

JERONIMO BETEGON

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES
FAC. CS. JURIDICAS Y SOCIALES
BIBLIOTECA

LA JUSTIFICACION DEL CASTIGO

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID, 1992

1004266

Projecte Fund

16465

6-1

c. 2631A.

mente, incluye la tipificación y regulación de conductas por parte del Derecho Penal⁴³.

La crítica descrita apunta directamente a un problema básico del retribucionismo cuando se dirige a justificar la sanción penal, y que ha de ser objeto de atención más adelante: cuando el retribucionista estima que la acción de castigar o penar cierta clase de actos encierra en sí mismo un cierto valor, ¿a qué tipo de acción punitiva se refiere: la inferida en respuesta de actos moralmente ilícitos o, por el contrario, estriba en la punición de actos jurídicamente prohibidos, con independencia por tanto de su calificación moral? La aceptación de este segundo criterio conduce a evidentes problemas, fundamentalmente el sugerido por Marx, en el sentido de que viene a suministrar una justificación a cualquier ley positiva, pero parece igualmente evidente que esto tampoco puede constituirse en una crítica al modelo justificatorio que se contiene en las propuestas de Kant, Hegel o Bradley; en estos autores, la teoría retribucionista se dirige a justificar la acción de castigar por la existencia de una ofensa moralmente condenable. En el próximo capítulo se aborda el problema de la articulación de esta exigencia en un sistema de normas positivas; por ahora me limito a afirmar, con Nino, que «la asociación entre inmoralidad y responsabilidad penal es una característica esencial distintiva de la concepción retribucionista»⁴⁴; aceptar que resulta valioso el castigo de actos jurídicamente prohibidos, haciendo salvedad de su «status» moral, supone, además de la inevitabilidad de la crítica mencionada, una restricción arbitraria de la justificación retribucionista respecto de aquellas acciones humanas que son objeto de regulación jurídica y, en definitiva, asumir que la justificación legal y moral son una y la misma cosa.

⁴³ Es en este sentido en el que I. Primorac interpreta la crítica de Marx al retribucionismo. Vid. «On Some Arguments Against the Retributive Theory of Punishment», cit., págs. 58-60.

⁴⁴ Vid. C. S. Nino: «Los límites de la responsabilidad penal», Ed. Astrea. Buenos Aires, 1980, pág. 268.

CAPITULO III

EN TORNO A UNA PROPUESTA DE DEFINICION DE CASTIGO

A continuación me voy a centrar en el análisis de dos propuestas de definición, las formuladas por A. G. N. Flew y H. L. A. Hart, que intentan concentrar, en términos de cinco elementos, los rasgos definitorios más relevantes a un uso primario o «standard» —en la expresión empleada por Hart— del término «castigo». No está de más señalar que sobre ambas propuestas se ha vertebrado toda la discusión conceptual originada sin duda, como sugiere Rabossi, en la constatación de la compleja trama que enmarca el problema justificatorio del castigo¹.

He tratado de aclarar en las páginas inmediatamente anteriores el objetivo que se persigue al analizar las propuestas de definición mencionadas. En función de ello, es decir, de alcanzar una noción de castigo en la que puedan tener cabida la variedad de acepciones de las que el término es susceptible, buscando así la descripción de aquellos rasgos comunes a la diversidad de contextos en los que la palabra encuentra aplicación sin que pueda decirse que está siendo impropriamente utilizada y, en fin, de conseguir, asimismo, una definición suficientemente amplia y flexible para que no limite «a priori» las posibilidades justificatorias, se analiza, en lo que sigue, cada uno de los elementos definicionales apuntados por los autores citados con el propósito fundamental de establecer en qué medida la ausencia de cada uno de ellos altera el significado del término. Adelanto ya que, en relación al uso que en el lenguaje ordinario atribuimos a la palabra «castigo», va a resultar difícil obtener condiciones de necesaria aplicabilidad en razón de la multiplicidad aludida de situaciones y contextos en los que aquélla puede ser empleada.

¹ Vid. E. A. Rabossi: «La justificación moral del castigo», cit., págs. 63-66.

Precisamente la continua referencia a los usos habituales que en el lenguaje ordinario se hacen del término pretende poner de relieve:

a) Los posibles efectos negativos que pueden resultar de presentar, como conclusión de un trabajo de índole conceptual, una definición del castigo a la que se ha llegado tras el examen exclusivo de un determinado modelo, el jurídico o cuasijurídico, de características propias muy peculiares que, probablemente, en más de un aspecto, tergiversen y oscurezcan el concepto más amplio de castigo generalmente inducido a partir de las variadas manifestaciones del mismo.

b) La aparente arbitrariedad de relegar a una lista «sub-standard» usos frecuentes, bien establecidos en el discurso habitual que recurre al término, y que, como se pretende mostrar, arrojan luz a una definición general de «castigo»².

Las dos propuestas de definición elegidas son prácticamente idénticas; la de Flew se presenta como descriptiva de un uso primario del castigo, mientras que la de Hart reconoce hacerlo respecto del modelo que opera en un sistema jurídico. Esta mayor concreción obliga a este último autor a incluir ciertas propiedades y circunstancias que distinguen a la pena jurídica de otros usos de «castigo».

A. Flew describe un uso primario de «castigo» a partir de la consideración de cinco elementos cuyo presencia se exige *necesariamente* (los cuatro primeros los introduce con la expresión verbal «it must» y el quinto con «it has to be...»). Los enuncia así:

- 1) (El castigo) tiene que ser un mal o algo no placentero para la víctima del mismo.
- 2) Tiene que ser infligido (por lo menos, supuestamente) con motivo de una ofensa.
- 3) Tiene que ser infligido al ofensor (o a quien se suponga ofensor).
- 4) Tiene que ser fruto de la acción humana.
- 5) Tiene que ser (por lo menos, supuestamente) impuesto en virtud de una autoridad especial conferida por las instituciones en contra de cuyas normas ha sido cometida la ofensa³.

² Una crítica de este tipo puede encontrarse en T. McPherson: «Punishment: Definition and Justification», cit., pág. 22.

³ Vid. A. Flew: «The Justification of Punishment», cit., págs. 85-87. Dado que

En 1959, es decir, cinco años después de la fecha de publicación del trabajo de Flew, S. I. Benn, en su estudio acerca del castigo ya citado en estas páginas, acepta esta propuesta de definición a la que añade un sexto requisito, que, más bien, ha de ser entendido como una puntualización en torno al primero de los señalados por Flew: que el contenido no placentero del castigo, o la carga de sufrimiento que éste comporta debe ser «parte esencial de lo propuesto y no algo incidental a algún otro objetivo»⁴.

En este mismo año es también cuando aparece el conocido artículo de Hart «Prolegomenon to the Principles of Punishment», en el que se contiene la otra definición de la que me voy a servir en las páginas que siguen. Como ya se ha dicho, aquí opta Hart por un enfoque más restringido, que da cuenta exclusivamente de la práctica de castigar tal como ésta suele ser institucionalizada por un sistema jurídico. Junto a ella, el profesor de Oxford elabora una lista —que no pretende ser exhaustiva— de posibles casos de castigo que él prefiere relegar a una posición secundaria o, como él mismo la denomina, «sub-standard».

Así, y siguiendo en buena medida —él lo reconoce— los pasos de Flew y Benn, enuncia como rasgos definicionales de un concepto «central» de castigo los siguientes:

- 1) (El castigo) tiene que entrañar dolor u otras consecuencias consideradas normalmente como no placenteras.
- 2) Tiene que ser con motivo de una ofensa contra normas jurídicas.
- 3) Tiene que ser infligido a un ofensor, real o supuesto, por su ofensa.

algunas palabras y expresiones carecen en castellano de una traducción precisa, se transcribe a continuación el enunciado original de estas definiciones; así, Flew escribe: «I propose therefore, that we take as parts of the meaning of punishment, in the primary sense, at least five elements. First, it must be an evil, an unpleasantness, to the victim... Second, it must (at least be supposed to) be for an offence... Third, it must (at least be supposed to) be of the offender... Fourth, it must be the work of personal agencies... Fifth, a standard case of punishment has to be (be at least supposed to) imposed by virtue of some special authority conferred through or by the institutions against the laws or rules of which the offence has been committed».

⁴ Vid. S. I. Benn, R. S. Peters: «Social Principles and the Democratic State», cit., pág. 174.

4) Tiene que ser intencionalmente infligido por seres humanos distintos al ofensor.

5) Tiene que ser impuesto y admitido por una autoridad constituida por un sistema jurídico en contra del cual se ha cometido la ofensa.

Junto a esta descripción «standard», las posibilidades de castigos secundarios o «sub-standard» que menciona son los siguientes:

a) Castigos por violación de normas jurídicas, impuestas y administradas por personas que no son funcionarios autorizados (sanciones descentralizadas).

b) Castigos por violación de normas u órdenes no jurídicas (castigos en una familia o en una escuela).

c) Castigos indirectos o colectivos a algún miembro de un grupo especial por acciones realizadas por otros sin autorización, estímulo, control o permiso del primero.

d) Castigo de personas (no comprendidas en c) que no son ni real ni supuestamente ofensores⁵.

La táctica de Hart al enumerar los anteriores ejemplos de castigo no es en absoluto caprichosa; obedece al propósito explícito de eliminar la posibilidad de, mediante la utilización de estrategias puramente definicionales y de orden lingüístico, tratar de pasar por alto determinados alegatos morales. Fundamentalmente —y adelanto ahora lo que es objeto de una mayor atención en páginas siguientes—, hace esto referencia al tipo de «barreras definicionales» («definitional stop» es la expresión empleada por Hart) que se han esforzado por imponer algunos defensores de la teoría utilitarista del castigo en relación con la conocida imputación de que la justificación que proponen permite, ante determinadas circunstancias, el castigo de per-

⁵ La propuesta de definición de Hart, así como la enumeración de los casos no centrales de castigo, en «Prolegomenon to the Principles of Punishment», cit., págs. 4 y 5. Transcribo también a continuación la versión original de la defendida por Hart:

- «...I shall define the standard or central case of 'punishment' in terms of five elements:
- I. It must involve pain or other consequences normally considered unpleasant.
 - II. It must be for an offence against legal rules.
 - III. It must be of an actual or supposed offender for his offence.
 - IV. It must be intentionally administered by human beings other than the offender.
 - V. It must be imposed and administered by an authority constituted by the legal system against which the offence is committed.

sonas inocentes⁶. Esta acusación daría lugar o, cuando menos, sugeriría un abuso definicional de los elementos 2 y 3 de la definición propuesta acerca del modelo «standard», con el fin de que el concepto de castigo excluyera de sus posibles significados el de su aplicabilidad por ofensas inexistentes o a no ofensores. De este modo, la posibilidad del «castigo del inocente» no encontraría cobertura en una justificación del castigo, por la sencilla razón de que lo descrito bajo esa situación no representa un caso de castigo⁷.

La lista de los diferentes contextos en que el castigo puede encontrar aplicabilidad, esbozada por Hart, es meramente aproximativa; a la multiplicidad de éstos ya me he referido anteriormente con la intención de resaltar, por un lado, la probable dificultad de alcanzar una definición que incluya los aspectos y rasgos más relevantes que puedan ser comúnmente predicados de todos aquéllos, y, por otra parte, destacar el riesgo acerca de que la falta de representación de los mismos puede dar pie a que se formulen definiciones —en el sentido ahora indicado por Hart— estipulativas de condiciones de aplicabilidad cuyo fin primordial es la neutralización de objeciones morales que pueden resultar convincentes y, al mismo tiempo, mostrar cómo ciertos argumentos dirigidos originariamente a la justificación moral del castigo cambian de «status» y quedan convertidos en asertos lógicos acerca de su significado.

⁶ Este argumento, que, en la vertiente de la discusión de carácter moral que plantea, es analizado en otro capítulo, aparece como crítica al utilitarismo en multitud de trabajos concernientes al problema de la justificación del castigo. Cito alguno de los que, en relación a este aspecto concreto, se han presentado como más significativos: A. C. Ewing: «The Morality of Punishment», cit., pág. 54 y ss.; W. D. Ross: «The Right and the Good», Oxford University Press, Oxford, 1930, pág. 56, y E. F. Carriff: «Ethical and Political Thinking», Oxford University Press, Oxford, 1947, pág. 65.

⁷ Hart señala, además, otra grave consecuencia que inevitablemente habría de derivarse de la aceptación de este tipo de maniobra lingüística, y es que constituiría un serio obstáculo para proseguir indagando en el «status» racional y moral que pueda existir detrás de nuestras preferencias por un sistema de castigo que opta por medidas restrictivas o dolorosas respecto de personas que han cometido una ofensa previa. Parece evidente que frente a otras posibles alternativas de «higiene social» que podrían ser adoptadas para prevenir aquellas conductas antisociales, nuestra elección por el modelo «standard» de castigo no puede justificarse con el simple recurso a una definición. En «Prolegomenon...», cit., pág. 6.

Teniendo en cuenta todo ello, me dedico, en lo que sigue, al examen de cada uno de los argumentos apuntados que integran las dos definiciones descritas:

1. EL CASTIGO COMO CLASE ESPECIFICA DE TRATAMIENTO QUE IMPLICA DOLOR, SUFRIMIENTO O ALGUNA OTRA FORMA DE DISPLACER

Flew y Hart mencionan esta característica en primer lugar y desde luego es la que menos recelos despierta entre quienes han propuesto ensayos definicionales del castigo⁸. Es más, para algunos esta evidencia empírica de todo castigo al colocarnos en una situación que nos desagrada es una diferencia relevante frente a otras medidas coactivas que puede adoptar el Estado y que podrían confundirse fácilmente con la pena jurídica⁹; para Nino, por ejemplo, este dato «constituye un componente esencial de la razón por la que se recurre a la pena» y ello con independencia de cuál sea el objetivo final al que la misma vaya dirigida. De tal modo que, ya sea desde un punto de vista utilitarista, en el que el sufrimiento o la situación desagradable que conlleva el castigo se busca como medio para un fin distinto, o desde una perspectiva retribucionista en que tal carga de dolor o sacrificio sea perseguida como un fin en sí mismo, lo cierto es que para el mencionado autor, el sufrimiento que el castigo implica «es un efecto intencional del acto de recurrir a ella (y que lo persigue como fin o

como medio para otro fin)». Esto, continúa Nino, es precisamente lo que se halla ausente en otros tipos de medidas coactivas que puede adoptar el Estado respecto de sus súbditos, como puedan ser las personas sujetas a cuarentena donde el sufrimiento que se puede derivar de esta situación «es un mero subproducto y no constituye parte esencial de la razón para recurrir a tales medidas.... es, a lo sumo, la consecuencia necesaria de una privación cuya función no está relacionada con tal sufrimiento»¹⁰.

En efecto, parece sensato admitir lo sugerido por Nino si reflexionamos, de acuerdo con J. M. Smith¹¹, acerca de la aparente contradicción entre las modernas corrientes criminológicas o penológicas respecto de la concepción que la organización social actual pueda tener de la relación castigo-sufrimiento. Si por un lado aquéllas se esfuerzan por alejar en la medida de lo posible la previsión y aplicación de castigos que entrañan sufrimiento, tratando así de disociar la estrecha relación empírica que históricamente ha existido entre castigo y dolor¹², por otra parte, parece que la sociedad actual sigue haciendo del binomio castigo-sufrimiento algo más que lo meramente empírico; ya que, según Smith, y también Nino parece ser de la misma opinión, se puede afirmar con cierta seguridad que haríamos todo lo posible por modificar las previsiones jurídico-penales si llegáramos a descubrir que la cárcel es considerada por quienes la ocupan como una experiencia placentera. En este caso, pocos de los que integran el cuerpo social y acatan y obedecen los mandatos y reglas a los que se asocian castigos dudarán en admitir que la razón de ser, o al menos,

⁸ Vid. C. S. Nino: «Los límites de la responsabilidad penal», cit., págs. 203 y 204.

⁹ Vid. J. M. Smith: «Punishment: a Conceptual Map and a Normative Claim», en *Ethics*, 1965, págs. 285-290.

¹² En relación a la historia de las formas y clases de castigo empleados por el Estado, pueden consultarse, entre otras, las obras siguientes: H. E. Barker: «The Story of Punishment», The Stanford Co. Boston, 1930; G. R. Scott: «The History of Torture Throughout the Ages», Luxor Press, Londres, 1938; L. Radzinowicz: «History of English Criminal Law», tomo I. Stevens and Sons, Londres, 1948, y más recientemente el polémico libro de G. Newman: «The Punishment Response», Harper and Row, New York, 1978. Dentro de la bibliografía española ofrece un indudable interés el libro de F. Tomás y Valiente: «El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta», Ed. Tecnos, Madrid, 1969.

⁸ La opinión de W. G. Maclagan en el sentido de que posiblemente sea éste el único elemento definitorio del castigo que no debe ser puesto en tela de juicio, sería suscrita por un buen número de autores a juzgar por las escasas referencias críticas que pueden encontrarse en relación con el mismo. Vid. «Punishment and Retribution», *Philosophy*, vol. XIV (1939), pág. 281. En parecidos términos, McCloskey: «The Complexity of the Concepts of Punishment», cit., pág. 321.

⁹ Viene al caso recordar cómo ya Hobbes definía la pena jurídica como «un mal infligido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una transgresión de una ley». Definición más sintética pero que, como puede observarse, contiene implícitamente todos los elementos definitorios que utiliza Flew para describir el castigo. En «Leviatan», cap. XXVIII, cit., pág. 386.

parte de la finalidad del castigo no se ha visto realizado¹³. Y de ésta, parece que inescindible unión entre castigo y dolor, sufrimiento o displacer de algún tipo, surge precisamente la necesidad de justificación de aquél.

Creo, sin embargo, que aún cabe precisar algo más la anterior caracterización, y que tiene sentido tratar de comprobar hasta qué punto puede ser considerado ese habitual efecto negativo del castigo respecto de su sujeto pasivo, ingrediente esencial o condición necesaria para una descripción correcta del concepto.

En primer lugar, no parece adecuado incluir la referencia al mal de algún tipo que suele llevar consigo la actividad de castigar, cuando lo que pretendemos es elaborar una propuesta de definición de ésta para abordar, acto seguido, el problema de cómo justificarla moralmente, en donde, como ya es conocido, la confrontación entre argumentos de índole retribucionista y consecuencialista parece a todas luces insalvable. Y no parece adecuado porque una definición que ya incluya en su enunciado la referencia al citado elemento, aparentemente, está usurpando el contenido de lo que más tarde va a presentarse como el núcleo de un argumento justificatorio retribucionista¹⁴; definición y justificación resultarían así idénticos si tomamos en cuenta una de las críticas más comunes que el utilitarismo ha venido esgrimiendo frente a su oponente teórico: la de que el retribucionismo insiste en añadir más mal —el que representa el castigo— a dos males ya existentes —el que se ha inferido a la víctima de la ofensa con la comisión de ésta, y el mal moral en que ha incurrido el autor de la misma— y que, entre otros, fue ya formulada por H. Rashdall¹⁵. Si,

¹³ A juicio de J. M. Smith, esto queda bien patente en relación con un enfoque consecuencialista del castigo, como lo pone de manifiesto en el texto que traduzco a continuación: «Es porque creemos que el castigo tiene que ser doloroso para poder alcanzar sus fines —ya sea la reforma del reo o la intimidación de otros criminales, por ejemplo—, por lo que insistimos en que el castigo sea doloroso. Si descubriéramos que éste era bien recibido tantas veces como es rehuido, o que existen grandes divergencias entre la gente acerca de lo que consideran doloroso, se harían necesarias reformas fundamentales para hacer del castigo algo consonante a nuestras creencias y actitudes». En op. cit., pág. 286.

¹⁴ Este defecto se halla claramente sugerido en J. Kleinig: «Punishment and Desert», pág. 22.

¹⁵ Vid. H. Rashdall: «The Theory of Punishment», cit., pág. 22, donde se plantea

por tanto, adoptamos una medida universal de «mal» y aceptamos que los tres ahora mencionados son equivalentes, parece evidente que el poder justificatorio del retribucionista sale perjudicado de una definición de castigo formulada en esos términos, y desde la perspectiva de la corrección lógica del discurso, las posibilidades en el terreno justificatorio estarán del lado de un enfoque consecuencialista¹⁶.

Coherentemente con lo recién expresado, es plausible pensar que, precisando el tipo de «mal» al que suele hacer referencia el castigo, podría salvarse el inconveniente mencionado, si caemos en la cuenta de lo también dicho acerca de los probables excesos metafóricos que pueden atribuirse a términos como «dolor», «sufrimiento», etc., en relación, por ejemplo, a la práctica punitiva actual por parte del Estado. Sin embargo, la posibilidad de alcanzar resultados fructíferos por esta vía parece remota, y no, precisamente, en lo que se refiere al Estado, que suele emplear formas definidas de castigo cuya carga afflictiva es más difícil de concretar; es en relación a los demás contextos en los que puede manifestarse el castigo en los que la tarea de especificar el «mal» al que hace referencia la definición de Flew tiene escasas perspectivas de éxito, debido a la diversidad de formas que aquél adquiere¹⁷.

En todo caso, frente a la caracterización amplia de Flew, se han ofrecido propuestas que intentan precisar qué tipo de «mal» acarrea

la crítica mencionada en los siguientes términos: «La cuestión es si, aparte de por sus consecuencias, puede haber algo de corrección moral en la mera inflicción de dolor por dolor. Se ha cometido un ilícito —pensamos en un crimen de gran violencia—; por medio de esta acción ve la luz en el mundo un mal doble. Ha habido tanto dolor físico para la víctima, como mal moral para el alma del ofensor. ¿Mejora esta situación con la adición de un tercer mal —el dolor del ofensor castigado que *ex hypothesi* no le va a reportar ningún bien moral?»

La crítica mencionada se incluye dentro de aquella cuyas líneas generales eran expuestas en el capítulo anterior, apartado 2, y que venía a excluir al retribucionismo como teoría justificatoria válida, debido a que la no toma en consideración de las consecuencias de una acción equivaldría a la afirmación de la bondad intrínseca de la misma y, por tanto, a la innecesariedad de su justificación moral.

¹⁶ En relación con este tipo de falacias no formales del lenguaje, puede consultarse el libro de J. M. Copi: «Introducción a la lógica», traducc. de N. A. Mínguez, Eudeba, Buenos Aires, 1982, pág. 94 y ss.

¹⁷ Vid. en este mismo sentido, H. J. McCloskey: «The Complexity of the Concepts of Punishment», *Philosophy* (1962), págs. 307-325.

la inflicción de castigo; la noción de dolor, que apareció más tarde en la definición de Hart, había sido previamente desechada por Flew, pretendiendo salvar una excesiva concentración del concepto de castigo alrededor de la idea de sufrimiento físico, bastante alejada de la realidad actual de los tipos de castigo que suelen estar previstos en los sistemas jurídicos de nuestro entorno cultural¹⁸; parece obligado admitir que ciertas expresiones no infrecuentes en las definiciones de castigo como «inflicción deliberada de dolor» o «hacer sufrir a una persona», que evocan inevitablemente, como señala C. W. K. Mundle¹⁹, escenas de flagelación, azotamiento o tormento, han de interpretarse en un sentido figurado, entendiéndolo en su lugar referencias de otro tipo, más adecuadas al significado ordinario de castigo; en opinión del autor citado, la idea que actuaría de denominador común a las situaciones imaginables de castigo sería la de frustración de deseos personales de algún tipo²⁰.

¹⁸ En apoyo de lo dicho, Flew indica cómo en otros usos secundarios de la palabra «castigo» lo denotado por ésta no se corresponde en muchas ocasiones con la inflicción de dolor físico; ha tenido lugar un proceso de extensión de su significado. Así, en relación al uso que de aquélla se hace corrientemente en referencia a actividades deportivas, aquél no se restringe a la descripción de situaciones estrictas de dolor (boxeo, por ejemplo), sino, en ocasiones, a la simple desventaja de uno de los contendientes frente a los demás. Vid. A. Flew, op. cit., pág. 85.

¹⁹ No quiero decir con ello que no existan propuestas que tratan de modificar, en lo que al castigo penal se refiere, la tendencia actual a disociar castigo y dolor corporal y sugieren la vuelta a la forma clásica del mismo, en la que el sufrimiento físico era la nota esencial y la finalidad de aquél. Así, G. Newman, en un reciente libro, aboga por una fórmula penal de este tipo; sumariamente descrita su argumentación es la siguiente: la privación de libertad, castigo de recurso más frecuente en relación con la mayoría de las ofensas reguladas jurídicamente, demuestra ser un tipo erróneo de pena, que casi siempre supone un encuentro diario con la violencia y la humillación. Y además desvirtúa la esencia misma del castigo que, por encima de todo, ha de ser doloroso. La alternativa, por tanto, ha de ser el castigo corporal que carece de coste material elevado, no destroza familias, no deja secuelas y, por su inmediatez, ofrece una lección específica y transmite un mensaje claro acerca del crimen cometido. Es una respuesta concreta frente al castigo actual, que es meramente simbólico y sólo inflige dolor por negligencia y no intencionalidad del mismo. En suma, la única posibilidad de hacer justicia es con la imposición de castigos y éstos dejan de serlo si no reportan sufrimiento físico, con lo cual éste es condición necesaria de aquélla. Vid. G. Newman: «Just and Painful. A Case for the Corporal Punishment of Criminals». MacMillan, Londres, 1983.

²⁰ Vid. C. W. K. Mundle: «Punishment and Desert», cit., pág. 68.

J. D. Mabbott, en un esclarecedor artículo de respuesta a la previa crítica que le había formulado Flew²¹, llega a una conclusión similar a la de Mundle. No sólo encuentra inaceptable la descripción del concepto de castigo en términos de «dolor» o «sufrimiento», sino que rechaza igualmente la más flexible de «mal» que Flew había defendido: la idea que persigue todo castigo es la de privar a su destinatario de un determinado bien, y esto tampoco coincide plenamente con lo pretendido por Flew, que era dar cabida a la idea de sufrimiento mental, más afín, según él, al significado común de castigo. Lo dicho queda claramente demostrado, según Mabbott, en los casos de multas u otros tipos de penalización para las que resulta exagerado afirmar que provocan cualquiera de los dos estados mencionados. E incluso con el castigo más grave que algunas sociedades actuales admiten, como es el caso de la pena de muerte, la tendencia de los países civilizados apunta siempre a atenuar la carga de sufrimiento que pueda conllevar; Mabbott pone el ejemplo de cómo alguna forma concreta de ejecución de este castigo ha sido defendida oficialmente e intentado justificarse sobre la base de ausencia de sufrimiento²². Y tampoco

²¹ Vid. J. D. Mabbott: «Professor Flew on Punishment», «Philosophy», vol. XXX, julio 1955, págs. 256-265. Publicado también en H. B. Acton, ed.: «The Philosophy of Punishment», cit., págs. 115-129, por donde cito.

²² Mabbott se refiere a las conclusiones del «Royal Commission Report on Capital Punishment», publicado en 1953, y que reunió las investigaciones que durante cuatro años había realizado esta Comisión oficial inglesa, sobre la base del estudio de las actitudes generales, principios de índole moral y cuestiones fácticas que podían ser advertidas dentro de las sociedades avanzadas en relación con el delito de homicidio y su posible castigo. La Comisión, para realizar su trabajo, visitó numerosos países europeos y Norteamérica y contó con el asesoramiento de prestigiosos juristas y de expertos en cuestiones criminológicas. Así, colaboraron con ella personas como el juez F. Frankfurter o los profesores H. Wechsler y T. Sellin. Como señala Hart, la publicación del «Report» introdujo en Inglaterra buenas dosis de claridad en la delimitación y discusión de la materia que frecuentemente había estado mediatizada por un sinnúmero de prejuicios, y esto a pesar de que el citado informe se pronunciara en sus conclusiones por el mantenimiento de la pena de muerte, aunque se extendía en los límites que debían condicionar su práctica.

En relación con lo dicho y acerca, en general, de la regulación jurídica de la pena capital en el ámbito angloamericano es interesante la lectura de H. L. A. Hart: «Murder and the Principles of Punishment: England and the United States», North-western University Law Review, vol. LII (1957), págs. 433-462; publicado posteriormente en H. L. A. Hart: «Punishment and Responsibility», cit., págs. 54-98,

podemos afirmar con propiedad que, cuando menos, este tipo de castigos se caracterizan por la carga de sufrimiento mental que para el reo se deriva de la espera que inevitablemente se produce entre el momento de la sentencia y el de la ejecución, ya que ello no entra a formar parte de la finalidad del castigo²³. Por el contrario, lo que sí resulta obvio es que la pena capital, la encarcelación, y la multa significan la privación de los bienes básicos de la vida, la libertad, y la propiedad. Con todo ello, Mabbott cree dar un paso más sobre el progreso que Flew quería advertir en la sustitución del significado de sufrimiento físico que representaba la descripción del castigo en términos de «dolor», por el de sufrimiento mental que resultaba más adecuado a los efectos que se derivan de una concepción actualizada y referida siempre al castigo practicado por el Estado; según Mabbott, sin embargo, sólo nos aproximaremos a un uso correcto de la palabra «castigo» si con ella denotamos la negación de un bien deseado, en sustitución de la alusión a toda manifestación positiva de sufrimiento. En suma, lo anterior pone de relieve no sólo la inadecuación de describir el castigo en términos de «dolor», sino también como «mal», que para Mabbott puede resultar, además, engañoso por su clara connotación moral; por todo ello prefiere en su lugar limitarse a señalar, como sentido principal del significado de castigo, lo «no deseado» o «no querido» («disliked»)²⁴.

Que el castigo no venga necesariamente caracterizado por un mal que ha de sufrir el destinatario del mismo es algo negado desde contextos más específicos; así, desde una esfera exclusivamente jurídica y en relación estricta con la teoría hegeliana de castigo, se ha difundido la idea de que el castigo no consiste en un mal que se inflija al ofensor, al igual que la acción que ha cometido este último tampoco

junto con notas que comentan ciertos cambios introducidos en los Derechos inglés y americano entre ambas fechas de publicación y con tablas estadísticas comparativas (págs. 245-51).

²³ Si así fuere, deberíamos admitir que ese período de espera es deseable y además lo que propiamente debemos denominar «castigo». Por otra parte, y Mabbott alude a ello, también el mencionado informe se preocupa de que «los preliminares de la ejecución estén libres de todo aquello que agudice innecesariamente la aprensión del reo» (párrafo 763).

²⁴ Vid. J. D. Mabbott: «Profesor Flew...», cit., pág. 117.

puede ser vista simplemente como otro mal de acuerdo con la definición hegeliana de delito, que lo concebía como la «vulneración del Derecho en cuanto Derecho»; desde esta percepción debe ser negada, y no como la producción de un mal. Nada sería más contrario a las ideas de Derecho y de Justicia que ignorar esa acción vulneradora que ha venido a desafiar la integridad y la justicia en la comunidad jurídica. Pero todo ello no quiere decir que la respuesta adecuada de un sistema jurídico respecto de una acción que lo infringe se encuentre en la producción de mal. Admitir esto, es decir, conceder que existe una autoridad dentro del sistema jurídico para la inflicción de mal, resulta incompatible con la idea del Derecho como sistema de obligaciones mutuas, impuestas al fin primordial de preservar el igual valor de todos aquellos que están sujetos al mismo. Más bien, el concepto de castigo encuentra su explicación en la «localización e identificación de aquellos aspectos de un sistema jurídico que otorgan significación positiva a las ofensas criminales» y aquí lo relevante es, tal como puede ocurrir con el ilícito en materia de Derecho Civil, que el delito también da origen a una pretensión («claim»); y así, mientras la satisfacción legítima de la que nace el ilícito civil suele venir dada por la compensación, la derivada del delito se resuelve con el castigo de la pena. De este modo, la expresión «castigo penal justificable» describe «la satisfacción de todas aquellas pretensiones justas invocadas por la comisión de ofensas criminales», y así interpretado, aquél no representa un mal absoluto («unqualified evil») —tampoco un bien absoluto—, sino que su justificabilidad depende de:

a) «El reconocimiento de que ofensas penales contra un sistema jurídico invocan una serie de pretensiones justas».

b) «La demostración de que el castigo penal es un medio indispensable y justo para su satisfacción»²⁵.

Por último, puede aludirse a otro tipo de argumento que viene también a negar que el castigo signifique un mal para su destinatario, y que suele estar ligado a planteamientos justificatorios fuertemente vinculados a una perspectiva teológica que asume la expiación como primordial a aquél. Esta argumentación, planteada de muy diferentes

²⁵ Lo descrito es el resumen de lo que Doyle expone en las páginas 162-65 de «Justice and Legal Punishment», cit.

maneras y por diversos autores, coincide en que «castigo» es identificable con «bien» y no con «mal»²⁶, y en ello encuentra su razón justificatoria, lo cual, aparte de las dudas que pueda haber en torno a si utilizamos el lenguaje con propiedad o con una excesiva carga metafórica al referirnos al castigo divino, viene a mermar el poder de convicción del razonamiento.

Sin embargo, me interesa fundamentalmente volver a la idea, que parece central, acerca de que el castigo consiste en privar de un determinado bien a alguien, o que supone una determinada acción que no va a ser bien recibida por parte de esa misma persona. Es decir, resulta plausible pensar que la interpretación más primaria del concepto de castigo coincidiría en señalar como esencial al mismo que, dada la posibilidad de elegir libremente entre ser y no ser castigado, uno optaría claramente por esta segunda alternativa²⁷; así caracterizado parece que se eliminan las inadecuaciones en que incurren los términos como «dolor», «sufrimiento», «mal», etc., en relación, principalmente, con ejemplos de castigos leves. En todo caso, y éste es el inconveniente mayor que puede ser advertido a la hora de aceptar este primer rasgo caracterizador del castigo como condición necesaria de su definición, parece que pueden persistir las dudas en casos concretos en que parece difícil el poder evitar la denominación de éstos como «castigo» y, al mismo tiempo, resulta igualmente forzado admitir que dicha conducta resulte desagradable o, al menos, no bien recibida, en los términos en que esta expresión ha sido sugerida por los autores anteriormente mencionados.

J. M. Smith, en el trabajo ya citado en estas páginas, pone varios ejemplos que resultan esclarecedores, traídos de la realidad unos y otros de la ficción literaria²⁸. Pero no es preciso ni la búsqueda del

²⁶ Me he referido páginas atrás al planteamiento de G. del Vecchio, para quien el castigo se justificaba en base al bien, y no al mal, que su aplicación representaba para el sujeto que lo recibía. Vid. «Sul fondamento della giustizia penale», apéndice a «La Giustizia», cit., págs. 186-189.

²⁷ Vid. J. R. Lucas: «On Justice», Clarendon Press, Oxford, 1980, pág. 125.

²⁸ Determinados casos en los que el presunto autor reclama la imposición del castigo merecido, como ocurre en el pasaje de la célebre novela de Mark Twain, que relata cómo Tom Sawyer se apresura a confesar al maestro su falta, a sabiendas de que el castigo que se le va a imponer consistirá en ser sentado entre las chicas

caso real concreto ni recurrir a las peripecias de Tom Sawyer; basta con un modesto esfuerzo imaginativo para pensar en la representación que del castigo puede hacerse un fanático que busca persistentemente la inflicción de aquél con el fin de dar publicidad a su causa, o en la del vagabundo que puede incurrir en pequeños delitos para ganarse la seguridad del cobijo y sustento que encuentra en prisión; o incluso —un caso más extremo— lo que significa el dolor de un castigo corporal para un individuo de tendencias masoquistas.

La pregunta obvia frente a lo anterior es si realmente en estos casos podemos seguir hablando con propiedad de acciones de castigo. Parece que la respuesta ha de ser afirmativa —de hecho, en el lenguaje ordinario, resultaría forzada la alusión a las situaciones descritas sin el recurso a la palabra «castigo»—, teniendo en cuenta, sin embargo, una doble matización:

— En primer lugar, hay que dar cuenta de dos aspectos claramente diferenciables: por una parte, la representación subjetiva, individual, de cómo puede afectar el castigo a quien es su destinatario; por otro lado, ser consciente de que el castigo, objetivamente considerado, equivale en la práctica a una restricción de la facultad de elección por parte de quien lo recibe²⁹. En suma, creo que tiene relevancia no confundir lo que deba ser tenido en cuenta como experiencia individual frente a la inflicción del castigo con el hecho de que éste, como se pone de manifiesto más adelante, equivale a una conducta deliberadamente impuesta. Y sostener, en consecuencia, que mientras no parece adecuado exigir que el sujeto pasivo del castigo tenga necesariamente que experimentar esta medida como una afección negativa a sus intereses, sí deba serlo el hecho de que, constituyendo una

de la escuela, lo que le da la posibilidad de colocarse cerca de su admirada Becky Thatcher. Vid. J. M. Smith, op. cit., pág. 285.

²⁹ Esta viene a ser la línea de razonamiento seguida por S. Gendin; según este autor, «no se puede definir la actividad de castigar en base a los efectos subjetivos de cada una de todas las personas que son castigadas... La cuestión es, más bien, no lo que desea la persona castigada, sino lo que nosotros queremos... Si alguien va a prisión por propia iniciativa y puede abandonarla cuando quiera, no está siendo castigado. El que quiera estar allí es irrelevante si es nuestra determinación tenerle dentro». En «The Meaning of Punishment», *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. XXVIII (1967-68), págs. 236-37.

limitación compulsiva de sus derechos, sea al menos entendido por el sujeto como tal imposición³⁰.

— En segundo lugar, matizar lo anterior en el sentido de que reconocer la distinción mencionada no debe implicar aceptar que determinados casos de castigo —los de los ejemplos citados y otros de parecido carácter que puedan presentarse— hayan de ser tomados en un sentido idéntico al de los descritos como «standard», de los que puede decirse que sí hay una plenitud de significado porque la conducta impuesta por el castigo desagrada o, al menos, contraría los deseos de quien lo soporta. Por el contrario, el hecho de que concurren circunstancias por las que en determinados casos la imposición de castigo deje de hacerse sentir negativamente en el ánimo de su receptor, debido fundamentalmente a que la restricción de libertad que representa coincide con los deseos de éste, si no es suficiente razón para negar tal denominación a estos supuestos, sí lo es, sin embargo, para calificarla desfavorablemente; y así, ante este tipo de situaciones, hablaremos de castigos inadecuados o injustos, aunque, corrientemente, este segundo atributo suela reservarse para aquellos casos en los que se advierte un exceso de severidad en la naturaleza del castigo elegido en relación a la ofensa cometida o a las circunstancias que concurren en el ofensor³¹.

2. EXISTENCIA PREVIA DE UNA OFENSA

Es el segundo requisito exigido en las definiciones de Flew y Hart; mientras el primero de estos autores habla de ofensa sin especificar nada más, Hart, de acuerdo con su propuesta «standard» referida al castigo penal, incluye la calificación de «jurídica» en relación con la norma violada. En ambos casos, obviamente, se asume que el castigo tiene que ser la respuesta a una acción u omisión previa; debe ser posible dar razones en favor del castigo, y poder conectar éste con

³⁰ Esta útil distinción sugerida en T. McPherson: «Punishment: Definition and Justification», *Analysis* 28 (1967), pág. 22, y claramente implicada en la noción de castigo que da J. Kleinig en «Punishment and Desert», *cit.*, pág. 24.

³¹ Vid. en este sentido J. Kleinig, *op. cit.*, págs. 23 y 24.

la previa comisión de un tipo de acción u omisión lesiva parece necesario para discernir casos de castigo y ejemplos de victimización. A este mismo fin parece conveniente precisar el sentido de ofensa, es decir, tratar de establecer qué tipo de acciones u omisiones son aquellas que deben obtener como respuesta la representada por el castigo³².

En principio hay que señalar la existencia de dos tipos de contexto en los que la noción de castigo es aplicable y que se corresponden con dos clases de ilícito; éste puede ser entendido como:

— En primer lugar, la quiebra de una regla de conducta sin referencia a los motivos morales que impulsan a la conducta en cuestión (lo cual equivale a un enfoque objetivista de ilícito).

— En segundo lugar, como falta de defecto moral del agente que actúa en contra de sus propias convicciones o «standards», sin referencia a si éstos constituyen o no una regla expresa de conducta³³.

Un considerable número de autores han insistido en el primero de los argumentos señalados; es decir, en la conveniencia de afrontar el estudio de las cuestiones relacionadas con la justificabilidad del castigo, partiendo de la absoluta independencia entre la noción de ofensa y criterios de valoración moral. Más concretamente eligieron como marco teórico el caso concreto de la ofensa que vulnera normas de carácter jurídico.

Algunos de quienes optaron por este enfoque procedieron después a justificar el castigo (pena jurídica) desde un punto de vista retribucionista, originando así lo que otros autores han denominado retribucionismo jurídico o legalista³⁴.

³² Las posibles respuestas en torno al problema apuntado, o no han sido suficientemente tratadas o han aparecido solapadas a una cuestión que ha ocupado mucho más espacio en los trabajos sobre definición de castigo: me refiero al problema del castigo de inocentes en relación, sobre todo, con los problemas definicionales que plantea. Las propuestas de Flew y Hart ofrecen la posibilidad de estudiar separadamente las dos cuestiones: ¿qué se castiga? y ¿a quién se castiga?

³³ Vid. MacLagan: «Punishment and Retribution», en *Philosophy*, vol. XIV (1939), pág. 384, y C. H. Whiteley: «On Retribution», *Philosophy* (abril 1956), pág. 154.

³⁴ Esta forma de retribucionismo restringido a la ofensa jurídica fue criticada ya en el continente europeo por A. Feuerbach, que no acertaba a ver cómo este argumento podía ser defendido autónomamente, con independencia del retribucionismo moral

Sin duda, el trabajo más sobresaliente de entre cuantos se pronunciaban por especificar el concepto de ofensa en este sentido restringido fue el que publicó J. D. Mabbott en 1939, citado ya en páginas precedentes³⁵. La tesis principal de este autor es que el castigo es un concepto estrictamente jurídico para cuyo análisis y definición sobra toda referencia a criterios de moralidad:

«Criminal significa el hombre que ha violado la ley, y no el hombre malo; inocente es el hombre que no ha violado la ley en base a la que está siendo castigado, aunque pueda ser un hombre malo y haber violado otras leyes.»³⁶

Mabbott, al afirmar lo anterior, demuestra que, exclusivamente tiene en mente el modelo de castigo que opera en un sistema jurídico³⁷; así, su justificabilidad depende de que la ofensa vaya en contra de un supuesto regulado normativamente y que la administración de los

y sin caer en un razonamiento consecuencialista. Así, en su «Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts», editado por primera vez en 1912, afirma que «la así llamada retribución jurídica, que ha sido defendida recientemente por autores como Zachariae, Fries, Bergk, etc..., se reduce, en último término, a la retribución moral...». Cito por la 5.ª ed., Giessen, 1812, pág. 21. A esta crítica hace mención Cattaneo, quien encuentra también la misma dificultad a la que alude Feuerbach; en «Il problema filosofico della pena», Ed. Universitaria, Ferrara, 1978, pág. 14.

³⁵ Mientras que en el ámbito angloamericano Mabbott es, en efecto, el mejor representante de esta corriente, en el continente europeo es la obra de J. Nagler la que de forma más sistemática y completa defiende una posible autonomía de la retribución jurídica, que él basa en «un impulso colectivo a la compensación de la comunidad jurídica y en la sanción de la organización jurídica». La pena retributiva es la única, para Nagler, que encuentra fundamento real en el delito, y nos aleja de posibles excesos y arbitrariedades, ya que es este concepto de castigo jurídico el único que ayuda a la realización del Estado de Derecho y las libertades civiles: la pena aquí no sirve a la utilidad de nadie, es una exigencia inmediata de justicia (en J. Nagler: «Die Strafe», 1.ª ed., Leipzig, 1918. Cito por la reed. de Scientia Verlag, Anlen, 1979, págs. 561 y ss.

³⁶ Vid. J. D. Mabbott: «Punishment», cit., pág. 41.

³⁷ También pueden incluirse prácticas de castigo siempre que se hallen institucionalizadas por un sistema de reglas que prevea expresamente qué acciones constituyen ofensas, qué castigo les corresponde y el procedimiento y autoridad pertinentes, por ejemplo, asociaciones privadas y centros docentes. Mabbott alude a cómo funciona el castigo en relación a estas últimas. (Op. cit., pág. 42).

castigos previstos dependa de algún tipo de autoridad institucionalizada. Sólo si esto ocurre así y, por supuesto, si cumple con la premisa mayor del retribucionismo, su principio de distribución según el cual sólo el agente ofensor puede ser castigado, la acción punitiva es justa. Para poder mantener este núcleo teórico Mabbott ha de reconocer forzosamente dos cosas:

— Que su razonamiento pretende exclusivamente la justificación de acciones individuales de castigo, no que aquél sirva también a la justificabilidad del sistema³⁸.

— Que el sistema jurídico o, al menos, la norma en particular que ha sido infringida puedan, desde el punto de vista de su corrección moral, ser obedecidos³⁹.

Así delimitado el problema, ello le permite la toma en consideración de razones utilitaristas en relación con dos tipos de cuestiones: si debemos contar con normas y qué fines deben perseguir éstas⁴⁰.

La razón principal que anima a Mabbott a defender lo anterior tiene mucho que ver, en mi opinión, con las dificultades que observa en los planteamientos del retribucionismo moral. Fundamentalmente, la que él describe como una cuestión de «status»; el mantener que ha de existir una conexión esencial entre el castigo y el ilícito moral, según este autor, presupone estar en condiciones de ofrecer una con-

³⁸ Así lo expresa desde las primeras líneas de su trabajo: «Me propongo defender en este artículo una teoría retribucionista del castigo y rechazar absolutamente toda consideración utilitarista acerca de su justificación... La cuestión que se plantea es ésta: ¿Bajo qué circunstancias se justifica el castigo de una persona en concreto y por qué? (Op. cit., pág. 39).

El reconocimiento expreso de esta condición, sin embargo, no se encuentra hasta el trabajo posterior de Mabbott, que escribe en contestación a la crítica que le había dirigido Flew. Así, en «Professor Flew on Punishment», Mabbott afirma: «El castigo es una obligación 'prima facie' en el sentido atribuido por Ross, una exigencia sobre el agente de la autoridad cuya norma ha sido vulnerada. Pero puede haber razones contrarias suficientes para pasar esto por alto (p. ej., la extremada vileza de una ley o la descomposición de un sistema jurídico). El sabotaje desde dentro de un sistema puede ser a veces una obligación». En op. cit., pág. 123.

³⁹ «El castigo es el corolario de una infracción legal por parte de un miembro de la sociedad cuya ley se ha vulnerado. Es un punto de vista estático y abstracto, pero que no se puede eludir. Las consideraciones de utilidad son atinentes en relación con dos aspectos diferentes: ¿Debemos contar con normas jurídicas, con qué tipo de éstas? En «Punishment», cit., pág. 48.

testación acerca de quién ha de ser el que lo inflija, y esto no parece posible moviéndonos en el ámbito de lo estrictamente moral, en el que, probablemente, frente a comportamientos que cuentan como ofensivos, se carecerá del elemento de autoridad necesario para su castigo⁴¹. Pero es que, además, según Mabbott, la restricción del castigo a ofensas dirigidas exclusivamente contra normas jurídicas refuta satisfactoriamente objeciones que se pueden formular al retribucionismo moral y que éste no acertaba a responder. Alude a las siguientes:

— En primer lugar, desde el criterio defendido se puede rechazar coherentemente la posibilidad de castigos en base a leyes retroactivas, mientras que el retribucionismo «ortodoxo» (en denominación de Mabbott) parece que no acierta a formular una crítica convincente; si el castigo sólo es aplicable a la acción moralmente incorrecta, es evidente que ésta, en cuanto tal, existe tanto antes como después de la aplicación de una norma que venga a tipificar penalmente ese supuesto. El concepto legalista de castigo que sugiere Mabbott, obviamente, elimina esta posibilidad al negar la existencia de ofensas dignas de castigo si no es porque así lo establezca expresamente una norma.

— También, según Mabbott, puede dar cuenta adecuada de aquellos casos de castigo infligido por una autoridad consciente de que la norma jurídica en cuestión no es justa, o que la conducta que califica como ofensa no representa un ilícito moral⁴².

⁴¹ La cuestión acerca de si el elemento de autoridad es necesario a una definición del concepto de castigo es tratada en el ap. 5 del presente capítulo.

⁴² Este argumento de Mabbott creo que introduce serias dudas acerca de la pureza retribucionista de su teoría; la interpretación más plausible de lo que él presenta como «ventaja» del retribucionismo jurídico frente al de tipo moral es que si un juez aplica normas que él mismo considera malas o moralmente incorrectas es porque, de no hacerlo, probablemente la confianza en el sistema jurídico podría verse afectada y llegar así el momento en que leyes justas y buenas serían infringidas. Mabbott trata de salvar esto argumentando que los efectos indirectos no son consecuencia de la mala acción, sino de la publicidad que se dé a ésta. («Punishment», págs. 42 y 43). En todo caso, el razonamiento anterior es inequívocamente utilitarista y, en concreto, está en el origen del utilitarismo de la regla. Puede consultarse a este propósito J. Austin: «The Province of Jurisprudence Determined», Londres, 1832. Cito por la edición de The Nooday Press, New York, 1954, con introd. de H. L. A. Hart (págs. 38-40).

— Por último, le parece al autor citado que se resuelve la dificultad, planteada desde antiguo contra el retribucionismo moral y expuesta en páginas atrás, acerca de la inviabilidad de establecer relaciones de equivalencia entre el grado de incorrección moral de una determinada ofensa y la cantidad de castigo que haya de corresponderle según esa regla de igualdad; asimismo elude la misteriosa afirmación de que la inflicción de castigo, con la carga de sufrimiento que entraña, hace desaparecer el mal moral de la ofensa previa⁴³.

La propuesta de Mabbott generó una vasta literatura —en buena parte crítica—, pero la sugerencia de centrar el problema de la justificabilidad del castigo en relación a ofensas contra normas jurídicas ha dejado un innegable eco en trabajos posteriores de considerable relevancia. Así, no sólo la comentada definición que ofrece Hart; también Alf Ross considera, después de criticar a Flew y Hart, que su versión «revisada» («amended») incluye que el castigo «tiene lugar cuando hay una violación de una norma jurídica»⁴⁴, y John Rawls parece dar, asimismo, buena acogida al criterio de Mabbott cuando afirma: «En lo que los retribucionistas han insistido con razón es que nadie puede ser castigado, a menos que sea culpable, o sea, a menos que haya quebrantado la ley»⁴⁵. Por último, en un sentido parecido se expresa S. I. Benn al decir que «no castigamos a los individuos por su maldad, sino por transgresiones concretas de la ley», en el marco de un planteamiento cercano al que efectuara Mabbott en 1939⁴⁶.

⁴³ C. W. K. Mundle, en contestación a las insuficiencias que Mabbott cree advertir en el retribucionismo moral, ofrece tres supuestos de castigos jurídicamente posibles pero injustos:

a) Castigo por acciones jurídica y moralmente permisibles cuando fueron realizados, y que se tipifican penalmente por una ley posterior.

b) Castigo infligido por la infracción de una norma que prescribe una acción moralmente incorrecta.

c) Cuando el castigo prescrito legalmente es excesivamente severo en relación con la gravedad moral de la ofensa. («Punishment and Desert», cit., pág. 77).

⁴⁴ Vid. A. Ross: «La finalidad del castigo», cit., pág. 158.

⁴⁵ Vid. J. Rawls: «Dos conceptos de reglas», cit., pág. 216. Más adelante, la definición que da acerca de la institución del castigo comienza diciendo: «...una persona sufre castigo cuando legalmente se le priva de alguno de los derechos normales de todo ciudadano, en razón de que ha violado alguna regla de la ley», en pág. 219.

⁴⁶ Benn afirma el carácter institucional del castigo, criticando al retribucionismo

Hart, que enuncia su definición y se abstiene luego de comentar cada uno de los elementos que allí apunta, se extiende, sin embargo, en el mismo trabajo de «Prolegomenon...», sobre la naturaleza de la ofensa, con argumentos que claramente se relacionan con la polémica que acerca de los límites y fines del Derecho Penal mantiene con Lord Devlin con motivo de la aparición en 1957 (dos años antes de la publicación de «Prolegomenon...») del Wolfenden Report o Informe del «Comité sobre Delitos Homosexuales y Prostitución»⁴⁷. Para Hart,

el presupuesto de un Estado necesariamente convertido en agente de una especie de justicia cósmica. En Benn, Peters: «Social Principles and the Democratic State», cit., págs. 176 y 177.

⁴⁷ En relación con esta polémica, vid. fundamentalmente P. Devlin: «The Enforcement of Morals», en «Proceedings of the British Academy», vol. XLV (1959), págs. 129-151, y H. L. A. Hart: «Law, Liberty and Morality», Oxford University Press, 1963. También de este autor, «The Morality of Criminal Law», Hebrew University, Magnes Press, Jerusalén, 1964.

Se discute entre estos autores un aspecto de la controvertida relación entre derecho y moral y en concreto reproduce la polémica que en su día suscitó J. S. Mill cuando en «On Liberty» (1859) mantuvo su opinión contraria a que el Derecho interfiriera acciones sobre la mera base de la inmoralidad de éstas; para que se diera tal posibilidad era preciso que el acto en cuestión supusiera un daño frente a los intereses de terceros. Las tesis de Mill aparecen bien resumidas por él mismo desde los primeros párrafos de esta obra: «El objeto de este ensayo es afirmar un sencillo principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que tengan de compulsión o de control, ya sean los medios empleados la fuerza física en forma de penalidades legales o la coacción moral de la opinión pública. Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás». En «Sobre la Libertad», trad. P. Azeárate, Alianza Ed., Madrid, 1970, pág. 65.

J. F. Stephen fue quien, por aquellos años, discutió a Mill los anteriores argumentos; este conocido juez sostuvo en «Liberty, Equality, Fraternity» (1873) que el perjuicio a terceros era un criterio insuficiente para determinar con precisión los límites de la compulsión de la sociedad frente a sus miembros; más bien había que reparar en el objetivo de la coacción. Si el bien que ésta pretendía alcanzar superaba los inconvenientes que su ejercicio representaba, ningún principio utilitarista podría condenarla, y dentro de esos fines a perseguir, la represión de ciertas formas de vicio era algo tan loable como tratar de prevenir el daño a terceros. (Vid. «Liberty...», ed. White, Cambridge University Press, 1967. Fundamentalmente, págs. 152 y ss.).

Por último, entre las contribuciones a esta polémica, merecen citarse: D. Rostow: «The Enforcement of Morals», Cambridge Law Journal, 1960, pág. 174 y ss.;

la razón principal de que ciertas acciones sean prohibidas por normas jurídicas se encuentra en la necesidad de «anunciar a la sociedad que aquéllas no han de ser realizadas y para asegurar que se cometan las menos posibles». Estos son los fines inmediatos de tipificar una conducta como delito y «en tanto no tengamos normas con estos fines primarios careceremos de la noción de crimen ('crime') y de criminal ('criminal')»⁴⁸. Pero es que, además, sigue Hart, plantear el problema de este modo, es decir, identificando así los fines del Derecho Penal, nos preserva de incurrir en el frecuente defecto de introducir ya en esta tarea niveles justificatorios y esto no debe, en ningún modo, ser admitido: el objetivo inmediato de una legislación penal es algo cuya asignación antecede, lógicamente, al tipo de argumento que luego se defiende como válido para justificar el castigo, ya que hasta que no hemos establecido qué clases de acciones deseamos que no se realicen y procedamos a denunciarlas jurídicamente no podemos saber acerca de qué tenemos que prevenir o intimidar o a quién debemos reformar o corregir, o, en fin, a quién, en su condición de criminal, debemos exigir retribución por sus hechos delictivos⁴⁹.

No es necesario para lo que se pretende ahora entrar en la discusión acerca de qué tipo de acciones debe regular fundamentalmente el derecho. Además, creo que lo afirmado por Hart en torno a los fines de una legislación criminal es perfectamente válido y, lo que es más importante, compatible con la opinión de quien, a la hora de justificar moralmente el castigo, desecha la toma en consideración de sus posibles consecuencias beneficiosas y opte por apelar al valor intrínseco que supuestamente entraña la inflicción de aquél⁵⁰.

G. Hughes: «Morals and the Criminal Law», en Summers, ed.: «Essays in Legal Philosophy», Oxford University Press, 1970; R. Dworkin: «Lord Devlin and the Enforcement of Morals», en Yale Law Journal, vol. 75, págs. 986 y ss.

⁴⁸ Vid. H. L. A. Hart: «Prolegomenon to the Principles of Punishment», cit., págs. 6 y 7. Para Hart, la definición jurídica de lo que constituye una acción ofensiva es el único medio para poder estar en condiciones de distinguir entre una multa (castigo) y un impuesto sobre determinada actividad lícita. Esto no sería posible, según Hart, si, por el contrario, oscurecemos la distinción entre normas primarias o de conducta y normas secundarias como normas de organización que especifican cómo deben actuar ciertos operadores cuando aquéllas son infringidas, tal como ocurre en la teoría del derecho de Kelsen.

⁴⁹ Ibidem, pág. 6.

⁵⁰ Parece difícil, desde luego, negar que el Derecho Penal persigue este fin

Si interesa más, por el contrario, ceñirse a los problemas que parecen derivarse de concentrar la atención exclusivamente, al definir castigo, en el modelo jurídico, tal como aparece en los trabajos de Mabbott y Hart, entre otros. Creo que esta elección se expone inevitablemente a dos tipos de objeciones estrechamente relacionadas, que examino a continuación:

a) En primer lugar, si nos fijamos, por ejemplo, en la definición de Hart, fácilmente se advierte un problema de circularidad si se toman en cuenta los diferentes enunciados que la misma contiene. En general es un problema que padece toda definición de pena o castigo que haga depender su significado de la noción de delito u ofensa; en las que proponen Flew o Hart los términos «ofensa» u «ofensor» aparecen en cuatro de las cinco premisas definitorias. Siendo así, es obvio que en el significado de ofensa descansa, fundamentalmente, la posibilidad de distinción del castigo respecto de otras medidas coactivas.

El problema surge cuando queremos explicar el concepto de ofensa porque se hallarán dificultades para conseguir una definición satisfactoria que no incluya como elemento necesario de referencia al castigo. El ejemplo más notorio de este problema de circularidad se encuentra si aceptamos, en relación a una definición jurídica de los conceptos apuntados, la que ofrece Kelsen a propósito del delito o acto antijurídico, como condición necesaria para un acto coactivo establecido por el derecho. Consecuentemente con su enfoque positivista, Kelsen niega que el delito pueda venir definido con independencia de que se halle prevista una sanción y considera que la vigencia de esa concepción, es decir, la suposición de la existencia dentro del derecho de conductas intrínsecamente malas («mala in se»), equivale a reconocer la pervivencia de hábitos iusnaturalistas que vician una explicación correcta de qué es el Derecho: «La relación entre ilícito y consecuencia de lo ilícito no consiste, por lo tanto —como lo supone la jurisprudencia tradicional—, en que una acción u omisión, al cons-

primario. Incluso aquellos que en contra de la tradición iniciada por Mill consideraron que aquél era el instrumento válido para hacer valer contenidos de moralidad (Stephen, Devlin) no refutarían, como dice el propio Hart, que el propósito primordial de una legislación eriminal es que tipos de conducta (en este caso las impuestas de conformidad con un orden moral preexistente) se erijan en normas jurídicas para asegurar conformidad con las mismas (ibidem, pág. 8).

tituir un acto ilícito o delito, está conectada con un acto coactivo como consecuencia de la ilicitud, sino que una acción u omisión es un acto ilícito o delito, porque se la ha conectado un acto coactivo como su consecuencia»⁵¹.

En los términos expuestos, la definición de delito encuentra dificultades en relación al uso común de la palabra, de las que el propio Kelsen es consciente y que intenta subsanar⁵²; pero aun a pesar de las deficiencias que una tal explicación del concepto de delito padece, resulta extremadamente difícil dar cuenta del concepto de castigo o pena sin hacer referencia a su conexión con el delito.

Aun así, algún autor como R. Wasserstrom ha apuntado una doble vía de superación para el problema de circularidad en que incurren quienes intentan dar una definición positivista del castigo jurídico⁵³. La primera de ellas resulta claramente insatisfactoria desde mi punto de vista: trata de eludir, al definir «ofensa contra normas jurídicas» (en expresión de Hart), la referencia al castigo, y recurre a caracterizar estas acciones por su calidad de trasgresoras de un deber jurídico, obviando toda ulterior explicación. El problema es que no toda violación de un deber jurídico constituye un delito, en contra de lo sostenido por el propio Kelsen; creo que es válido lo afirmado por Nino en el sentido de que «si hay un punto claro acerca de la lógica de los conceptos jurídicos básicos, es el de que las nociones de violación de un deber jurídico y delito no son coextensivas, y que el delito es una subclase de las conductas que constituyen el antecedente

⁵¹ Y continúa Kelsen: «No se trata de ninguna propiedad inmanente y tampoco de ninguna relación con alguna norma metajurídica, natural o divina, es decir, de ninguna relación con un mundo trascendente al derecho positivo, la que hace de determinada conducta humana un acto ilícito o delito, sino exclusiva y únicamente el que sea convertida, por el orden jurídico positivo, en condición de un acto coactivo, es decir, en condición de una sanción». Vid. «Teoría Pura del Derecho», trad. J. R. Vernengo, U. N. A. M., Méjico, 1981, pág. 126.

⁵² En relación con la definición kelseniana de delito, vid., por ejemplo, C. S. Nino: «La definición de delito», en Notas de Filosofía del Derecho, núm. V, ed. Astrea, Buenos Aires, 1969, y J. Raz: «The Concept of a Legal System», Clarendon Press, Oxford, 1970, especialmente el cap. IV.

⁵³ Wasserstrom toma en consideración esta posibilidad en un esclarecedor artículo: vid. «Some Problems in the Definition and Justification of Punishment», en A. Goldman, J. Kim, eds.: «Values and Morals», Reidel Publishing Co. Dordrecht, 1978.

de una pena»⁵⁴. Lo anterior debe ser aceptado en cuanto nos detenemos a considerar distintos ejemplos de acciones que violan determinados deberes jurídicos. Si, y valga como muestra, quebrantar lo acordado en un contrato, permanecer dentro de las fronteras de un país sin autorización para ello o estacionar indebidamente el vehículo suponen infracciones de deberes derivados de normas jurídicas, no parece, sin embargo, que sea una referencia correcta el que compensaciones, deportaciones o multas se denominen «castigos»⁵⁵. Resulta así evidente que la pretendida situación de «ofensa» por «violación de un deber jurídico» con el fin de salvar la apelación a «castigo» no resulta convincente y sí, sin embargo, al fin que perseguimos, la búsqueda de un criterio de distinción entre las clases de ofensas. Si permanecemos, por el contrario, dentro de esa vía apuntada nos vemos abocados nuevamente a un argumento circular: que los casos citados no constituyen violaciones jurídicas porque no acarrear el castigo de sus agentes.

La segunda solución que propone Wassertrom ante la ineficacia del argumento anterior supone el abandono de conceptos jurídicos y el recurso a criterios de moralidad para caracterizar al delito; con ello parece que reconoce implícitamente la superficialidad de un análisis del castigo exclusivamente ceñido al caso de la pena jurídica. Es evidente que la mayor parte de lo que afirmamos que constituye el núcleo central de criminalidad en una sociedad está compuesto por conductas que son vistas por los miembros de ésta con un considerable grado de incorrección moral⁵⁶, y ello con absoluta independencia de su calificación jurídica; es decir, son acciones que, objetivamente consideradas, su realización implica perjuicio respecto de terceros o,

⁵⁴ Vid. Nino: «Los límites de la responsabilidad penal», cit., pág. 201.

⁵⁵ En parecidos términos, esta línea de razonamiento es defendida además de por Wassertrom (op. cit., págs. 302 y 303), por J. Kleinig (op. cit., pág. 28).

⁵⁶ En torno a un análisis de la criminalidad desde esta perspectiva, es decir, de denuncia por parte de la sociedad de la incorrección de ciertas acciones, y del juicio desaprobatorio que provocan, puede consultarse: J. Feinberg: «The Expressive Function of Punishment», en «Doing and Deserving», cit. págs. 95 y ss.; N. Walker: «Punishment, Danger and Stigma», Barnes and Noble Books, N. Jersey, 1980, y, científicamente, R. A. Duff: «Trials and Punishments», Cambridge University Press, 1986, esencialmente el cap. II, «Criticism, Blame and Moral Punishment», págs. 39 ss.

al menos, entrañan peligro. Subjetivamente, su incorrección moral se apreciará en la responsabilidad de su agente productor, es decir, que la acción venga ejecutada consciente e intencionalmente.

La dificultad obvia que encuentra este intento de centrar el significado de «ofensa contra normas jurídicas» eludiendo el recurso a la noción de castigo, es que no todo delito ha de identificarse necesariamente con un comportamiento moralmente incorrecto; muchas actividades pueden ser—y de hecho es improbable que una regulación jurídico-penal escape a ello— tipificadas como delictivas sin ser inmorales, como también pueden serlo supuestos en los que su agente no haya actuado consciente o intencionalmente (casos de responsabilidad indirecta —«vicaria»— u objetiva, por ejemplo)⁵⁷.

En todo caso, lo que importa subrayar es que la introducción de criterios de valoración moral, a pesar de los recelos iusnaturalistas que pueda despertar, parece ser la única vía por la que podemos añadir algo de claridad a la delimitación del concepto de castigo, de cuya posible penumbra es responsable en buena parte el continuo empeño de reducir su significado al que puede adoptar en un contexto exclusivamente jurídico. Con la segunda objeción se ponen bien de manifiesto las insuficiencias de este tipo de análisis.

b) El defecto de circularidad que padecía la definición de Hart obligaba a formular propuestas en torno a cómo definir «ofensa contra normas jurídicas», sin recurrir a la noción de pena. Los intentos resultaban infructuosos y sólo si asociábamos delito a conducta moralmente incorrecta parecía vislumbrarse algún avance, aun cuando dentro de estos imprecisos términos. En suma, parecía justificada la práctica lingüística que, en el ámbito de la jurídico, ligaba estrechamente el significado de delito a la idea de sujeción a la pena⁵⁸.

Pero si, vencidos ante la anterior evidencia, devolvemos la atención al modelo de definición propuesto por Hart, puede comprobarse

⁵⁷ Sobre estos supuestos de responsabilidad pueden consultarse, entre otros, los trabajos de H. L. A. Hart: «Postscript: Responsibility and Retribution», en «Punishment and Responsibility», cit. págs. 210 y ss.; J. Feinberg: «Collective Responsibility», en «Doing and Deserving», cit. págs. 222 y ss., y W. Kneale: «The Responsibility of Criminals», en H. B. Acton, ed.: «The Philosophy of Punishment», cit. págs. 172 y ss.

⁵⁸ Esta opinión es compartida por C. S. Nino. Vid. «Los límites de la responsabilidad penal», cit. pág. 200.

cómo éste se enfrenta a otra dificultad que pesa aún más gravemente que el defecto recién examinado de cara a delimitar el significado de castigo como noción moral. Y es que tal como aparece enunciada, su propuesta impide discernir del conjunto de las normas jurídicas aquellas que propiamente deben ser denominadas «castigo» por ir acompañada su inflicción de un juicio generalizado de desaprobación moral hacia la acción ofensiva y el autor de ésta. La noción de «castigo» excede de este modo el campo de lo jurídico, y parece que toda definición del concepto que persiga adecuarlo al uso lingüístico habitual que se hace del término ha de tener esto presente: ni todas las sanciones jurídicas equivalen a «castigo» (resultaría ésta una denominación demasiado dramática respecto de ciertas medidas que vienen jurídicamente impuestas como, por ejemplo, multas), ni el concepto de castigo, como ya se ha argumentado, parece agotarse en la esfera jurídica (así, el que ejercen padres, maestros, etc...)⁵⁹.

La insuficiencia de la caracterización que hace Hart del castigo jurídico a los efectos de poder dar cuenta de la distinción apuntada es algo que ha sido señalado por algunos autores, entre ellos Feinberg y Kleinig, quienes, además de esta crítica, han propuesto criterios que tratan de salvar ese defecto. En líneas generales, el recurso, común a ambos, es introducir el concepto de «penalización» («penalty») para diferenciarlo de «castigo» («punishment»), que poseería connotaciones morales. Estando presente en los dos autores mencionados, como ya digo, esta distinción, y ofreciendo también los dos una explicación parecida del significado de «castigo», buscan identificar por vías distintas, sin embargo, el concepto de «penalización».

Feinberg intenta aislar la clase de medidas que se pueden agrupar bajo este rótulo («que carecen de interés para el filósofo moral»)⁶⁰,

⁵⁹ A pesar de la habitual cautela que se suele advertir hacia la introducción de criterios de valoración moral en la descripción de conceptos jurídicos, afirman la existencia de una relación conceptual entre pena y reprobación moral, entre otros: J. F. Stephen: «A History of the Criminal Law of England», 3 vols., MacMillan, Londres, 1883 (claramente expresado en el tomo II, pág. 171); J. Feinberg: «The Expressive Function of Punishment», cit.; A. Ross: «La finalidad del castigo», cit. págs. 156 y ss.; y Henry M. Hart: «The Aims of the Criminal Law», en *Law and Contemporary Problems*, 23 (1958), II, L. 4.

⁶⁰ Feinberg engloba aquí tipos muy dispares de medidas que puedan venir coactivamente impuestas: multas, descalificaciones, penalizaciones deportivas, etc.

buscando un rasgo común a todas ellas, que sea claramente identificable y que, por supuesto, esté ausente del concepto de «castigo». Los criterios que ensaya, sin embargo, no parecen definitivos; ni podemos concluir en todos los casos de penalizaciones que éstas sean menos severas que las acciones concebidas como «castigos» (primer posible criterio que señala Feinberg), y tampoco parece conveniente su caracterización como una suerte de impuesto en relación a determinados tipos de conducta generalmente no deseados, de modo que sólo quien sintiera una fuerte motivación estaría dispuesto a pagar el «precio» requerido⁶¹. Si le resulta más fácil, por el contrario, el aislamiento conceptual del castigo; frente al carácter misceláneo de las penalizaciones, el significado de «castigo», que comparte con éstas el consistir en una privación o restricción impuesta, se distingue, sin embargo, por la nota específica de la función expresiva que cumple y a la que ya se ha aludido líneas arriba; según Feinberg, «el castigo es un expediente convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, y de juicios de desaprobación y reprobación, por parte de la propia autoridad que castiga o de aquellos en cuyo nombre es infligido»⁶². A su vez, estos dos aspectos que integran el concepto de castigo sirven de fundamento para el ensayo de argumentos justificatorios del castigo jurídico (teoría denunciatoria de la pena)⁶³.

⁶¹ Acerca de las diferencias conceptuales entre impuesto y sanción jurídica puede consultarse H. L. A. Hart: «El concepto de Derecho», cit. págs. 49-53, y también del mismo autor, en crítica a la caracterización del delito que ofrece Kelsen en la «Teoría General del Derecho y del Estado», cit. págs. 61 y ss., su artículo «Kelsen Visited», 10 *UCLA Law Review*, 1963, págs. 709-72; reimp. en H. L. A. Hart: «Essays in Jurisprudence and Philosophy», Clarendon Press, Oxford, 1983 (cito por esta última; consúltese especialmente págs. 295-301). Hay traducción cast. de J. Esquivel: «Una visita a Kelsen», Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, Méjico, Cuadernos de Crítica, núm. 4, 1977.

Tiene también interés la confrontación que hace Lon F. Fuller entre leyes penales retroactivas y leyes tributarias en «The Morality of Law», Yale University Press, 1964 (ed. revisada en 1969); trad. castellana de F. Navarro, ed. Trillas, Méjico, 1967. Vid. en concreto, págs. 62-74.

⁶² En «The Expressive Function of Punishment», cit. pág. 98.

⁶³ Las implicaciones de este tipo de razonamiento justificatorio y su crítica es abordado más adelante. Vid. infra, cap. IV, ap. 3.3 y 3.4.

Estas referencias de Feinberg al significado de castigo son compartidas por el segundo modelo elegido de análisis definicional que introducía una distinción similar entre «penalización» y «castigo». J. Kleinig, en efecto, caracteriza básicamente el castigo —y ello también ha sido recogido ya en estas páginas— por la estrecha conexión con criterios de valoración moral en relación a la ofensa previa; así, en «Punishment and Desert» se lee: «He venido sugiriendo que la 'penalización' de una persona por infringir alguna regla o norma jurídica constituye inflicción de «castigo» a una persona sólo en las ocasiones en que ésta es considerada moralmente culpable. El ser castigado va acompañado de un estigma que falta cuando se es meramente penalizado, y este estigma proviene del hecho de que el castigo lleva consigo la condena moral del ofensor»⁶⁴.

Sin embargo, en lo que se refiere al significado de «penalización», sus intentos por caracterizarlo van por vías distintas a las ensayadas por Feinberg. Para Kleinig, toda la confusión que ha reinado en torno a la delimitación conceptual del castigo se resuelve si aceptamos distinguir entre castigo y forma que adquiere el mismo («penalización») ⁶⁵. El criterio elegido pone de relieve las insuficiencias de ciertas propuestas que intentan presentarse como justificatorias del castigo, por ejemplo la defendida por Mabbott. Con lo dicho ahora puede reformularse la afirmación básica de este autor en el sentido de que es la «penalización» como expresión formal del castigo, y no éste, la que ha de admitirse como «corolario» de una acción que ha infringido una norma jurídica (recuérdese la frase, ya citada, de «punishment is a corollary of law-breaking, not of moral wrongdoing»).

Como el propio Kleinig aclara, la noción de «penalización» así descrita ha de entenderse que, característicamente, va unida a prácticas definidas por reglas, pudiéndose así concluir: que el concepto de «penalización» no se agota en la esfera jurídica, en el Derecho; si bien no toda sanción penal representa un castigo —en el sentido ahora especificado—, parece obvio que la respuesta jurídica a una conducta

⁶⁴ Vid. J. Kleinig, op. cit. pág. 30.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 28: «If I am punished for an offence and there is a prescribed penalty for my action, the distinction between the two can be marked by saying that the penalty is the *form* which the punishment takes».

moralmente condenable lleva consigo una penalización. Pero es que las penalizaciones también son propias de otras actividades regidas por reglas expresas: competiciones deportivas, por ejemplo. En estos casos presenta más dudas, sin embargo, el que uno pueda referirse con propiedad a que ciertas situaciones en que se penaliza a una persona por una conducta extradeportiva —agredir físicamente al jugador contrario, por ejemplo—, puedan significar ejemplos de castigo. Aquí, a lo mejor, tiene sentido el criterio, inicialmente sugerido por Feinberg, acerca de que las penalizaciones, usualmente, van referidas a casos de ofensas menos graves, y los castigos a las que representan un mayor grado de gravedad⁶⁶.

Queda un aspecto por tratar que tiene que ver con la tradicional discusión en torno al tipo de relación entre Derecho y Moral. Con lo dicho hasta ahora, es necesario aclarar, no se ha pretendido sugerir que la mera ilicitud moral sea suficiente para que un sistema jurídico le atribuya una sanción penal; sólo cierta clase de aquélla sería objeto adecuado de castigo dentro de este ámbito, si bien excede el propósito de estas páginas elevar una propuesta en este sentido⁶⁷. Me limito,

⁶⁶ Esto parece ser lo que sugiere el propio Kleinig al poner como ejemplo de posible «castigo» en situaciones reguladas extrajurídicamente el que «penaliza» a un deportista con la retirada permanente de la licencia por la conducta no ética en la competición (*ibidem*, pág. 29).

⁶⁷ La polémica tiene su origen en la distinción entre ofensas dirigidas contra pautas de una moral autorreferente o privada y las que vulneran principios de una moral intersubjetiva o social; en relación con estas últimas no parece haber dificultad en conceder al Estado la facultad de interferirlas, justificado ello, como dice Nino, en base a la protección del propio principio de autonomía: «Como los principios de la moral intersubjetiva están dirigidos precisamente a preservar la autonomía de los individuos frente a actos de terceros que la menoscaban, entonces hay razones para que el Estado y otros individuos hagan valer tales principios aun contra quienes no los adopten libremente: si bien ello infringe el principio de autonomía al impedir la ejecución de acciones autónomas, está prescrito por el mismo principio de autonomía, puesto que se trata de hacer posible otras acciones autónomas» (en «Ética y Derechos Humanos»), cit. pág. 234. Las referencias bibliográficas básicas a esta polémica ya han sido citadas en la nota núm. 47 de este capítulo. Quiero añadir a ella la reciente obra de J. Feinberg: «The Limits of the Criminal Law», 4 vols.; en concreto, el vol. II: «Offence to Others», Oxford University Press, New York, 1985). En general, y actualmente, es una discusión que enfrenta a quienes, desde lo que puede calificarse la posición liberal, sostienen que el Estado debe limitarse a hacer valer principios relativos a la moral intersubjetiva y a los que, desde perspectivas perfeccionistas o

que es lo que puede interesar a los efectos que persigo, a destacar que «castigo» encierra un significado de carácter moral y que una explicación adecuada del mismo es dependiente del concepto de ofensa moral y estrechamente relacionada con sentimientos y juicios sociales reprobatorios. Por el contrario, lo que ha sido y es objeto de ardua polémica en relación con el derecho no parece, sin embargo, que haya de preocupar seriamente en otras esferas a las que se aplica correctamente el término «castigo»; me refiero con esto a que si bien es descartable que a todo ilícito moral deba corresponderle un castigo jurídico, el tipo de restricciones que operan aquí pueden no encontrar justificación respecto de otros ámbitos en los que una gama mucho más extensa de ofensas suscitan reacciones que apropiadamente son denominadas «castigos»⁶⁸. Ello apunta, una vez más, a la conveniencia de no adoptar exclusivamente, como marco de estudio de los problemas conceptuales y justificatorios del castigo, el representado en un contexto jurídico y a dudar, en consecuencia, que a propósito de una investigación teórica acerca de aquéllos, éste haya de ser tomado como caso primario o «standard».

3. INELIGIDO AL AUTOR DE UNA OFENSA

Hasta el momento se han apreciado como rasgos característicos de una definición de castigo la restricción que ésta representa para la libertad de quien lo recibe y su carga estigmatizante por el hecho de que su inflicción expone al destinatario del mismo al juicio moral-

paternalistas, defienden que es también misión del Estado procurar que el individuo guíe su comportamiento de acuerdo con ciertos ideales o planes de vida que se consideran buenos para él con independencia de si ello coincide o no con sus propios deseos o con el tipo de actuación que ha elegido. Un análisis y defensa de este tipo de argumentos se encuentra, entre otros, en V. Haksar: «Equality, Liberty and Perfectionism», Clarendon Press, Oxford, 1979 y D. Van DeVeer: «Paternalistic Intervention», Princeton University Press, 1986.

⁶⁸ Al afirmar esto hago referencia a la relación castigo-ofensa que se da entre padre e hijo, por ejemplo; ilícitos morales como mentir pueden merecer castigo, en el sentido en que éste ha sido descrito, dentro de esta esfera o la que se crea en la relación entre tutor y discípulo.

mente reprobatorio de buena parte de la sociedad. He argumentado en favor de que no son de necesaria presencia para que una actividad determinada sea denominada «castigo». De igual modo, cuando aquélla sí se da, tampoco es suficiente para asegurar con propiedad la existencia de un castigo, y esto en buena parte porque todavía no se ha hecho alusión a algo que, aparentemente, es básico para poder calificar de «castigo» a una determinada imposición: el hecho de que la sufra quien ha cometido la ofensa en relación con la cual aquél es infligido. Sobre este punto concreto rara es la definición de castigo que no incluye una referencia, aunque el modo de enunciarlo, en algunos casos, varía sustancialmente; de ello depende algo que se ha convertido en uno de los principales focos de discusión, concernientes al problema de la justificación del castigo: si la exigencia de que su imposición quede restringida al ofensor constituye, además de un indiscutible imperativo moral —lo cual es generalmente aceptado—, una necesidad de carácter lógico.

Como digo, la controversia acerca de la posibilidad del castigo de inocentes ha ocupado buena parte de lo escrito en relación con los problemas que, en general, plantea la justificación moral del castigo. Y el esfuerzo desarrollado en esta dirección no se halla en proporción al grado de dificultad que la cuestión parece plantear. Así como no parece haber duda acerca de que el castigo, habitual y característicamente, se impone a quienes son culpables de haber cometido la ofensa, tampoco tiene que existir acerca de que, en ocasiones, aquél pueda serle impuesto a individuos inocentes. Pero en relación a esta posibilidad real creo —y adelanto así la idea defendida— que cabe hacer una distinción importante a efectos de la aplicabilidad de «castigo»: unas veces, la persona que, sin merecerlo, reciba este tipo de tratamiento, lo sufrirá porque quien o quienes hayan ejercido la facultad de castigar no se hayan apercebido de la inocencia de su destinatario; supuesto diferente de aquel en que sí se ha infligido ese tratamiento (castigo de inocentes) conscientemente. Resulta difícil eludir, en el primer caso, la denominación de «castigo» aun cuando quien esté al tanto de la ausencia de culpa por parte del castigado probablemente califique esta acción de injusta o innecesaria. Caso distinto es el de la segunda posibilidad planteada, porque el discriminar a alguien infligiéndole sufrimiento de algún tipo, y conociendo que no existen razones que lo justifiquen, es algo para lo que un

término como «victimización», por ejemplo, puede resultar mucho más apropiado que «castigo».

Partiendo de lo anterior, quiero ahora plantear los aspectos más sobresalientes de la disputa que retribucionistas y utilitaristas han mantenido en relación a esta cuestión; haciéndolo, probablemente, el lector saque la misma conclusión acerca de que una controversia larga, expresada en un sinnúmero de trabajos publicados, ha venido a oscurecer innecesariamente algo que parece susceptible de una respuesta más simple.

El problema arranca de la acusación que el retribucionista formula a su oponente teórico, el utilitarista, acerca de que su concepción de castigo conduce a que, en determinados casos, se justifique el castigo de personas inocentes; el razonamiento es sencillo y, aparentemente convincente⁶⁹: si la justificabilidad moral del castigo depende del valor consecuencial que puede derivarse de su inflicción, ésta no sólo será recomendable, sino que vendrá exigida si queremos ser coherentes, y ello aun en el caso de que quien lo vaya a sufrir sea inocente, siempre que la cuota de valor alcanzable con tal acción se considere apreciable en relación con el fin o fines propuestos.

He de aclarar primero que, frente a este argumento, las defensas que se han realizado pueden clasificarse, básicamente, en relación a los dos tipos de discurso a que pueden referirse. Por una parte se puede abordar el problema desde un punto de vista conceptual, es decir, buscando la explicitación del significado de castigo e incluyendo, como condición necesaria para una utilización correcta del término, la culpabilidad. Ante la ausencia de esta cualidad en el sujeto pasivo, la imposición a la que queda sometido no podrá ser llamada castigo, porque ello es lógicamente imposible.

En segundo lugar, se puede elegir como posible vía para solventar el problema la búsqueda de razones morales que vengan a demostrar la inconsistencia de la acusación formulada. Me parece que intentar buscar una salida a la cuestión indicada mediante la presentación de argumentos de esta índole es más acertado e, incluso, la única ade-

⁶⁹ Lo encontramos descrito en muchos de los trabajos relacionados con cuestiones de justificación del castigo. Expuesto con claridad en E. A. Rabossi, op. cit. págs. 49 y ss.

cuada al tipo de duda que se ha suscitado; cuando se plantea un problema o un dilema de carácter moral, lo pertinente es contribuir a su posible aclaración con argumentos que pertenezcan al mismo tipo de discurso. Lo que desde luego no tranquilizará al interpelante es que, por medio de maniobras lingüísticas, busquemos desembarazarnos artificialmente de una objeción que nos resulta molesta.

En el presente trabajo me ocupo de los dos tipos de discusión mencionados cuyo origen es, como ya he dicho, común: la posibilidad de que una teoría consecuencialista pueda llegar a justificar castigos injustos, o, más concretamente, castigos de personas inocentes; dentro del capítulo presente, lo propio es ocuparse exclusivamente de si, conceptualmente, la palabra castigo admite este supuesto, y dejar para más adelante el examen de la argumentación estrictamente moral, enmarcando este tipo de análisis en la confrontación entre las nociones de mérito y utilidad⁷⁰.

En relación ya con el argumento de que la aplicabilidad al culpable es algo que se halla lógicamente implicado en el significado de «castigo», éste ha sido defendido y desarrollado fundamentalmente por A. M. Quinton y aceptado también por S. I. Benn. Sin embargo, bastantes años antes de que el primero de estos autores expusiera en detalle esta tesis, la idea de que sólo puede hablarse de «castigo» cuando éste va referido al culpable de la ofensa en cuestión, es algo que está presente en más de una definición retribucionista de castigo. Basta recordar, a título de ejemplo, las ofrecidas por Bradley o Ewing: el primero, cuando afirma contundentemente que «el castigo sólo es castigo cuando es merecido. Pagamos la pena porque la debemos y no por otra razón; y si el castigo es infligido por cualquier otra razón que no sea la de que representa lo merecido cuando se es culpable, entonces es una inmoralidad mayúscula, una injusticia evidente, un crimen abominable y nunca lo que pretende ser»⁷¹. En un sentido idéntico, Ewing asegura que «el castigo implica culpa y tiene que ser retrospectivo, en tanto que es infligido en razón de una ofensa preterita»⁷². Estas afirmaciones, como dice Rabossi en relación con las

⁷⁰ Vid. *Infra*, cap. IV, esp. apartados 1 y 3.

⁷¹ Vid. Bradley: «Ethical Studies», cit. págs. 26-7.

⁷² Vid. A. C. Ewing: «The Morality of Punishment», cit. pág. 44.

palabras de Bradley, pretenden mostrar algo evidente, «pero tal evidencia deriva nada más —y nada menos— que del hecho de que en esas frases se explicitan en realidad el significado de la palabra «castigo» o las condiciones de uso de oraciones del tipo «A castiga a B»⁷³.

A eso se dedica Quinton en su trabajo citado, y con su razonamiento persigue un doble propósito: refutar, en primer lugar, que una defensa consecuencialista en la justificación moral del castigo implique admitir que ésta haya de extenderse, en ocasiones, a supuestos de castigo injusto, y poner de manifiesto, al mismo tiempo, la ilusión justificatoria en que incurre el retribucionista: éste no llega a ofrecer en ningún momento auténticas razones morales, sino que presenta como tales lo que sólo son dilucidaciones acerca del correcto uso de la palabra; en suma, el retribucionista no ejerce de filósofo moral y sí de lógico⁷⁴.

La diferencia de niveles de discurso en que ambos teóricos se mueven es, según Quinton, fácil de apreciar; difícilmente pueden confrontarse sus argumentos si cada uno de ellos trata de dar respuestas a preguntas distintas: así, si el retribucionista adecúa sus tesis a la cuestión acerca de cuándo podemos castigar, el utilitarista busca ser coherente con la contestación a cuándo debemos castigar. La diferencia de fuerza que puede apreciarse en una y otra forma de expresar la necesidad del requisito de culpabilidad se corresponde con el distinto tipo de relación que describe: lógica y moral, respectivamente⁷⁵. La inflicción de sufrimiento o la privación que se impone a una persona sólo es castigo si quien sufre tal restricción de sus derechos es culpable, y si esta condición no se cumple y aplicamos un tratamiento de esta índole bajo el rótulo «castigo», ello representa, según Quinton, un

⁷³ Vid. E. A. Rabossi: «La justificación moral del castigo», cit. pág. 47.

⁷⁴ Este argumento conduce, obviamente, a que debido al distinto nivel disciplinario al que cada una de las dos concepciones de castigo parece pertenecer, se elimina el clásico antagonismo que ha existido entre ambas. En este sentido, vid., por ejemplo, T. Honderich: «Punishment: The Supposed Justifications», quien analiza la tesis de Quinton en el cap. VI, titulado «Compromises», donde en total se exponen ocho propuestas conciliadoras; op. cit. págs. 149-152.

⁷⁵ En palabras de Quinton: «For the necessity of not punishing the innocent is not moral but logical. It is not, as some retributivists think, that we may not punish the innocent and ought only to punish the guilty, but that we cannot punish the innocent and must only punish the guilty», en «On Punishment», cit. pág. 58.

fraude, una mentira. Por tanto, la expresión «justificación del castigo» nunca puede hacer referencia a esos supuestos; tendríamos que emplear, por ejemplo, una expresión como «justificación de la victimización» para salvar el mencionado problema de autocontradicción.

El razonamiento resulta persuasivo por su aparente eficacia: aquella «grave» objeción sobre la que el retribucionismo basaba su superioridad moral queda reducida al absurdo lógico que encierra la oración: «Te castigo por X pese a no haber hecho X», y al mismo tiempo deja patente cómo el principio retribucionista no es lo que pretende ser, un argumento para la justificación moral, sino una definición «fantasma» capaz sólo de engendrar afirmaciones tautológicas⁷⁶.

De carácter muy parecido son las razones esgrimidas por S. I. Benn con la misma intención de contrarrestar la crítica retribucionista acerca del castigo de inocentes⁷⁷; parte del modelo de definición que se ha tomado al comienzo de estas páginas —«castigo» equivale a inflicción de sufrimiento bajo una serie de condiciones específicas, siendo una de ellas la necesaria infracción de una regla— para, coherentemente, deducir que la expresión criticada constituye una imposibilidad lógica, al no haberse producido la condición requerida.

Aunque Benn matiza este tipo de argumento con el reconocimiento de un significado secundario de la palabra «castigo» que puede permitir la denotación por ésta de supuestos en que se hallen ausentes condiciones básicas de utilización, afirma que, fundamentalmente, cuando hablamos de castigar a un inocente, más que significar la actividad propiamente dicha de infligir dolor, sufrimiento, o una restricción de las que suele comportar el castigo, tratamos de reflejar, por el contrario, «una pretensión de castigo» en el sentido de «fabricar evidencia o cualquier medio de imputación de culpabilidad conociendo

⁷⁶ Lo señala H. B. Acton: «Si la definición retribucionista de castigo puede ser del tipo «dolor o privación infligida a un ofensor por su ofensa, esto es, a una persona culpable», engendra la tautología: «castigo requiere culpa y es infligido respecto de ella». Vid. H. B. Acton, en la introducción a su compilación «The Philosophy of Punishment», cit. pág. 25.

⁷⁷ Vid. S. I. Benn, R. S. Peters: «Social Principles and Democratic State», cit. págs. 181-6.

que la persona en cuestión es inocente»⁷⁸. Esto, que equivale a tratarle como culpable, entraña la falsa aserción de que lo es; y su inaceptabilidad moral proviene, por tanto, de la existencia de ese fraude y de la discriminación que reside en pretender respecto de una persona un trato desfavorable sin ofrecer a cambio una justificación válida (las razones de tal justificación se fundan en hechos falsos). Es este supuesto el que queda expuesto a las objeciones del retribucionista; la respuesta apropiada, según Benn —y como ya arguyera Quinton—, es que al utilitarista le concierne procurar una justificación válida de «castigo» y no de cualquier tipo de práctica que implique sufrimiento⁷⁹.

El argumento central de la crítica a este planteamiento se ha esbozado ya líneas arriba: una estrategia definicional, una maniobra estrictamente lingüística, no resuelve el problema moral relativo a que, efectivamente, puedan darse supuestos de hecho a resultados de los cuales venga indicado el «castigo» respecto de sujetos que no han realizado aquello que se les imputa como razón principal del trato desfavorable que van a sufrir. La crítica está presente en muchos autores, aunque creo que es justo reconocer en Hart y su denuncia del abuso de barreras deficionales, un punto de referencia obligado en relación a este concreto aspecto de la disuasión general sobre la justificación del castigo⁸⁰.

No requiere de un gran alarde imaginativo la representación de a qué supuestos de hecho me refiero en el párrafo anterior. Fácilmente

⁷⁸ Vid. S. I. Benn, op. cit. pág. 182.

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 183: «La respuesta lacónica a los críticos de las teorías utilitaristas de la represión penal es afirmar que son teorías de la 'sanción penal' y no de cualquier tipo de técnica social que ponga en juego el sufrimiento» (pág. 210 de la traducción castellana).

Conviene señalar que Hart, en nota a pie de página, aclara que Benn había modificado ya, a la fecha de publicación de «Prolegomenon...», su punto de vista en el sentido de no centrar la defensa utilitarista en argumentos de tipo lingüístico. Creo que este cambio que comenta Hart no ha sido reflejado por Benn en ninguna de sus posteriores publicaciones. La cita mencionada, en «Prolegomenon...», cit. pág. 6.

⁸⁰ Vid. Hart: «Prolegomenon...», cit. págs. 5 y 6. Prácticamente todos los autores que son citados dentro de este apartado a propósito de la posibilidad del castigo de inocentes han sido receptivos, en sus respectivos trabajos, a la insuficiencia señalada por el profesor de Oxford.

puede pensarse en la posibilidad de que, tanto en el ámbito de lo jurídico como fuera de él se produzcan errores de apreciación que tergiversen el valor de los indicios que apuntan a la responsabilidad de una persona en relación con una ofensa real; o que jueces corruptos, o padres y tutores igualmente malvados se inventen cargos y razones para imponer un «castigo» a sabiendas de que su destinatario es perfectamente inocente. Y frente a esto, como dice Rabossi, «parece excesivo e incorrecto pretender que en tales casos está presupuesto algo así como un absurdo lógico»⁸¹. A pesar de ello, sin embargo, quienes tratan de defender al utilitarismo han persistido en el mismo tipo de defensa; su mejor muestra sigue estando en las réplicas que Quinton y Benn ofrecen en relación con la existencia, en ocasiones, de personas inocentes que son objeto de un tratamiento desfavorable.

Quinton parece llevar a sus últimas consecuencias su razonamiento previo, sobre la base de recurrir a la distinción —ya conocida en estas páginas— que ocupó, desde 1946, buena parte de la obra de J. L. Austin⁸². Así, para Quinton, «castigar» pertenece a una clase de verbos cuya conjugación en primera persona de presente indicativo se caracteriza especialmente, en relación a su uso, frente al que le es propio cuando el verbo se halla en tercera persona del mismo tiempo gramatical. Traducido al lenguaje austiniano, mientras «yo castigo» equivaldría a la formulación de una expresión ejecutiva o realizativa, el referirse a que «alguien castiga» entraña un significado puramente descriptivo. Quinton, que no se refiere en ningún momento a la distinción en los términos empleados por Austin, asocia esta peculiaridad de «castigar» a la de «prometer», ejemplo típico de esta clase de verbos realizativos, y asegura que con ambos se incurre en un absurdo lógico similar cuando su utilización en primera persona no va acompañada de la satisfacción de ciertas condiciones: según aquél, igual grado de impropiedad representa la oración «Te prometo X» si X es de imposible realización, que «Te voy a castigar» si aquel a quien le comunico mi decisión no es el culpable.

⁸¹ Vid. Rabossi, op. cit. pág. 50.

⁸² Vid. J. L. Austin: «How to do Things with Words», 1962; trad. cast. y prólogo de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, «Palabras y Acciones», Paidós, Buenos Aires, 1971.

Sin embargo, y aquí incorpora Quinton su respuesta a la crítica mencionada, la impropiedad deja de estar presente cuando utilizamos estos verbos en tercera persona; haciéndolo así ya no estamos prescribiendo, sino describiendo lo que otros hacen, o como correctamente afirma Quinton: «...estas actividades —prescribir castigos o hacer promesas— suponen el cumplimiento de condiciones distintas de las requeridas para la descripción de lo que quienes prescriben el castigo o hacen la promesa presentan como castigos o promesas»⁸³ y, en consecuencia, resulta adecuado decir «él prometió X» o «él castigó», con independencia de si estaba o no dentro de las posibilidades de esa tercera persona el realizar X o si, en el segundo ejemplo, consideraba —a quien recibió el castigo— culpable o no.

El razonamiento recién planteado, formalmente correcto, como ya digo, parte del error, sin embargo, como más de un autor ha advertido, de considerar «castigar» como un verbo realizativo. K. E. Baier⁸⁴, por ejemplo, hace esta observación: no podemos afirmar respecto de «castigar», dice este autor, que entrañe el mismo tipo de incorrección lógica que «prometer», simplemente porque al decir «te castigo» no llevamos a cabo el acto de castigar en un sentido que pueda ser similar a lo que ocurre cuando digo «te prometo», en que por su sola enunciación tiene lugar un acto constitutivo de promesa. Esto tiene como consecuencia que tampoco haya que dar la razón a Quinton acerca de que «te castigo por algo que no has hecho» y «te prometo hacer X» cuando X es imposible, sean dos oraciones igualmente absurdas; la primera sí puede tener sentido en determinados contextos, según Baier⁸⁵, y ello se debe a que «castigar» —y Quinton

⁸³ Vid. A. Quinton: «On Punishment», cit. pág. 60.

⁸⁴ Vid. K. E. Baier: «Is Punishment Retributive?» *Analysis*, vol. XVI (1955-56), págs. 25-32. Publicado también en H. B. Acton, ed. «The Philosophy of Punishment», cit. págs. 130-37.

⁸⁵ «Como cuando en el momento de ir a ejecutar una condena capital, el verdugo susurrara al oído de la víctima 'te castigo por algo que no has hecho'». Este ejemplo, en Baier, op. cit. pág. 135. Según Flew, sin embargo, esto tampoco demuestra que este tipo de supuestos puedan ser conceptuados como «castigo». El supuesto que imagina Baier en relación con su crítica a Quinton resultaría mucho más convincente, de acuerdo con Flew, si el verdugo formulara sus palabras públicamente, hacia los asistentes, y no exclusivamente a su víctima. Es decir, en el trayecto que va del simple y vulgar asesinato a la afirmación de la existencia de una pena capital injusta

también lo afirma— asume en su primera persona del presente una función prescriptiva, pero en el sentido —y esta matización ya no halla lugar en el trabajo de Quinton— de dictar sentencia o, en general, de revelar mis intenciones a quien me estoy dirigiendo. Sólo en esta acepción puede entenderse que castigar es un verbo realizativo⁸⁶.

También S. I. Benn es receptivo a la objeción acerca de que la adopción de una estrategia puramente definicional no elimina la posibilidad real de que «algo» semejante a lo que denominamos castigo pueda ser infligido a seres inocentes. Con la pretensión de salvar ésta, matiza el planteamiento que era descrito líneas atrás, admitiendo que junto al sentido primario de la palabra «castigo», que excluye lógicamente el que éste sea infligido en ausencia de culpabilidad, se puede aceptar también un significado amplio o secundario que denota el mero infligir sufrimiento a alguien. Así, «castigar» sería sinónimo de

es preciso incorporar, como mínimo, un «pretensión de procedimiento o de legalidad». En Flew: «Postscript» (1967) a «The Justification of Punishment», en H. B. Acton, ed.: «The Philosophy of Punishment», cit. págs. 102 y 103.

⁸⁶ Esta posibilidad de crítica la pone Baier de manifiesto en relación con lo mantenido por H. L. A. Hart en «The Ascription of Responsibility and Rights». En el artículo, Hart defiende que las decisiones judiciales son enunciados realizativos, no descriptivos, que adscriben responsabilidad o derechos. Esto es aceptable siempre que, según Baier, no incluyamos entre aquéllas los veredictos de culpabilidad o inocencia que pronuncian los jurados: «Cuando un jurado declara al acusado culpable, es culpable conforme a Derecho y puede que no tenga posibilidad de recurrir tal decisión, pero esto no quiere decir que sea realmente culpable. El veredicto de culpabilidad podrá ser un enunciado realizativo sólo si al pronunciar estas palabras se estuviera haciendo al acusado culpable, al igual que cuando decimos «prometo» hacemos una «promesa». En Baier, op. cit., pág. 135. El artículo de Hart, citado en «Proceedings of the Aristotelian Society», n.º 49, 1948-49, págs. 171-194, reimp. en A. G. N. Flew: «Logic and Language», First Series: Blackwell, Oxford, 1951. Además de la de Baier hay críticas importantes a este trabajo en los artículos de P. T. Geach: «Ascriptivism», *Philosophical Review*, n.º 60, 1960, págs. 221-225, y de G. Pitcher: «Hart on Action and Responsibility», *Philosophical Review*, n.º 69, 1960, págs. 226-235. Es importante señalar cómo luego el propio Hart rechazó la tesis que había mantenido en aquel temprano artículo. De forma expresa lo manifestó en el prólogo a la colección de ensayos «Punishment and Responsibility», citada, y también en «Definition and Theory in Jurisprudence», Clarendon Press, Oxford, 1953, trad. castellana de G. R. Carrió, en «H. L. A. Hart: Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis», Depalma Buenos Aires, 1962, págs. 93 y 138. Sobre este aspecto de la obra de Hart y su crítica es interesante consultar el libro de J. R. de Páramo: «Filosofía analítica y teoría del Derecho en H. L. A. Hart», cit. págs. 58 y ss.

«causar sufrimiento», sin requerir, cuando utilicemos el término en esta segunda acepción, que hayan de darse necesariamente las condiciones de la existencia previa de una ofensa, de la presencia de culpabilidad o, incluso, que el sufrimiento sea elemento directamente intencional de la técnica que se aplica⁸⁷. En casos así planteados, no puede afirmarse ya que la referencia a «castigo de un inocente» entrañe un defecto lógico insalvable: «este sufrimiento no está de acuerdo con el significado primario de la palabra «castigo», y no es, por ello, objetable en cuanto «castigo de inocente» (aunque pueda serlo en base a otras razones)⁸⁸.

Da la impresión de que poco avanza Benn en lo que se refiere a refutar la imputación que nos ocupa; distinguir entre llamar castigo al sufrimiento que se inflige a un ser culpable y establecer un uso secundario del término respecto de la mera inflicción de sufrimiento a un individuo que no se halle así cualificado, supone persistir en ejercicios lingüísticos que dejan intacta la cuestión moral planteada. Una vez más, la opinión de Rabossi, aunque no se refiera expresamente al argumento de Benn, resulta esclarecedora: «...esta réplica a la objeción formulada no resulta satisfactoria. Lo que viene a sostener en definitiva es que el único sentido válido de «castigo» es aquel del que resulta lógicamente absurdo decir —como interesa a la «teoría»—: «A fue castigado pese a que era inocente». El otro sentido de «castigo» es espurio y debe ser evitado sustituyéndolo quizá en los contextos correspondientes por «pegar», «azotar», «privar de libertad», etc.; es decir, por cualquier expresión que designe el acto específico de producir un sufrimiento a alguien. Y todo esto es muy dudoso, incluso como táctica: resulta demasiado «ad hoc», sobre todo

⁸⁷ Situaciones que se ajusten a las características descritas son, según Benn, fáciles de imaginar, sobre todo cuando la carga de sufrimiento de la medida en cuestión represente algo accidental a un fin distinto y principal. Benn pone el ejemplo de la detención y encarcelamiento de los miembros de una asociación de carácter político a la que se considera subversiva, no porque haya sido probada su participación en ninguna acción criminal, lo cual a lo mejor ni siquiera se les imputa, sino para prevenir perjuicios o desórdenes ulteriores. Esto no tiene por qué ser inhumano, argumenta dudosamente Benn, si el fin primero de la medida aplicada no era la producción de sufrimiento hacia estas personas, sino el mencionado de la prevención de males futuros (en «Social Principles...», cit., pág. 182).

⁸⁸ Ibidem, pág. 183.

cuando se recuerda que la razón principal que induce a plantear esta manera de superar el antagonismo entre retribucionistas y utilitaristas es evitar que la concepción utilitarista quede sujeta a la crítica de que pueda llegar a justificar el castigo de inocentes⁸⁹.

Lo que parecía ser, sin embargo, la llegada a un punto muerto, en el que los defensores de una justificación utilitarista se estancaban en sus esfuerzos por sacar provecho de un análisis definicional para dar respuesta a la crítica retribucionista, quedó desmentido con la incorporación al debate de quienes, partidarios de una justificación retribucionista, se vieron obligados a ofrecer una respuesta adecuada a la acusación que se adivinaba en los argumentos que hasta ahora han sido examinados: la de que el retribucionismo no llegaba a ofrecer una propuesta acerca de una teoría moral de castigo, sino que se agotaba en dar cuenta del significado de una palabra, estableciendo las condiciones de uso de la misma⁹⁰. Frente a esto, una serie de autores se han esforzado por deslindar adecuadamente los dos niveles de análisis y han tratado de dar sustantividad propia a lo que pueden considerarse alegatos morales en favor de una justificación moral que sea asimilable a las premisas retribucionistas. A este fin era asimismo necesario demostrar que la restricción del castigo al culpable operaba en base a razones morales y no de carácter lógico y que, por consiguiente, era posible hablar con propiedad del castigo de inocentes, que efectivamente podía producirse cuando se desconocieran tales razones morales⁹¹.

En esta dirección han ido, como decía, varios intentos de reformulación de los enunciados básicos del retribucionismo, aun cuando —ha de decirse— no del todo satisfactorios. Más adelante serán objeto de análisis algunos de los más relevantes. Pero antes quiero aludir a

⁸⁹ Vid. Rabossi, op. cit., pág. 51.

⁹⁰ Este tipo de crítica era ya descrito en líneas generales dentro del capítulo anterior. Para Quinton, por ejemplo, el retribucionismo se agotaba en elucidar el correcto uso del término «castigo»: «...Retributivism, properly understood, is not a moral but a logical doctrine, and that it does not provide a moral justification of the infliction of punishment but an elucidation of the use of the word» (op. cit., pág. 55).

⁹¹ Vid. C. W. K. Mundle: «Punishment and Desert», Philosophical Quarterly, vol. IV (1954), págs. 216-228 (reimp. en H. B. Acton, ed.: «The Philosophy of Punishment», cit., págs. 105-115).

un grupo de argumentos interesantes contruidos en torno al problema concreto que se trata ahora.

Quiero empezar por el cronológicamente primero en relación al trabajo que Quinton había publicado en 1954. En este mismo año, C. W. K. Mundle, consciente de que aquél, si bien no había conseguido superar satisfactoriamente las críticas que habían motivado su artículo, sí había sabido, cuando menos, desvelar aspectos inconsistentes de la presentación tradicional del retribucionismo, publica «Punishment and Desert». El estudio de Mundle es relevante por varias razones: en primer lugar, porque sabe llamar la atención sobre el descuido teórico que ha sufrido la noción de merecimiento en las hasta entonces pretendidas justificaciones retribucionistas del castigo, en referencia, fundamentalmente, a las tesis que había defendido Mabbott, y en segundo lugar —y esto es lo que ahora nos afecta directamente—, por el tipo de propuesta que hace en relación con lo que deben ser los postulados básicos de una concepción retribucionista del castigo.

Mundle considera que la versión que ofrece de la teoría retribucionista contiene el mínimo de elementos para poder aceptarla como una «teoría del merecimiento moral». Se compone de dos premisas o postulados éticos («ethical claims») y una «recomendación verbal», cuyos enunciados son:

1. «...El hecho de que una persona haya cometido una ofensa moral provee una razón suficiente para que se le haga sufrir».
2. («Principio de proporcionalidad»): Si (o cuando) las personas sufren por las ofensas que han cometido, el sufrimiento impuesto debe ser proporcionado a la gravedad moral de las ofensas.
3. («Recomendación verbal»): «castigo» debe aplicarse sólo en aquellos casos en que se hace sufrir a una persona porque (por razón de que) lo merece en virtud de una ofensa moral⁹¹.

Las razones que impulsaron a Mundle a plantear así su revisión de la teoría retribucionista tienen mucho que ver con un intento de reducir el protagonismo que había jugado recientemente el análisis

⁹¹ En «Punishment and Desert», cit., pág. 71.

lingüístico; coherentemente con esto afirma lo siguiente en relación con la propuesta que acaba de formular⁹²:

— Las premisas 1 y 2 no son proposiciones analíticas, «ya que pueden ser negadas sin contradicción, y la cuestión acerca de si deben ser aceptadas no puede establecerse simplemente por el estudio del papel que desempeñan en el lenguaje ordinario».

— Que aunque 1 y 2 encuentran normalmente dificultades para ser diferenciadas con nitidez, deben serlo en el seno de la discusión ética, «en tanto que aceptar uno de los postulados no implica la aceptación del otro».

— Que ambos asertos 1 y 2 nos suministran, tomados conjuntamente, una explicación del concepto moral.

Y lo que mayor interés tiene ahora:

— Que la aceptación de 1 y 2 todavía no incluye el pronunciarse expresamente acerca del tipo de conexión que pueda haber entre castigo y culpa: es decir, el núcleo de la teoría retribucionista representado en 1 y 2 es independiente de la cuestión acerca de «si de hecho 'castigo' se aplica exclusivamente a los casos en que a una persona se le hace sufrir en virtud de que lo merece o si, de lo contrario, su significado debería restringirse en este sentido».

La falta de acuerdo que observa Mundle en torno a precisar qué tipo de razones son las que se hallan detrás de que una determinada acción pueda ser calificada de 'castigo' le lleva a afirmar que una teoría retribucionista debe presentar la conexión entre castigo y culpa bajo la fórmula de una «recomendación verbal», capaz de delimitar las propuestas lingüísticas de los argumentos morales sustantivos. En tanto «recomendación», la impresión inmediata es que su contenido parece abandonado al más puro arbitrio; lo único que se puede decir a este respecto es que la defensa del núcleo moral de que se compone una teoría retribucionista del castigo hace de la aceptación posterior del principio de distribución contenido en la «recomendación», algo «razonable», según el propio Mundle⁹³. De este modo, la solución

⁹² Las citas corresponden a las páginas 71-72.

⁹³ «Si los postulados éticos son aceptados, la recomendación verbal es algo razonable; supondría emplear 'castigo' para trazar una distinción que necesita ser trazada entre casos en los que individuos son sometidos a consecuencias desagradables porque así lo merecen y casos en que esto se debe a otras razones». Ibidem, pág. 72.

propuesta por el autor citado nos lleva a resultados dispares en relación con el punto de vista que se ha mantenido al comienzo de este apartado: por un lado, la estrategia definicional de Mundle puede ser satisfactoria en lo que se refiere al reconocimiento de «status moral» al retribucionismo en contradicción con la acusación de que bajo este rótulo sólo se adivinaban «elucidaciones acerca del uso de la palabra 'castigo'», aunque haya también que decir —como más adelante trataré de poner de manifiesto— que una explicación de la noción de merecimiento entraña más elementos que los contenidos en las premisas 1 y 2 de Mundle. Por otra parte, el valor de su propuesta, en un plano puramente definicional, es más bien escaso; no pretende describir el significado de castigo, sino presentar lo que deben ser las premisas de un razonamiento justificatorio, el retribucionista, para, partiendo de ellas, «recomendar», ya que parecen existir razones morales aceptables, que 'castigo' se restrinja a los casos en que se hace sufrir a una persona por lo que merece. Con esto Mundle evita, desde luego, controversias lingüísticas, de acuerdo con su intención expresa, pero también se limita a construir una teoría de la justificación moral acerca de algo que no explica lo que es⁹⁴.

Otras versiones, desde posiciones igualmente retribucionistas, han tratado de moderar el alcance estipulativo de este tipo de definiciones.

Así, A. Flew, a pesar de los términos en que plantea la conexión entre castigo y culpa⁹⁵, se refiere críticamente a la aparente confusión

⁹⁴ Algo similar se le puede objetar a A. C. Ewing. En «The Morality of Punishment» este autor parte de la afirmación de que el castigo, con independencia de su preciso significado, es algo que se halla moralmente justificado. Esto que, según él, pocos ponen en duda, le sirve para rechazar algunas concepciones del castigo que no considera aceptables, entre ellas el principio retribucionista acerca de que «el autor de una ofensa moral merece sufrir por su acción» (op. cit., pág. 34). K. G. Armstrong pone de relieve este defecto posible de las argumentaciones de Ewing y Mundle: «Hasta que no sepamos lo que es el castigo, lo que significa imponer una sanción por un delito, no podemos abordar qué sistema de fijación de pena es mejor, con independencia del punto de vista desde el que lo consideramos. De igual modo, tampoco podemos decidir qué es lo que moralmente justifica el castigo hasta que no sabemos qué es lo que tratamos de justificar. Está claro que el orden lógico es primero decidir qué es el castigo y entonces decidir si ello es moralmente justificable o no.» En obra citada, pág. 143.

⁹⁵ Recuérdese que introduce los requisitos de su definición acerca de un significado «primario» de castigo con la expresión «It must be...» («Tiene que...»).

que reina en muchas de las «justificaciones» retribucionistas a la hora de discernir entre argumentos morales y lógicos. Este defecto es imputable, según Flew, a las propuestas de autores como Bradley o Mabbott, en las que no se sabe con certeza «en qué medida se recurre al significado de las palabras o a nuestras convicciones morales»⁹⁶, y ello aunque, como ya se expuso páginas atrás, existan diferencias más que considerables entre lo mantenido por uno y otro autor.

También se muestra reticente en lo que concierne a la «imposibilidad lógica» de castigar al inocente. En «The Justification of Punishment», Flew intenta una solución ecléctica y, en mi opinión, no del todo convincente: su argumento consiste en afirmar que la contradicción entre una concepción retribucionista del castigo y la inflicción de éste a inocentes puede ser salvada cuando el discurso se refiere a casos particulares o, mejor dicho, excepcionales. De este modo, mientras singularmente, respecto de situaciones concretas, «castigo» puede seguir siendo utilizado aun cuando no se satisfagan éste u otros criterios de aplicabilidad, no puede serlo así, dentro del discurso, si el término alude a la generalidad de una práctica o a la descripción de un sistema. Sí puede tener sentido hablar de casos aislados de castigo de un inocente —«sería pedante insistir que ello es lógicamente imposible»— porque la palabra «castigo» es suficientemente vaga como para ello: es impropio hacerlo, por el contrario, cuando la empleamos para denotar una práctica de inflicción de sufrimiento, de restricción de derechos o, en general, de medidas difícilmente deseables, a seres inocentes⁹⁷. Al excluirlo, Flew desecha, y ello me parece correcto, que «castigo» se pueda aplicar a lo que, en la realidad representa una práctica de victimizaciones.

En efecto, puede uno mostrarse de acuerdo en que cuando en una sociedad se generalizara el que —refiriéndonos al castigo jurídico— tras cada sentencia en que se declarase la inocencia del acusado el juez decidiera, a pesar de ello, ordenar el encarcelamiento de esta

⁹⁶ Vid. Flew, op. cit., pág. 92. La misma crítica se la había formulado ya en 1939 M. R. Glover en «Mr. Mabbott on Punishment», Mind 48, 1939, pág. 498. Mabbott responde expresamente a las críticas de estos dos autores en «Professor Flew on Punishment», cit., págs. 121 y ss.

⁹⁷ El razonamiento descrito en Flew, op. cit., págs. 85, 86 y 93 y ss.

persona, se dejaría probablemente de hablar de un sistema de castigos para buscar otra expresión más adecuada a esa realidad. Lo que, sin embargo, ya no parece tan acertado del planteamiento de Flew es el sentido en el que parece interpretar el dato de la excepcionalidad. Tiene razón Baier cuando críticamente rechaza que el problema en cuestión pueda ser resuelto con el recurso a criterios puramente estadísticos⁹⁸; no es éste el camino apropiado para llegar a aquella conclusión que parecía válida, porque no es un problema acerca de la mera frecuencia de una acción. El sentido de la excepcionalidad ha de venir especificado más bien por la vía de la infracción de la regla; de este modo si por «sistema de castigo» entendemos, siguiendo a Baier, un sistema «cuya naturaleza declarada y reconocida» es castigar sólo a quienes se ha encontrado culpables de una ofensa⁹⁹, deberá entenderse que «caso excepcional», en lo que ahora concierne y pensando de nuevo en cómo se concibe la práctica de castigar en un sistema jurídico, es aquel en el que quien se halla autorizado para imponerle vulnera la regla que le prescribe conectar un determinado castigo a un juicio previo de culpabilidad y ordena así su inflicción aun cuando se haya emitido con anterioridad un veredicto de inocencia.

Lo que parece pertinente corregir a Flew es, por tanto, que un sistema declarado de «castigo», esto es, de inflicción de sufrimiento a seres declarados culpables de haber cometido una ofensa, no se convierte en un sistema de otro tipo de técnica de inflicción de dolor o sufrimiento que requiera una distinta denominación por el número o la probabilidad de casos en que jueces, u otros funcionarios o personas autorizadas para su administración, se equivoquen o decidan con prevaricación. El sentido de la excepción ha de ser aquel que, ajeno, por tanto, al número de veces en que lo que representa tenga lugar, pueda ser mantenido aun cuando «lo excepcional» acapare la mayoría o incluso la totalidad de los casos que se plantean frente a lo que se considera un rasgo característico, siempre, claro está, que sea posible decir de cada uno de ellos que se debe a una circunstancia

⁹⁸ Vid. Baier: «Is Punishment Retributive?», cit., págs. 132-33.

⁹⁹ Ibidem., pág. 134.

especial¹⁰⁰. Por el contrario, hablar con propiedad de un sistema de victimización requiere la referencia a un sistema «cuya naturaleza declarada y reconocida» sea la de «castigar» (en el sentido de infligir sufrimiento) a aquellos que no son culpables de haber cometido una ofensa.

Baier, además, defiende también una reformulación del punto de vista retribucionista que trata de salvar: al igual que Flew, los inconvenientes lógicos del tipo de definición de castigo que ambos ofrecen. A este fin sugiere que se distinga entre culpabilidad de hecho y declaración o reconocimiento formal de su existencia. Sólo si se diferencian estos dos planos y se mantiene que una definición de «castigo» ha de exigir lo segundo podemos seguir afirmando con propiedad que en ciertos casos «se castiga a personas por ofensas que no han cometido». Esta visión del castigo no es arbitraria, sino que se corresponde fielmente, según Baier, con una descripción de la realidad práctica de la pena jurídica: «Decir que alguien ha castigado a otro significa que alguien autorizado para administrar una pena por una cierta ofensa lo ha hecho respecto de la persona que ha sido encontrada culpable de esta ofensa por quien posee autoridad para ello.»¹⁰¹ Esto tan sólo representa el último acto de un «juego» que supone la realización de una serie de actos y conductas exigidos por las reglas que ordenan todo el complejo procedimiento del que consta la institución del castigo; Baier señala aquí la prescripción o prohibición de ciertas conductas por parte de determinados individuos bajo la forma de reglas, mandatos, etc.; la especificación de cómo han de ser tratados aquellos que desobedezcan los contenidos de esas regulaciones, la designación de las personas y el método para la detección de estos casos de desobediencia, etc. Funciones que, obviamente, en el caso del castigo por parte del Estado son encomendadas a diferentes personas, pero que en relación a otras manifestaciones de esta práctica

¹⁰⁰ Tomo este sentido «excepcional» del trabajo de M. Scriven: «The Logic of Criteria», citado, donde se lee: «Básicamente son enunciados (los del tipo mencionado) que proveen la estructura para una teoría explicativa; están en el origen de las normas que nos sirven para dar cuenta, desde la teoría, de las desviaciones que se puedan producir, pero que ellas mismas se explican sólo en términos de otra teoría» (en op. cit., págs. 864 y 864).

¹⁰¹ Vid. Baier, op. cit., pág. 130.

pueden ser asumidas por una sola, como en el caso del castigo que lleva a cabo el padre o tutor.

Lo que importa de todo lo anterior —es una regla constitutiva del «juego», en palabras del propio Baier— es que la actividad de castigar no puede ser llevada a cabo si en una fase previa de aquél la persona en cuestión es declarada «no culpable». Este reconocimiento es lo que tiene que provocar, a partir de ese momento, una actuación distinta a la que dará lugar la declaración de culpabilidad. Si no se respeta esta regla y el «juego» continúa como si se hubiera producido la afirmación última, entonces la declaración de la intención de «castigar» son «meras palabras» y la actuación ulterior basada en éstas «no es inflicción de castigo, sino algo para lo que (en tanto que nunca ocurre) no tenemos una denominación»¹⁰².

El argumento de Baier se centra, por tanto, en la presencia, como condición necesaria para que podamos hablar de «castigo», de la declaración formal de culpabilidad que no implica la existencia de culpabilidad efectiva.

K. G. Armstrong encuentra dificultades en el planteamiento recién descrito, que en parte encuentro justificadas. Fundamentalmente que la revisión que presenta de la definición retribucionista de castigo es capaz de incluir clases de actuaciones que difícilmente pueden ser así conceptualizadas; cumplir correctamente las reglas del «juego» puede no ser suficiente, según Armstrong, para que la conducta resultante constituya un caso de castigo, como, por ejemplo, cuando quien no ha cometido ningún tipo de ofensa y su inocencia es generalmente reconocida, resulta, sin embargo, involucrado en el desarrollo de todas las etapas del proceso descrito, incluidas su declaración formal de culpabilidad y la ejecución del castigo prescrito. Para Armstrong, y de acuerdo también con lo que se ha mantenido páginas atrás, «¿no resulta 'más natural' decir que éstos son casos no de castigo, sino de otro tipo, probablemente de victimización?»¹⁰³.

La crítica de Armstrong tiene que ser puesta en relación con su propuesta de definición de castigo. Se incluye ésta dentro de los intentos más serios, a mi modo de ver, por discernir las cuestiones

¹⁰² Ibidem., pág. 131.

¹⁰³ Vid. Armstrong: «The Retributivist Hits Back», cit., pág. 149.

que con frecuencia, cuando se ensayan respuestas en relación con la justificabilidad del castigo, se presentan confusamente entremezcladas¹⁰⁴. Tras la exposición de los distintos niveles de análisis, Armstrong da contestación a ciertas críticas formuladas contra el retribucionismo con el tipo de argumentos que éste puede presentar respecto de cada uno de los órdenes indicados.

Para el autor citado el sentido de la expresión «fue castigado por algo que no hizo» puede ser doblemente interpretado. En percatarse de esta duplicidad de significados estriba la posibilidad de suministrar una respuesta adecuada a las aparentes contradicciones lógicas que entraña una definición retribucionista de castigo en relación al supuesto teórico del castigo de inocentes. Por una parte, y ésta sería la primera acepción posible: cuando mediante una secuencia de palabras expresamos algo, ello puede ser entendido sin que necesariamente empleemos cada una de ellas con idéntico grado de propiedad —sentido «débil» al que alude Armstrong—: «de medio mataron», por ejemplo, es una expresión que sólo adquiere sentido si procedemos a interpretarla de este modo, ya que, obviamente, el hecho de matar a alguien no es susceptible de gradación. La segunda posible vía de interpretación resulta de asignar a cada palabra contenida en una determinada expresión un significado pleno; este sentido «fuerte», según Armstrong, «indica que cada palabra ha sido usada correctamente de manera que una sustitución analítica de cualquiera de los términos puede ser hecha sin que por ello se revelen contradicciones, inconsistencias u otros defectos lógicos»¹⁰⁵.

Aplicando esta distinción a la expresión que nos concierne (arriba citada) «fue castigado por algo que no hizo», se observa que en el

¹⁰⁴ Armstrong establece tres categorías de problemas al respecto: definicional (cómo se emplea la palabra «castigo» corrientemente, a qué se aplica y qué tipo de reglas puede dar cuenta de estos casos, solo de éstos), ético (identificable con la necesidad de justificar moralmente la práctica del castigo, que ha de ser diferenciado de lo que señalemos como el fin o propósito de la misma) y, en fin, práctico, aunque también con una apreciable carga de tipo moral, de determinación del mejor sistema para fijar castigos en relación a las distintas ofensas. Vid. op. cit., págs. 140-142. (Debe señalarse que el artículo de Armstrong se publica por primera vez al poco tiempo del de Hart —«Prolegomenon to the Principles of Punishment»—, donde, recuérdese, se establecía una distinción muy parecida entre órdenes de problemas.)

¹⁰⁵ Ibidem., pág. 147.

sentido débil —es decir, queriendo significar por medio de ella que alguien ha sido tratado como culpable de la realización de unos hechos que en realidad no cometió— puede salvarse la pretendida contradicción con el aserto principal de la definición retribucionista de castigo; simplemente intentamos transmitir la convicción acerca de que quien imponía el castigo incurrió en un error o que, conociendo la inocencia del inculcado, trató de engañar a terceros. No cabe decir otro tanto si, por el contrario, se enuncia aquella expresión en su sentido «fuerte», ya que entonces no es posible salvar la contradicción y la definición retribucionista de «castigo» se muestra claramente inconsistente.

El planteamiento que hace Armstrong resulta además atractivo porque extiende el problema a las teorías consecuencialistas del castigo, tanto en una versión intimidatoria como en la resocializadora o de reforma. Un partidario de poner el acento en el posible efecto disuasorio a la hora de ofrecer una justificación moral del castigo vendría a definir éste aproximadamente como «la imposición de sufrimiento o de algún tipo de privación en orden a prevenir que el ofensor reincida en su conducta o que otros imiten lo que creen que aquél ha realizado». En tono parecido, el partidario de que el castigo ha de ir dirigido a la corrección o reforma de quien ha cometido un ilícito afirmaría que la imposición que representa aquél va dirigida a «reducir su tendencia a querer cometer ofensas o, al menos, aquéllas de una determinada clase»¹⁰⁶. La contradicción, como inteligente-

¹⁰⁶ Las definiciones son del propio Armstrong, op. cit., pág. 146. Pueden encontrarse otras similares en aquellos autores que definen teorías consecuencialistas acerca del castigo. Se puede consultar, por ejemplo, el amplio estudio sobre prevención e intimidación hacen F. E. Zimring y G. J. Hawkins en «Deterrence», *The Legal Threat in Crime Control*, University of Chicago Press, Chicago, 1973, especialmente págs. 74 y ss.; también en J. Andenaes: «The Morality of Deterrence», *University of Chicago Law Review* 37 (1970), págs. 649-64, publicado recientemente en G. Hawkins, F. Zimring, eds.: «The Pursuit of Criminal Justice», The University of Chicago Press, Chicago, 1984. Asimismo, S. Rottenberg: «A Deterrence Model», en A. V. Hirsch: «Doing Justice: the Choice of Punishment», Hill and Wang, New York, 1987, págs. 175-177. Por último, en trabajos de carácter más general pueden ser consultados: T. Honderich: «Punishment. The Supposed Justifications», cit., págs. 58-60, y S. I. Benn, R. S. Peters: «Social Principles and the Democratic State», cit., págs. 180 y ss.

mente señala Armstrong, no se da ya, en lo que hace a estas definiciones, respecto de la expresión «...algo que no hizo», sino de las palabras de aquella misma frase «...por algo...». Nada mejor que las palabras de este autor para explicarlo: «Está claro que lo referido por 'algo' —alude a la frase que ha venido siendo utilizada como punto de referencia— es un acto, un crimen que alguien ha cometido; pero ni en la teoría preventiva ni en la reeducadora se le impone sufrimiento a un individuo por un crimen, sino para disuadirle a él o a otros de cometerlos en el futuro o para eliminar la tendencia que tenga para cometerlos. La única teoría con la que la frase expresada sería compatible con su sentido fuerte sería la que definiera «castigo» con «inflicción de sufrimiento a una persona en razón de un crimen cometido por esa u otra persona». En lo que yo conozco, esta teoría no ha sido mantenida por ningún filósofo del mundo occidental. El que esto sea así ofrece, creo yo, clara prueba de que la citada oración carece de significado en un sentido «fuerte»¹⁰⁷.

El razonamiento de Armstrong pone en evidencia, una vez más, la esterilidad de debatir la cuestión del castigo de inocentes desde una perspectiva estrictamente lingüística¹⁰⁸ y la inconveniencia, asimismo, de enunciar definiciones que incluyen como condición necesaria de aplicabilidad del término la culpabilidad del acusado en relación con la ofensa¹⁰⁹.

4. INTENCIONALMENTE INFLIGIDO POR SERES HUMANOS DISTINTOS DEL OFENSOR

Mientras en la definición de Hart es este rótulo el que se presenta como cuarto elemento de su propuesta, Flew, acerca de este punto, se limita a exigir que el castigo sea «fruto de la acción humana»; no

¹⁰⁷ Vid. Armstrong, op. cit., págs. 147-148 (la traducción es mfa).

¹⁰⁸ Igualmente de acuerdo se muestra A. C. Ewing en su trabajo de recensión al artículo de Armstrong en lo que se refiere a una fundamentación lingüística (aquí prefiere, como hacía Baier, hablar de «supuesto» culpable: «believed to be guilty»); sin embargo, disiente de aquél al desechar que el utilitarista sólo cuente con esa posible argumentación para defenderse de la acusación acerca de que pueden justificar castigos inmerecidos o injustos. Vid A. C. Ewing: «Armstrong on the Retributive Theory», *Mind.*, enero 1963, págs. 121-124.

¹⁰⁹ Vid. Armstrong, op. cit. pág. 148-9.

alude al factor de la intencionalidad aunque la referencia después al elemento de la autoridad incluye el verbo «imponer» en un sentido que parece denotar esa misma pretensión.

Aludir a que el castigo ha de presentarse bajo el ropaje de una imposición deliberada o como una actividad intencional se relaciona normalmente con el contenido o carácter esencial del mismo¹¹⁰ y que ya era objeto de examen al comienzo de estas páginas. Se afirmaba entonces que tratar de definir el castigo en función de la carga de sufrimiento que habitualmente comporta para su destinatario, conducía a que, frente a algunos supuestos, tal denominación no resultara adecuada. Ello mostraba la conveniencia de centrar la atención en la forma en que aquél sobrevenía, o sea, en el acto de imposición que representaba el castigo en relación con el sujeto pasivo del mismo. Y recuérdese asimismo que tampoco debía considerarse como elemento necesariamente presente, que la actividad de castigar hubiera de ser experimentada en cuanto tal imposición; parecía suficiente que quien fuera objeto de tal tratamiento entendiera que aquello en que consistía el castigo le venía exigido, y pretendía ser una imposición real sobre sus intereses y plan de vida, aunque en ocasiones pudiera coincidir con éstos o con la voluntad momentánea del sujeto. Era debido a esta remota posibilidad por lo que se introducía la mencionada matización.

Tal como aparece enunciada, se distinguen dos requisitos en este cuarto enunciado de la definición que ofrece Hart:

- a) un acto de imposición deliberada, y
 - b) El resultado de una acción humana llevada a cabo por individuos distintos al ofensor.
- a) En relación con este requisito poco hay que añadir a lo que ya se dijo a propósito del primer elemento que Flew y Hart enunciaban en sus definiciones. El dolor, sufrimiento, efectos no placenteros, privación o restricción en los derechos que comporta normalmente el

¹¹⁰ Así, para Armstrong de nuevo, y en relación ya con este punto, es precisamente esta característica, de conducta que viene impuesta; unida a la nota de sufrimiento y dolor, lo que erige al castigo en algo que precisa de justificación (en op. cit., pág. 141). No es difícil encontrar puntos de vista parecidos: así, MacCloskey opina que el núcleo del concepto de castigo jurídico se compone de las nociones de autoridad y un mal deliberado.

castigo se incluyen bajo el título general de «imposición», que por esto mismo parece más adecuado. La aceptación de que el castigo consiste en un tipo de imposición parece algo difícil de rechazar. Sobre todo, en relación con la acción principal que tradicionalmente se ha considerado implicada en una definición retribucionista de castigo, o sea; la de devolver, restituir o compensar el mal de la ofensa¹¹¹, porque cabe la posibilidad de que ello se realice coactivamente —es decir, venga impuesto por una voluntad ajena— o, por el contrario, se lleve a cabo a iniciativa del propio sujeto ofensor. En este último caso, cuando voluntariamente se restituye el beneficio indebidamente obtenido o se compensa el mal derivado de la ofensa sin que medie la voluntad de una autoridad punitiva, no hablamos de «castigo» —podría decirse en un sentido metafórico, en todo caso, que ese sujeto se «castiga» a sí mismo— y sí de «arrepentimiento»¹¹².

Si el que venga impuesto representa un rasgo típico a la definición de castigo, todavía ha de añadirse algo más para que ello adquiriera significado pleno, y es que ha de tratarse de una imposición deliberada o fruto de la directa intencionalidad de alguien; los castigos no sólo van dirigidos contra nuestra voluntad y se imponen a ésta, sino que, además, deben ser traídos por una voluntad ajena¹¹³.

Los desastres naturales o los daños accidentales no pueden ser así considerados «castigos», salvo desde una perspectiva religiosa, en la

¹¹¹ En relación con un análisis del significado primario de «retribuir» puede consultarse el trabajo de J. P. Day: «Retributive Punishment», cit., especialmente págs. 500 y ss.

¹¹² A propósito de las analogías que pueden darse entre el concepto de castigo y el sufrimiento que se deriva de un proceso de arrepentimiento, puede consultarse el trabajo de I. Thalberg: «Remorse», Mind, vol. LXXII, oct. 1963, págs. 545-555.

¹¹³ En este sentido, por ejemplo, J. R. Lucas: «Los castigos no sólo tienen que ir dirigidos contra nuestra voluntad; también tienen que ser traídos por la voluntad de alguien más. Por los hombres o por Dios...», en «On Justice», cit., pág. 125; también J. Kleinig se pronuncia expresamente acerca de ello y hace una matización conveniente: «No basta que el tratamiento recibido por la persona se presente imprevistamente («just happened»), como una suerte de imposición (como en el caso del sufrimiento que se causa cuando el dentista no acierta a anestesiarse adecuadamente a un paciente) o que sea inevitable, pero intencionada (como en los casos de intervenciones quirúrgicas en las que el uso de medios anestésicos queda excluido por las especiales circunstancias del caso). Por el contrario, tiene que tratarse de una imposición deliberada por parte del agente o autoridad que lo aplique», en «Punishment and Desert», cit., 23.

que el creyente sitúa en la autoridad divina la voluntad de castigar a los humanos con un suceso de esas características¹¹⁴.

b) Tanto Flew como Hart coinciden en el segundo aspecto del elemento definicional que ahora se examina: que el castigo ha de ser infligido por seres humanos¹¹⁵; ello apunta, obviamente, a la exclusión acerca de que nos podamos referir con propiedad al castigo de carácter religioso o de origen divino, aunque en relación con el planteamiento que hacía Hart siempre podamos reservarle a éste un lugar en la flexible lista de casos «sub-standard»¹¹⁶. El que esta restricción actúe sólo respecto del supuesto mencionado, y dada la escasa relevancia que una discusión acerca de ello parece ofrecer, ha motivado que este aspecto pase generalmente inadvertido en los trabajos que tratan los problemas conceptuales del castigo¹¹⁷.

A pesar de lo anterior, no parece que «castigo», de acuerdo con lo ya dicho, pueda ser aplicado a este contexto, salvo en un sentido

¹¹⁴ Vid. Lucas op. cit., págs. 125 y 126. De las palabras del autor se deduce, sin embargo, que es necesario no sólo que el castigo se imponga deliberadamente, sino también que la privación que comporta o el sufrimiento que se deriva de él sea experimentado por su destinatario, en contra así de lo mantenido por Kleinig: «...Deben ser (los castigos) reconocidos como tales. Yo puedo, sin mala voluntad, hacer daño a una persona, pero no puedo representarlo como castigo a menos que reconozca que ha sufrido» (pág. 125).

¹¹⁵ Hart especifica que quienes lo aplican han de ser individuos «distintos al ofensor», con el propósito de excluir de su definición «standard», como parece natural, la dudosa posibilidad del «autocastigo». Flew, por el contrario, al no señalar esto, parece admitir en principio dicha posibilidad, aunque la exigencia luego de que «castigo» vaya referido a un sistema de reglas elimina la posibilidad de esta interpretación. Vid. Flew, op. cit., pág. 87.

¹¹⁶ La técnica definicional adoptada por Hart es criticada por McPherson por las exclusiones a las que conduce el enunciado que ahora se examina: «Hart afirma: 'Tiene que ser intencionalmente infligido por seres humanos distintos del ofensor'. Nada de castigos inintencionados, ni castigos impuestos por el destino, ni castigos divinos; tampoco los castigos que podamos infligirnos a nosotros mismos. Pero esto es oponerse desde el principio a lo que pueden ser aspectos sustanciales. Significa relegar al reino de lo «sub-standard» lo que probablemente constituyan usos bastante comunes de 'castigo', cuyo examen podría arrojar luz al concepto general de castigo, si es que lo hay.» En Th. McPherson: «Punishment: Definition and Justification», *Analysis* 28 (1967-68), págs. 21-27 (la cita corresponde a la pág. 22).

¹¹⁷ No por ello pueden dejar de reseñarse algunos trabajos relacionados con la naturaleza del castigo religioso; así, por ejemplo: A. H. Gray: «The Christian View of the Use of a Punishment», *Howard Journal*, vol. II (1929), págs. 296-98; D. Dawe: «Studies in Biblical Law», Cambridge University Press, 1947.

metafórico. Lo contrario requeriría: en primer lugar, la creencia en una autoridad divina a la que corresponda juzgar sobre las acciones humanas; en segundo lugar, asumir asimismo la existencia de una vida ultraterrena que, a diferencia de la presente, cuyo destino primordial es la acumulación de méritos y deméritos, adquiere sentido por ir a ella referida la distribución correspondiente de premios y castigos. Además de esta profesión de fe, cuando se habla del castigo divino han de tenerse en cuenta ciertos rasgos peculiares, fundamentalmente la ausencia de institucionalización, ya sea: — Respecto de las acciones que hayan de contar como ofensivas —en el sentido de que no hay por qué referirlas necesariamente a reglas determinadas—; —o a cómo surge la autoridad para infligir el castigo, que tampoco se debe a una regla o conjunto de reglas que confiera tal facultad. No parece plausible, de acuerdo con McCloskey, concebir que este tipo de castigo vaya dirigido a sostener la eficacia de un entero sistema de reglas, ya que en el contexto aludido aquél suele caracterizarse casi siempre por ser una reacción aplazada, que sólo tendrá lugar en la hipótesis de una vida ultraterrena¹¹⁸.

Pero aparte de estas dificultades, para caracterizar al castigo divino como castigo institucionalizado también creo que deben mencionarse dos aspectos: en primer lugar, que el castigo que emana de una autoridad divina se correspondería con la culpabilidad real, efectiva, de quien ha cometido la ofensa. Sobra, por tanto, la discusión que se plantea en otros contextos, como el jurídico, acerca de si la aplicabilidad del castigo debe depender mejor de la mera declaración formal de la culpabilidad del acusado¹¹⁹; asimismo, no existe ningún procedimiento establecido para la fijación de ésta, ya que quien supuestamente determina e inflige el castigo es conocedor absoluto y directo del grado de culpabilidad moral de quien lo ha de sufrir.

En segundo lugar, tampoco parece ser de estricta aplicabilidad lo mantenido en relación con una definición standard de castigo acerca de que éste es infligido al ofensor por la ofensa cometida, ya que la creencia religiosa suele admitir también la posibilidad del castigo colectivo.

¹¹⁸ Vid. H. J. Closskey: «The Complexity...», cit., pág. 309.

¹¹⁹ Es sugerido en este sentido por K. Baier: «Is Punishment Retributive?», cit., págs. 130 y ss.

En definitiva, todos estos rasgos implicados en el significado que «castigo» adquiere en un discurso de carácter religioso dan cuenta de una relación punitiva especial entre sujeto activo y pasivo del mismo provocada por constituirse el primero, como señala J. M. Smith, en fuente exclusiva, y la única posible, de las reglas de conducta válidas en su contexto; respecto del sujeto pasivo, esa relación se caracteriza, según este autor, por la total dependencia hacia la autoridad divina en un sentido que se halla ausente de la que pueda entablarse dentro de la esfera jurídica¹²⁰, por ejemplo, en donde quien ejerce la facultad de castigar exige exclusivamente la adecuación del comportamiento externo a las reglas de conducta vigentes en la sociedad¹²¹.

Por último, tampoco resulta ajeno al uso habitual del término «castigo» en el ámbito religioso, su aplicación al sufrimiento mental que se suele experimentar cuando uno es sensible a la llamada «voz de la conciencia», o en los procesos expiatorios cuando se percibe interiormente una auténtica necesidad de ser castigado por la ofensa cometida¹²². La diferencia ahora con lo anterior está en que este su-

¹²⁰ En «Punishment: A Conceptual Map and a Normative Claim», cit., pág. 289.

¹²¹ La crítica más fuerte que suelen recibir las teorías de la reforma o reeducación moral del reo se centran precisamente en que atentan a su autonomía y dignidad personales. Lo mismo se les imputa a quienes proponen como solución alternativa a la técnica del castigo otras de tipo terapéutico, por ejemplo. En relación con esto puede consultarse H. Morris: «Persons and Punishment», cit., págs. 36 y ss., en donde se halla, en mi opinión, el análisis crítico más detallado de este tipo. También es interesante la lectura de los artículos que componen la parte tercera del libro de J. G. Murphy: «Retribution, Justice and Therapy», y que lleva por título «Therapeutic Intervention», en op. cit., págs. 147-201. Suscitadores de buena parte de estas críticas en el ámbito angloamericano han sido los trabajos de F. Alexander y H. Staub: «The Criminal, the Judge and the Public: a Psychological Analysis», Free Press, Glencoe, 1956; D. Abrahamsen: «The Psychology of Crime», Columbia University Press, New York, 1960, y, fundamentalmente, el escrito por K. Menninger: «The Crime of Punishment», Viking Press, New York, 1968, en donde se defiende la necesidad de abolir enteramente el sistema punitivo actual para reemplazarlo por formas de control social más «científicas», en donde el poder de decisión se deje en mano de psiquiatras y otros especialistas sanitarios (también psicólogos, pedagogos, etc.) y en el que juegue un papel primordial la detención preventiva con el fin de examinar clínicamente a los sujetos potencialmente peligrosos.

¹²² Quizá la mejor expresión del sufrimiento que puede derivarse del afán de expiación se encuentre en la novela de Dostoievsky «Crimen y castigo», en la que su personaje central, Raskólnikov, se tortura mentalmente por la necesidad que siente

puesto castigo divino no se pospone a una vida distinta de la terrenal; en común, que los distintos usos que pueden hacerse de la palabra «castigo» tienen, como puede deducirse de lo apuntado hasta ahora, un alto contenido metafórico. Esta es la razón principal en favor de que Flew y Hart incluyan entre los rasgos definicionales de «castigo» el que haya de ser resultado de la actividad humana.

5. CASTIGO Y AUTORIDAD

El concepto de castigo ha sido generalmente entendido, salvo raras excepciones¹²³, incluyendo el elemento de autoridad; esto es, que quien suministra y ejerce la facultad de castigar ha de estar especialmente autorizado para ello por el sistema de reglas al que iba dirigida la acción ofensiva. Es un punto de vista aparentemente correcto siempre que esté dando cuenta de la práctica de un castigo institucionalizado, es decir, el que pueda tener lugar en un contexto jurídico o cuasi-jurídico (asociaciones, actividades regladas, etc.),

Creo que la razón principal de asociar una práctica punitiva a la exigencia de que sus aplicaciones concretas se hallen formalmente autorizadas se ve respaldada por la referencia predominante de la palabra «castigo» a contextos del tipo de los reseñados. Sin embargo, si insistiendo en lo ya dicho a lo largo de las páginas precedentes, pretende darse una explicación del significado de «castigo» que pueda adaptarse a los diversos ámbitos en que el término es empleado, parece inadecuado, una vez más, presentar lo que, sin duda, es un rasgo

de delatar su propio crimen. En uno de los pasajes del libro, referido al protagonista, se puede leer: «Sufría terriblemente al darse cuenta de que todo, incluso la memoria, y hasta la más elemental prudencia, lo abandonaba: ¡Cómo! ¿Acaso empezará ya el castigo? ¡Debe ser eso! ¡Efectivamente, debe ser eso!», en «Crimen y castigo», Ediciones Fraile, S. A., Madrid, 1981, pág. 84 (no consta el nombre del traductor).

¹²³ Bentham se encuentra entre las raras y significativas excepciones de autores que al ensayar una definición de «castigo» omite hacer referencia al tipo de agente apropiado para infligirlo. Literalmente lo describe como «un mal infligido a un individuo por la directa intención de otro, en virtud de un acto que supuestamente ha cometido u omitido» («an evil resulting to an individual from the direct intention of another, on account of some act that appears to have been done or omitted»), en «The Rationale of Punishment», Robert Heward, Londres, 1830, pág. 2.

característico como condición necesaria para un uso correcto de aquél. Definiciones de castigo como la de Bentham, citada en la página anterior, origina que se puedan concebir como correctos enunciados del tipo «no tienes derecho a castigarle» o «X tomó en sus manos el castigar a Y»¹²⁴.

Negar validez a las afirmaciones anteriores obedece, la mayor parte de las veces, a la pretensión de aislar el concepto de castigo de las connotaciones que, en determinados casos, pueda presentar con la noción de venganza. Afirmar, por el contrario, que es apropiado denotar con «castigo» situaciones en las que se halla ausente el mencionado requisito es compatible:

a) Con el criterio de distinción entre castigo y venganza que fue sugerido en el capítulo anterior.

b) Con la afirmación acerca de la conveniencia o preferencia hacia que castigar se configure como el ejercicio de la autoridad que detenta una persona, entendiéndolo en el sentido que le atribuye J. Raz, es decir, con referencia a las expresiones de esa persona: «Ella es la autoridad si sus expresiones son razones protegidas para actuar, esto es, razones para realizar las acciones que ellas indican y para pasar por alto (ciertas) consideraciones en contra.»¹²⁵

Acabo de sugerir que el interés por disociar el concepto de «castigo» de la carga emotiva desfavorable que le puede acarrear sus posibles analogías con situaciones que frecuentemente son englobadas en la noción de venganza ha hecho que se formulen definiciones de aquél que, en lo que respecta a la inclusión en las mismas del elemento de autoridad como requisito necesario, parecen asumir un carácter normativo. La compatibilidad a la que se refiere a) —líneas arriba— requiere recordar que el elemento decisivo para calificar una acción de vengativa radicaba en los motivos que la impulsaban; era la misma parte agraviada —o alguien de su círculo más estrecho— quien había de llevar a cabo la respuesta a la actuación lesiva y, en lo que respecta

¹²⁴ Acerca de la plausibilidad de este tipo de asertos, vid. J. Kleinig: «Punishment and Desert», cit., pág. 38.

¹²⁵ Vid. J. Raz: «The Authority of Law. Essays on Law and Morality», Clarendon Press, Oxford, 1979. Hay traducción al castellano de R. Tamayo y Salmorán: «La autoridad del Derecho», U.N.A.M., Méjico, 1982, por donde cito, pág. 46.

a ésta, lo único que importaba era el perjuicio o daño que hubiera inferido, siendo del todo irrelevante que consistiera en una conducta moralmente inaceptable¹²⁶. De esto y de lo afirmado ya dentro del presente capítulo a propósito de la naturaleza de la ofensa en relación a la aplicabilidad del término «castigo» se puede deducir que la falta de autoridad apropiada en la imposición de sufrimiento o en la restricción o privación de derechos como consecuencia de una ofensa no elimina la posibilidad de denominar «castigo» a este tipo de actividad; lo determinante para ello será más bien el carácter de la acción que ha provocado el daño que se trata de compensar, y así, si aquélla es moralmente incorrecta, la respuesta a la misma puede ser un caso de castigo aun cuando considereemos, de acuerdo con la definición de Raz, que quien la produce carece de autoridad para ello¹²⁷.

Junto a lo anterior he sugerido asimismo bajo b) la conveniencia de que el castigo se administre y ejerza por parte de las personas apropiadas en el sentido de que cuenten con «razones protegidas» para ello. Esto está suficientemente claro en el caso del castigo jurídico y las razones principales están contenidas ya en las teorías históricas que se dirigen a justificar el origen de la sociedad política, argumentos que ponen de relieve las características de la naturaleza humana que dificultan la aspiración a convertirnos en jueces imparciales de nuestras propias causas¹²⁸ y que están en la base de una explicación correcta de lo que significa un sistema jurídico avanzado¹²⁹.

¹²⁶ Vid. supra., págs. 122 y ss.

¹²⁷ De acuerdo con este planteamiento denominamos correctamente «castigo» la bofetada que pueda infligir una persona ajena por la falta que ha cometido nuestro hijo o la recibida por el alumno de un colegio de manos de una persona que no es la encargada de su educación. Pero es que incluso en contextos donde la práctica de castigar se halla expresamente regulada por normas (en un sistema jurídico, por ejemplo— tampoco se elimina, de acuerdo con lo dicho, la posibilidad de seguir denominando «castigo» el que ha sido impuesto por autoridad distinta a la facultada. En línea con lo apuntado en relación a las características que contribuyen a aislar el concepto de castigo, el defecto de autoridad, si bien no excluye la aplicabilidad del término, sí es causa de que haya de calificar negativamente el caso de castigo de que se trate; esto se presenta aún más claramente en situaciones de castigo institucionalizado, ante las que se hablará de castigo ilegal, no autorizado, etc.

¹²⁸ Cité a este propósito, páginas atrás, palabras extraídas del «Ensayo sobre el Gobierno Civil», de Locke. En un sentido parecido, resaltando el egotismo natural del hombre, su apasionamiento a la hora de juzgar los acontecimientos que le afectan

La plausibilidad de todo lo reseñado ha motivado que quien afronta el estudio conceptual del castigo suela concluir en definiciones del mismo que excluyen la aplicabilidad del término a casos que se hallen al margen de contextos donde se registra una práctica institucionalizada¹³⁰. Hemos visto que, incluso dentro de éstos, ha de admitirse la

directamente, la benevolencia que demuestra a la hora de valorar sus propias acciones, etc., se encuentran generalmente en los autores clásicos de los siglos xvii y xviii. Así, en Hobbes: «Leviatán», cit., cap. xvii: «De las causas, generación y definición de una república» y xviii: «De los derechos de los soberanos por institución», págs. 263-278. Y también en obras más estrictamente relacionadas con la filosofía moral como en la «Enquiry» de Hume, especialmente en los capítulos concernientes a la noción de justicia y al concepto de sociedad política. En «De la Moral y otros conceptos», trad. de D. Negro Pavón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, especialmente págs. 20-27 y 49 y ss.

¹²⁹ Hart alude a ello como uno de los defectos de una forma simple o primitiva de vida comunitaria que viene a señalar la necesidad de contar con reglas secundarias de adjudicación. Según el profesor de Oxford, «el tercer defecto... es la ineficacia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada y, salvo en las sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación». Este problema de la determinación de cuándo se ha producido la infracción de una regla vigente trasciende según Hart incluso al que pueda representar la falta de institucionalización en orden a la detención y castigo de los transgresores. En «The Concept of Law», Oxford University Press, 1961. La cita es de la versión castellana de Genaro Carrió, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, pág. 116.

¹³⁰ Un buen número de autores coincide en señalar como límite al concepto de castigo el que se halle referido a un sistema de reglas, y así sus definiciones hacen referencia a una práctica institucionalizada de castigo. Por ejemplo, Flew junto a los cinco postulados de su propuesta de definición, expresa dos criterios negativos, siendo uno de ellos que la noción de castigo no ha de entenderse exclusivamente en relación al que es propio de una organización estatal; más bien, es la existencia de un sistema de reglas lo que enmarca los confines del concepto: de cualquier autoridad capaz de elaborar reglas o de sus agentes puede decirse correctamente que castigan. «The Justification of Punishment», op. cit., pág. 87.

De forma similar, Baier describe «castigo» como práctica que tiene lugar cuando se satisfacen una serie de condiciones previas en las que el elemento de autoridad está permanentemente presente. En «Is Punishment Retributive?», op. cit., pág. 130.

También parece obligado citar aquí a McCloskey, quien refuta a Flew negándole que el concepto de castigo precise ser enmarcado en un sistema de reglas. La noción de autoridad sí es requerida necesariamente, por el contrario, para la descripción correcta de «castigo». Según este autor, «el castigo jurídico no requiere de reglas más que el de origen divino. Un monarca absoluto gobierna habitualmente por medio de normas, pero no precisa necesariamente de ellas; como su autoridad, que no

existencia de excepciones de este tipo y que, en cuanto tales —recuérdese el sentido de la excepción— no afecta a que se mantenga que es característico al concepto de castigo que sea impuesto por quien tiene reconocida autoridad para ello¹³¹.

En suma, de las observaciones que se han venido haciendo a lo largo de estas páginas al hilo de los cinco elementos enunciados en las definiciones de Flew y Hart podría concluirse en una propuesta que, ampliando el campo de referencia de las citadas, y salvando usos metafóricos o que hubiera que calificar especialmente —desfavorablemente— por ausencia de algún rasgo característico, describiera «castigo» como:

— *El resultado de una actuación humana que recae sobre una persona como una imposición deliberada en virtud de que esa persona es creída culpable de una ofensa moral —y, en su caso, jurídica— por parte de quien lo inflige*¹³².

proviene de ningún sistema de ellas». En «The Complexity of the Concept of Punishment», op. cit., pág. 322.

¹³¹ Es interesante señalar cómo quienes abordan el problema conceptual del castigo desde una teoría denunciatoria o que conectan la justificabilidad del castigo con juicios de reprobación social que suscita la realización de la ofensa, eliminan de su análisis la referencia al elemento de autoridad. Así, por ejemplo, J. Charvet, quien lo rechaza expresamente en relación a la definición de Hart. En «Criticism and Punishment», Mind, octubre, 1967, págs. 573-579, esp. en pág. 577.

¹³² La definición ahora propuesta guardaría cierto parecido con la enunciada por Bentham en «The Rationale of Punishment», citada en la nota núm. 123 del presente capítulo.