castigo a personas que no son delincuentes, o bien porque no hubo un delito, o bien porque si bien hubo un delito, el individuo no fue responsable por él. Utilizo la expresión “no fue responsable” en un sentido amplio que abarca los casos en que la persona castigada no fue una parte interviniente en el delito (p.

¹¹ Ted Honderich, *Punishment: The Supposed Justifications* (London: Hutchinson, 1969), 6 n. 4 (donde cita varios de los intentos más conocidos de definirlo).

¹² Duff, *Punishment, Communication, and Community*, xix-xv.

¹³ Sobre distinciones generales de este tipo, véase p. ej. C. L. Ten, *Crime, Guilt, and Punishment* (New York: Clarendon, 1987), 2; y D.J. Galligan, “The Return to Retribution in Penal Theory”, en *Crime, Proof and Punishment*, ed. C. F. H. Tapper (London: Butterworths, 1981), 144-71, 152 n.3

ej., identidad equivocada), o en los que no cumplió con todos los elementos del delito (p. ej., errores que excluyen la *mens rea*), o tuvo una justificación válida (p. ej., legítima defensa), o carece de responsabilidad moral (p. ej., demencia o infancia). P_p también incluye casos en los que la pena impuesta viola el principio de proporcionalidad al que la teoría en cuestión pretenda adherirse.

Todos los casos periféricos entrañan un error judicial o legislativo. (Eso es lo que los sitúa en el margen del concepto tal como lo usamos.) Pero también hay casos en los que el estado impone sufrimiento sobre un individuo sabiendo que no es responsable (o sospechándolo seriamente). Dentro de esta categoría incluyo los casos muy discutidos de uso de chivos expiatorios, así como casos más llanamente malvados, como aquellos en los que uno o más funcionarios del aparato de justicia penal estatal, movidos por animosidad o por propio beneficio, imponen un castigo sobre alguien que creen inocente. Denominaré tales casos, casos degenerados de castigo y los dejaré a un lado.

En síntesis, entonces, consideraremos el castigo como la unión de los casos centrales y los periféricos así definidos.¹⁴ Dado que todos los casos periféricos entrañan errores de una u otra forma, uno se podría ver tentado a ignorarlos y centrarse simplemente en justificar P_c , tal vez con la salvedad de que dicha justificación debe dar adecuada cuenta de los errores inevitables. Pero dudo de que todos los que toman parte en el debate acepten esta estrategia. Después de todo, P_p produce por lo menos un beneficio consecuencialista muy importante —disuasión general—. Y en el número (posiblemente significativo) de casos en los que el acusado a quien se condena erróneamente sea realmente una manzana podrida, la sociedad obtiene el beneficio consecuencialista adicional de la incapacitación. Por tales razones, algunos consecuencialistas concluirán que los casos periféricos están justificados a pesar de ser errores.¹⁵ Por lo tanto, dudo de que podamos tomarnos la libertad de excluir de entrada los casos periféricos de nuestra empresa justificatoria. De acuerdo con ello, lo que resta de este artículo se asienta en la idea de que al justificar separadamente P_c y P_p se está justificando el castigo.

III. Justificación

El castigo necesita de una justificación. Llámese a esta proposición $J_n(P)$. Esto se aplica tanto a los casos centrales como a los periféricos. Como resultado se obtiene $J_n(P_c)$ y $J_n(P_p)$. Para

¹⁴ Esto no significa cometer el “freno definicional” (*definitional stop*) que bien criticó Hart (*Punishment and Responsibility*, 5), ya que no afirmo que los casos degenerados (P_d) se sitúen fuera de los límites de ‘castigo’ en virtud de criterios semánticos neutros o naturales. Eliminar los casos degenerados del alcance de ‘castigo’ es una estipulación destinada a simplificar la exposición, bajo la suposición, con la que la mayoría de comentaristas concuerdan, de que P_d no es justificable. Por lo tanto, ‘castigo’ se referirá a aquellas formas de castigo cuya justificación está en duda y que intentaré establecer: (P_c) y (P_p). Pero véase infra n. 51 (donde se problematiza la distinción entre casos periféricos y degenerados).

¹⁵ Sin dudas, esas mismas formulaciones —disuasión e incapacitación— podrían aplicarse también a los casos degenerados, pero son pocos los consecuencialistas que desearían asumir un riesgo semejante; sea cual fuere el medio que utilicen, lo que intentan establecer es que los casos degenerados no son justificables.

comprender cómo podrían satisfacerse estas necesidades debemos ser precisos acerca de la naturaleza de la necesidad. Debemos preguntarnos, ¿qué significa que el castigo exija una justificación? Y, de modo más fundamental, ¿qué significa que algo requiera justificación?

A

Siempre es posible proporcionar una justificación. Siempre hay algo de sentido en ofrecer las razones que justifican lo que uno hace. Pero si bien las justificaciones siempre se pueden ofrecer, no siempre pueden ser exigidas. Convencionalmente, afirmar que una conducta, real o contemplada, X “necesita de” una justificación significa que “comúnmente” o “supuestamente” uno no debe hacer X, o que hay una razón, evidente o putativa, para no hacer X. Esto es, nuestra práctica de justificación es una práctica dialéctica en la cual la carga argumentativa inicial pesa sobre quienes niegan o cuestionan la justificación.

Si uno creyera, contrariamente a lo que yo sugerí, que todas las acciones requieren justificación, entonces hemos de distinguir dos conceptos. Llámese a esta necesidad de justificar que es aplicable siempre, la exigencia de una “justificación general”; y a la necesidad de justificar una acción en respuesta a una duda articulable, el requerimiento de una “justificación específica”. La forma de justificación implícita en los debates sobre el castigo penal es específica. De ahí que la literatura sobre el castigo comience con $J_n(\text{Castigo})$, mientras que la literatura sobre, por ejemplo, el ajedrez no comience con la proposición $J_n(\text{Ajedrez})$. Nos esforzamos en tratar de justificar el castigo frente a la sospecha articulable de que la tarea puede no ser realizable.

Del principio de que sólo lo aparentemente objetable debe ser justificado (o del enfoque centrado en la justificación específica, y no en la general) se sigue que toda proposición de que X requiere justificación representa, implícita si no explícitamente, a una afirmación más amplia que contiene también la consideración que origina la demanda —lo que yo denomino “base de demanda”—. El enunciado “X requiere justificación” es por lo tanto incompleto. Para hacer explícito lo implícito, deberíamos decir que “X requiere justificación en virtud de y”. Representétese tal demanda de justificación de la siguiente manera: $J_n(X)(y)$, donde $J_n(X)$ significa que una acción determinada, X, requiere justificación, e “y” es la base de demanda en virtud de la cual surge esa necesidad de justificación.

B

Hay al menos dos formas de cumplir con $J_n(X)(y)$, dos formas de responder a una demanda de justificación. La más obvia consiste en proporcionar una razón prevaleciente para hacer X. Es razonable suponer que uno no debe provocar conscientemente la muerte de otro ser humano. Podríamos decir que provocar conscientemente la muerte de otro ser humano requiere justificación. En ocasiones ese requerimiento puede ser, sin embargo, satisfecho. Tómese como ejemplo el familiar Problema del Tranvía, en el que un tranvía a toda marcha atropellará a cinco obreros dormidos sobre la vía principal, a menos que se desvíe su curso hacia otra vía en la cual hay un solo obrero durmiendo. En este caso no es cierto que uno no debe provocar conscientemente la muerte de ese obrero desviando el rumbo del tranvía. Es decir, el hecho, z, de que desviar el rumbo es necesario para prevenir que se le cause la muerte a un número más grande de individuos, justifica que se le

cause conscientemente la muerte al que está solo. Justifica proporcionando una razón para actuar de la manera que produce la muerte del individuo que tiene mayor peso que la razón para no actuar así. De acuerdo con el uso común, denominaré “razón prevaleciente” a la razón compensatoria que es suficiente para anular una objeción y, por lo tanto, para proporcionar una justificación, debiendo entenderse que el término refiere no sólo a las razones compensatorias que son más fuertes, sino también a las razones que son igualmente fuertes, o sólo suficientes para servir de contrapeso.

Pero hay una segunda forma en que un hecho, z, puede hacer que, en el balance de razones, sea falso que uno no debe hacer X. En términos Razianos, z puede constituir una condición cancelatoria. Considérese el ejemplo de Raz.¹⁶ Es razonable suponer que uno debe actuar de acuerdo con lo que uno prometió —por ejemplo, uno debe no hacer X si prometió no hacer X—. Pero si el prometido ha eximido libremente al promitente de su obligación promisoria, la promesa en sí deja de ser una razón para no hacer X. La exención cancela la razón para no hacer X que la promesa había creado. Mientras que la necesidad constituye el ejemplo paradigmático de una razón prevaleciente, el consentimiento brinda el ejemplo paradigmático de una condición cancelatoria. Cuando la acción X, *prima facie* incorrecta, está justificada por una razón prevaleciente, la base de demanda, y, perdura como una razón para no hacer X. No así cuando X es justificada por una condición cancelatoria.

C

Uno podría suponer que si X requiere justificación, un defensor de X no habrá cumplido con su obligación de justificar hasta tanto no haya demostrado que X es correcto, o por lo menos que no es incorrecto, tomando en cuenta todas las consideraciones posibles. Pero la demanda de justificación no impone una carga argumentativa tan amplia. Antes bien, el principio de que se debe justificar sólo lo aparentemente objetable implica que la carga de justificar está delimitada por las consideraciones que originaron la demanda. Es decir que cuando se proporciona una justificación en respuesta a una demanda, la demanda se satisfará si las consideraciones que generaron la necesidad de justificación son abordadas de manera satisfactoria, ya sea por cancelación o por prevalencia de razones. Las justificaciones especiales son “hechas a medida”, en lugar de responder a todas las consideraciones posibles. De esto se sigue que lo que parece estar justificado puede que finalmente no lo esté si es que si el escéptico proporciona nuevas razones aparentes en virtud de las cuales la acción es incorrecta. La justificación de una práctica es siempre provisoria, siempre parcial, siempre una respuesta a una base de demanda en particular.

Considérese el siguiente ejemplo. Mi acción de ducharme esta mañana normalmente no requeriría justificación, no porque yo sea incapaz de dar razones para demostrar que la acción de ducharme es correcta o moralmente permisible, sino porque tales razones no son necesarias. Supóngase, sin embargo, que hay sequía. Ahora sí, el hecho de que me haya duchado bien podría exigir una justificación. La nueva base de demanda consiste en la necesidad, más fuerte que la habitual, de ahorrar agua. Supóngase además que me había caído sobre unas hiedras venenosas. En estas circunstancias, la acción de ducharme parece justificada a pesar de la sequía. No obstante,

¹⁶ Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 2º ed. (Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1990), 27.

todavía podrían surgir nuevos desafíos, nuevas bases de demanda, que bien podrían ser insuperables. Si hoy es Tisha B'av, un día de duelo judío, y yo le prometí a mi padre, un judío observante, que observaría las prohibiciones religiosas, de las cuales una es la prohibición de lavarse que se mantiene aun a expensas de un sarpullido molesto, quizá mi acción de ducharme no está justificada después de todo.

Supóngase que al indicar mi contacto con las hiedras venenosas he respondido satisfactoriamente la demanda de justificar que mi acción de tomar una ducha durante una sequía. ¿Debemos concluir que no habré justificado mi ducha mientras no haya respondido toda objeción posible? ¿Debo establecer, entre otras cosas, que hoy no es Tisha B'av? Decir que debo equivale a decir que toda justificación debe ser, en última instancia, general en vez de específica. Sin embargo, todas nuestras prácticas justificatorias entrañan justificaciones específicas en lugar de generales; esto es, la justificación deriva de la respuesta a bases de demanda particulares, no de un intento vano de identificar y responder toda objeción concebible. La razón de ello es obvia: la justificación general es imposiblemente onerosa y exigente. Por necesidad práctica la justificación debe ser “hecha a medida”, en lugar de ser una justificación “considerando-todas-las-cosas-possibles”.

Por supuesto, cuando decimos “X está justificado” parece que estamos afirmando una justificación general o una justificación todo-considerado. En la mayoría de los casos, sin embargo, debemos entender esto como la forma sintetizada de afirmar una justificación específica: “X está justificado contra, o a pesar de, y”. Podemos representar este enunciado mediante la expresión $J(X)(y)$. Así como $J_n(X)(y)$ significa que X necesita de justificación en virtud de y, $J(X)(y)$ significa que X está justificado “contra y”, o que la objeción y en contra de X está satisfecha. $J(X)(y)$ designa una respuesta para $J_n(X)(y)$, que es a la vez satisfactoria y hecha a medida.

* * *

Hemos identificado tres rasgos relativos a la elaboración y la respuesta de demandas de justificación. En primer lugar, la demanda de justificación de una acción o práctica requiere de la invocación, o presuposición implícita, de una razón para pensar que la acción o la práctica es incorrecta. La demanda de justificación depende de una “base de demanda”. En segundo lugar, satisfacemos la demanda o bien derrotando a la base de demanda con razones prevalecientes, o bien cancelándola. En tercer lugar, si se supera la base de demanda, la demanda de justificación no retiene ninguna fuerza adicional; no impone ninguna obligación adicional a quien propone la práctica. Esto no significa que la práctica entonces está justificada, o que sea incluso justificable, tomando en cuenta todas las consideraciones posibles. Tal vez sí; pero tal vez no. La conclusión más modesta (pero aun significativa) es sencillamente que la práctica deja ya de estar en la situación embarazosa de “necesitar de una justificación”. En efecto, si en general suponemos que las acciones son permisibles en ausencia de al menos un argumento que indique lo contrario (como propongo que hagamos), la carga argumentativa regresa a la espalda de quienes dudan de la práctica.

IV. La base de demanda: el castigo impone sufrimiento

¿Por qué el castigo requiere justificación? ¿En virtud de qué Jn(P) es verdadero? Esto no es ningún enigma. Tal como Hart lo explicó, es “la imposición intencional de sufrimiento el rasgo que requiere justificación”¹⁷. En efecto, son pocos los argumentos de la filosofía del derecho penal que están tan ampliamente aceptados. Los teóricos observan rutinariamente que “el castigo requiere justificación” y que tal justificación se requiere precisamente “porque entraña la imposición de dolor u otra forma de tratamiento no placentero”¹⁸. En primer término, entonces, digamos que la base de demanda que respalda a Jn(P) es la imposición de sufrimiento sobre el individuo castigado.

Esto no quiere decir que el hecho de que el castigo provoque sufrimiento al individuo castigado sea la única objeción posible, o incluso real, en contra del castigo. El castigo también provoca dolor y penuria a los individuos que se preocupan por la persona en cuestión, o que dependen de él; y genera un gasto de dinero que el estado podría utilizar para otros proyectos o dejar en manos de los ciudadanos; y puede que brutalice o degrade a la sociedad que lo autoriza así como a los individuos que lo imponen. La lista se puede extender. Pero sin duda, muchas de estas consideraciones que podrían contraponerse al castigo, cuentan también en contra de cantidad innumerable de actividades gubernamentales, que van desde la imposición tributaria hasta la construcción de calles, mientras que, la proposición de que el castigo requiere justificación sugiere un estatus, un carácter, o una urgencia en particular. No decimos (meramente) que “el castigo, al igual que cualquier práctica estatal, demanda una justificación”. Por el contrario, tal como bien señaló Richard Burgh: “El problema moral que presenta tener una institución legal de castigo puede sintetizarse en una oración: entraña la imposición deliberada e intencional de sufrimiento. Es en virtud de ello que la institución del castigo requiere justificación *de un modo en el que muchas otras instituciones políticas no la requieren.*”¹⁹ Es el hecho de que el castigo entraña la imposición intencional de sufrimiento lo que demanda en particular una justificación. La proposición que, como observé al principio del artículo, constituye la base de casi toda la literatura filosófica publicada en relación con el castigo, puede entonces reformularse, reemplazando Jn(P) por Jn(P)(impone sufrimiento) —léase: “El castigo necesita de justificación en virtud del hecho de que impone sufrimiento”—.

Sin embargo, debemos ser más precisos, dado que queremos saber qué hay en el hecho de que el castigo impone sufrimiento que constituya una razón en su contra. La respuesta obvia y bienintencionada es que el sufrimiento de un individuo es un estado de cosas malo tal que todos tenemos una razón para no producirlo. Así planteada, esta respuesta parece correcta; pero no conduce demasiado lejos.

¹⁷ Hart, *Punishment and Responsibility*, 2 n. 3.

¹⁸ Claire Finkelstein, “Positivism and the Notion of an Offense”, *California Law Review*, 88 (2000): 335-94, 358. Podrían seguir citándose innumerables fragmentos de otros filósofos con relación al tema.

¹⁹ R. W. Burgh, “Do the guilty Deserve Punishment?” *Journal of Philosophy* 79 (1982): 193-210, 193.

Es cierto que el castigo provoca sufrimiento. Pero lo hace de un modo particular: “imponiendo” sufrimiento, o (si esto no es redundante) imponiéndolo “intencionalmente” o “deliberadamente”. El empleo frecuente de tales términos por parte del teórico, y el hecho de que el sufrimiento que subyace a $J_n(P)$ (impone sufrimiento) es específicamente el sufrimiento que experimenta la persona castigada y no el sufrimiento que indirectamente experimentan sus amigos, amantes o personas que dependen él, sugieren una revisión. Deberíamos decir que lo que hace del hecho de que el castigo impone intencionalmente sufrimiento una razón para no castigar no es simplemente que el sufrimiento es un estado de cosas intrínsecamente malo, sino que además la acción de imponer intencionalmente sufrimiento es una acción intrínsecamente incorrecta. Y es incorrecta, algunos sostienen, porque infringe derechos del individuo.

De acuerdo con ello, deberíamos ver que la proposición representada mediante $J_n(P)$ (impone sufrimiento) —que “el castigo necesita de justificación en virtud del hecho de que impone sufrimiento”— captura dos bases de demanda distintas pero relacionadas entre sí. El castigo requiere justificación tanto por el hecho de que impone sufrimiento a la persona castigada, como por el supuesto hecho de que, al imponer intencionalmente sufrimiento, infringe derechos de un individuo. Para sintetizar, estas facetas o interpretaciones de la proposición $J_n(P)$ (impone sufrimiento) pueden formalizarse, respectivamente, como $J_n(P)$ (sufrimiento) y $J_n(P)$ (imposición).

La proposición de que el castigo impone sufrimiento se aplica en igual medida a casos centrales como a los periféricos. Por otra parte, ambas facetas o interpretaciones de esta base de demanda parecen aplicarse a ambos casos. Por lo cual, si partimos de la proposición de que el castigo requiere justificación por el hecho de que impone sufrimiento y procedemos a (a) clasificar el castigo en casos centrales y periféricos y (b) distinguir dos razones por las cuales la imposición de sufrimiento genera una demanda de justificación, nos quedan cuatro demandas diferentes de justificación. Simbólicamente, $J_n(P)$ (impone sufrimiento) genera o representa las siguientes cuatro proposiciones: (1) $J_n(P_c)$ (sufrimiento), (2) $J_n(P_c)$ (imposición), (3) $J_n(P_p)$ (sufrimiento) y (4) $J_n(P_p)$ (imposición). Cada una de estas cuatro proposiciones exige una respuesta para que el castigo esté justificado contra el hecho de que impone sufrimiento.

V. La justificación del castigo contra el hecho de que impone sufrimiento

A

Comencemos por $J_n(P_c)$ (sufrimiento), que se lee como: “los casos centrales de castigo requieren justificación por el hecho de que provocan sufrimiento a la persona castigada”. Esto se aproxima a la verdad analítica de que el sufrimiento se vive como un mal. De acuerdo con ello, para los hedonistas y la mayoría de los otros bienestaristas la experiencia de sufrimiento constituye un mal intrínseco. De allí la suposición común de que la imposición de sufrimiento mediante el castigo penal puede justificarse sólo por la presencia de una razón prevaleciente.²⁰ Pero que tal sufrimiento

²⁰ Véase, p. ej., Finkelstein, “Positivism and the Notion of an Offense”, 358; y Nicola Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values* (London: Routledge, 1988), 14. Desafortunadamente, John Kleinig —el teórico que mejor comprendía que para abordar de manera

constituya siempre un mal intrínseco es lo que la mayoría de los retribucionistas niegan. A decir verdad, qué es o qué predica precisamente el retribucionismo es objeto de mucho debate. Con todo, si el retribucionismo contemporáneo contiene una proposición nuclear, ésta hace referencia al merecimiento del delincuente.²¹

Aun así, las ambigüedades abundan. La primera, que rara vez se reconoce, es si lo que los delincuentes merecen es sufrir o ser castigados.²² Aunque no me es posible analizar aquí detalladamente los méritos y deméritos de cada formulación, unas breves observaciones parecen necesarias. Como justificación para el castigo, la proposición de que los delincuentes merecen sufrir se enfrenta a la objeción de que, en principio, el estado tendría la obligación de adoptar lo que Gertrude Ezorsky denominó perspectiva “de vida entera” del merecimiento penal: el sufrimiento impuesto mediante el castigo penal debería reducirse o eliminarse completamente si el individuo a lo largo de su vida ha experimentado ya todo el sufrimiento que merecía padecer en virtud del ilícito que cometió.²³ Esta conclusión no bienvenida parecería poder ser evitada si lo que el delincuente mereciera es ser castigado; ya que si el sufrimiento y el castigo constituyen conceptos diferentes, y si lo que el delincuente mereciera es lo segundo, lo primero entonces no podría afectar en ninguna medida el carácter apropiado del castigo retributivo. Pero esta solución enfrenta otras dificultades. La noción misma de merecimiento es enigmática y, como veremos más adelante, depende en gran medida de juicios intuitivos de plausibilidad intrínseca. Para muchos, que los delincuentes merecen sufrir parece simplemente más verdadero que que merecen un tratamiento particular de parte de una entidad contingente, como lo es el estado.

sensata las justificaciones del castigo se debe, en primer lugar, entender la naturaleza de las justificaciones— parecía compartir esta misma suposición. “Las imposiciones requieren justificación, dado que constituyen quebrantos de un derecho moral básico a permanecer libre de tales cosas”, escribió. Pero eso “no significa que el derecho moral no pueda prevalecer en cualquier circunstancia” (Kleignig, *Punishment and Desert*, 65). Sin embargo, no es de sorprender que pensara que el castigo debe justificarse por prevalencia de razones, dada su opinión equivocada (equivocada porque parece pasar por alto el hecho de que la justificación se obtiene por prevalencia de razones) de que “las demandas de justificación son demandas de razones” (ibid., 2).

²¹ Tal como John Gottingham (“Varieties of Retribution”, *Philosophical Quarterly* 29 [1979]: 238-46) lo demuestra, el merecimiento no siempre ha sido central para las posiciones clasificadas como retribucionistas. Sin embargo, la centralidad del merecimiento en el retribucionismo contemporáneo ha sido ampliamente aceptada. Véase, p. ej., Mirko Bagaric y Kumar Amaraskara, “The Errors of Retributivism”, *Melbourne University Law Review* 24 (2000): 124-89, 127 (comentaristas y citadores).

²² Una excepción que sí reconoce la diferencia (y argumenta en favor de la primera) está en Douglas N. Husak, “Retribution in Criminal Theory”, *San Diego Law Review* 37 (2000): 959-86, 972-73.

²³ Véase Gertrude Ezorsky, “The Ethics of Punishment”, en *Philosophical Perspectives on Punishment*, ed. Gertrude Ezorsky (Albany, N. Y.: SUNY Press, 1972), xi-xxvii, xxii-xxvii; véase también W. D. Ross, *The Right and the Good* (1930), reimpresso con introducción de Phillip Stratton-Lake (Oxford: Oxford University Press, 2002). 58-59 (anticipando esta objeción).

Por lo tanto yo asumo, sin más defensa, una postura intermedia según la cual los delincuentes merecen sufrir en virtud de su comportamiento ilícito reprochable. Esta interpretación de lo que merecen los delincuentes escapa parcialmente a la perspectiva “de vida entera”, pero no totalmente. El sufrimiento anterior al comportamiento ilícito es estrictamente irrelevante para el merecimiento del castigo del delincuente (salvo en la medida en que tal sufrimiento pudiese mitigar, quizás en casos de abuso infantil extremo, la reprochabilidad del individuo). Pero si el estado buscara garantizar que el castigo no excediera el límite de lo merecido, en principio debería reducir el sufrimiento que de otro modo impondría en un grado equivalente a todo sufrimiento no penal que el delincuente haya padecido en virtud de su comportamiento ilícito. Esta formulación “en virtud de” tiene como propósito señalar (aunque adhiero provisoriamente a esta perspectiva) que el sufrimiento no penal únicamente es relevante para el cálculo cuando es provocado por los rasgos de la conducta del actor que la hacen ilícita —por ejemplo, un acto de venganza infligido por la víctima, pero no (adoptando un ejemplo de Scott Shapiro) una hernia que el actor se provoca al tratar de huir con productos pesados.

Una vez abordada esta primera ambigüedad, resta todavía averiguar si el sufrimiento merecido es comparativo o no comparativo, y si es una respuesta a la ilicitud moral o jurídica. Dado que la considero la versión más plausible, voy a asumir que el merecimiento, en la teoría retributiva más prometedor, es no comparativo y moral. En breve, asumo que algo como lo que sigue a continuación es verdad: una persona que injustificada e inexcusablemente produce un daño o un riesgo de daño a otras personas o a intereses sociales importantes merece sufrir por esa decisión, y merece sufrir en proporción a la medida en que su trato o consideración por los otros no satisfaga lo que le es apropiadamente exigible. Llámese a esta proposición, “proposición del merecimiento”. A menudo se la considera equivalente a la proposición de que es un bien intrínseco el que los delincuentes sufran (en virtud y en proporción a sus comportamientos ilícitos reprochables)²⁴. (Para facilitar la exposición, omitiré frecuentemente los modificadores entre paréntesis, y diré cosas tales como “los delincuentes que merecen sufrir” y “el sufrimiento de los delincuentes constituye un bien intrínseco”. En cualquiera de los casos, deben presuponerse los modificadores de que el castigo es impuesto en virtud del comportamiento ilícito reprochable, y en proporción con él.) Al negar que el sufrimiento sea siempre un mal intrínseco y punto, y argüir en cambio que la bondad o la maldad de la situación en la que uno sufre es siempre contextual o relacional, los partidarios de la proposición del merecimiento sostienen que la situación en la que los delincuentes experimentan el sufrimiento que merecen no es mala y, por lo tanto, que no tenemos una razón para no producirla.

Tal es la versión resumida del argumento retributivo a favor de J(P_c)(sufrimiento) que se obtiene por cancelación. Desde el punto de vista histórico, sin embargo, la proposición del merecimiento ha sido objeto de una crítica feroz. Según los anti-retribucionistas, la proposición de que los delincuentes merecen sufrir en virtud de su comportamiento ilícito reprochable es un mero *ipse dixit*. Pero esta acusación no es convincente.

²⁴ Véase p. ej. Lawrence H. Davis, “They Deserve to Suffer”, *Analysis* 32 (1972): 136-40, 136; Michael S. Moore, “Justifying Retributivism”, *Israel Law Review* 27 (1993): 15-49, 19-20; y Thomas Hurka, “The Common Structure of Virtue and Desert”, *Ethics* 112 (2001):6-31.

La acusación es falsa porque los retribucionistas no sólo afirman que el sufrimiento de los delincuentes es un bien intrínseco. Por empezar, ellos se basan en episodios reales y en experimentos mentales diseñados para evocar, en casos específicos, juicios morales sustantivos según los cuales algún delincuente particular merece sufrir. John Kleinig, por ejemplo, nos propone imaginar si, con independencia de consideraciones consecuencialistas, un mundo en el que los criminales de guerra nazis viven felices por siempre es un mundo mejor que aquel en el que sufren en virtud de sus atrocidades.²⁵ Considerando ejemplos similares de comportamientos reprochables atroces, retribucionistas como Michael Moore argumentan que esos juicios o intuiciones específicos adquieren mayor coherencia una vez que suscribimos el principio general de que los delincuentes merecen sufrir.²⁶

Más aun, la acusación sugiere erróneamente que poseemos recursos para resolver cuestiones de esa clase que los retribucionistas no han utilizado. Como el mismo Bentham reconoció, la bondad intrínseca del placer y la maldad intrínseca del dolor son cuestiones que han de ser asumidas, no probadas.²⁷ Entonces, dicho en términos más tajantes, esta particular acusación anti-retribucionista corre el riesgo de ser una hipocresía. Considérese, por ejemplo, a Herbert Fingarette, quien después de criticar la dependencia del retribucionismo de estas intuiciones no analizadas,²⁸ declara “auto-evidente” que “el castigo retributivo constituye un mal en sí mismo”²⁹.

Los bienes intrínsecos sencillamente no sirven para una resolución completa mediante argumentación racional.³⁰ Los retribucionistas creen que tal sufrimiento es un bien intrínseco. Algunos de sus críticos creen lo contrario. Para ellos, el sufrimiento es siempre un mal intrínseco, lo que convierte a la evitación del sufrimiento constituye en un bien intrínseco. En mi opinión, carecemos de recursos argumentativos para resolver disputas de este tipo; esa es la razón por la cual la lista de posibles candidatos para la bondad intrínseca es tan extensa³¹ y por lo que es inevitable que apelemos a juicios casuísticos.³²

²⁵ Kleinig, *Punishment and Desert*, 67.

²⁶ Michael S. Moore, “The Moral Worth of Retribution”, en *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, ed. Ferdinand Schoeman (Nueva York: Cambridge University Press, 1987), 179-219.

²⁷ Jeremy Bentham, *The Principles of Morals and Legislation* (1789); reimpresión, Oxford: Clarendon, 1907), 4.

²⁸ Herbert Fingarette, “Punishment and Suffering”, *Proceedings and Addressess of the American Philosophical Association* 50 (1977): 499-525, 503.

²⁹ *Ibid*, 513.

³⁰ Me refiero a los bienes intrínsecos que se supone son bienes últimos. Uno puede justificar racionalmente un bien intrínseco no-último mostrando que es un componente constitutivo de otro bien intrínseco, no un medio para lograrlo. (Agradezco a Les Green por este punto).

³¹ Véase, por ejemplo, William Frankena, *Ethics*, 2^o ed. (Englewood Cliffs, Nueva Jersey: Prentice-Hall, 1973), 87-88.

³² Que tal apelación sea inevitable no significa que no tengamos otra alternativa más que debatir sobre intuiciones brutas. Piénsese, p. ej., en la elegante demostración de Thomas Hurka de que el

Treinta y tantos años atrás, Lawrence Davis sostuvo concisamente la proposición de que hay un valor intrínseco en que los delincuentes sufran “muy probablemente” “en virtud de que (a) no hay ningún argumento convincente que lo contradiga, y (b) que la tendencia a pensar que sí lo hay parece muy difundida entre las personas cuyas intuiciones morales constituyen los principales datos que poseemos para resolver cuestiones de valor”.³³ Los anti-retribucionistas contemporáneos no están más próximos a elaborar un contra-argumento convincente (más allá de relitigar el duro desafío determinista),³⁴ mientras que ha aumentado el número de los que sostienen tal creencia. Por lo tanto, parecemos en condiciones de concluir que $J(P_c)$ (sufrimiento), en virtud del hecho de que los delincuentes merecen sufrir.

B

Aun cuando los anti-retribucionistas contemporáneos no admitirían la proposición de merecimiento, hay muchos que sí aceptan que hay razones para no afirmar su negación; estamos autorizados a permanecer agnósticos. En lugar de continuar debatiendo si los delincuentes merecen sufrir o no lo merecen, estos anti-retribucionistas han puesto su mirada crítica cada vez más en otra parte. En particular, han enfatizado con mayor vigor que el hecho de que los delincuentes merezcan sufrir, aun si fuera verdad, es insuficiente para justificar el castigo. De hecho, David Dolinko, un destacado anti-retribucionista, lo denomina a esta objeción “la objeción principal” contra el retribucionismo.³⁵

Tal como esgrimen algunos críticos, esta objeción significa sencillamente que el hecho de que el castigo genere el bien intrínseco del sufrimiento merecido no es suficiente para establecer que esté

merecimiento y la virtud comparten una misma estructura formal o matemática. No obstante, Hurka mismo advierte no exagerar la relevancia de su modelo, reconociendo que si aceptamos el merecimiento, “será principalmente sobre la base de juicios sustantivos” sobre la superioridad de un mundo en el que los viciosos sufren respecto de un mundo en lo demás idéntico. (Hurka, “The Common Structure of Virtue and Desert”, 31).

³³ Davis, “They Deserve to Suffer”, 139.

³⁴ Este no es un desafío que pueda abordar en un trabajo de esta longitud. Pero pienso que el determinismo presenta un desafío no solamente para cualquier respuesta retribucionista a $J_n(P)$, sino —de modo más fundamental— a $J_n(P)$ en sí misma. Esto se debe a que, en mi opinión, el determinismo constituye una amenaza no solo para los juicios de responsabilidad, reprochabilidad o merecimiento, sino también para todos los juicios normativos en virtud de que el juicio que-mira-al-futuro “debe” lleva implícito el correspondiente juicio que-mira-al-pasado “debería haber”. Si esto es así, en la medida en que el determinismo constituye una amenaza para el segundo, también constituirá una amenaza para el primero. En relación con ello, pero más en general, dada la estructura dialéctica de la demanda y el ofrecimiento de justificación, una justificación del castigo no precisa tener un estatus metaético “mayor”, más sólido, o más objetivo que el que posee la base de demanda a la cual responde.

³⁵ David Dolinko, “Some Thoughts about Retributivism”, *Ethics 101* (1991): 537-59, 558. Otros autores que comparten esta objeción se citan en Christopher, “Deterring Retributivism”, 861 n. 85.

justificado tomando en cuenta todas las consideraciones posibles.³⁶ Esto es verdadero, aunque no especialmente significativo dado lo que he dicho ya acerca de la estructura de los debates sobre la justificación del castigo. Los retribucionistas entienden que la justificación que ofrecen es hecha a medida —esto es, hecha a la medida de la base de demanda según la cual el castigo impone sufrimiento—. A menos que sean convencidos de que deben ofrecer algo más, la idea de que la proposición del merecimiento no basta para determinar que es permisible todo-considerado para el estado imponer el castigo merecido, luce más como una observación que ellos bien podrían aceptar, que como una objeción a la que deben responder.

La posición de que la proposición del merecimiento es insuficiente para justificar la imposición estatal de castigo tendría más fuerza en contra del argumento retribucionista si pretendiera invocar razones de esa insuficiencia que estuvieran ellas mismas representadas en la base de demanda según la cual el castigo impone sufrimiento. Entendida de este modo, la objeción no es una crítica a los retribucionistas por tratar de ofrecer sólo una justificación hecha a medida, sino, antes bien, una acusación de que la proposición del merecimiento no consigue siquiera eso. Eso es precisamente a lo que hacen referencia algunos defensores de la objeción. La proposición del merecimiento no basta para justificar el castigo, ellos dicen, porque la imposición intencional de sufrimiento viola los derechos de la persona castigada³⁷. Y esto equivale esencialmente a afirmar lo que he denominado Jn(P)(imposición). Habiendo clasificado el castigo en casos centrales y casos periféricos, estamos listos para abordar Jn(P_c)(imposición).

Presentación de estrategias.—O casi listos. Antes de tratar de responder a este argumento, debemos tener más en claro en qué consiste, ya que la mera afirmación de que la imposición intencional de castigo viola los derechos del acusado está demasiado desprovista. Para notar por qué, considérese la diferencia familiar entre infringir un derecho y violarlo.³⁸ Un derecho se infringe cuando se lo socava, cuando se dañan los intereses que lo originaron (y cuando el daño puede adjudicarse, en ciertas formas, a la acción humana). La infracción por lo tanto, da lugar a una demanda de justificación. Si la justificación se proporciona satisfactoriamente, sin embargo, el derecho no se viola. Una violación es una infracción ilícita o injustificada.

Si adoptamos esta terminología —es decir, una terminología que no nos comprometa con ninguna perspectiva particular sobre el tipo o el peso de las consideraciones que se requieren para justificar la infracción de un derecho—, no diríamos entonces que el hecho de que los delincuentes merezcan sufrir no puede justificar el castigo porque la imposición intencional de sufrimiento viola derechos de la persona (llamemos a esta proposición, “la proposición de la violación”). De esto se desprendería una conclusión inaceptable para cualquiera —retribucionista o consecuencialista— que

³⁶ Véase, p. ej., Husak, “Why Punish the Deserving?”

³⁷ Véase, p. ej. Burgh, “Do the Guilty Deserve Punishment?” 198; y Dolinko, “Some Thoughts about Retributivism”, 543, 544, 558, y “Three Mistakes of Retributivism”, *UCLA Law Review* 39 (1992): 1624-57, 1629-30.

³⁸ Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990). p. ej. capítulo 4.

crea que el castigo puede estar justificado. Dicho de otra forma, la proposición de la violación puede ser sostenida por los escépticos del castigo, pero no por (meros) anti-retribucionistas. Deberíamos decir, en cambio, que el hecho de que los delincuentes merecen sufrir no basta por sí para justificar el castigo (contra el hecho de que impone sufrimiento), o bien porque la imposición intencional de sufrimiento infringe derechos individuales, o bien porque las personas tienen un derecho a que no se les imponga intencionalmente sufrimiento, aun cuando merezcan ese sufrimiento.

Los anti-retribucionistas que sostienen este argumento consideran que se ajusta a las justificaciones consecuencialistas del castigo (a diferencia de lo que sucede con la proposición de la violación), porque los consecuencialistas que conceden que hay derechos saben cómo impedir que una infracción se convierta en una violación —a saber, ofreciendo razones prevalecientes para involucrarse en la práctica—. Si bien el castigo infringe el derecho contra la imposición intencional de sufrimiento, puede a la vez producir suficiente bien —el ejemplo más notorio es el de la disuasión de conducta antisocial— como para evitar que la infracción se convierta en violación. Pero los críticos piensan que los retribucionistas son incapaces de hacer una movida similarmente plausible. Aun si el sufrimiento de los delincuentes fuese un bien intrínseco (algo que algunos críticos conceden que es plausible), y aun cuando el estado pudiera legítimamente intentar realizar este particular bien (lo que considerarían menos plausible),³⁹ la idea de que la persecución de este bien en particular es lo suficientemente importante como para justificar la infracción de derechos no es en absoluto plausible. Después de todo, el hecho de que un bien sea intrínseco no lo hace necesariamente importante. Por lo tanto, el hecho de que los delincuentes merezcan sufrir, o que su sufrimiento sea un bien intrínseco, no ofrece una razón lo suficientemente persuasiva para dar fundamento a la infracción del derecho individual contra la imposición intencional de sufrimiento.

Ante este argumento importante, los retribucionistas parecen tener sólo dos vías de respuesta posibles: o bien negar que la imposición de sufrimiento en casos centrales de castigo infrinja algún derecho del delincuente; o bien, concediendo la infracción de derechos, afirmar que realizar un estado de cosas en el que los delincuentes reciben el sufrimiento que merecen justifica infringir los derechos de dichos delincuentes, estableciendo de ese modo que los derechos de los delincuentes no son violados. Es posible discernir ambos tipos de respuestas en los escritos retribucionistas. Las teorías de la pérdida moral adoptan explícitamente el primer enfoque. Las teorías que destacan al re-

³⁹ El hecho de que no sea un interés estatal legítimo ha sido un tema recurrente en la literatura. Véase p. ej. Jeffrie G. Murphy, “Retribution and the State’s Interest in Punishment”, *Nomos XXVII: Criminal Justice*, ed. J. R. Pennock y J. Chapman (Nueva York: New York University Press, 1985), 156-64. Dado que no me es posible dedicarle a este argumento la atención que amerita, me limitaré a observar que muchas teorías políticas plausibles calificarían de legítima la búsqueda de cualquier bien *prima facie*. A su vez, muchas teorías políticas no guardan consistencia con las justificaciones retributivas del castigo. Por lo tanto nada en este artículo debería interpretarse como una afirmación de que el dualismo integrado justifica de manera satisfactoria el castigo a lo largo de todo el rango de teorías posibles y reales acerca del rol del estado, o como negación de que una justificación completamente apropiada del castigo no deba formar parte de una teoría política más completa. Desde ya, no obstante, que el dualismo integrado descrito, si bien resulta atractivo, constituye en esa medida un argumento en contra de cualquier teoría política en relación con la cual es incompatible.

tribucionismo como una forma de justicia adoptan el segundo. Después de evaluar brevemente estas dos líneas de pensamiento retributivo familiares y de descubrir que ambas son deficientes, voy a proponer una tercera alternativa. Esta alternativa de “articulación de derechos” tiene la ambición de las teorías de la pérdida moral —mostrar que los casos centrales de castigo no necesariamente infringen derechos— pero prescinde del mecanismo de la pérdida de derechos.

Pérdida Moral.—El análisis de la pérdida de derechos comienza por reconocer que los individuos tienen por lo general el derecho a que otros no les impongan sufrimiento (además, tal vez, de otros derechos aparentemente implícitos, tales como el derecho a no ser privados de la libertad). Se dice que los delincuentes pierden ese derecho en virtud de su comportamiento ilícito. Al eludir la necesidad de demostrar que existe una razón de fuerza prevaleciente que es suficiente para justificar la infracción del derecho que el delincuente tiene a que su sufrimiento, aun cuando merecido, no le sea impuesto, el camino de la pérdida moral hacia J(P_c)(imposición) procede esencialmente por cancelación.

Si bien a primera vista puede resultar atractivo, este argumento se enfrenta a dificultades familiares y poderosas, de las cuales se destacan dos.⁴⁰ En primer lugar, el mecanismo por el se efectúa cual la pérdida de derechos no es claro. Ciertamente, la violación por parte de A de derechos de B no implica lógicamente que A pierda por ello alguno de sus derechos. Y cualquier sugerencia de que A ha elegido renunciar a alguno de sus derechos al cometer una ofensa contra B, debe utilizar la noción de elección en un sentido estipulado y tendencioso. Entonces no resulta claro cómo explicar por qué un delincuente pierde derechos, más allá de postular que eso es así, o bien concebir los derechos como el producto de un contrato social que incluye a la pérdida entre sus cláusulas. En segundo lugar, es sorprendentemente difícil especificar cuáles son los derechos que se pierden y por cuánto tiempo se pierden. Si bien no es plausible suponer que los delincuentes pierden la totalidad de sus derechos para siempre, los argumentos a favor de una pérdida de derechos más limitada en tiempo y alcance lucen a menudo oportunistas e insatisfactoriamente fundamentados.

Justicia Retributiva.—Si la teoría de la pérdida moral no es promisoría, se podría suponer que la mejor alternativa es reconocer que el castigo infringe derechos del delincuente pero negando que toda infracción semejante equivale a una violación. Es aquí donde se podría situar provechosamente a las supuestas justificaciones de castigo que hacen referencia a la “justicia retributiva”.

Nótese que los argumentos retributivos avalados hasta aquí (en la sección V.A) se adoptan dos formas que yo abordé como si fuesen más o menos equivalentes: los delincuentes merecen sufrir y el sufrimiento de los delincuentes es un bien intrínseco. Al ofrecer así una respuesta retributiva para Jn(P_c)(sufrimiento), no fue necesario valirme del concepto de “justicia retributiva”. La proposición retributiva familiar de que el retribucionismo es una forma de *justicia*, y no simplemente un rótulo para caracterizar una idea particular de bienes intrínsecos —como en “la justicia retributiva

⁴⁰ Véase, p. ej. Burgh, “Do the Guilty Deserve Punishment”? 198-202; Warren Quinn, “The Right to Threaten and the Right to Punish”, *Philosophy & Public Affairs* 14 (1985): 327-73, 331-34; y Duff, *Punishment, Communication and Community*, 15-16.

requiere que imponamos castigo de acuerdo a lo que el delincuente merezca”—, podría en cambio satisfacer la demanda de justificación que ahora se está considerando, $J_n(P_c)$ (imposición).

El estado tiene un interés en realizar distintos bienes, y la fuerza de ese interés es proporcional a la importancia del bien. Quienes dudan de que el bien del sufrimiento de quien comete un delito (en virtud de y en proporción a su acto ilícito reprochable) constituye una razón de peso suficiente, o de la clase correcta, para lograr que la infracción de un derecho devenga permisible, podrían cambiar de opinión una vez que la justicia es introducida como norma o valor mediador. Los retribucionistas pueden argüir entonces que la justicia requiere que el delincuente sufra y, por lo tanto, que lo que proporciona una razón de peso suficiente para justificar la infracción de un derecho es (al menos en parte) la obligación del estado de asegurar que se haga justicia, y no (sólo) la implicación o el contenido particularista de esa obligación. O, en la medida en que los derechos sean concebidos en términos de razones protegidas⁴¹, podríamos suponer que la búsqueda del (mero) bien de que el delincuente sufra es una de las razones posiblemente compensatorias que el derecho está específicamente diseñado para excluir, mientras que la posibilidad de que la infracción del derecho fomente la justicia es en cambio una razón no excluida. Afortunadamente no necesitamos resolver la cuestión de si las razones protegidas contribuyen a una mejor concepción de la función y la estructura de los derechos para cumplir con nuestro propósito limitado de comprender cómo se puede desplegar el concepto de justicia retributiva para responder a $J_n(P_c)$ (imposición). Compárese con el siguiente ejemplo: Supóngase que cada uno de nosotros tiene un derecho a no ser privado de su propiedad. Los impuestos infringen tal derecho; pero en la medida en que el sistema tributario redistribuya la riqueza según las demandas de la justicia distributiva, nuestros derechos de propiedad no estarán violados. En síntesis, la búsqueda de la justicia distributiva justifica la infracción de los derechos individuales contra la privación de la propiedad. Entonces, quizás, también la búsqueda de justicia retributiva justifique la infracción del derecho individual en contra de la imposición intencional de sufrimiento.

Este argumento de “justicia retributiva” en favor de $J(P_c)$ (imposición), como el enfoque consecuencialista descrito brevemente algunas páginas atrás, procede implícitamente por prevalencia de razones: la búsqueda de la justicia proporciona una razón para imponer sufrimiento que excede en peso a (y no es excluida por) la razón para no imponerlo basada en los derechos del individuo.⁴² Sin embargo, el argumento depende, por supuesto, de la proposición de que el

⁴¹ Véase, p. ej. Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford. Clarendon, 1994), capítulos 2 y 12.

⁴² Uno podría suponer, al contrario, que la proposición de que la justicia demanda la imposición de sufrimiento sobre A es incompatible con la proposición de que A tiene el derecho a no sufrir dicha imposición. Desde este punto de vista, el derecho en cuestión podría ser mejor concebido como el derecho a no recibir un sufrimiento no merecido, o algo semejante. Y si esto es así, entonces el argumento de justicia retributiva opera por cancelación, no por prevalencia de razones. La comparación con la justicia distributiva ofrece una razón para dudar de que la proposición de incompatibilidad sea sólida. Que al redistribuir propiedad de A a B realiza la justicia distributiva puede justificar que se expropie a A, pero no implica (aunque sí es compatible con ello) que A carezca de un derecho a que su propiedad no sea expropiada.

sufrimiento en virtud del comportamiento ilícito es un mandato de la justicia, no meramente un bien. Pero la existencia de algo así como una “justicia retributiva” está vigorosamente disputada. Si el sufrimiento que el delincuente merece se concibe en términos comparativos, la justicia retributiva podría ser sólo un caso especial de justicia distributiva: el mal del sufrimiento debería repartirse entre los individuos en proporción al grado relativo de ilicitud de sus comportamientos. Pero la concepción no comparativa de sufrimiento merecido, que en mi opinión es mucho más fiel a los impulsos retributivos (p. ej., puede respaldar la conclusión de que Caín merece sufrir en virtud de haber asesinado a Abel, mientras que la concepción comparativa aparentemente no puede hacerlo), no puede asimilarse con facilidad a la justicia distributiva, lo que hace que el argumento retribucionista que acabo de bosquejar dependa de que la justicia retributiva sea en efecto una forma genuina e independiente de justicia. Y eso no puede establecerse en base a los argumentos empleados para apoyar la proposición más modesta de que el sufrimiento de los delincuentes es un bien intrínseco.⁴³

Rearticulación del derecho.—En todo caso, el enfoque de la justicia retributiva afronta una nueva dificultad, si ese enfoque se concibe como un medio para establecer que los derechos de los delincuentes, si bien están siendo infringidos, no están sin embargo siendo violados. No hay consenso con respecto a qué significa infringir justificadamente un derecho. Desde un punto de vista habitual, sin embargo, la infracción no violatoria de un derecho (representada notoriamente por el montañista perdido que irrumpe en una cabaña solitaria en busca de calor y refugio, o por *Vincent v. Lake Erie*), aun deja un residuo de cierta clase —paradigmáticamente, si no exclusivamente, el de la compensación—. Empero, no es obvio que los casos de castigo totalmente justificado dejen algún residuo; ciertamente, el estado no le debe al delincuente compensación ni perdón, por ejemplo. Quizá, entonces, el análisis de la pérdida moral, a pesar de sus defectos, esté mejor encaminado. Como los teóricos de la pérdida de derechos, podríamos negar que los delincuentes tengan un

⁴³ Existe una posición acerca de la relación entre el merecimiento y la justicia según la cual es analíticamente verdadero que el que A merezca X implica que *ceteris paribus* la justicia demanda que A reciba X. Véase p. ej. Serena Olsaretti, “Introduction: Debating Desert and Justice”, en *Desert and Justice*, ed. Serena Olsaretti (Oxford: Oxford University Press, 2003), 8. No comparto esta posición, pero tampoco la discutiré aquí. Hasta aquí he abordado la proposición del merecimiento (los delincuentes merecen sufrir) y la proposición del bien intrínseco (es un bien intrínseco que los delincuentes reciban el sufrimiento que merecen) como proposiciones equivalentes. Pero podría negar esta equivalencia ante el desafío de quienes creen que la proposición del merecimiento implica la proposición de la justicia (la justicia exige que se haga sufrir a los delincuentes). Mi postura en este texto sería entonces abrir una brecha entre la proposición del bien intrínseco —que es todo lo que el argumento de la sección V.A necesita— y la proposición del merecimiento, y no entre la proposición del merecimiento y la proposición de la justicia. No obstante, sea que mi argumento hasta aquí sea interpretado como suscribiendo la proposición del bien intrínseco y eludiendo suscribir las proposiciones del merecimiento y de la justicia, o suscribiendo las proposiciones del bien intrínseco y del merecimiento y eludiendo suscribir la proposición de la justicia, nada en esta sección pretende refutar la proposición de la justicia. Basta con observar que mi respuesta retribucionista a $J_n(P_c)$ (imposición) no depende del concepto de justicia retributiva, ni tampoco de una refutación de ese concepto.

derecho a que no se les imponga sufrimiento y, por lo tanto, negar que P_c necesariamente infrinja algún derecho. Dicho de otra manera, podemos pretender obtener un argumento de cancelación para $J(P_c)$ (imposición) distinto del comprendido en el enfoque de la pérdida moral. La posibilidad que yo propongo aquí adopta la posición más extrema según la cual nadie tiene un derecho a que no se le imponga intencionalmente sufrimiento; que no existe tal derecho.

Alguien podría pensar que esta posición rechaza los derechos *tout court*. Pues si existen derechos, el derecho en contra de la imposición intencional de sufrimiento estaría entre los primeros de la lista de candidatos plausibles. Pero negar que exista un derecho en contra de la imposición intencional de sufrimiento no equivale a aseverar que no existen otros derechos vecinos. La negación sólo postula que esa formulación particular confunde el derecho. El derecho involucrado en la imposición de sufrimiento podría definirse de modo más perspicuo como, por ejemplo, el derecho a ser tratado con respeto como una persona, derecho que usualmente implica (*inter alia*) que uno no debería ser sometido intencionalmente al sufrimiento, pero no siempre lo implica. El pretendido derecho a no ser sometido al sufrimiento enuncia sólo una generalización usualmente verdadera, nada más.

El camino hacia esta posición comienza con la distinción ya conocida entre derechos fundacionales y derechos derivativos, en la que los segundos tienen una relación constitutiva o causal con los primeros: si A tiene un derecho (fundacional), contra B, a X, A tendrá también un derecho (derivativo), contra B, a Y, si Y es un componente de X o un medio necesario para X. En algunas teorías, el gran repertorio de derechos reconocidos en la moral convencional deriva de un número pequeño de derechos morales fundacionales, quizá uno. Tal como lo explica Hillel Steiner en un útil resumen de literatura reciente, los teóricos por lo general pretenden derivar la colección diversa de derechos morales comúnmente reconocidos “a partir de un derecho unificador o subyacente que garantiza a sus titulares cierta condición personal identificada con amplitud: bienestar, autonomía, autorrespeto y capacidad de acción son algunas de las favoritas”.⁴⁴ Ofrezco dos modificaciones. Primero y principal, los teóricos fundacionales monistas son demasiado partisanos al atribuir un estatus de privilegio a un único aspecto de la personalidad. Segundo, deberíamos reconocer una categoría adicional de derechos derivados —derechos cuya relación con el derecho fundacional es meramente convencional y probabilística. Procedo a explicar.

Reducida a lo central, la idea que nutre la creencia en la existencia de derechos morales es que la moral debe atender a lo distinto de las personas —que los intereses de las personas no sean agregados unos a otros de manera que no se le dé relevancia moral a su personalidad distinta—. Como lo destaca el resumen de Steiner, las teorías que intenten reducir la diversidad de los derechos a un único derecho fundacional aportan ideas diversas y opuestas acerca de cuál es el aspecto particular de la personalidad que merece mayor respeto. En cambio, la idea principal de mi propuesta de un derecho fundacional a ser tratado con respeto como persona (o —para expresarlo de un modo diferente, dado que no pretendo ofrecer aún una formulación canónica— el derecho fundacional a ser moralmente tomados en cuenta por nuestra propia personalidad distinta) es la negación de que existe una respuesta general correcta al interrogante acerca de cuál es el aspecto de la personalidad que

⁴⁴ Hillel Steiner, “Moral Rights”, en *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, ed. David Copp (Oxford University Press, 2006), 459-79, 474.

debe respetarse por encima del resto, o cuál aspecto derrota al resto cuando el modo normal en que se deben respetar aspectos diferentes de la personalidad (bienestar, autonomía, etc.) establece cursos de conducta incompatibles. En cambio, el derecho que uno tiene a ser respetado como persona requiere de los otros que se tomen en serio la personalidad distinta de uno, reconociendo que ese respeto y atención sería pueden traducirse en una pluralidad de formas de conducta —un número finito pero (a menudo) mayor que uno—.

Una defensa completa de este propuesto derecho requeriría su propio artículo. En pocas palabras, sin embargo, para que tal derecho encaje en un argumento retribucionista satisfactorio, quienes lo proponen deben, por lo menos, (1) establecer que, si ésta es la formulación correcta, entonces se sigue plausiblemente de ella que los casos centrales de castigo no necesariamente infringen un derecho del delincuente; y (2) proporcionar razones para creer que ésta es la formulación correcta, principalmente dando cuenta de otras intuiciones en casos específicos.

La proposición de que imponer un sufrimiento merecido no basta por sí para infringir el derecho que un individuo tiene a ser respetado como persona reposa sobre la idea sencilla y conocida de que tal imposición respeta la autonomía humana. Esto no equivale a suscribir la proposición mucho más robusta, defendida a menudo⁴⁵, de que la omisión de castigar a los delincuentes es incompatible con el respeto y la consideración que se merecen y que, por lo tanto, el estado tiene la obligación (derrotable) de realizar el castigo retributivo. Antes bien, para reiterar lo ya dicho, la proposición es que el derecho a ser respetado como persona y el deber correlativo de tratar a las personas con ese respeto a menudo no prescriben un único curso de acción aceptable. Las personas tienen preferencias e intereses y también la capacidad de elegir. Pero dado que la personalidad no es reducible a preferencias, intereses, capacidad para la acción, ni a cualquier otra cosa, el derecho de un individuo a ser respetado como persona no se traduce en un derecho a que se le preste una atención especial a alguno de estos aspectos o dimensiones de la personalidad en lugar de a los otros. Podríamos decir que el derecho a ser respetado como persona no obedece el principio de distribuibilidad entre los aspectos de la personalidad que pueden servir de guía para la conducta respetuosa. Si A tiene un derecho contractual, contra B, a recibir o bien una manzana, o bien una naranja, o bien una banana, no se sigue de ello que cualquiera de las siguientes afirmaciones sea verdadera: A tiene derecho contra B a recibir una banana; A tiene derecho contra B a recibir una naranja; A tiene derecho contra B a recibir una banana. Del mismo modo, el derecho fundacional propuesto a ser respetado como persona no implica que una persona tenga o bien un derecho a que se respeten sus preferencias, o bien un derecho a que se respeten sus intereses, o bien un derecho a que se respete su capacidad para elegir responsablemente. Lo que en realidad tiene (dicho demasiado simplifícadamente) es un derecho a que se respeten sus preferencias, o a que se respeten sus intereses, o a que se respete su capacidad de elegir responsablemente y así sucesivamente. Dada la subespecificidad de las implicaciones del derecho, éste no puede prescribir siempre una única acción correcta cuando las preferencias, los intereses y los merecimientos (y quizás otras cosas de importancia para la personalidad) se separan unos de otros o apuntan en direcciones diferentes.

⁴⁵ Véase, p. ej. Herbert Morris, “Persons and Punishment”, *Monist* 52 (1968): 475-501; Duff, *Punishment, Communication and Community*, capítulo 2, y Jeffrie G. Murphy, “Marxism and Retribution”, *Philosophy & Public Affairs* 2 (1973): 217-43.

Dado que los delincuentes experimentan el sufrimiento como un mal, un modo común de respetarlos consiste en no provocarles dolor. Pero en la medida en que hayan ejercido su voluntad para violar los intereses legítimos de otros, también es plausible que imponerles sufrimiento en virtud del ejercicio de su voluntad sea también respetarlos. Aquí, como generalmente es el caso (aunque a menudo se lo pasa por alto), nuestros deberes dependen de nuestras motivaciones.⁴⁶ Respetamos la naturaleza de una persona como ser sensible, absteniéndonos de provocarle dolor. Respetamos la naturaleza de una persona como agente responsable, dándole lo que se merece en virtud del ejercicio de su voluntad. Si estamos correctamente motivados, podemos llevar a cabo una cualquiera de las dos cosas —no castigar, porque es doloroso; o castigar porque lo merece— y aun así brindarle el respeto que le es debido. Usando nuevamente el lenguaje de Raz, la conformidad con los derechos es una función no sólo de las razones de guía, sino también de las razones explicatorias. Imponer sufrimiento en base a la creencia genuina de que el sufrimiento es merecido, no necesariamente importa, por lo tanto, dejar de tratar a las personas con adecuado respeto.

Obviamente, esto no equivale a afirmar que toda o cualquier imposición de sufrimiento supuestamente merecido es respetuosa de los derechos. Las formas de tortura, que tienen el propósito de destruir la dignidad del delincuente y su capacidad de actuar con autonomía, sí parecen incompatibles con el respeto por la personalidad. Por lo tanto, el enfoque de la rearticulación del derecho parece mejor que el enfoque de la pérdida de los derechos para respaldar la intuición común de que la tortura infringe los derechos de los individuos.⁴⁷ Aun más claramente, una infracción de derechos estaría dada por la imposición de sufrimiento que no es genuinamente creída como merecida, lo que da apoyo al juicio generalizado de que los que anteriormente denominé casos degenerados de castigo no están justificados.

Este argumento, cabe resaltar, busca dar apoyo a $J(P_c)$ (imposición) mediante un razonamiento fundamentalmente semejante a la condición cancelatoria que da apoyo a $J(P_c)$ (sufrimiento).

⁴⁶ Véase Steven Sverdlik, “Motive and Rightness”, *Ethics* 106 (1996): 327-49 (argumentando en favor de la importancia de que las motivaciones en la evaluación de las acciones).

⁴⁷ Dolinko identifica sólo tres respuestas posibles que un retribucionista puede dar a la imposición de tortura como castigo (como algo distinto de un método de obtención de información). Uno podría rendirse (1) reconociendo que la imposición de la tortura por parte del estado es moralmente admisible. O podría aceptar que la tortura es moralmente inadmisibles, ya sea (2) negando que la tortura de una persona —aun si fuese culpable de torturar a otros— pueda en alguna circunstancia ser un bien intrínseco o (3) reconociendo que el delincuente no puede perder el derecho a no ser torturado (David Dolinko, “Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment”, *Law and Philosophy* 16 [1997]: 507-28, 525-27). Voy a sugerir una cuarta posibilidad: (4) es un bien intrínseco el que una persona culpable sufra en proporción a su reprochabilidad, y provocar tal sufrimiento no infringe derechos de la persona culpable en la medida en que —y sólo en la medida en que— la imposición del castigo la trate con el respeto por su personalidad al que ella tiene derecho. Al revés de la respuesta (1), esta visión puede reconocer que la tortura (como castigo) es impermisible porque no es irrespetuosa de la personalidad; a diferencia de 2, no se compromete con la negación de que, en casos extremos, la situación en la cual el individuo sufre la tortura puede ser un bien intrínseco; y a diferencia de 3, no depende de la pérdida selectiva de derechos.

Normalmente sospechamos que el sufrimiento es un mal, y que tenemos una razón moral para no causarlo. Pero cuando ese sufrimiento es merecido, no es un mal. Con frecuencia decimos que la gente tiene derecho a que no se le provoque intencionalmente dolor. Pero ese derecho derivativo es simplemente una implicación común de un derecho más abstracto y fundacional —el derecho a ser tratado con respeto como persona—⁴⁸. Cuando se cree con sustancial certeza que el sufrimiento es merecido⁴⁹, entonces la imposición intencional de sufrimiento proporcional confiere el respeto que se le debe a la personalidad y así no representa una infracción de derechos que requiera una ulterior justificación. Si esto es así, entonces $J(P_c)$ (imposición). Dado el argumento desarrollado en la sección V.A para $J(P_c)$ (sufrimiento), podemos concluir que $J(P_c)$ (impone sufrimiento).

C

El enfoque de la rearticulación del derecho que esboqué a favor del retribucionismo contrasta con la pérdida moral en que no sugiere que el delincuente haya perdido ningún derecho. El delincuente no perdió nada. Como el resto del mundo, tiene el derecho a ser tratado con respeto como persona. De acuerdo con este derecho, sin embargo, el tratamiento particular que uno se merece es necesariamente sensible a la conducta propia. Las condiciones que hacen al castigo justificable forman parte, así, del contenido del derecho; no son fundamentos para arrebatar el derecho.

El hecho de que esta articulación de la diferencia es en efecto sustantiva, y no meramente semántica, se hace evidente cuando desviamos la atención desde P_c hacia P_p , y especialmente desde $Jn(P_c)$ (imposición) hacia $Jn(P_p)$ (imposición). Sencillamente las teorías de la pérdida moral no ofrecen ninguna respuesta a esta última demanda. No es posible pensar sensatamente que una persona inocente de la que se cree equivocadamente que ha cometido un delito haya perdido derecho moral alguno. Entonces, si el hecho de que un delincuente pierda un derecho es necesario para justificar el castigo de delincuentes reales contra el hecho de que tal castigo entraña la imposición intencional de sufrimiento, no habría nada que pudiera justificar el castigo de quienes no son delincuentes contra el hecho de que tal castigo entraña la imposición intencional de sufrimiento, por lo

⁴⁸ Jeff Mc Mahan objeta que, si el comúnmente supuesto derecho a no sufrir dolor implica meramente el derecho a ser respetado como persona, se desprendería —inaceptablemente— que los animales no tienen derecho a que no se les imponga sufrimiento. No estoy seguro, sin embargo, de que esa conclusión sea inaceptable. El sufrimiento de los animales puede ser (yo opino que sin duda lo es) un estado de cosas malo y que tenemos una razón moral para no provocarlo, e incluso para mejorar, sin que eso implique que los animales poseen derechos.

⁴⁹ Podemos apreciar ahora cómo esta postura podría ayudar a respaldar un argumento en favor del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, aunque el desarrollo y la defensa de tal argumento no es posible en este trabajo. En muy pocas palabras, la idea es que una postura de respeto apropiado requiere que quien toma decisiones o diseña instituciones perciba la gravedad de un falso positivo y que, en consecuencia, cree resguardos procedimentales que contribuyan a la reducción sustancial de dicha posibilidad.

cual nos veríamos obligados a concluir que no-J(P_p)(imposición), y, por lo tanto, no-J(P_p)(impone sufrimiento).

Pero el análisis ofrecido arriba se aplica igualmente a P_p como a P_c. El respeto es una cualidad de las actitudes de las personas (o de las actitudes-en-acción) hacia los demás. La cuestión de si la conducta de B hacia A hace honor al derecho de A a ser respetado, o no lo hace, depende necesariamente de las creencias relevantes que B tenga en relación con A. Ahora bien, qué creencias son relevantes es un tema complejo. Éstas no pueden incluir todas aquellas creencias erróneas que, si fueran verdaderas, motivarían una conducta apropiadamente respetuosa. (Como mínimo, no incluyen la creencia errónea de que A no posee este derecho muy abstracto en virtud de alguna característica como la de ser homosexual, discapacitado, judío, negro, mujer, etc.) Pero sí incluyen creencias erróneas sobre hechos brutos relacionados con la conducta de A, tales como si A en efecto le disparó a C. Si imponer un sufrimiento merecido a un delincuente se ajusta a su derecho a ser respetado como persona (y no infringe ningún otro derecho que tenga), entonces imponerle sufrimiento a un supuesto delincuente que lo merecería si lo supuesto fuese real tampoco infringe derechos. Por lo tanto, J(P_p)(imposición) se sigue automáticamente de J(P_c)(imposición).

Ahora bien, alguien podría pensar que a una persona inocente que ha sido incorrectamente castigada se le deben disculpas y compensación si y cuando se descubre su inocencia, y que esto demuestra que la imposición de castigo sí infringe derechos en los casos periféricos.⁵⁰ No obstante esto es muy precipitado. El hecho de que el estado posea deberes de disculpa y de compensación no muestra que tiene que haber infringido un derecho; pues a menudo se generan deberes positivos en virtud de la responsabilidad causal de un actor por malos resultados aun en ausencia de una infracción de derechos. Considérese, por ejemplo, el deber de expresar remordimiento por lastimar a alguien incluso sin ninguna negligencia y el deber de auxilio que surge incluso de una creación no negligente de peligro. Ciertamente existen diferencias entre los casos de provocación no negligente de daño y los casos de castigo intencional. Pero no han de ser sobrestimadas: después de todo, en los casos que nos vienen a la mente, el estado impone intencionalmente el castigo pero no es negligente respecto del hecho crucial de que la persona castigada es inocente. De modo más fundamental, ejemplos como estos muestran que no podemos inferir una violación de derechos a partir del deber de disculpa o de compensación⁵¹.

⁵⁰ Agradezco a Larry Alexander el planteo de esta cuestión.

⁵¹ Kent Greenawalt me ha señalado una preocupación distinta según la cual esta teoría podría no aplicarse a los casos en los que el estado impone de manera consciente un nivel de castigo que excede el grado de reprochabilidad del acusado, cuando, para evitar falsas exculpaciones o por otras razones de administrabilidad, rehúsa otorgar el tipo de defensa del cual se valdría el acusado para demostrar su falta o grado reducido de reprochabilidad. Tal castigo consciente de que excede el grado de merecimiento podría ser la consecuencia, p. ej., de restricciones legales en las defensas de estado de necesidad, coacción o demencia. Más ampliamente, puede derivar del hecho de que a los acusados en casos en los que no está en juego la pena de muerte no se les ha reconocido el derecho constitucional a presentar cualquier evidencia que puede contribuir plausiblemente a mitigar su reprochabilidad. Los casos de este tipo se sitúan en el límite entre los que he denominado casos periféricos y casos degenerados de castigo. Véase n. 14 supra. No estoy seguro de cuál es la mejor

En todo caso, no es posible dar un paso semejante a favor de $J(P_p)$ (sufrimiento). Aun si se reconoce que el sufrimiento de un delincuente no constituye un mal (en la medida en que el sufrimiento se imponga en virtud de, y en proporción a, su comportamiento ilícito reprochable), el sufrimiento de una persona erróneamente condenada como autora de un delito sí lo constituye y, por lo tanto, constituye también una razón en contra de la imposición de sufrimiento sobre ella. He sostenido que la cuestión de si una conducta infringe un derecho, y la de si entonces la existencia de ese derecho constituye una razón en contra de esa conducta, puede depender de las creencias del agente. Un ejemplo es el derecho a ser tratado con respeto como una persona. En cambio, la cuestión de si un estado de cosas es intrínsecamente malo o intrínsecamente bueno (o intrínsecamente neutro) es independiente de las creencias.⁵² De acuerdo con ello, no se puede satisfacer $J_n(P_p)$ (sufrimiento) por cancelación. Si $J(P_p)$ (sufrimiento), la justificación debe proceder por prevalencia de razones, en forma de consecuencias buenas que P_p produce.

Para evaluar cuáles son exactamente esas buenas consecuencias, sin embargo, debemos especificar, con una claridad mayor que la que fue necesaria hasta aquí, qué es lo que P_p representa. ¿Estamos intentando justificar casos específicos e individuales de castigo periférico, o todos los casos de castigo periférico, o algo distinto? Una respuesta no arbitraria exige que abordemos las razones que tuvimos para introducir P_p en primer lugar. P_p se introdujo junto a P_c como una de las dos subcategorías de “castigo”. Y lo que “castigo” (P) significaba aquí era eso que usualmente significa en enunciados del tipo, “El castigo requiere justificación”. Por lo tanto, lo que ha de significar P_p dependerá de lo que P signifique en el enunciado representado por $J_n(P)$.

Entiendo que P en este contexto significa algo así como la ejemplificación ordinaria o genérica del castigo, pues el debate filosófico en torno al castigo no se centra en casos individuales, ni está dirigido a ninguna colección específica de casos individuales. A la vez, no podríamos reducir el caso ordinario y genérico a lo que he denominado casos centrales sin adoptar un freno definicional. Por esta razón nos centramos en las dos subcategorías, P_c y P_p . Por lo tanto, cuando nos preguntamos si $J(P_p)$ (sufrimiento), nuestra intención es considerar el caso ordinario o genérico de P_p .

forma de considerarlos. Pero estoy parcialmente dispuesto a considerarlos injustificados, con lo cual se adecuarían mejor a la clasificación de casos degenerados: si es posible afirmar que el estado es consciente (una cuestión compleja que se relaciona con la forma en que se atribuyen las creencias en contextos institucionales) de que el castigo penal excede el grado de reprochabilidad de un delincuente, pero que los hechos que dan cuenta de ello no son jurídicamente cognoscibles, me parece plausible insistir en que algún funcionario estatal (fiscal o juez) ejerza su discreción para desechar el caso o para reducir la pena, según lo apropiado. Un sistema que efectivamente impidiera un ejercicio tal de discreción no sería moralmente justificable desde este punto de vista. Si, en cambio, los casos como los que Greenawalt tiene en mente fueran moralmente justificables —con lo cual no entrarían dentro de la clasificación de casos degenerados—, ellos comprenderían entonces un subgrupo (posiblemente reducido) de casos periféricos para los cuales, en contra de lo que concluí en el texto, no sería el caso que $J(P_p)$ (imposición) se sigue de $J(P_c)$ (imposición). En estos casos, el derecho del acusado a ser respetado como persona se infringe pero posiblemente no está violado.

⁵² Más precisamente (para acomodarse a una metaética no realista), la cuestión acerca de si un estado de cosas dado es un caso del tipo que es intrínsecamente malo (o bueno o neutro) es independiente de las creencias.

Las buenas consecuencias de P_p dependen de la comparación entre el estado del mundo con P_p y el estado del mundo sin P_p . Pero dado que P_p representa el caso ordinario o genérico, y dado que el caso ordinario o genérico de P_p no es prácticamente separable del caso ordinario o genérico de P_c , nuestra tarea no es comparar las situaciones que incluyen o no un caso específico de P_p . Esto es, el mundo posible más cercano al mundo real que contiene P_p no es un mundo con P_c pero sin P_p , sino un mundo sin P . Por lo tanto, las buenas consecuencias razonablemente atribuibles a P_p son todas las buenas consecuencias genéricamente atribuibles al castigo.

Si esto es así, las buenas consecuencias pueden incluir (lo que he supuesto que es) el bien de producir un estado de cosas en el cual tiene lugar el sufrimiento merecido. Pero aun si le reconociéramos al retribucionista la proposición del merecimiento, ella todavía no parece suficiente para justificar $J(P_p)$ (sufrimiento) si es que le damos crédito al juicio común de que el castigo no merecido del inocente es un mal de mayor magnitud que el bien del castigo merecido del culpable. Y si esto es así, entonces, si $J(P_p)$ (sufrimiento), esto debe ser por las buenas consecuencias que tienen lugar más allá de la imposición del sufrimiento merecido.⁵³ La conclusión frecuente de que el retribucionismo no puede justificar lo que denominé casos periféricos de castigo parece confirmarse.⁵⁴

VI. Resumen y objeciones

De acuerdo con el análisis propuesto hasta aquí, los casos centrales de castigo están justificados, contra el sufrimiento que imponen, por cancelación. Cuando la persona castigada es moralmente responsable por la comisión de un delito, su sufrimiento en virtud de tal delito, y en proporción a su reprochabilidad, simplemente no es un mal. Más aun, la imposición por parte del estado de lo que considera sufrimiento merecido, con el fin de realizar ese merecimiento, no infringe derechos del delincuente, siempre que tal imposición trate al delincuente con respeto como una persona. Por estas dos razones, ni la (mera) provocación de sufrimiento, ni su imposición intencional constituyen una razón en contra de la práctica. En los casos periféricos de castigo, el hecho de que el supuesto delincuente experimenta sufrimiento sí constituye una razón en contra de la práctica. En

⁵³ Esto no equivale a suponer que un sistema de castigo necesariamente produce beneficios que superan el sufrimiento de los individuos castigados en casos periféricos, ni mucho menos que el sistema de castigo actual de cualquier jurisdicción angloamericana en efecto está justificado, desde el punto de vista consecuencialista, contra $J_n(P_p)$ (sufrimiento). Mi argumento se compone de dos partes: la primera se basa en que las buenas consecuencias que produce el sistema deben formar parte de cualquier argumento exitoso en favor de $J(P_p)$ (sufrimiento) y, por lo tanto, en favor de $J(P)$ (impone sufrimiento); la segunda parte se basa en que tales buenas consecuencias no se limitan posiblemente al (supuesto) bien de producir el bien del sufrimiento merecido. (Agradezco a un árbitro anónimo por haberme alentado a agregar esta aclaración).

⁵⁴ Véase, p. ej. George Schleder: "Can Retributivists Support Legal Punishment?" *Monist* 63 (1980): 185-98 (argumentando que la incapacidad de los retribucionistas de justificar los casos periféricos de castigo hace que sean incapaces de justificar el castigo en cualquier medida).

tales casos, sin embargo, esa razón puede ser derrotada por los diversos beneficios que el castigo produce —entre los que posiblemente esté incluido el bien intrínseco del sufrimiento merecido, aunque no es plausible limitarlos a sólo a éste—.

Todo esto enuncia la justificación del castigo desarrollada hasta aquí. Esta última parte anticipa objeciones. Y lo hace resumiendo lo que considero que son los tres rasgos fundamentales de la teoría —que es hecha a medida, dualista e integrada—.

A

Primero, la justificación ofrecida es hecha a medida, o modesta, porque no pretende justificar el castigo penal tomando en cuenta todas las consideraciones posibles. En cambio, responde limitadamente a (los dos aspectos de) lo que he identificado como la base de demanda conspicua o principal que da lugar a la proposición inicial de que el castigo requiere justificación —a saber, que el castigo constituye la imposición intencional de sufrimiento—. No es una justificación del castigo y punto; antes bien, ella es una justificación del castigo contra esta combinación particular de razones (o supuestas razones) en su contra.

El segundo rasgo de la teoría es que ella postula roles necesarios para el retribucionismo y para el consecuencialismo. Este tipo de teorías han recibido varias denominaciones —“híbridas” y “mixtas” son las denominaciones más comunes—. Pero ambos términos podrían connotar que la teoría a la cual se aplican no es ni lo uno ni lo otro —ni verdaderamente retributiva, ni verdaderamente consecuencialista, sino una tercera posibilidad—. En mi opinión, la teoría propuesta aquí es tanto retribucionista como consecuencialista: el retribucionismo justifica de manera directa una parte del castigo (el centro); el consecuencialismo justifica de manera directa la otra parte (la periferia). Llamo a esta teoría “dualista”⁵⁵ con el fin de expresar que tiene este carácter “tanto/como”, en lugar del carácter “ni/ni”.

Aunque se me criticara (incorrectamente, creo) por ofrecer sólo una justificación del castigo penal hecha a medida, nadie objetaría la caracterización de la justificación como hecha a medida. La proposición de que mi teoría concibe a las consideraciones retributivas y las consecuencialistas como conjuntamente necesarias para proporcionar la justificación (hecha a medida) más satisfactoria del castigo se asienta en otro fundamento. Puede cuestionarse que esta sea una descripción fiel del análisis.

Cancelación o prioridad lógica.—He aquí una razón para pensar que el papel que le asigno al merecimiento retributivo en la fundamentación de J(P)(impone sufrimiento) es superfluo. Mi análisis supone que las consideraciones cosecuencialistas pueden respaldar J(P_p)(sufrimiento) mediante la prevalencia de razones. *A fortiori* pueden respaldar también J(P_c)(sufrimiento) por prevalencia de razones. Más aun, estas consideraciones pueden demostrarse idóneas incluso para justificar la infracción de derechos individuales y, por lo tanto, para dar apoyo tanto a J(P_c)(imposición) como a

⁵⁵ Esta nomenclatura es la misma que utiliza Wood, si bien él no ofrece razones para tal selección terminológica.

J(P_p)(imposición). A decir verdad, establecer esta última proposición requeriría de un argumento sostenido, en especial dado el fuerte desacuerdo que existe entre los teóricos de los derechos con respecto a los tipos de argumentos que pueden servir para justificar una infracción evitando así una violación. Pero incluso suponiendo que las infracciones de derechos no pueden justificarse mediante los bienes que producen, casi todos coinciden en que, en las circunstancias apropiadas, pueden justificarse por la necesidad de impedir otras violaciones de derechos. Posiblemente, entonces, el castigo en los casos centrales y periféricos puede estar justificado, contra el hecho de que el castigo infringe derechos, por el fundamento consecuencialista de que tal infracción es necesaria para prevenir, mediante disuasión e incapacitación, futuras violaciones de derechos. Hasta tanto esta posibilidad no sea excluida, no estaremos en condiciones de concluir que el retribucionismo es necesario para J(P)(imposición), tanto en casos centrales como en casos periféricos. Y dado que ya hemos supuesto que J(P)(sufrimiento) puede fundarse en consideraciones consecuencialistas, se sigue que aún no podemos concluir que el retribucionismo es necesario para respaldar J(P)(impone sufrimiento) en ningún respecto.

Esta objeción poderosamente importante pone en relieve el núcleo del argumento en favor del retribucionismo contra el consecuencialismo, que consiste en que el consecuencialismo solamente puede justificar el castigo por prevalencia de razones, mientras que el retribucionismo puede pretender justificar el castigo por cancelación. Así, los retribucionistas pueden conceder sin mayores sacrificios que el bien que se puede alcanzar por medio del castigo, al proporcionar razones de peso sustancial en favor de la práctica, puede justificar el castigo (tanto en los casos centrales como en los periféricos) contra el hecho de que el castigo causa sufrimiento. Y a su vez pueden conceder, *arguendo*, que la prevalencia de razones consecuencialistas puede justificar casos centrales y periféricos contra el hecho (si acaso verdadero) de que el castigo infringe derechos. Al hacer estas aparentes concesiones, el retribucionista puede destacar que sus argumentos gozan de prioridad conceptual o lógica porque proceden por cancelación: una vez que se muestra que las razones putativas para no castigar —que el castigo causa el mal del sufrimiento y que infringe derechos— no son razones reales en los casos centrales, ya no es necesario entonces buscar razones para castigar de mayor peso; no hay nada que haya que superar. Entonces, si la proposición del merecimiento es sólida, y si prospera el esfuerzo por rearticular el derecho en juego, es justo concluir que la mejor justificación para el castigo (hecha a medida del hecho de que impone sufrimiento) es en efecto dualista.

Dualismo y Merecimiento.—¿Pero es sólida la proposición del merecimiento? Admito que mi teoría está más cerca de asumirlo que de demostrarlo. Mi integración de retribucionismo y consecuencialismo tiene por lo tanto un carácter cualificado: está sometida a la condición de que los delincuentes merezcan sufrir.

Ciertamente sería más atractivo probar la proposición del merecimiento en lugar de asumirla. Como ya sugerí, eso es más de lo que se puede esperar. De modo que este análisis ha de ser considerado una explicación filosófica en el sentido defendido por Nozick —menos un argumento que demuestra que el dualismo (integrado) es verdadero que una explicación de cómo podría ser

verdadero—. ⁵⁶ Incluso esto es algo que, a mi parecer, deberíamos querer saber. Durante siglos ha habido un feroz debate entre retribucionistas y consecuencialistas, con filósofos de primer nivel presentes en uno y otro bando. Insistir en una justificación inequívoca, retribucionista o consecuencialista, implica descartar completamente al tradicional competidor. En vista de las victorias que cada una de estas posiciones ha logrado a lo largo de los años, eso es algo que, caballescamente, no debemos hacer. Esto no es una cuestión de cortesía o etiqueta. Antes bien, el hecho de que muchos pensadores serios hayan adherido a alguna de posición particular podría interpretarse razonablemente como evidencia (derrotable) de que hay algo de verdadero en ella. Por ello podemos querer saber cuál es el mejor argumento que se puede formular en favor de una teoría dualista.

Sin embargo, conceder que mi justificación dualista de castigo asume la proposición del merecimiento puede provocar una objeción más, a saber, que la cuestión acerca de si los delincuentes merecen sufrir (o, lo que es lo mismo, la cuestión de si el sufrimiento de los delincuentes en virtud de su comportamiento ilícito es un bien intrínseco) es precisamente lo que está en disputa entre los retribucionistas y sus críticos. Si todos estuvieran de acuerdo en lo que se sigue de que los delincuentes merecen sufrir, entonces mi argumento sería vacuo.

Pero el antecedente de este condicional es falso. Aun asumiendo que los delincuentes merecen sufrir, el análisis de la Sección V.C demuestra que el retribucionismo no puede justificar el castigo por sí mismo y punto, dado que no puede dar respaldo $J(P_p)$ (sufrimiento). En contra de los retribucionistas, por lo tanto, mi teoría postula que el consecuencialismo es un componente necesario de $J(P)$ (impone sufrimiento). Además, como ya he explicado, muchos anti-retribucionistas contemporáneos han argüido enérgicamente que el retribucionismo no proporciona ni siquiera una parte de una justificación satisfactoria del castigo, incluso si se asume, *arguendo*, que los delincuentes merecen sufrir, dado que el retribucionismo no puede explicar por qué es permisible para el estado imponer sufrimiento, aun el merecido. El argumento retribucionista por cancelación a favor de $J(P_c)$ (imposición) propuesto en la sección V.B intenta rebatir esta objeción. En síntesis, he argumentado que los retribucionistas (puros) postulan que de la proposición de que los delincuentes merecen sufrir se sigue más de lo que se puede postular que se sigue, y que los consecuencialistas (puros) otorgan a tal proposición menos de lo que a ella le corresponde.

B

Podemos imaginar una distinción tripartita entre los enfoques retribucionistas, consecuencialistas y dualistas encabezando una taxonomía de teorías del castigo. Los enfoques dualistas podrían a su vez clasificarse útilmente en estructurados y no estructurados. Las teorías dualistas no estructuradas constituyen teorías puramente aditivas o “de mera conjunción”. Las teorías estructuradas, en cambio, pueden a su vez subdividirse en jerárquicas y no jerárquicas. La teoría dualista presentada aquí es estructurada pero no jerárquica. Yo la he llamado “integrada”. Ella ofrece algo analíticamente más preciso y satisfactorio que la proposición de que tanto consideraciones consecuencialistas como retribucionistas hacen parte del trabajo de justificación del castigo penal y

⁵⁶ Véase Robert Nozick, *Philosophical Explanations* (Cambridge: Massachusetts: Belknap Press/Hardvard University Press, 1982), 8-18

que son conjuntamente necesarias para conferir toda la fuerza justificatoria que se necesita. A la vez, demuestra que las dos clases de consideraciones no necesariamente ejecutan diferentes tipos de funciones justificatorias.

Nuestra división inicial entre casos centrales y casos periféricos de castigo fue necesaria para esta integración. Sin embargo, alguien podría decir que esta es una forma arbitraria de dividir el territorio y que en su lugar deberíamos aceptar la división propuesta por Hart entre el objetivo general justificante de la institución del castigo y los principios de distribución del castigo. E incluso se podría dudar razonablemente de que alguna parte de mi análisis pueda debilitar el juicio común de que, una vez que se formulan los interrogantes a la manera de Hart, la respuesta consecuencialista al primero de los interrogantes parece prácticamente preordinada. Porque investigar cuál es el “objetivo general justificante” de una práctica no es ya preguntarse sólo por su “justificación moral”, sino buscar también (o, posiblemente, en lugar de aquélla) su “justificación racional”.⁵⁷ Y mientras que la realización de la justicia retributiva bien podría contar entre las justificaciones racionales de la práctica, no es claro cómo puede identificar el retribucionista, de un modo no arbitrario, la realización de esta consecuencia particular como un objetivo justificante sin reconocer a la vez que el objetivo consiste en realizar en general buenas consecuencias netas⁵⁸.

No estoy proponiendo que mi forma de plantear el fenómeno complejo del castigo es preferible a la de Hart. Al contrario, creo que no existe una sola forma de analizar el castigo que sea la natural o esencial. Una prueba aplicable a cualquier análisis que se propone consiste en determinar si tal análisis ayuda a iluminar lo que de otro modo habría permanecido oscuro. La distinción hartiana entre la justificación de la institución del castigo y la justificación de las imposiciones individuales de castigo en el marco de esa institución tiende a hacer que el retribucionismo adquiera, en el mejor de los casos, un rol marginal o secundario. Cuando el castigo se concibe, no como el extremo de la cola de una institución cuyo cuerpo principal consiste en la amenaza de castigo, sino como el cuerpo mismo, y cuando se distinguen las instancias centrales y periféricas, se hace más fácil apreciar por qué los retribucionistas creen que el merecimiento de aquellos a quienes se les impone sufrimiento es moralmente significativo y que esa significatividad no puede ser adecuadamente comprendida por los consecuencialistas que piensan en términos institucionales.

Reconozco que, para algunos, justificar separadamente los casos centrales y los casos periféricos de castigo puede parecer una forma extraña de proceder. Tal como Mark Greenberg me lo ha planteado, no justificamos separadamente los casos centrales de cirugía centrales y los casos periféricos de cirugía; antes bien, justificamos la práctica o institución de la cirugía haciendo referencia al bien que produce (en casos centrales), entendiéndose que ese bien debe ser lo suficientemente grande como para contrarrestar el mal que pueda surgir en los casos predecibles (periféricos) en los que la operación sale mal.

⁵⁷ En referencia a la distinción y a cómo se aplica a la justificación del castigo, véase Dolinko, “Some Thoughts about Retributivism”, 539-42.

⁵⁸ Véase, en general, Dolinko, “Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment”.

La mayoría de las prácticas se justifican por las buenas consecuencias que logran. Si se trazara una diferencia entre casos centrales y periféricos de la práctica (tal como yo lo hice en el caso del castigo), entre aquellos casos en los cuales se centra la práctica y aquellos que surgen accidentalmente o por error, podremos anticipar de antemano que los últimos estarán justificados, si es que acaso lo están, en base al fundamento de que los bienes que persiguen y aseguran los casos centrales son suficientes para contrarrestar los males producidos como subproducto inevitable. Eso es lo que anticipamos en el ejemplo de la cirugía, por lo que la estrategia de dividir la práctica en sus respectivos casos centrales y periféricos es vana. En cambio, la estrategia de separar los casos centrales de los casos periféricos del castigo demuestra ser esclarecedora, creo, porque, y en la medida en que, la justificación en los casos centrales procede por cancelación, en lugar de por prevalencia de razones. En la medida en que las consideraciones que justifican los casos centrales (contra las bases de demanda en las que me concentro) no constituyan en sí mismas razones para involucrarse en la práctica, ellas no los desbordan derramando su justificación, por ponerlo así, sobre los casos periféricos, por lo que es necesario proporcionar otras consideraciones (razones). Más aun, es más o menos obvio que los casos periféricos en los que se “marra el tiro” no están justificados en situaciones normales (p. ej., cirugía) salvo como consecuencias inevitables de una práctica que es justificable aun cuando se toman en cuenta estos costos. Pero, como señalé en la sección II, eso no es tan indiscutiblemente así en el caso del castigo. En síntesis, por lo tanto, si bien un marco analítico que separa los casos de castigo centrales de los periféricos puede que no sea más verdadero que uno que separa el objetivo general justificante del castigo de los principios de distribución, tampoco es menos verdadero que éste.

VII. Conclusión

Para entender al retribucionismo contemporáneo de un modo empático y caritativo es necesario reconocer que sus defensores raramente tienen la intención de proporcionar una justificación todo-considerado del castigo. Más comúnmente ellos ofrecen una justificación hecha a medida contra el hecho de que el castigo impone sufrimiento y sus dos aspectos —que provoca el supuesto mal del sufrimiento y que, al imponer tal sufrimiento, infringe putativamente derechos—.

He intentado mostrar que esta es una justificación exitosa sobre la base de dos presupuestos: primero, que los delincuentes merecen sufrir en virtud de, y en proporción a, su comportamiento ilícito reprochable; y segundo, que cualquier supuesto derecho individual general contra la imposición de sufrimiento se comprende mejor como una derivación normalmente razonable —y no una implicación lógica— de algún derecho más abstracto tal como el derecho a ser respetado como persona. Si esto es así, entonces el retribucionismo tiene éxito al justificar los casos centrales de castigo (en los cuales la persona castigada es responsable del delito del que se la acusa y recibe un castigo proporcional a su reprochabilidad) contra el hecho de que impone sufrimiento. Las consideraciones consecuencialistas también pueden ofrecer justificación, pero la justificación retributiva tiene prioridad lógica.

Hasta aquí todo va bien para el retribucionismo. Pero el retribucismo carece de recursos para proporcionar (además de una justificación todo-considerado de los casos centrales) incluso una

justificación hecha a medida para los casos periféricos del castigo —aquellos en los que la imposición del castigo se funda en un error sobre la responsabilidad del acusado por el delito del que se lo acusa—. Por tanto, si los casos periféricos han de ser justificados contra el hecho de que el castigo impone sufrimiento, y si el castigo *simpliciter* ha de ser justificado tomando en cuenta todas las consideraciones posibles, entonces las consideraciones consecuencialistas deben ser tenidas en cuenta. De esta forma, una comprensión más completa de la lógica de la justificación da sustento, al menos, al marco para una justificación dualista integrada del castigo.