

9. INTRODUCCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LA PENA*

por H. L. A. HART

1. Preámbulo

El objeto principal de estas páginas es suministrar un marco para la discusión de las crecientes perplejidades que rodean actualmente a la institución del castigo penal, y mostrar que toda explicación moralmente aceptable de esta institución tiene que considerarla como un compromiso entre principios distintos y parcialmente en conflicto.

Nunca el interés general acerca de la cuestión del castigo ha sido mayor que en el momento presente y dudo si la discusión pública del mismo ha estado alguna vez más confundida. El interés y la confusión son debidos, en parte, al relativamente moderno escepticismo acerca de dos elementos que han figurado como partes esenciales de las «teorías» del castigo tradicionalmente opuestas. Por un lado, la vieja confianza benthamiana en el temor a las penas amenazadas por el Derecho como poderoso medio de intimidación, ha disminuido conforme se ha ido tomando conciencia de que el cálculo ha jugado un papel exagerado respecto de cualquier tipo de conducta antisocial. Por otra parte, la sombra de la duda se ha cernido sobre el núcleo de la teoría «retribucionista». Sus defensores ya no pueden hablar con la confianza de antaño, acerca de que enunciados del tipo «Este individuo que ha infringido la ley podría haberla respetado» poseen un significado unívoco o aceptado por todos; o cuando el escepticismo no ha afectado al significado de este tipo de enunciado, sí ha conmovido la confianza acerca de que, generalmente, somos capaces de distinguir los casos donde un enunciado de esta clase es verdadero, de aquellos en que no lo es.¹

Aparte de la incertidumbre engendrada por estas dudas fundamentales, que parecen cuestionar las explicaciones dadas por las antiguas teorías en conflicto acerca de la eficacia y la moralidad del castigo, tampoco las tienen todas consigo las declaraciones públicas de quienes creen expresar, de acuerdo al común de las gentes, principios ortodoxos o de sentido común (a salvo de las modernas dudas psicológicas). Sus palabras, con frecuencia, suenan como si los dicentes no hubieran captado plenamente su significado o no hubieran querido que fueran tomadas en sentido literal. Una ojeada a los debates parlamentarios o

* H. L. A. Hart, «Prolegomenon to the Principles of Punishment», en *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 1968, pp. 1-27 (trad. de Jerónimo Bétégón).

1. Véase, Barbara Wootton, *Social Science and Social Pathology*, 1959, para una relación reciente y exhaustiva de estas dudas.

al Informe de la Comisión Real sobre la Pena de Muerte (Report of the Royal Commission on Capital Punishment),² muestra que muchos de ellos se hallan ahora preocupados por la sospecha de que la opinión de que sólo hay un valor supremo u objetivo (por ejemplo, intimidación, retribución, o rehabilitación), en términos del cual sean satisfechas todas las cuestiones de la justificación del castigo, es, de algún modo, errónea; además, de lo dicho en estas ocasiones no puede extraerse un conocimiento preciso de cuáles son los diferentes valores u objetivos, o de cómo se articulan éstos en torno a la justificación del castigo.³

Nadie espera de jueces o estadistas ocupados en la tarea de enviar gentes al patíbulo o a prisión, o en hacer (o deshacer) leyes que posibiliten que esto se lleve a cabo, que tengan mucho tiempo para la discusión filosófica de los principios que hacen de aquello algo moralmente aceptable. El estrado del juez no es y no debe convertirse en un aula académica. Sin embargo, lo dicho en debates públicos acerca del castigo por aquellos especialmente comprometidos, en cuanto jueces o legisladores, es importante. Pocos se hallan en situación de ser más circunspectos, y si lo que ellos afirman parece, como a menudo ocurre, oscuro, unilateral y fácilmente refutable con sólo señalar algún aspecto pasado por alto, es probable que en nuestras formas heredadas de hablar y pensar sobre el castigo se dé alguna tendencia persistente a la simplificación de múltiples aspectos que requieren ser considerados por separado. Para combatir esta tendencia lo que más se necesita no es la simple admisión de que en vez de un valor o finalidad (intimidación, retribución, rehabilitación o cualquier otro), deben ofrecerse una pluralidad de ellos como respuesta conjunta a una cuestión particular concerniente a la justificación del castigo. Lo que se precisa es la comprensión de que principios diferentes (cada uno de los cuales puede, en un sentido, ser designado como una «justificación») son relevantes en diferentes aspectos dentro de cualquier explicación moralmente aceptable del castigo. Lo que debemos buscar son respuestas a una serie de preguntas diferentes, tales como: ¿Qué justifica la práctica del castigo? ¿A quién puede ser aplicado el castigo? Al tratar éstas y otras cuestiones relativas a la pena debemos tener en cuenta que en ésta, como en la mayor parte de otras instituciones sociales, la persecución de un fin puede estar limitada por proveer una oportunidad —no debemos olvidarlo— para la persecución de otros. En tanto no desarrollemos este sentido de la complejidad de la pena (y esto es lo único a lo que apunta este prolegómeno) no nos hallaremos en situación adecuada para establecer el grado en que la institución en su conjunto ha sufrido el desgaste de las nuevas creencias acerca del entendimiento humano, o la medida en que necesita ser adaptada a éstas.

2. Fines justificativos y principios de distribución

Pienso que hay una analogía digna de consideración entre el concepto de castigo y el de propiedad. En ambos casos nos encontramos con una institución social en la que el elemento central es una estructura de normas jurídicas, aun cuando sería dogmático negar

2. 1953. Cmd., 8932.

3. En el debate de la Cámara de los Lores, en julio de 1956, el Lord Chancellor se mostró de acuerdo con Lord Denning acerca de que «la justificación última de toda pena no se halla en su capacidad disuasoria, sino en la denuncia solemne de un delito por parte de la sociedad»; sin embargo, también sostuvo que el «elemento crucial» de la cuestión a examen lo constituía el saber si la pena capital es una medida disuasoria de eficacia única. Véase, 198 H. L. Deb., 5 de julio, 576, 577, 596, 1956. En su artículo «An Approach to the Problem of Punishment», en *Philosophy*, 1958, S. I. Benn observa correctamente, a propósito de la opinión de Lord Denning, que la denuncia no implica la imposición deliberada de sufrimiento, que es el rasgo característico que precisa de justificación (p. 328, n. 1).

el nombre de castigo o el de propiedad a prácticas similares, aunque más rudimentarias, reguladas por normas, y que tienen lugar dentro de grupos como la familia, la escuela o sociedades consuetudinarias cuyas costumbres puedan carecer de algunas características típicas o prominentes del Derecho (por ejemplo, legislación, sanciones organizadas, tributos). En ambos casos nos enfrentamos a una institución compleja que presenta diferentes rasgos interrelacionados, que requieren de una explicación por separado; o de una justificación independiente si lo que se pone en tela de juicio es la moralidad de la institución. En los dos casos, no distinguir entre las diferentes cuestiones, o tratar de darles respuesta a todas ellas en base a un solo principio, produce confusión. De esta forma, en el caso de la propiedad debemos distinguir entre la cuestión de la definición de propiedad, la cuestión de por qué y en qué circunstancias es una buena institución a mantener, y las cuestiones de cómo los individuos pueden tener un título para adquirir la propiedad y en qué medida les estaría permitido el adquirirla. Éstas podemos llamarlas cuestiones de definición, fin general justificativo, y distribución, subdividida esta última entre cuestiones de título y cantidad. Resulta oportuno fijarse en alguna exposición clásica de la idea de propiedad, como por ejemplo el capítulo «De la Propiedad» en el *Segundo Tratado de Locke*,⁴ y observar cómo el uso de una noción simple (en este caso «la labor del cuerpo [del hombre] y el trabajo de sus manos») genera oscuridad a la hora de dar respuesta a estas cuestiones que se nos presentan cuando reflexionamos sobre la institución de la propiedad. En el caso del castigo, el discernimiento comienza (aunque no finaliza) por distinguir cuestiones similares y confrontarlas separadamente.

A) DEFINICIÓN

Aquí simplemente describiremos el reciente y admirable trabajo disperso entre revistas filosóficas inglesas⁵ y añadiremos una advertencia propia contra el abuso definicional en la discusión filosófica acerca del castigo. Así, de acuerdo con los profesores Benn y Flew, definiremos el caso central o *standard* de «pena» sobre la base de cinco elementos:

- 1) Tiene que entrañar dolor u otras consecuencias normalmente consideradas no placenteras.
 - 2) Tiene que aplicarse por una violación de normas jurídicas.
 - 3) Tiene que ser aplicado a uno culpable, real o supuesto, por la violación cometida.
 - 4) Tiene que ser infligido de manera intencional por seres humanos distintos del culpable.
 - 5) Tiene que ser impuesto y administrado por una autoridad constituida por un sistema jurídico en contra del cual se ha cometido la violación.
- Al denominar a este caso *standard* o central de castigo, relegaré a la posición de casos *sub-standard* o secundarios las siguientes posibilidades, entre muchas otras:
- a) Castigos por infracciones de normas jurídicas impuestos o administrados por personas que no son autoridades (sanciones descentralizadas).
 - b) Castigo por infracciones de normas u órdenes no jurídicas (castigos en una familia o en una escuela).

4. Cap. V.

5. K. Baier, «Is Punishment Retributive?», *Analysis*, 1955, p. 25; A. Flew: «The Justification of Punishment», *Philosophy*, 1954, p. 291; S. I. Benn, *op. cit.*, pp. 325-326.

c) Castigos indirectos (*vicarious*) o colectivos a algún miembro de un grupo social por acciones realizadas por otros sin la autorización, dirección o permiso de aquél.

d) Castigo de personas (no incluidas en c) que no son culpables reales ni supuestos. La principal importancia de catalogar estos casos *sub-standard* es la de prevenir el uso de lo que denominaremos la «barrera definicional» (*definitional stop*) en las discusiones acerca del castigo. Es éste un abuso de definición especialmente tentador cuando se recurre a las condiciones 2) y 3) del caso *standard* para argumentar frente a la afirmación utilitarista de que el castigo se justifica por las consecuencias beneficiosas que se derivan de asegurar la observancia de las leyes. Aquí el argumento retribucionista usual⁶ es: si ésta es la justificación del castigo, ¿por qué no aplicarlo, cuando ello resulte provechoso, a aquellos inocentes de todo crimen, elegidos al azar, o a la mujer e hijos del ofensor? Y a ello la respuesta incorrecta es: eso, por definición, no sería «castigo», y es la justificación del castigo lo que está en juego.⁷ Esta barrera definicional no sólo dejaría insatisfecho al defensor de la «retribución»; nos impediría investigar lo que el moderno escepticismo cuestiona con mayor énfasis: a saber, el estatus racional y moral de nuestra preferencia por un sistema de penas en el que las medidas que resultan dolorosas para los individuos sólo han de ser adoptadas contra ellos cuando han cometido una ofensa. ¿Por qué preferimos esta a otras formas de higiene social que podríamos emplear para prevenir el comportamiento antisocial, y que empleamos en circunstancias especiales, a veces con renuencia? Ninguna concepción del castigo puede permitirse el dejar de lado esta cuestión apelando a una definición.

B) LA NATURALEZA DE UNA OFENSA

Como paso previo a cualquier tarea de justificación debemos identificar una cuestión preliminar respecto de la cual la respuesta es tan sencilla que parece no merecer la pena el plantearla; no obstante, es cierto que la única plausibilidad de alguna curiosa teoría del castigo le viene del hecho de ignorarla, y la de otras, de confundir ésta con cuestiones diferentes. La pregunta es: ¿por qué ciertas clases de acciones son prohibidas por ley y de esta forma convertidas en delitos o transgresiones? La respuesta es: para anunciar a la sociedad que este tipo de acciones no deben ser realizadas y asegurar así que se llevará a cabo el menor número de ellas. Son éstos los fines inmediatos y comunes de hacer de una determinada conducta un delito penal, y en tanto no dispongamos de leyes elaboradas de acuerdo a estos fines primarios, careceremos de la noción de «delito» y de la de «delincuente». Sin el recurso a la sencilla idea de que el Derecho penal establece, en sus normas, *standards* de comportamiento para alentar ciertos tipos de conductas y desalentar otros, no podemos distinguir una multa (castigo) de un impuesto sobre determinada actividad lícita.⁸ Esto, asimismo, es una grave objeción a aquellas teorías del Derecho que, en aras de la

6. A. C. Ewing, *The Morality of Punishment*; D. J. B. Hawkins, «Punishment and Moral Responsibility», en *The King's Good Servant*, p. 92; J. D. Mabbott: «Punishment», en *Mind*, 1939, p. 152.

7. Benn, a veces, parece sucumbir a la tentación de dar «La respuesta más breve a los críticos de las teorías utilitaristas del castigo, que son teorías del castigo, y no de cualquier tipo de técnica que entrañe sufrimiento» (*op. cit.*, p. 332). Él me ha dicho después que ya no se basa en este cierre definicional.

8. Esta distinción, generalmente clara, puede oscurecerse. Los impuestos pueden ir dirigidos a desalentar las actividades gravadas, aunque el Derecho no lo anuncie así, como ocurre, por el contrario, cuando califica a aquellas de delictivas. En cambio, puede que las multas con motivo de una infracción penal, y por efecto de la posible devaluación de la moneda, sean tan leves que se paguen tranquilamente y la transgresión se convierta en algo corriente. Se perciben entonces como simples gravámenes porque se ha perdido el sentido de que la norma, en cuanto pauta de comportamiento, ha de ser tomada en serio.

simplicidad o uniformidad, oscurecen la distinción entre normas primarias que establecen *standards* de comportamiento, y normas secundarias que especifican lo que los funcionarios tienen o pueden hacer cuando aquéllas son infringidas. Estas teorías insisten en que todas las normas jurídicas son, «en realidad», directivas para que los funcionarios impongan «sanciones» bajo ciertas condiciones, por ejemplo, si alguien comete un asesinato.⁹ Sin embargo, sólo si mantenemos a salvo la distinción (oscurecida de tal forma por ese tipo de teorías), entre el objetivo primario del Derecho de alentar o desalentar determinados tipos de comportamiento, y su sanción meramente auxiliar o medio reparador, adquirirá sentido la noción de delito u ofensa.

Sin embargo, es importante subrayar el hecho de que al identificar así los fines inmediatos del Derecho penal aún no hemos alcanzado el nivel justificativo. Existen, realmente, muchas formas de comportamiento indeseable que resultaría absurdo (por inequiz o demasiado costoso) intentar inhibir recurriendo al Derecho, y parece mejor abandonar algunas de ellas a la acción de educadores, sindicatos, Iglesia, consejeros matrimoniales y otros tipos de agencias no jurídicas. A la inversa, hay formas de comportamiento que no pueden ser eficazmente impedidas sin hacer uso del Derecho. Pero resulta demasiado simple que, en efecto, el Derecho pueda tipificar penalmente actividades que, desde un punto de vista moral, pueda ser importante promover y cuya supresión sería del todo injustificable. No obstante, la confusión entre el simple fin inmediato de cualquier legislación penal y la justificación de la pena, aparece como la explicación más caritativa que se puede ofrecer de la afirmación acerca de que el castigo se justifica en cuanto «denuncia enfática de un delito por parte de la comunidad». La afirmación de lord Denning en el sentido de que ésta es la justificación última de la pena¹⁰ puede salvarse de la crítica de Benn, mencionada más arriba, sólo si se la considera un enunciado confuso acerca de la verdad de que el fin de la legislación penal, pero no de la pena, es realmente denunciar que ciertos tipos de conducta no deben ser practicados. Por el contrario, el objetivo inmediato de la legislación penal no puede ser ninguna de las cosas que habitualmente se mencionan para justificar el castigo: mientras que no se establezca qué conducta será jurídicamente denunciada y desalentada no hemos determinado de qué vamos a disuadir a la gente, o quiénes serán considerados delincuentes y se les exigirá una retribución, o sobre quién se tomará venganza, o a quién se rehabilitará.

Incluso aquellos que ven en la ley humana un simple instrumento para hacer valer «la moral en cuanto tal» (concebida a su vez como ley de Dios o de la naturaleza), y quienes en el nivel de justificación del castigo desean apelar simplemente al valor intrínseco de infligir sufrimiento al transgresor que ha alterado el orden moral, y no a consecuencias socialmente beneficiosas, no negarán que el fin de la legislación penal es el de establecer tipos de comportamiento (en este caso, conforme a una ley moral preexistente) en cuanto *standards* jurídicos de conducta y asegurar el respeto a los mismos. Sin duda, en todas las comunidades, determinadas transgresiones morales (por ejemplo, el homicidio) serán siempre tipificadas como delitos con el fin de impedirlos, y puede pensarse que esto se hace no para proteger a los seres humanos del homicidio, sino para salvar del pecado al asesino potencial; pero sería paradójico considerar al Derecho como algo destinado no a desalentar el homicidio (incluso concebido como pecado más que como daño) sino simplemente a lograr el castigo del homicidio.

9. Cfr. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945, pp. 30-33, 33-34, 143-144. «Derecho es la norma primaria que dispone la sanción...», *ibidem*, p. 61.

10. Como testimonio ante la Comisión Real sobre la Pena de Muerte, Cmd. 8932, párr. 53, 1953. Véase nota 3.

C) FIN GENERAL JUSTIFICATIVO

No criticaremos aquí la inteligibilidad, consistencia, o adecuación de aquellas teorías que se unen para negar que la práctica de un sistema de penas se justifica por sus consecuencias beneficiosas y afirman, por el contrario, que la justificación principal de la práctica se halla en el hecho de que cuando la violación de la ley entraña culpabilidad moral, infligir al transgresor el castigo es algo valioso en sí mismo. Una gran variedad de enunciados de este carácter que designan a la «retribución», «expiación», o «reprobación» como fin justificativo, entran dentro, salvando las diferencias, de esta descripción general aproximativa. Aunque, de hecho, estamos de acuerdo con Benn¹¹ en que todos ellos eluden enteramente la cuestión de la justificación, o son, y ello a pesar de sus protestas, formas enmascaradas de utilitarismo, asumiremos que la retribución, definida simplemente como la inflicción de las penalidades del castigo a un transgresor moralmente culpable, puede figurar entre los fines justificativos concebibles para un sistema de penas. Aquí sólo insistiré en que una cosa es utilizar la palabra retribución en este punto para designar, en un estudio de los principios de la pena, el fin general justificativo del sistema, y otra muy distinta es emplearla para asegurar que la pregunta «¿A quién se puede infligir la pena?» (cuestión de distribución), reciba la respuesta: «Sólo a un transgresor por una transgresión.» La falta de distinción entre la retribución como fin general justificativo y la retribución como la simple insistencia en que sólo aquellos que han infringido la ley voluntariamente pueden ser castigados, es algo que se puede señalar respecto de muchos autores: quizá incluso en el, por otra parte muy esclarecedor, ensayo de J. D. Mabbott.¹² Distinguiremos a esta última, de la retribución como fin general, llamándola «retribución en la distribución». Buena parte de la confusa disputa entre los utilitaristas y sus adversarios puede ser evitada si se reconoce que es perfectamente consistente afirmar que el fin general justificativo de la práctica del castigo son sus consecuencias beneficiosas y, además, que la consecución de este fin general debe estar condicionada o limitada por el respeto a los principios de distribución que exigen que sólo debe ser castigado un transgresor por una transgresión. Por el contrario, en ningún caso se sigue de la admisión de este último principio de retribución en la distribución, que el fin general justificativo del castigo haya de ser la retribución, aunque desde luego la retribución como fin general implica retribución en la distribución.

Luego consideraremos los principios de justicia que subyacen a la idea de retribución en la distribución. Mientras, merece la pena observar que tanto el retribucionista viejo cuño (que lo es respecto del fin general), como el escéptico más moderno comparten, con frecuencia, la suposición (que estimamos enteramente errónea) de que el principio limitador de la exclusiva inflicción del castigo al transgresor por la ofensa cometida sólo adquiere sentido si el fin general justificativo de la práctica del castigo es, asimismo, la retribución. El escéptico, consecuentemente, imputa a todos los sistemas punitivos (cuando se hallan limitados por el principio de retribución en la distribución) toda la irracionalidad que encuentra en la idea de retribución como fin general justificativo; por el contrario, los defensores de esta última piensan que admitir el principio retribucionista en la distribución es una refutación de la idea utilitarista acerca de que las consecuencias sociales del castigo constituyen su fin justificativo.

11. *Op. cit.*, pp. 326-335.

12. En «Punishment», cit. No siempre queda claro qué es lo que él considera una teoría retribucionista.

La enseñanza general que se extrae de lo anterior excede los límites de la argumentación sobre la pena. Significa que, en relación a cualquier institución social, una vez que se enuncia qué fin general o valor alienta su conservación debemos averiguar si existen, y en tal caso cuáles son, los principios que limitan la persecución incondicional de ese fin o valor. Precisamente porque la persecución de cualquier fin social singular conlleva siempre una condición restrictiva, nuestras principales instituciones sociales poseen una pluralidad de aspectos que sólo pueden ser entendidos como un compromiso entre principios parcialmente discrepantes. Esto es cierto respecto incluso de instituciones jurídicas relativamente menores como la del contrato. En general, éste está destinado a permitir que los individuos den cumplimiento a sus deseos de crear estructuras de derechos y obligaciones jurídicas, y modificar en cierto modo su propia posición jurídica. No obstante, se plantea al mismo tiempo la necesidad de proteger a aquellos que, de buena fe, entienden que una oferta verbal significa lo que ordinariamente significaría, la accepción, y actúan entonces como si se hubiera concluido un contrato válido. Sería injusto permitir a la otra parte que alegara, en contra de ellos, que las palabras utilizadas en su ofrecimiento verbal no expresan sus deseos o intenciones reales. Por esta razón se introducen los principios de *estoppel*, o doctrinas del «sentido objetivo» del contrato, con el fin de prevenir lo anterior y limitar el principio de que el Derecho hace valer los contratos con el fin de llevar a efecto los deseos conjuntos de las partes contratantes.

D) DISTRIBUCIÓN

Al igual que en el caso de la propiedad, presenta dos aspectos: 1) Sujeción (¿quién puede ser castigado?). 2) Cantidad. En este apartado nos ocuparemos fundamentalmente del primero de éstos.¹³

De las consideraciones precedentes sobresalen dos cuestiones. En primer lugar, aun cuando podamos tener claro qué valor ha de promover la práctica del castigo, todavía queda por dar una respuesta a la cuestión de la distribución: «¿Quién puede ser castigado?» En segundo lugar, si al contestar esta pregunta afirmamos: «Sólo un transgresor por una transgresión», esta aceptación de la retribución en la distribución es la de un principio del que no se deriva nada acerca de la severidad o cuantía del castigo; en concreto, ni autoriza ni requiere, como ocurre con la retribución como fin general, castigos más severos de los que la disuasión u otro criterio utilitarista requeriría.

La cuestión básica a considerar es, sin embargo, por qué concedemos tal importancia moral a la retribución en la distribución. Voy a examinar aquí los esfuerzos realizados para mostrar que la limitación del castigo a los transgresores es una consecuencia natural de cualesquiera principios (retribucionistas o utilitaristas) que constituyen el fin justificativo del castigo.

El ejemplo típico utilizado por los filósofos para poner de manifiesto la importancia de la retribución en la distribución es el de la persona del todo inocente que, ni siquiera inintencionalmente, ha llevado a cabo algo cuya realización intencional la ley castiga. Se puede suponer entonces que, en orden a evitar alguna catástrofe social, los funcionarios del sistema falsifican pruebas en base a las cuales esa persona es acusada, procesada, condenada y enviada a prisión o al patíbulo. O, sin recurrir a ningún fraude, se puede suponer que un mayor número de personas serían disuadidas de cometer un delito si se castiga a las

13. La cuestión de la cantidad es analizada más adelante en el apartado III (en relación con las atenuantes), y en el V.

mujeres e hijos de los transgresores en lugar de a éstos. De alguna forma, este tipo de cosas pueden ser excluidas por un utilitarismo consistente y suficientemente comprensivo.¹⁴ Es cierto que pueden resultar muy difíciles de justificar con razones utilitaristas expedientes fraudulentos o que recurran al falso testimonio. Naturalmente, podemos imaginar que un negro pueda ser enviado a prisión o ejecutado de acuerdo con una falsa acusación de violación y ello con el fin de evitar una ola de linchamientos; pero un sistema que autorizara abiertamente a sus autoridades a que realicen este tipo de acciones, aun en el caso de que logran evitar males concretos como el del linchamiento, despertaría tal aprensión e inseguridad que todo beneficio derivado del ejercicio de estos poderes sería superado, en un cálculo utilitarista, por el sufrimiento causado con su propia existencia. Pero el recurso oficial a este tipo de fraude en un caso particular, infringiendo las normas, con la subiguiente concesión de inmunidad a los funcionarios responsables, podría salvar muchas vidas, pudiéndose pensar, por esta razón, que la acción arroja un claro balance positivo. A veces el castigo a la familia en lugar de al transgresor podría tener un efecto parecido, y, en ocasiones excepcionales, ha habido sistemas jurídicos que han recurrido a este tipo de medidas. Un ejemplo de ello es la *Lex Quisquis* romana que ordenaba el castigo de los hijos de aquellos culpables del delito de *majestas*.¹⁵ En casos extremos muchos podrían aun estimar como correcto el recurso a expedientes de esta clase, pero ello debería ser con la conciencia de que se está sacrificando un principio importante. Deberíamos entonces ser conscientes de que estamos eligiendo el menor de dos males, y esto resultaría inexplicable si el principio sacrificado en aras de la utilidad fuera, en sí mismo, una exigencia de la utilidad.

De igual forma, la relevancia moral de la limitación del castigo al ofensor no puede ser explicada como una mera consecuencia del principio según el cual el fin general justificativo es la retribución por la inmoralidad que entraña la violación del Derecho. La retribución en la distribución de la pena tiene un valor totalmente independiente de la retribución como fin justificativo. Esto queda patente por el hecho de que concedemos importancia al principio restrictivo de que sólo los transgresores pueden ser castigados, incluso cuando la infracción de la ley en cuestión no puede ser considerada algo inmoral. En realidad, aun en el caso de leyes horriblemente inmorales como las de la Alemania nazi, que prohibían actividades (ayudar a enfermos o indigentes de determinados grupos raciales) que podrían ser consideradas como moralmente obligatorias, la ausencia del principio que limita la inflicción del castigo al transgresor constituiría una ulterior y especial iniquidad; mientras que la admisión de este principio supondría una forma de respeto residual hacia la justicia en el contexto de una administración de leyes moralmente inicuas.

3. Justificaciones, eximentes y atenuantes

Lo que se halle en juego, desde un punto de vista moral, en el principio restrictivo de la distribución no puede, sin embargo, clarificarse con ejemplos aislados sobre su violación en base a falsas acusaciones o castigos indirectos. Para ello tenemos que situar en su lugar el recurso a las cuestiones de justificación, eximentes y atenuantes que se hacen en respuesta al enunciado de que alguien debe ser castigado. La primera de ellas depende del

fin general justificativo; las dos últimas representan diferentes aspectos de los principios sobre la distribución del castigo.

A) JUSTIFICACIÓN Y EXIMENTE

Los juristas ingleses distinguieron en otro tiempo entre homicidio «excusable» (por ejemplo, matar de forma accidental y no negligente) y homicidio «justificable» (por ejemplo, matar en defensa propia o en la acción de detener a un criminal) y entre diferentes consecuencias jurídicas imputables a cada una de estas formas de homicidio. Para el jurista moderno esta distinción carece de trascendencia jurídica: simplemente consideraría ambas clases de homicidio como casos en los que falta algún elemento, positivo o negativo, requerido en una definición completa del homicidio penal (asesinato —*murder*— u homicidio no intencional —*manslaughter*—). Pero la distinción entre estas dos diferentes formas en que las acciones pueden no llegar a constituir un delito penal es, no obstante, moralmente relevante. Privar a alguien de la vida en defensa propia es una excepción a una regla general que castiga el matar; se admite porque la política o los fines que, en general, justifican el castigo de esta conducta (la protección de la vida humana) no incluyen casos como éste. En el supuesto de la «justificación» lo realizado es contemplado por el Derecho como algo que no es condenable o que es, incluso, admisible.¹⁶ Pero cuando el matar (por ejemplo, accidentalmente) es excusable, se excluye la responsabilidad penal sobre una base diferente. Lo hecho se deplora, pero el estado psicológico del agente en el momento de su realización se adecua a una o más de la serie de eximentes que se considera excluyen la condena pública y el castigo de los individuos. Representa una exigencia de equidad y de justicia hacia los individuos con independencia de cuál sea el fin general de la pena, y permanece como un valor ya sean las leyes moralmente buenas, indiferentes o inicuas.

Las más importantes de estas circunstancias eximentes son aquellas formas de falta de conocimiento que hacen la acción no intencional: carencia de control muscular que la vuelve involuntaria, sometimiento a graves formas de coacción por amenazas, y tipos de anormalidad mental que se considera convierten al agente en un ser incapaz de decidir o de llevar a cabo aquello que ya ha decidido hacer. No todas las circunstancias eximentes son admitidas por todos los sistemas jurídicos y respecto de todos los transgresores. Como veremos, casi todos los sistemas penales presentan, acerca de este punto, algún tipo de compromiso con otros principios; pero la mayoría de aquéllas son admitidas, en un grado considerable, respecto de los delitos más graves. Las acciones cometidas bajo estas condiciones eximentes son, según la engañosa terminología del Derecho angloamericano, realizadas sin *mens rea*, y la mayoría de las personas las calificaría de «no voluntarias» o «no enteramente voluntarias».

B) ATENUANTES

Justificaciones y eximentes, aunque diferentes, son similares en tanto que ambas, si admitidas, excluyen la condena y la pena. Se distinguen en esto de la noción de atenuante que presupone que alguien haya sido ya condenado y esté todavía por decidirse el grado de

16. En 1811, al septuagenario señor Purcell, de Cork, le fue conferido el título de «Sir» por haber matado a cuatro ladrones con un cuchillo de cocina. Kenny, *Outlines of Criminal Law*, 5.^a ed., p. 103, nota 3.

14. Véase, J. Rawls, «Two Concepts of Rules», en *Philosophical Review*, 1955, pp. 4-13.

15. Constitución de los emperadores Arcadio y Honorio, 397 d.C.

severidad de su castigo. Resulta, por tanto, relevante respecto de aquel aspecto de la distribución que habíamos denominado cantidad (*amount*). Es cierto que la severidad de la pena es determinada, en parte, por el fin general justificativo. Un utilitarista, por ejemplo, excluirá en principio, castigos cuya inflicción se considere que causan más sufrimiento que la transgresión no perseguida, y mantendrá que si un tipo de delito provoca mayor sufrimiento que otro, puede recurrirse a una pena mayor, si ello es necesario, para reprimirlo. Excluirá, asimismo, grados de severidad que sean inútiles, en el sentido de que no aseguren mejor o mantengan un mayor nivel de respeto a la ley, o cualquier otro resultado valioso, en relación a penas menos severas. Pero junto a restricciones a la severidad del castigo que resulten del fin de la pena, hay límites especiales que se deben al concepto de atenuante. Éstos, al igual que el principio de distribución, que limita al transgresor el quedar sujeto a pena, tienen un estatus independiente del fin general. La característica específica de las circunstancias atenuantes es que ofrecen una buena razón para administrar una pena menos severa si la situación o estado mental del delincuente condenado es tal que se considera estuvo expuesto a una tentación insólita o especialmente grave, o que su capacidad de control sobre sus acciones estuvo menoscabada o debilitada por medios ajenos a su propia acción, de forma que la conformidad con la ley que ha infringido resultaba de especial dificultad para él, en relación a personas normales y normalmente situadas.

Las características específicas de la noción de atenuante están, sin embargo, frecuentemente ocultas por las diversas técnicas jurídicas que hacen necesario distinguir entre lo que puede denominarse atenuante «informal» y «formal». En el primer caso el Derecho fija una pena máxima y deja que sea el juez quien conceda a los factores atenuantes (entre otras consideraciones) la relevancia que estime justa en la elección de la pena para determinado transgresor. Llegado este momento, el defensor hace su «alegación de atenuantes» (*plea in mitigation*). A veces, sin embargo, hay normas jurídicas que prevén que la presencia de una circunstancia atenuante traslada siempre la ofensa a una categoría distinta que conlleva una pena máxima inferior. Ésta es la atenuante «formal», y la provocación es su ejemplo más importante, la cual, en el Derecho inglés, sólo es operativa en relación con el homicidio. La provocación no es una cuestión de justificación o de excusa ya que no excluye la condena o la pena; pero «reduce» la acusación de homicidio doloso (*murder*) a homicidio no intencional (*manslaughter*) y la máxima pena, la condena a muerte, por la prisión perpetua. Es importante subrayar que no todas las disposiciones que reducen la máxima pena pueden ser consideradas «atenuantes»: las muy peculiares disposiciones del art. 5 del Homicide Act de 1957 que (*inter alia*) restringían la pena de muerte a tipos de homicidio que no incluían, por ejemplo, el homicidio por envenenamiento, no por ello reconocían el empleo de veneno como una «circunstancia atenuante». Sólo es concebida una reducción de la pena a la vista de las especiales dificultades del delincuente, en particular para respetar la ley transgredida.

Aun siendo los casos centrales suficientemente distintos, los límites entre justificación, eximente y atenuante no lo son tanto. Hay muchas características de las acciones que pueden ser, o son contempladas, en más de uno de estos modos. Así, aun cuando se hable poco de ello, la violencia (coacción bajo amenaza de un daño grave) en el Derecho inglés, en relación a ciertos delitos, es una eximente que excluye de responsabilidad. Este tratamiento se explica en base a que si B comete un delito sólo porque A le amenaza con grave violencia u otro daño, la acción de B no resulta de una elección «libre» o independiente; B es simplemente un instrumento de A que es quien «le ha hecho obrar». Sin embargo, B no es un instrumento en el mismo sentido en que lo sería si hubiera sido empujado por A

contra una ventana y la hubiera roto: a menos que él no quede literalmente paralizado por el terror de la amenaza, podemos pensar que B habría podido negarse a obedecer. Si obedecemos podemos hablar de *coactus voluit* y tratar la situación no como una en la que se volvería intolerable castigar en cualquier grado, sino como aquella que requiere una atenuación de la pena como ocurre en el caso de la provocación grave. Por otra parte, si el delito que A pretende de B es mínimo en comparación con el grave daño con que le amenaza (por ejemplo, la muerte), no resultaría absurdo considerar la amenaza de A como una justificación para la conducta de B, aun cuando pocos sistemas jurídicos lo admitan abiertamente. Si se adopta esta línea de razonamiento la coacción se confunde con la idea de «necesidad»¹⁷ que figura al margen de la mayor parte de los sistemas de Derecho penal como circunstancias que excluya la culpabilidad.

A la vista del carácter del reciente escepticismo que rodea al castigo penal es interesante observar cómo, incluso en el Derecho inglés, la relevancia de la enfermedad mental en relación con el castigo de delitos no siempre es materia de excusa, aun cuando la atención exclusiva a la normativa referente al caso M'Naghten acerca de la responsabilidad penal del enfermo mental, anime la creencia de que es así.¹⁸ Incluso antes del Homicide Act de 1957, una ley¹⁹ disponía que si una madre mataba a su hijo menor de doce meses mientras «su equilibrio mental se hallaba alterado» como consecuencia del parto o del período de lactancia, era considerada culpable sólo del delito de infanticidio que comporta cadena perpetua como pena máxima. Ello supone tratar la anormalidad mental como un factor (formal) de atenuación. De forma similar, en otros casos de homicidio, las normas M'Naghten consideran ciertos tipos de demencia como aislado. Hoy, esta anormalidad mental que «menoscaba sustancialmente la responsabilidad mental»²⁰ del acusado es motivo de atenuación formal que, como en el caso de la provocación, reduce el homicidio doloso (*murder*) a la categoría de homicidio no intencional (*manslaughter*).

4. La justificación de las eximentes

La admisión de circunstancias eximentes es un aspecto de la distribución de la pena que viene exigida por diferentes principios de justicia que limitan la medida en que objetivos sociales de carácter general pueden ser alcanzados a costa de los individuos. La importancia moral que se atribuye a éstos en materia de castigo lo diferencia de otras medidas que persiguen fines similares (por ejemplo, protección de la vida, riqueza o propiedad) por métodos que, al igual que la pena, resultan con frecuencia desagradables para los individuos a quienes se aplica, como por ejemplo la detención de personas de procedencia o asociaciones hostiles en tiempo de guerra, o de dementes, o la cuarentena obligatoria de personas afectadas por enfermedades infecciosas. A éstas se recurre para evitar daños catastróficos.

Todo sistema penal, en nombre de algún valor social, se compromete a la admisión de circunstancias eximentes, aunque ningún ordenamiento va tan lejos (especialmente en el caso de las enfermedades mentales) como podría parecer deseable. Pero es importante comprobar (si queremos evitar una respuesta tentadora pero superficial al moderno escep-

17. Resulta confusa porque sugiere que la culpa moral es una condición necesaria de la responsabilidad penal.

18. Por ejemplo, cuando se sostiene que la violación de la ley se justifica como el menor de dos males.

19. Infanticide Act de 1938.

20. Homicide Act de 1957, art. 2.

ticismo a propósito del significado o la verdad de la afirmación de que un delincuente podría haber respetado la ley que ha infringido) cómo nuestra preferencia moral por un sistema que reconoce tales excusas no puede ser explicada en base al fin general que adoptemos para justificar la práctica de la pena, como tampoco puede serlo nuestra repugnancia a comprometerse en la vergonzosa tarea de crear falsas acusaciones o de castigar sustituitivamente (*vicarious*). También aquí, incluso cuando las normas parecen moralmente inicuas, o en los casos en que dudamos de su carácter moral, de manera que la violación de la ley no entraña culpabilidad moral, el castigo de quienes la infringen inintencionalmente, representaría una injusticia añadida, y no actuar de esta forma, una muestra de indulgencia.

Los retribucionistas (respecto del fin general) no han prestado mucha atención a la lógica de este aspecto de la pena; habitualmente (y de forma errónea) han asumido que ello carece de estatus excepto como corolario de la retribución en relación al fin general. Pero los utilitaristas se han esforzado de forma tenaz y minuciosa en demostrar que la limitación en el uso del castigo respecto de quien voluntariamente infringe la ley, es algo explicable en base a argumentos puramente utilitaristas. En este sentido el esfuerzo de Bentham es el más completo, y su fracaso, una advertencia instructiva para los contemporáneos.

El argumento de Bentham era una respuesta a Blackstone, quien al exponer las principales causas de excusa reconocidas en el Derecho penal de su época,²¹ sostenía que «todas las diferentes defensas y excusas que protegen, a quien ha cometido una acción prohibida, del castigo en otro caso consiguiente, pueden ser reducidas a esta única consideración: la ausencia o defecto de voluntad [y al principio] que para constituir un delito ... tiene que haber en primer lugar una voluntad maliciosa». En su *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*,²² bajo el título «Casos no sujetos a castigo» (*Cases unfit for punishment*), Bentham expone una lista de las principales causas eximentes similar a la de Blackstone; trata después de mostrar que la inflicción de la pena a aquellos que, bajo estas condiciones, han realizado conductas jurídicamente prohibidas, «tiene que ser necesariamente ineficaz: no podrá prevenir la mala acción». Todo el discurso común acerca de la carencia o defecto de voluntad o ausencia de una voluntad «maliciosa» es, según él, «irrelevante respecto del propósito», mientras no implique la razón (ineficacia de la pena) que él mismo da para reconocer a estas eximentes.

De hecho, el argumento de Bentham es un espectáculo *non sequitur*. Se propone probar que castigar al demente, al menor, o a quienes infringen la ley inintencionalmente o bajo coacción o, en fin, por «necesidad», tiene que ser ineficaz; pero todo lo que prueba (como mucho) es la muy diferente proposición de que la amenaza de la pena será ineficaz en tanto que afecte a personas de estas clases. Evidentemente es posible que aunque (como Bentham afirma) la amenaza de la pena pudiera no haber surtido efecto sobre aquellas, la efectiva aplicación del castigo puede asegurar un mayor grado de obediencia al Derecho por parte de personas normales del que resulta por la admisión de las circunstancias eximentes. Si esto es así y si sólo estuvieran en juego los principios utilitaristas, deberíamos eliminar del Derecho la limitación de pena que impone la admisión de eximentes, y ello sin la conciencia de que estemos sacrificando ningún principio valioso o eligiendo el menor de los males: a no ser que, naturalmente, pensemos que el terror, o la inseguridad, o la miseria producida por la práctica de leyes así de draconianas, es peor que el menor grado de obediencia al Derecho asegurado por el sistema que admite eximentes.

21. *Commentaries*, libro IV, cap. II.

22. Cap. XIII, párr. 9, n.º 1.

Esta objeción a la justificación que ofrece Bentham de las eximentes no es puramente caprichosa. Cualquier aumento en el número de las condiciones exigidas para establecer la responsabilidad penal, incrementa la posibilidad de engañar a tribunales o jurados bajo la pretensión de que no se ha satisfecho alguna de esas condiciones. Cuando la condición es un factor psicológico, las posibilidades de que tal pretensión prospere son considerables. Además de las disposiciones relativas a las enfermedades mentales, los casos en que la persona acusada declara haber matado mientras dormía, o de forma accidental, o en algún estado temporal y anormal de inconsciencia, muestran que el engaño es ciertamente posible. Desde un punto de vista utilitarista esto puede conducir a dos tipos de «disfunción». La creencia en que tal engaño es posible puede animar a personas, que en otro caso no se arriesgarían a ser castigadas, a probar suerte en engañar de esta forma a un jurado. En segundo lugar, el delincuente que realmente consiga engañar con éxito, será puesto en libertad, aun cuando pudiera ser declarado legalmente incapaz. La evolución del Derecho angloamericano desde los tiempos de Bentham ha ido concretando esta crítica a su argumento. Hoy en día existen delitos (conocidos como de «responsabilidad objetiva») en los que para la convicción no es necesario mostrar que el acusado realizó intencionalmente lo que el Derecho prohibía o que pudo evitarlo si hubiera adoptado determinadas cautelas: la venta de alcohol a una persona ebria, la posesión de un pasaporte falso, o la venta de leche adulterada²³ son ejemplos de delitos de «responsabilidad objetiva» para los que no constituye defensa el hecho de que el acusado haya actuado inintencionalmente o por culpa, esto es, bajo un error que no había posibilidad de evitar.

A este respecto deben resaltarse dos cosas. En primer lugar, la justificación común de esta forma de responsabilidad penal está en que si se requiriera la prueba de la intencionalidad o la falta de cuidado, individuos culpables eludirían la pena. En segundo lugar, la «responsabilidad objetiva» es contemplada generalmente como algo odioso, y admitida como excepción a la regla general, conscientes de que se sacrifica un principio importante para asegurar un mayor grado de obediencia y de condena de los transgresores. El argumento de Bentham, curiosamente, ignora las dos posibilidades que se han mencionado. En primer lugar, el efectivo castigo de quienes actúan inintencionalmente, o de cualquier otro modo normalmente excusable, puede ser utilitariamente valioso en su efecto sobre otros; y en segundo lugar, cuando por esta probabilidad, se admite la responsabilidad objetiva y se excluyen las eximentes normales, ello puede suceder con el conocimiento de que otro principio ha sido sacrificado.

Acerca de este punto no les va mejor a las versiones modernas y más amplias de utilitarismo que a aquella de Bentham, cuyo principal criterio para una pena «eficaz» era la intimidación del ofensor o de terceras personas a través del ejemplo. A veces el principio de que la pena debe ser limitada a quienes voluntariamente han infringido la ley es defendido no como principio racional o moralmente importante en sí mismo, sino como algo tan enraizado en las concepciones populares de la justicia²⁴ de determinadas sociedades, incluida la nuestra, que el no reconocerlo conduciría a desórdenes o a la desaparición del Derecho penal, por cuanto funcionarios y jurados podrían rehusar el cooperar con un sistema de esta clase. Por ello, el castigar en estas circunstancias sería algo impracticable o generaría más daño del que posiblemente podría ser neutralizado por la mayor fuerza de

23. Véase Glanville Williams, *Criminal Law*, 2.ª ed., cap. VI, para una discusión de la protesta contra la «responsabilidad objetiva».

24. Michael y Wechsler, «A Rationale of the Law of Homicide», 1937, 37 *C.L.R.*, 701, esp. pp. 752-757; y Rawls, *op. cit.*

disuasión de la que pudiera gozar un sistema de este tipo. Sobre esta base, un sistema debería admitir eximentes por más que, en orden a prevenir desórdenes o linchamientos, pudiera hacer concesiones a las demandas populares de castigos más crueles de los que podrían ser justificados con otros argumentos. Dos objeciones pueden ser hechas a esta forma más amplia y pragmática de utilitarismo. La primera consiste en la observación fáctica de que, si bien un sistema de responsabilidad objetiva para todos los delitos, o para los más graves, no sería viable, un sistema que la admita en su periferia, respecto de infracciones relativamente menores, no es sólo practicable sino algo que existe en la realidad, aunque muchos la objetan o la admitan con renuencia. La segunda objeción es, simplemente, que ni siquiera nosotros nos apartamos del principio de que es incorrecto castigar al demente incurable o a quienes actúan inintencionalmente, etc., considerándolo como algo meramente incorporado a costumbres populares a las que se tienen que hacer concesiones de vez en cuando. Condenamos los sistemas jurídicos cuando desconocen este principio; al mismo tiempo tratamos de educar a la gente para que abandone su preferencia por las penas crueles, aun cuando podamos admitirlas en casos extremos frente a amenazas de desórdenes.

Por ello, resulta imposible considerar el principio que excluye la pena para quienes actúan bajo circunstancias eximentes, como un simple corolario del fin general —retribucionista o utilitarista— que justifica la práctica del castigo. ¿Se puede afirmar algo positivo acerca de este principio, excepto que le asignamos relevancia moral en tanto que limitaciones a la consecución de cualquiera sea el fin que nos proponemos al castigar?

Está claro que éste, como todos los principios de justicia, se ocupa de armonizar las pretensiones de una multiplicidad de personas. Incorpora la idea de que cada persona individual ha de ser protegida frente a la pretensión de los demás de que se condene y castigue por infracción de las normas a quien ha logrado, a sus expensas, un más alto grado de seguridad, felicidad o bienestar. Para proceder así se precisa de una autorización moral, en forma de prueba, de que la persona castigada infringió la ley con una acción de su libre elección, y lo máximo que podemos hacer para asegurar que los términos del permiso son respetados, es reconocer una serie de circunstancias eximentes. Llegados a este punto debería, quizá, terminar la dilucidación de este principio limitador. Quizá nosotros (o yo) deberíamos decir que es, simplemente, una exigencia de la justicia, y que la justicia consiste, simplemente, en principios que han de ser observados para la armonización de pretensiones contrapuestas de los seres humanos, y que: 1) en cuanto personas, tratan a todos por igual, concediendo especial significación a la acción humana voluntaria, y 2) prohíben que se utilice a un ser humano para el beneficio de otros, excepto como devolución de sus acciones voluntarias contra ellos. Confieso, sin embargo, que siento curiosidad por seguir adelante, aun cuando lo que tengo que decir puede que no añada nada a estos principios de justicia. Hay, no obstante, tres aspectos que aun cuando puedan ser reformulaciones desde diferentes perspectivas de principios ya enunciados, pueden ayudarnos a identificar los que ahora consideramos como valores de la práctica del castigo, y a lo que probablemente debemos reconsiderar a la luz del moderno escepticismo.

a) Podemos considerar el principio de que la pena debe ser reservada para las transgresiones voluntarias desde dos diferentes puntos de vista. El primero es aquel que ve a la sociedad «dañada» por la transgresión (ya sea porque uno de sus miembros ha sido agraviado o porque la autoridad del Derecho, esencial para su existencia, ha sido desafiada, o por ambos motivos). El principio aparece entonces como el que asegura que el sufrimiento que entraña el castigo recae sobre quienes voluntariamente han dañado a otros:

esto es valorado, no como el fin de la pena, sino como las únicas condiciones de imparcialidad dentro de las cuales se puede perseguir el fin general (protección de la sociedad, mantenimiento del respeto al Derecho, etc.).

b) El segundo punto de vista considera a la sociedad no ya agraviada por el delito sino ofreciendo a los individuos, incluido el propio delincuente, la protección del Derecho en condiciones de imparcialidad, porque éste no sólo consiste en una estructura de derechos y obligaciones recíprocos, sino porque dentro de esta estructura se da a cada individuo una oportunidad equitativa para elegir entre respetar las leyes, tal como exige la protección de la sociedad, o pagar la penalización correspondiente. Desde el primer punto de vista, el castigo efectivo de un delincuente aparece no sólo como algo útil a la sociedad (fin general), sino como algo justamente exigido al delincuente que voluntariamente ha realizado un daño; desde el segundo punto de vista se presenta como un precio justamente deducido, porque el delincuente tuvo, con anterioridad, una oportunidad equitativa para evitar la deuda.

c) El castigo penal, en cuanto intento por asegurar el comportamiento deseado, se diferencia de las técnicas de manipulación del Brave New World (condicionamiento, propaganda, etc.), o de la simple incapacitación de aquellos de tendencias antisociales, en que asume un riesgo. Pone la acción hasta que el daño se ha producido; su operación principal consiste, simplemente, en anunciar ciertas pautas de comportamiento y en asignar penas a la desviación, haciéndola así menos atractiva, y, sólo entonces, dejando a los individuos que elijan. Es éste un método de control social que, de diversos modos o quizá en sentidos diferentes, maximiza la libertad individual en el marco de la estructura coactiva del Derecho. En primer lugar, el individuo tiene la opción de obedecer o pagar. Cuanto peores son las leyes, más valiosa resulta la posibilidad de ejercer esta elección, que deja al individuo en situación de decidir su forma de vida. En segundo lugar, este sistema no sólo permite a los individuos ejercer esta elección, sino que incrementa su poder para identificar con antelación los períodos en que los castigos jurídicos no van a interferir en sus vidas y, en consecuencia, poder planificarlos. Este punto, así de obvio, se ve frecuentemente oscurecido por los otros méritos de la limitación del castigo respecto de transgresiones voluntariamente realizadas, pero ello merece atención separada. Cuando el castigo no está así limitado, los individuos quedarán expuestos a ver sus planes frustrados por penas respecto de lo que pueden realizar inintencionalmente, por ignorancia, accidente o error. Un sistema tal, de responsabilidad objetiva para todos los delitos, si lógicamente posible,²⁵ no sólo incrementaría notablemente el número de castigos, sino que disminuiría el poder de los individuos para identificar previamente los concretos períodos durante los cuales se verían libres de los mismos. Esto es así porque podemos tener muy pocas razones para confiar en que durante un período determinado no haremos alguna cosa de forma no intencional, accidentalmente, etc.; mientras que muchos, en base al conocimiento que de sí mismos tienen, pueden afirmar con justificada fe, que en un futuro no es probable que se entreguen intencionalmente a actividades delictivas y pueden planificar sus vidas momento a momento en la confianza de que durante ese tiempo permanecerán libres. Naturalmente, una confianza así justificada, aun cuando derivada del conocimiento de nosotros mismos, no equivale a certidumbre. Mi confianza acerca de que, intencionalmente, no cometeré acciones delictivas durante los próximos doce meses y, en consecuencia, no seré castigado, puede

25. Algunos delitos, como por ejemplo exigir dinero mediante amenazas, no pueden lógicamente ser realizados de forma no intencional.

frustrarse; pero es mayor, y está mejor justificada, que mi creencia acerca de que no haré intencionalmente ninguna de las cosas que nuestro sistema castiga si son realizadas de forma intencional.

5. Rehabilitación e individualización de la pena

La noción de atenuante incorpora la convicción de que, aun cuando la cantidad o severidad del castigo venga determinada principalmente en función del fin general, todavía la idea de justicia exige que sean castigados más levemente aquellos que han tenido especial dificultad en respetar la ley que han violado. Sin embargo, se acepta generalmente que los principios de justicia influyen en la cuantía de la pena de, al menos, dos modos más. El primero es la exigencia, algo vaga, de «tratar por igual casos similares». Se considera a ésta ciertamente infringida, al menos, cuando la razón para un castigo diferente, respecto de aquellos culpables del mismo delito, no se halla en una característica personal del transgresor durante la comisión del delito, ni tampoco en el efecto que pueda surtir la pena sobre él. Si una cierta transgresión es especialmente frecuente en un momento dado, y un juez dicta condenas más graves de las impuestas a transgresores precedentes («como advertencia»), ello implica que se sacrifica algo de justicia en aras de la seguridad social, aunque, con frecuencia, se acepte por muchos como el menor de dos males.

El principio ulterior de que diferentes clases de ofensas que revisten diversa gravedad (con independencia de cómo sea ésta establecida) no deben ser castigados con igual severidad, es un principio que, al igual que otros principios de distribución, puede condicionar la consecución de nuestro fin general, y no se puede deducir de éste. Las condenas a largos períodos de prisión podrían eliminar de forma eficaz las infracciones de aparcamiento, y sin embargo pensamos que el recurrir a ellas es injusto; y no porque para cada delito exista una pena «naturalmente» adecuada a su grado de iniquidad (como podría pensar algún retribucionista respecto del fin general); tampoco porque estemos convencidos de que el sufrimiento que causan tales sentencias (que, en realidad, podría ser pequeño ya que raramente habría necesidad de su aplicación) sería mayor que el causado por transgresiones no controladas (como podría argumentar un utilitarista). El principio rector, en un sistema de penas, es el de la proporción entre aquellas impuestas por ofensas diversas que ocupan lugares distintos en una escala de gravedad ordenada con arreglo al sentido común. Esta misma escala consiste, sin duda, en juicios muy aproximativos acerca de la relativa iniquidad moral y gravosidad de los diferentes tipos de transgresiones: establece distinciones, a grandes rasgos, entre las infracciones de aparcamiento y el homicidio, entre el matar por piedad y por dinero, pero no puede hacer frente a una afirmación precisa acerca de la maldad de un individuo cuando comete un delito (¿quién puede?). Sin embargo, conservar una proporción de este tipo puede ser importante: de hecho, cuando la graduación legal de los delitos, tal como aparece expresada en la relativa severidad de las penas, difiere notablemente de esta escala aproximativa, existe el riesgo de introducir confusión en la moral común, y de sumir al Derecho en el descrédito.

Los ideales de la rehabilitación e individualización de la pena (por ejemplo: la educación correctiva, la detención preventiva) que, de forma progresiva, han sido acogidos por la práctica penal inglesa a lo largo de este siglo son, evidentemente, contrarios al segundo, y quizá a ambos, de estos principios de justicia o proporcionalidad. Algunos temen, y otros esperan, que la progresiva influencia de estos ideales desembocará en la

sustitución del «tratamiento» a cargo de expertos por el castigo judicial. Sin embargo, es importante observar con precisión cuál es la relación entre rehabilitación y pena, porque sus defensores frecuentemente la conciben de forma errónea. No cabe duda de que la «rehabilitación», en cuanto objetivo, es algo muy vago; hoy día comprende cualquier reforzamiento de la disposición y capacidad por parte del transgresor para obedecer el Derecho, logrado ello de forma intencional por el esfuerzo humano, y no por miedo a la pena. Los métodos rehabilitadores incluyen: la inducción a estados de arrepentimiento o de reconocimiento de la culpabilidad moral, o a una mayor conciencia del carácter y exigencias de la sociedad; proveer una educación en sentido amplio, una preparación profesional y tratamiento psicológico. Muchos de los que advierten sobre la inutilidad y el carácter verdaderamente nocivo de buena parte de las penas tradicionales, hablan como si la rehabilitación pudiera y debiera ser el fin general de toda la práctica del castigo o el objetivo dominante del Derecho penal:

«La teoría correctiva basada en una concepción de causas múltiples y tratamiento curativo-rehabilitador, debe, ciertamente, predominar en la legislación y en la práctica judicial y administrativa.»²⁶

Esto es, desde luego, un ideal posible pero no un ideal para la pena. La rehabilitación sólo puede tener lugar en un sistema de penas aprovechando las oportunidades que presenta la condena o la detención forzosa de los transgresores. No supone un fin general justificativo alternativo a la práctica del castigo, sino algo cuya persecución en un sistema penal condicional, o desplaza por completo, el recurso a los principios de justicia o de proporcionalidad en la determinación de la cantidad de pena. Esto es por lo que, tanto la rehabilitación como el castigo individualizado, han figurado como contrarios a la moral tradicional de la pena.

Ciertamente hay una paradoja al afirmar que la rehabilitación deba «predominar» en un sistema de Derecho penal, como si el propósito principal al proveer una pena para el homicidio fuera rehabilitar al homicida y no el de prevenir tal homicidio; y la paradoja es mayor cuando la transgresión jurídica no es moralmente grave: por ejemplo, cuando se infringe un monopolio estatal de transporte. La objeción, al asignar a la rehabilitación este lugar en la pena, no es meramente que la pena extraña sufrimiento y la rehabilitación no, sino que la rehabilitación es, esencialmente, un remedio para el que, por hipótesis, sólo existe una oportunidad en caso de que el Derecho penal falle en su fin primario de proteger a la sociedad del mal que supone la violación del Derecho. La sociedad puede ser dividida, en todo momento, en dos clases: a) aquellos que efectivamente han infringido una determinada ley, y b) aquellos que todavía no la han infringido, pero pueden hacerlo. Tomar a la rehabilitación como el objetivo primordial equivaldría a renunciar a la esperanza de influir en la segunda clase que —respecto de las transgresiones más graves— es numéricamente mucho más importante. Por ello deberíamos subordinar la prevención de los primeros delitos a la prevención de la reincidencia.

La consideración acerca de qué condiciones o creencias harían figurar a ésta como una política razonable nos lleva a una cuestión respecto de la cual este trabajo es una mera introducción: la moderna duda escéptica que pesa sobre toda la institución de la pena. Si creyéramos que no se consigue nada con el anuncio de penas, o mediante el ejemplo de su inflicción, ya sea porque quienes no cometen delitos no lo harán en ningún caso, o porque las penas anunciadas o infligidas a otros no se cuentan entre los factores que influyen a la

26. Hall y Glueck, *Cases on Criminal Law and its Enforcement*, 1951, p. 14.

hora de respetar el Derecho, entonces se haría necesario un cambio dramático que se concentrara por entero en los efectivos transgresores. Precisamente porque de momento no creemos esto del todo, nos hallamos frente a un dilema y a un incómodo compromiso. Las penas que estimamos necesarias como amenaza para maximizar la obediencia al Derecho, pueden convertir al transgresor a quien se imponen, en un enemigo inflexible de la sociedad; mientras que el recurso a medidas rehabilitadoras puede disminuir la eficacia y ejemplaridad del castigo en los demás. Al igual que hacemos con los elementos principales de la pena, por ahora buscamos el compromiso en relación a este aspecto relativamente nuevo de la misma. Lo que hace de este compromiso algo aparentemente aceptable es la creencia en que la influencia que ejercen la amenaza y el ejemplo de la pena es, a menudo, independiente de la severidad de la misma, y se debe más a la ignominia que entraña la condena por un delito o a la privación de libertad, algo que, en todo caso, conllevan muchas de las medidas rehabilitadoras que se emplean hoy día.

Notas

Pág. 164: *Multiplicidad de cuestiones y principios únicos*. Algunos críticos niegan el punto de vista mantenido aquí acerca de que principios independientes sean relevantes respecto de cuestiones diferentes para una teoría del castigo moralmente aceptable. Véase especialmente, M. Goldinger, «Punishment, Justice and the Separation of Issues», *The Monist*, vol. 49, 1965, en donde se niega la supuesta separación de las diversas cuestiones que yo he distinguido.

Pág. 165: *El capítulo de Locke sobre la propiedad*. Aunque es importante distinguir entre las cuatro cuestiones referentes a la propiedad señaladas en el texto (definición, fin general justificativo, título, y cantidad), el difunto G. A. Paul me convenció de que mi crítica a Locke por no haber hecho una distinción de este tipo, era errónea. Paul sostuvo, en lecciones no publicadas, que Locke: a) no ofrece una definición de propiedad pero da el concepto por entendido; b) utiliza la noción de «el esfuerzo del cuerpo de un hombre y el trabajo de sus manos», sólo para responder cuestiones relativas al título de la propiedad privada; c) ofrece como fin general justificativo de la institución de la propiedad privada el que «las cosas pueden ser útiles a alguna persona en particular» y que «es buena para el mantenimiento de su vida»; d) ofrece como criterio de cantidad o extensión de la propiedad privada que «su posesión no sea malgastada» y «suficiente y que como bien siga perteneciendo a todos en común».

La definición de castigo. Se ha sostenido que la definición de castigo ofrecida en estas páginas es defectuosa porque no incluye referencias al hecho de que la pena es un expediente convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, y de juicios de desaprobación y reprochación. Véase, J. Feinberg, «The Expressive Function of Punishment», *The Monist*, vol. 49, 1965, I. El obispo Butler, en su «Sermón sobre el Resentimiento» (1729), considera el castigo como la expresión natural de un «resentimiento deliberado», e insiste en la importancia del resentimiento provocado por la injusticia como uno de «los vínculos comunes por los que la sociedad se halla unida». Véase también, P. F. Strawson: «Freedom and Resentment», *Proceedings of the British Academy*, vol. 48, 1962, p. 187.

Pág. 166: Holmes mantuvo que era más adecuado considerar el resarcimiento por la violación de un contrato o por un daño como un impuesto sobre una actividad, y en ocasiones mantuvo, aunque con dudas, que las penas también podían ser tratadas de este modo. Véase Holmes, *The Common Law*, p. 300; y la *Pollock-Holmes Correspondence*, vol. 1, pp. 21, 119, 177, y vol. II, pp. 55, 200-234; M. de Howe: *Justice Holmes, the Proving Years*, pp. 74-80. Kelsen, en la última versión de su teoría (*Theorie Pure de Droit*, París, 1962, pp. 33-39) trata de distinguir las sanciones coercitivas aplicables a los delitos (ilícitos jurídicos), de otras medidas coactivas meramente administrativas, y ello a partir del argumento puramente formal de que las últimas, a diferencia de las anteriores, no se aplican a una persona cuya acción voluntaria sea condición de su aplicabilidad. Véase a este respecto la discusión de Bentham acerca de las diferencias entre impuestos y multas; Bentham: «Principles of Penal Law», *Works*, Bowring ed., vol. 1, p. 394.

Pág. 171: *Justificación y eximentes*. Acerca de esta distinción, consultar: J. L. Austin, «A Plea for Excuses», 57 P.A.S., 1956-1957; Bentham, *Limits of Jurisprudence Defined*, pp. 215, n. 37, y 236; Hart, *The Concept of Law*, pp. 174-175; Brandt, *Ethical Theory*, p. 471.

Pág. 171: *Atenúantes y tentación*. Bentham no habría aceptado que el haber estado sometido a una

tentación insólita o especialmente intensa constituyera de por sí un motivo para atenuar la pena. Véase «Principles of Penal Law», *Works*, vol. I, pp. 399-400, y *The Principles of Morals and Legislation*, cap. XIV, párrs. 8-9, en donde sostiene que puede ser necesaria una pena mayor para contrarrestar una mayor tentación, aunque en base a razones utilitaristas la pena puede ser atenuada en determinadas circunstancias, dependientes de la tentación, si éstas indican «benevolencia» por parte del transgresor, como cuando un individuo roba para alimentar a su familia hambrienta.

Pág. 173: *Anormalidad mental y responsabilidad atenuada*. El art. 2 del Homicide Act de 1957 prevé una pena menor que la del homicidio para aquellos cuyo estado mentalmente anormal ha disminuido sustancialmente su «responsabilidad mental». Esta disposición ha sido criticada por incoherente, argumentándose que un individuo tiene que ser responsable o no en el momento de la comisión de determinado delito, y debe quedar exento, en el segundo caso, de toda medida penal. Véase Sparks: «Diminished Responsibility», en «Theory and Practice», 27 *M.L.R.*, 1964, p. 9.

Pág. 174: *Justificación utilitarista de las eximentes*. Se ha intentado demostrar, en contra de lo mantenido en el texto, que la limitación de la pena para quienes voluntariamente han infringido la ley es algo explicable desde una perspectiva puramente utilitarista. Véase, D. F. Thompson, «Retribution and the Distribution of Punishment», en *Philosophical Quarterly*, 1966, p. 59; y T. L. S. Sprigge, «A Utilitarian Reply to Dr. McCloskey», en *Inquiry*, 1965, p. 264.

Pág. 175: *Defensa de la responsabilidad objetiva sobre la base de principios utilitaristas*. Además de los Argumentos que se presentan en el texto, la responsabilidad objetiva puede ser defendida en algunos casos como un medio para disuadir a quienes no pueden garantizar el conseguir conformarse a las exigencias del Derecho para que no ocupen puestos a los que se halla conectada la responsabilidad jurídica objetiva. Véase R. A. Wasserstrom, «Strict Liability in the Criminal Law», *Stanford Law Review* 1960, p. 731. Se ha sostenido también que si bien la responsabilidad objetiva puede estimular a ciertos individuos o empresas mercantiles a idear nuevas técnicas con el fin de evitar determinadas infracciones, este efecto no puede asegurarse con la mera penalización de la negligencia. En relación con el argumento de que el castigo de la negligencia supone, de por sí, una forma de responsabilidad objetiva, véase Wasserstrom, *op. cit.*, y en contra: Hart, «Punishment and Responsibility», cit. cap. VI.

Anulación del delito y concepciones populares de la justicia. Bentham concedió gran importancia al hecho de que la pena no fuera «impopular» y, aun cuando no fundamentó su justificación para la admisión de las eximentes en las razones que aquí se han sugerido, fue de la opinión de que la satisfacción dada al público con el castigo de los transgresores, era un elemento a ser tenido en cuenta a la hora de valorar su utilidad. Véase, D. F. Thompson, *supra*; Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. XV, párrs. 22-24; *Principles of Penal Law*, parte II, libro I, cap. X: «On Popularity», *Works*, vols. I, p. 411.

Pág. 179: *Rehabilitación en cuanto fin general de la pena*. Considero ahora que el argumento presentado en el texto acerca de que la rehabilitación no puede ser un fin general justificativo de la práctica de la pena es inadecuado. Aun cuando de verdad resultara socialmente gravoso subordinar toda otra consideración a la rehabilitación, este tipo de política no es lógicamente incoherente desde un punto de vista lógico. Es posible que la efectiva experiencia del sufrimiento que comporta la pena pueda conducir a lo que habitualmente se entiende por «rehabilitación», esto es, un cambio sincero y una efectiva decisión de respetar el Derecho, no por miedo a repetir la experiencia del castigo, sino por convicción moral. La objeción principal que se formula en el texto, la de que asignar a la rehabilitación este puesto en la pena subordina la prevención de las primeras ofensas a la prevención de la reincidencia, puede ser rebatida (al menos parcialmente) de diferentes modos. Así se ha sostenido por Lady Wootton (*Crime and the Criminal Law*, p. 101) que, debido a que sabemos tan poco acerca del efecto que pueda surtir el castigo del culpable en ofensores potenciales, normalmente debemos dar prioridad, al elegir la condena, al efecto probable sobre el ofensor de una decisión particular. Otros han mantenido que la aplicación de la pena al efectivo transgresor, al señalar la condena de un delito por parte del Derecho, puede que no disuada a potenciales transgresores por medio del temor, pero puede reforzar su inhibición moral hacia la conducta así condenada, y esto también puede ser considerado una especie de «rehabilitación». Véase J. Plamenatz, «Responsibility», en *Philosophy, Politics and Society*, Laslett y Runciman, eds., serie 3, J. Feinberg, *op. cit.*; y teorías relacionadas, avanzadas por A. C. Ewing en *The Morality of Punishment*, y Lord Denning, en el «Report of the Royal Commission on Capital Punishment», Cmd. 8932, párr. 53. Para una crítica de esto último, véase Hart, «Punishment and Responsibility», cit., pp. 170-173.