

# RETRIBUCIONISMO Y EL PRINCIPIO DE NO UTILIZACIÓN DE LAS PERSONAS COMO MEDIOS

Tomás FERNÁNDEZ FIKS LL.M.\*

---

Fecha de recepción: 4 de febrero de 2017

Fecha de aprobación: 17 de mayo de 2017

## Resumen

En este trabajo abordaré el argumento retribucionista que sostiene que las teorías justificatorias del castigo basadas en la prevención no logran respetar el principio kantiano que prohíbe el tratamiento de las personas como medios para un fin. Centraré mi análisis en dos teorías recientes, defendidas por TADROS y KELLY respectivamente, que pretenden compatibilizar un enfoque preventivo general con las exigencias del principio de no utilización de las personas. Argumentaré que ninguno de los dos intentos es exitoso. Finalmente, analizaré la propuesta elaborada por SCANLON consistente en justificar parcialmente el castigo apelando al merecimiento y evitando defender al retribucionismo.

*Palabras clave: Justificación del castigo – Retribucionismo – Personas como medios*

**Title: Retributivism and the Principle that it is Wrong to Treat Others Merely as Means to an End**

## Abstract

In this paper I will tackle the retributivist argument which holds that deterrence-based theories of punishment fail to respect the Kantian principle that people should be treated as ends in themselves and not merely as means to an end. I will focus my analysis on two recent theories, defended by TADROS and KELLY respectively, that purport to reconcile a general deterrence aim with the requirements of the Kantian principle, and I will hold that both attempts are

---

\* Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata). LL.M. (Columbia University). Quisiera agradecer a Leandro A. Dias por sus valiosos comentarios a una de las versiones preliminares de este presente trabajo. Contacto: tomasfiks@gmail.com.

unsuccessful. Finally, I will consider SCANLON'S attempt to vindicate a desert-basis justification of punishment without endorsing retributivism.

*Keywords: Justification of punishment – Retributivism – “Means principle”*

## Sumario

**I. Introducción; II. El principio que prohíbe tratar a las personas como medios y la retribución; III. La teoría del deber; IV. Prevención equitativa; V. Merecimiento, culpa y castigo; VI. Conclusión; VII. Bibliografía.**

## I. Introducción

El porqué del castigo es una de las grandes preguntas filosóficas con la que en algún momento de nuestras vidas inevitablemente tropezamos. Tanto en discusiones teóricas propias del sector académico como en debates de mayor alcance sobre cuestiones de interés público, resurge una y otra vez, con nuevas vueltas de tuerca, pero inalterada en su esencia. Los intentos de modificar el derecho penal existente —por ejemplo, mediante la reducción de la edad mínima de imputabilidad, como ha sido discutido recientemente en la Argentina— o la discusión pública acerca de si determinadas condenas son justas —por ejemplo, aquellas impuestas a personas de avanzada edad que han sido encontradas responsables de crímenes de lesa humanidad— son dos casos presentes en nuestra vida cotidiana que nos invitan a cuestionarnos, nuevamente, sobre qué es lo que se persigue cuando se castiga a un sujeto a través del sistema penal.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Este interrogante puede complejizarse mediante la distinción de diferentes supuestos en donde un sujeto recibe una sanción penal. Dichas distinciones, a su vez, influyen en cómo se aborda la pregunta sobre la justificación del castigo. Por ejemplo, uno podría distinguir entre el caso de *x*, quien ha sido condenado por cometer una conducta prohibida por ley y que además resulta claramente inmoral (*i.e.*, matar a otra persona), y el caso de *y*, quien ha sido condenado por cometer una conducta prohibida por ley, pero que no resulta inmoral en un sentido claro (por ejemplo, por no afectar directamente derechos de terceros). Ello a la vez requeriría abordar la pregunta conexas que indaga sobre cuáles son las conductas cuya comisión un Estado puede legítimamente sancionar mediante el derecho penal. Otra distinción relevante para la discusión sobre la justificación del castigo es la que existe entre los casos de *a*, quien ha sido condenado por haber sido encontrado culpable de un delito que efectivamente cometió, y *b*, quien ha sido condenado erróneamente por un delito que no cometió. Sin perjuicio de que las precisiones anteriores, y otras aquí omitidas, puedan elaborarse con mucho mayor profundidad, a los fines de este trabajo tomaré como objeto de estudio —es decir, como instancias paradigmáticas de castigo penal que requieren de una justificación— el funcionamiento normal de un sistema penal liberal. Ello implica: a) que existen ciertas restricciones para la imposición de una sanción penal a un individuo (tales como las que surgen del principio de legalidad, el principio de lesividad, etc.), y b) que el castigo de un inocente es un mal cuya ocurrencia se trata

Sospecho que la persistencia de esta pregunta puede ser explicada por la naturaleza misma del acto de castigar:<sup>2</sup> funciona como una especie de campo de batalla moral en donde medimos nuestras intuiciones acerca de cuestiones como la responsabilidad moral, nuestra capacidad de decisión como seres autónomos y las condiciones bajo las cuales la imposición de dolor está justificada. Sin perjuicio de los intentos de diluir el núcleo de la discusión y presentarla como un desacuerdo aparente o no genuino,<sup>3</sup> las dos principales posiciones rivales que históricamente se

---

de evitar (por ejemplo, a través de ciertas garantías procesales) y que en los casos marginales en que ocurre, quien ha sido castigado erróneamente cuenta con canales independientes de reclamo (tales como el resarcimiento económico).

<sup>2</sup> Me refiero aquí a los casos en que una sanción penal (castigo) le es impuesta a un sujeto a través del aparato penal estatal como consecuencia de haber sido encontrado responsable de la comisión de un delito. La imposición de dicha sanción penal, a su vez, constituye alguna forma de sufrimiento (*hard treatment*) infligido al infractor (i.e., la privación de su libertad). Naturalmente —sin perjuicio de que puedan existir elementos comunes entre los distintos casos— no me interesa analizar aquí otras instancias designadas por el término *castigar* (como cuando un padre pone en penitencia a su hijo por haberse comportado indebidamente, o como cuando en un ámbito religioso se hace referencia al castigo divino que recibe quien ha cometido un pecado).

<sup>3</sup> Se ha sugerido que la justificación del castigo varía de acuerdo con sus etapas: bajo esta mirada, deberíamos apelar a algún tipo de argumento utilitario a la hora de justificar por qué diseñamos instituciones a través de las cuales se castiga en primer lugar, y luego adoptar principios retribucionistas de proporcionalidad cuando se trata de justificar la aplicación del castigo en un caso particular. Véase RAWLS, “Two Concepts of Rules”, en *The Philosophical Review*, vol. 64, N. 1, 1955, pp. 3-32, y ROSS, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1975, pp. 33-65. En el esquema lógico de estas teorías mixtas, el merecimiento del criminal configura una condición necesaria para la aplicación del castigo, pero no suficiente. La otra condición necesaria es que a través del castigo se consiga un bien social. Cuando ambas condiciones se cumplen, el castigo se encuentra justificado. Si una de ellas no se cumple, el castigo no está justificado. Dicho esquema es defectuoso, como ha señalado MOORE, porque es posible pensar en casos en los que basta que la condición de merecimiento sea satisfecha para que el castigo se encuentre justificado. Para ilustrar este punto, MOORE plantea el caso hipotético de un terrible crimen donde tenemos la certeza de que el infractor no reincidirá o, incluso, podemos crear una especie de farsa de castigo (haciendo creer erróneamente al total de la sociedad que el infractor ha sido castigado). Aun en estos casos, *donde no existe ninguna ventaja desde el punto de vista consecuencialista en aplicar el castigo*, MOORE sugiere que, de acuerdo con nuestras intuiciones morales ordinarias, no estaríamos dispuestos a renunciar a castigar al infractor. Ello implica que el merecimiento del infractor no constituye meramente una condición necesaria para la imposición del castigo, como sugieren las teorías mixtas, sino una condición suficiente. Ver MOORE, *Placing Blame, A General Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1997, pp. 97-103.

Más recientemente, BERMAN ha desarrollado otro tipo de teoría mixta del castigo, a la cual denomina justificación dualista integrada, bajo el entendimiento de que los casos centrales de castigo (en los cuales la persona castigada es responsable del delito del que se la acusa y recibe un castigo proporcional a su reprochabilidad) pueden ser justificados mediante el retribucionismo, pero no así los casos marginales (aquellos en los que la imposición del castigo se funda en un error sobre la responsabilidad del acusado por el delito del que se lo acusa), los que deben ser justificados apelando a consideraciones consecuencialistas necesariamente. Ver, BERMAN, “Castigo y Justificación”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, (trad. Julia DE LA PARRA y Marcelo FERRANTE), vol. 9, junio de 2008. Disponible en: [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=2935&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2935&id_item_menu=5858).

Desarrollar en profundidad el siguiente argumento me llevaría más espacio del que puedo dedicarle aquí, pero, aunque sea brevemente, quisiera señalar que no encuentro a la teoría de BERMAN convincente porque no me parece que un intento de justificación del castigo deba asumir la justificación de —utilizando la terminología del autor— los casos periféricos de

han enfrentado se mantienen vigentes: están quienes justifican el castigo sólo en la medida en que a través de él se logre alguna consecuencia positiva (consecuencialistas), y aquellos que sostienen que el castigo tiene valor intrínseco ya que los culpables merecen ser castigados en virtud de lo que demanda el valor justicia (retribucionistas).

Ambos lados tienen su propio conjunto de argumentos para sostener por qué el otro está equivocado. Los no retribucionistas acusan a los retribucionistas de ser bárbaros (ya que consideran que un tipo de sufrimiento humano es algo bueno) y de defender la falsa conclusión de que dos males —el daño materializado en el crimen del delincuente y el daño infligido al delincuente al castigarlo— hacen un bien. Los retribucionistas, por otro lado, argumentan que sus adversarios no pueden dar sentido a nuestros juicios morales individuales —ya que, incluso excluyendo la posibilidad de rehabilitar al delincuente o de prevenir futuros males, tendemos a considerar como algo malo que el culpable quede impune— y que su justificación lleva a situaciones moralmente intolerables, tales como el castigo de un inocente, o el castigo desproporcionado de un culpable, como vehículos permisibles para obtener una serie de consecuencias consideradas deseables.<sup>4</sup>

Hay un argumento retribucionista, sin embargo, que es especialmente fuerte y cuya objeción todo autor no retribucionista debe enfrentar. Este argumento está anclado en el principio kantiano,<sup>5</sup> aceptado generalmente en su formulación genérica, que afirma que es moralmente repudiable tratar a las personas como un medio para un fin (también conocido como *principio de no instrumentalización*).

La idea es que el retribucionismo es compatible con el principio que prohíbe tratar a las personas como un medio para un fin, mientras que otros intentos de justificar el castigo sobre una base no retribucionista no lo son. Intuitivamente, hay un alineamiento más fuerte entre el retribucionismo y dicho principio que entre éste y cualquier otra justificación del castigo. Es precisamente por ello que algunos autores que se presentan a sí mismos como no retribucionistas tratan de lograr, de alguna forma, que sus teorías sean compatibles con este principio. Exploraré algunos de estos intentos en lo que resta del artículo. Esta exploración, debo aclarar, no pretende

---

imposición del castigo. Más aun: incluso si el intento de justificación quisiera dar cuenta de estos casos periféricos, no veo que ello implique una puerta de entrada a consideraciones consecuencialistas.

<sup>4</sup> MOORE, *supra* nota 3.

<sup>5</sup> KANT, *Practical Philosophy* (trad. Mary GREGORE), Cambridge University Press, 1997 [1797].

ser exhaustiva de todo el campo del derecho penal que lidia con la cuestión analizada, sino iluminar los principales argumentos que algunos de los autores más reconocidos en la materia han brindado para conciliar el principio de no utilización de la persona como medio con sus respectivas teorías del castigo no retribucionistas.

## II. El principio que prohíbe tratar a las personas como medios y la retribución

El contenido básico del principio es que tratar a las personas solamente como un medio para lograr un fin es moralmente inadmisibles. Esta idea es central para una concepción ética kantiana, no consecuencialista. Independientemente de si suscribimos conscientemente a esta teoría ética, sería bastante difícil, si no imposible, negar la ubicuidad del principio que prohíbe tratar a las personas como medios en nuestro razonamiento práctico. No debería sorprender, entonces, que los filósofos hayan tratado de integrar este principio dentro de sus teorías éticas en lugar de rechazarlo. Sin perjuicio de las áreas grises que puedan aparecer cuando se piensa en las implicancias que el principio referido tiene para cada caso en particular, su premisa básica es bastante clara y está basada en el concepto de dignidad.<sup>6</sup> Como seres humanos, todos poseemos idéntico status moral: todos somos criaturas dignas. El reconocimiento de este status moral exige que no impongamos nuestros proyectos de vida sobre otras personas, ya que ello violaría su autonomía e independencia. Sería lo mismo que si las tratáramos como meros objetos o vehículos que usamos para conseguir algún objetivo que nos proponemos para nosotros mismos, en plena violación de su capacidad de decidir por ellas mismas qué es lo mejor para ellas. La palabra clave en lo que constituye una violación del principio es entonces *usar*. Alguien es tratado como un medio para un fin —y por ende el principio es violado— cuando es *usado* por otro para lograr un objetivo que el segundo busca.

Sin embargo, constantemente *usamos a* (en un sentido amplio, equivalente a “nos valemos de”) otras personas para lograr nuestros propios cometidos, y sería contra-intuitivo pensar que en cada una de esas interacciones estamos violando la dignidad de dichas personas. Es por ello que lo que configura una violación al principio de no instrumentalización es la utilización de la otra persona *solamente* como un medio para lograr un fin: es decir, cuando la autonomía de la persona que es usada no es en absoluto tenida en cuenta y por ende ella se convierte en un mero medio utilizado por otra persona para determinado propósito. Una serie de ejemplos elaborados por TIMMONS

---

<sup>6</sup> SANDEL, *Justice: What's the right thing to do?*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2010, pp. 103-140.

pueden servir para clarificar esta distinción: si *A* le pide a su amigo *B* que lo lleve al aeropuerto y *B* cordialmente acepta, entonces *A* está utilizando a *B* como medio para lograr uno de sus fines. Sin embargo, no hay nada moralmente reprochable en que *A* utilice a *B* de esta forma. Distinto es el caso del ladrón que le exige a su víctima que le entregue la billetera bajo amenaza de dispararle (coerción), o el inescrupuloso científico que miente a sus potenciales voluntarios acerca de los riesgos de las pruebas a las que los pretende someter a efectos de captar su voluntad (consentimiento viciado). En los últimos dos ejemplos, un sujeto utiliza a otro *solamente* como un medio para un fin, sin respetar su autonomía.<sup>7</sup>

Al aplicar el principio que prohíbe tratar a las personas como medios a los intentos de justificar por qué castigamos, el atractivo del retribucionismo se incrementa de manera inversamente proporcional al de las posiciones consecuencialistas. El retribucionista sostendrá que su teoría del castigo es perfectamente compatible con la exigencia de tratar a las personas como fines en sí mismas: es el delincuente mismo quien, al cometer un crimen, ha traído sobre sí el castigo que ahora debe enfrentar. Ningún otro objetivo es buscado que no sea dar al delincuente lo que merece por lo que ha hecho, en reconocimiento de su autonomía. Es precisamente porque el delincuente es tratado como una persona digna, capaz de tomar sus propias decisiones de vida, que debe asumir las consecuencias —esto es, el castigo— de sus actos. De aquí la expresión de HEGEL: “El castigo es el derecho del delincuente”.<sup>8</sup>

En marcada oposición, las teorías del castigo consecuencialistas parecen chocar con el principio que prohíbe la utilización del hombre, en la medida en que implican utilizar al delincuente como un mero instrumento para conseguir un bien social —*i.e.*, prevención, reducción de la criminalidad, etc.—. Un sujeto condenado bien podría entonces quejarse argumentando que tiene derecho a no ser castigado bajo la esperanza de que su ejemplo sirva para promover el bienestar de otras personas. Si lo que se busca es, supongamos, prevención general, el sujeto que recibe el castigo podría preguntar de manera legítima: “¿Por qué estoy siendo seleccionado como un medio para prevenir que otras personas delincan?”. Por ende, la objeción va más allá de aquella dirigida contra la injusticia que implicaría castigar a un inocente para lograr algún bien social, ya que incluso el castigo de alguien culpable violaría los derechos del receptor del castigo, si este le es impuesto bajo la justificación de que alguna serie de buenas consecuencias

---

<sup>7</sup> TIMMONS, *Moral Theory: An Introduction*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2013, p. 224.

<sup>8</sup> HEGEL, “Wrong [Das Unrecht]”, en TONRY (ed.), *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 2011, p. 45.

se obtendrán como resultado. Como ha señalado MURPHY, “Parecería entonces que aquellos influidos por la teoría kantiana —es decir, aquellos a los que les preocupa que las personas sean tratadas como meros medios— deberían objetar las consideraciones utilitaristas sobre el castigo del culpable de un modo tan contundente como objetan las vinculadas con el castigo del inocente”.<sup>9</sup>

Con lo que se ha dicho hasta aquí, debería resultar claro por qué el retribucionismo está en una mejor posición que sus rivales teorías del castigo consecuencialistas cuando se trata de tomar en serio el principio que prohíbe la utilización de las personas. Sin perjuicio de ello, algunos de los más interesantes autores que actualmente escriben sobre el castigo rehúsan adoptar una postura retribucionista, apelando en su lugar a otro tipo de justificaciones. Toda vez que estos autores tampoco están dispuestos a defender una teoría puramente consecuencialista, la cual sería incompatible con el principio de no utilizar al hombre como medio para un fin, han diseñado, no sin esfuerzo, teorías que se supone cuentan con lo mejor de los dos mundos: proclaman no tener el aspecto celebratorio del sufrimiento humano hallado en el retribucionismo y a la vez respetar el principio de no instrumentalización. En las siguientes secciones trataré de demostrar por qué estos intentos difícilmente puedan ser satisfactorios, a partir del análisis de dos de sus representantes más reconocidos.

### III. La teoría del deber

La teoría del castigo desarrollada por TADROS es un interesante híbrido.<sup>10</sup> Este autor rechaza el retribucionismo al negar que el castigo del culpable tenga valor intrínseco, y propone en

---

<sup>9</sup> MURPHY, “Marxismo y Retribución”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho, (trad. Tomás FERNÁNDEZ FIKS, revisada por Lucía BRUNZINI y Juan Bautista BAISTROCCHI), vol. 17, julio de 2016, disponible en [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=12835&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=12835&id_item_menu=5858). El texto de Murphy aborda dos cuestiones: a) ¿Cuál es la justificación del castigo adecuada? b) ¿Tienen los Estados modernos un derecho a castigar? Su análisis combina la aplicación de la ética kantiana (para responder la primera pregunta) y un estudio sociológico marxista (para responder la segunda). Concluye que a) el retribucionismo es la única justificación defendible del castigo, y b) las sociedades modernas carecen de autoridad moral para castigar. Aunque coincido con la conclusión de Murphy en a), creo que está equivocado en b), ya que el problema de la legitimidad moral de una sociedad para castigar es una cuestión de grado que debería ser analizada caso por caso. Incluso si en algunas instancias uno podría llegar a la conclusión de que las obligaciones incumplidas por parte del Estado frente a quienes pretende castigar adquieren suficiente peso como para tornar cualquier intento de castigar ilegítimo, extender ese panorama a las sociedades modernas en general parece un salto contra-intuitivo e injustificado.

<sup>10</sup> TADROS, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011.

cambio una justificación basada en los efectos de prevención general del castigo. Su teoría es por tanto instrumental, en la medida en que el castigo sólo es justificado si produce ciertos hechos considerados positivos, a saber, reducir la inclinación de la gente a delinquir. Pero su justificación también está anclada en una concepción ética no consecuencialista: esto es, a diferencia del consecuencialista puro, TADROS sostiene que existen límites morales que restringen la consecución del bien.<sup>11</sup> Estos límites morales no son otros que los que derivan del principio que prohíbe la utilización de personas como medios. ¿Cómo se puede defender el castigo apelando a sus efectos de prevención general y a la misma vez resistir la objeción del principio kantiano? O, en otras palabras, ¿cómo puede la justificación basada en la prevención general evadir la objeción que señala que quien sufre el castigo está siendo dañado como un medio para lograr una serie de consecuencias deseables?

La respuesta de TADROS es que el principio kantiano no es violado porque la sociedad está autorizada a infligir un mal al delincuente manipulativamente (o, lo que es igual, a tratarlo como un medio para lograr un fin), ya que, al cometer el delito, el delincuente asume un deber que sólo puede ser cumplido soportando el costo que el castigo representa.<sup>12</sup> El razonamiento es el siguiente. Si *A* pone en marcha un evento que pone a *B* en peligro, asume un deber especial de prevenir que *B* sea lesionado como consecuencia de sus actos. Si en el caso de que el daño se materialice la reparación difícilmente sea efectiva o siquiera posible, el deber se convierte en exigible, lo que implica que si *A* no está dispuesto a tomar las medidas necesarias para evitar lesionar a *B*, *B* puede forzar a *A* para que así lo haga. Más aun, si *B* sufre el daño después de todo, *A* todavía tiene un deber incumplido respecto de *B*. Incluso si la reparación es imposible, el deber persiste porque *A* ha hecho a *B* más vulnerable de lo que era antes. Por tanto, *A* debe soportar un costo para proteger a *B* de futuras lesiones, no necesariamente provenientes del propio *A*, sino también de *C*. Asumamos que *B* murió como consecuencia de las acciones de *A* y no está presente para ejercer ningún reclamo: el deber de *A* hacia *B* sigue incumplido, pero ya que no puede mejorar la situación de *B*, debe soportar un costo para proteger a aquellos por los que *B* se preocupaba. Llevado este esquema al plano de una sociedad, estos deberes se vuelven intercambiables:<sup>13</sup> supongamos que *X* dañó a *Y* y, por tanto, asume un deber respecto de *Y*, pero *X* está en una mejor posición para prevenir que *B* sea nuevamente dañado y *A* está en una mejor posición para evitar que *Y* sea nuevamente dañado. Para cumplir con sus respectivos deberes, *A*

---

<sup>11</sup> TADROS, *supra* nota 10, pp. 2-3.

<sup>12</sup> TADROS, *supra* nota 10, p. 129.

<sup>13</sup> TADROS, *supra* nota 10, pp. 276-278.

debe soportar un costo para proteger a *Y* y *X* debe soportar un costo para proteger a *B*, aunque en rigor haya sido *A* quien dañó a *B* y haya sido *X* quien dañó a *Y*.

Ahora veamos cómo juega este argumento en la justificación del castigo en el marco de una sociedad, trascendiendo la mecánica propia de las relaciones inter-personales.<sup>14</sup> Cuando una persona es castigada por haber cometido un delito, el cumplimiento de la pena equivale al cumplimiento del deber que ha asumido como resultado de su accionar. El infractor debe el cumplimiento de este deber no sólo a su víctima, sino a la sociedad en general. Esta justificación sigue siendo instrumental, porque lo que se persigue no es el castigo por el castigo mismo, sino proteger a la sociedad de la amenaza de otros potenciales delincuentes. ¿Cómo se logra este objetivo? Al soportar el costo del castigo, quien lo sufre reafirma a los otros potenciales delincuentes que las amenazas de penalidades frente a ciertas conductas prohibidas por la ley deben tomarse en serio y como resultado de ello la sociedad es menos vulnerable que como sería si el delincuente no fuera castigado. Y, además, los derechos de la persona castigada no son vulnerados —no es tratada como un mero medio para un fin— porque al delinquir asumió un deber cuyo cumplimiento le exige que soporte el costo del castigo.

La anterior es una propuesta compleja y rica para justificar el castigo en una manera que permita conciliar, como se ha señalado arriba, el respeto hacia el principio kantiano con el fin de prevención general. Creo que mucho de lo que TADROS dice es correcto y que muchas de sus observaciones son compatibles con una posición retribucionista. Sus argumentos para rechazar al retribucionismo, por otro lado, no son demasiado persuasivos.<sup>15</sup> Pero no me detendré a cuestionar ese aspecto de su teoría aquí. En lugar de ello, sostendré que el problema de la teoría basada en el deber, por más ingeniosa que sea, es que no respeta el principio que prohíbe la utilización de las personas como medios. Para ilustrar esto, pasaré a desarrollar dos objeciones que considero insuperables.

En primer lugar, la defensa que TADROS hace de la prevención general asume que el castigo *efectivamente sirve* para prevenir que las personas delincan. Su argumento es circular ya que comienza dando por verdadera la conclusión cuya verdad debería demostrar. La teoría del deber presupone una escenografía en la cual existen muchas almas corruptas que se encuentran al borde

---

<sup>14</sup> TADROS, *supra* nota 10, pp. 283-286.

<sup>15</sup> TADROS, *supra* nota 10, pp. 60-87.

de cometer algún tipo de acción inmoral, pero últimamente consideran como un factor decisivo para no hacerlo el hecho de que otra persona fue castigada por haber obrado de manera similar. Si aquella persona no hubiera sido castigada —si no hubiera cumplido el deber en el que incurrió como consecuencia de sus actos— una especie de reacción en cadena tendría lugar, en la cual todo potencial delincuente —o al menos un gran número— sería más proclive a dejarse llevar por sus deseos criminales y un mayor número de personas serían lesionadas como resultado. ¿Pero por qué deberíamos dar por sentado que, al soportar el costo del castigo, quien lo sufre hace que sus conciudadanos sean menos vulnerables y estén más protegidos frente a futuros daños? Asumamos que el delincuente *no puede* proteger a nadie de futuras lesiones, simplemente porque el castigo no funciona como prevención. TADROS no brinda ningún soporte empírico a favor de los efectos disuasivos del castigo, por lo cual estamos en perfectas condiciones de cuestionarlo. Si este fuera el caso —si el castigo fuera ineficaz para prevenir el delito— el deber pasaría a ser un deber vacío, basado en presuposiciones falsas. En virtud de ello, sería imposible sostener que quien ha cometido un delito tiene un deber de soportar un costo para contribuir a que su víctima sea menos vulnerable de lo que sería de otro modo, si no es verdad que exista una relación entre la imposición del costo al delincuente y la reducción de la vulnerabilidad de la víctima. Una vez que cuestionamos el efecto disuasivo del castigo —y ante la ausencia de un argumento a favor de dicho efecto creo que deberíamos hacerlo— si aun así mantenemos la convicción de que el delincuente debe soportar un costo (el castigo) como resultado de haber cometido una acción dañina, el argumento se convierte en algo similar, si no idéntico, al retribucionismo. Estaríamos entonces ante un ejemplo de lo que MOORE ha llamado “retribucionismo de placard”: la visión verdaderamente —aunque no confesamente— sostenida por aquellos que, incluso en ausencia de rehabilitación, prevención, comunicación, o cualquier otra posible justificación del castigo a la que podamos llegar, seguirían sintiendo que algo está mal si el culpable no es castigado. Y si ante tal panorama se insistiera en rechazar al retribucionismo y se optara por justificar el castigo apelando a la prevención general, la objeción anclada en el principio kantiano resurgiría con toda su fuerza. Ello es así porque ante la inexistencia de un deber inteligible que cumplir, quien sufre el castigo sería después de todo tratado como un medio para que otros estén mejor.

La segunda objeción contra la teoría de TADROS es aun más fuerte. Pese a que he cuestionado que se pueda dar por hecho el efecto preventivo del castigo sin más, como si fuera una verdad auto-evidente, asumiré ahora, por el bien de la discusión, que la criminalización de determinadas

conductas tiene cierta eficacia para prevenir que éstas ocurran a futuro.<sup>16</sup> Aun, entonces, si el castigo tiene algún efecto preventivo, ¿por qué deberíamos aceptar la idea de que al cometer una acción prohibida, el infractor renuncia a su derecho a ser tratado como un fin en sí mismo? ¿Por qué, en otras palabras, el deber que asume quien daña a otra persona, si es que asume algún deber, adquiere esa particular configuración?

Si es que tenemos un deber de tratar a otras personas como un fin en sí mismas —y un correlativo derecho a ser tratados de la misma forma— basado en nuestro estatus moral común —*i.e.*, nuestra dignidad— y no en la circunstancia contingente de que hayamos obrado de cierta forma (supongamos, que no hayamos cometido cierta acción prohibida  $x$ ), no es posible sostener que nuestro deber frente a quien ha realizado  $x$  se ha extinguido por el hecho de que ha realizado  $x$ . Tal como señala TIMMONS, el imperativo kantiano de tratar a los demás como fines en sí mismos es “categórico” (por oposición a “hipotético”) o, en otras palabras, es “incondicional” (por oposición a “condicional”). Esto es, constituye un requerimiento de la razón práctica *independientemente* de los deseos de cada individuo. Veamos la diferencia con un ejemplo: si deseo convertirme en un jugador de fútbol profesional, *debo* entrenar durante la mañana en lugar de salir a beber por la noche. En el caso de no estar dispuesto a hacerlo, deberé renunciar a mis aspiraciones de futbolista. En cualquier caso, quien no desea convertirse en jugador de fútbol no debe abstenerse de salir a beber por la noche para entrenar durante la mañana. El imperativo que exige cierto curso de acción está entonces sujeto a determinada condición contingente que lo vuelve necesario. El deber moral de tratar a las demás personas como fines en sí mismos, por el contrario, es categórico, en el sentido de que es incondicionalmente válido para todos los agentes

---

<sup>16</sup> El argumento de “sentido común” en favor del efecto preventivo del castigo me resulta difícil de aceptar. Mi sentido común me dice que, incluso si el homicidio se despenalizara, la tasa de homicidios no incrementaría significativamente, pues la aversión a quitarle la vida a otra persona no está principalmente determinada por el hecho de que hacerlo acarrearía el riesgo de ser castigado por el sistema penal. Asimismo, la criminalización de ciertas conductas —por ejemplo, el consumo de estupefacientes— tampoco parece ser un factor decisivo en el razonamiento práctico de las personas que habitualmente consumen estupefacientes a favor de dejar de hacerlo. Siendo entonces una cuestión cuando menos controvertida, entiendo que la carga probatoria consistente en datos empíricos debería recaer sobre quien pretende defender afirmativamente el valor preventivo del castigo. No obstante—y de aquí surge la concesión— podríamos reconocer que está en la naturaleza humana tratar de evitar un estado de cosas no deseado (como ser privado de la libertad) y por ende la evaluación negativa del riesgo que implica la realización de determinada conducta puede ser considerada *prima facie* una razón de peso para explicar el comportamiento.

racionales.<sup>17</sup> Por ello, su validez no depende de que un sujeto haya actuado de determinada forma (*i.e.*, de que haya cometido un delito o haya dañado a otra persona).

En línea con lo establecido en el párrafo anterior, la postura de TADROS puede también ser reconstruida como un argumento de pérdida de derechos, con la siguiente estructura: en principio todos tenemos derecho a no ser tratados como un medio para un fin —lo que a su vez deriva en un derecho a no ser dañado manipulativamente— pero en determinadas circunstancias —*i.e.*, al asumir en un deber como resultado de haber cometido un delito— puede ocurrir que perdamos ese derecho. BERMAN ha señalado los problemas que acarrea esta concepción: es un *non sequitur* sostener que del hecho de que una persona haya cometido un delito se puede inferir que haya renunciado a un derecho, en algún sentido relevante; y también resulta problemático establecer qué derechos y con qué extensión uno perdería como resultado de haber cometido un delito: “En primer lugar, el mecanismo por el que se efectúa la pérdida de derechos no es claro. Ciertamente, la violación por parte de A de derechos de B no implica lógicamente que A pierda por ello alguno de sus derechos. Y cualquier sugerencia de que A ha elegido renunciar a alguno de sus derechos al cometer un delito contra B, debe utilizar la noción de elección en un sentido estipulado y tendencioso. Entonces no resulta claro cómo explicar por qué un delincuente pierde derechos, más allá de postular que eso es así, o bien concebir los derechos como el producto de un contrato social que incluye la pérdida entre sus cláusulas. En segundo lugar, es sorprendentemente difícil especificar cuáles son los derechos que se pierden y por cuánto tiempo se pierden. Si bien no es plausible suponer que los delincuentes pierden la totalidad de sus derechos para siempre, los argumentos a favor de una pérdida de derechos más limitada en tiempo y alcance lucen a menudo oportunistas e insatisfactoriamente fundamentados”.<sup>18</sup>

La teoría del deber debe entonces ser rechazada, toda vez que: a) asume injustificadamente que el castigo tiene un efecto preventivo, y al ponerse en crisis esta asunción el contenido del deber pierde sentido; y b) incluso si supusiéramos que el castigo tiene dicho efecto, no es posible reconstruir coherentemente el derecho a no ser tratado como un medio para un fin como un derecho renunciable en virtud de haber cometido un delito. Luego de analizar la teoría que propone TADROS a la luz de las objeciones desarrolladas, el único “deber” inteligible que subsiste en el cual el delincuente asumiría como resultado de su accionar es el deber retribucionista de soportar un castigo porque lo merece.

---

<sup>17</sup> TIMMONS, *supra* nota 7, pp. 209-210.

<sup>18</sup> BERMAN, *supra* nota 3, p. 17.

En la sección siguiente analizaré otro intento de defender una justificación del castigo en términos de prevención general contra la objeción basada en el principio kantiano.

#### IV. Prevención equitativa

KELLY ha defendido una justificación del castigo similar a la de TADROS en cuanto ambas se apoyan últimamente en la prevención general pero también especifican una serie de límites morales a la consecución de ese objetivo.<sup>19</sup> Esto es, las dos teorías intentan conciliar el fin preventivo de la pena con la exigencia del principio de no utilización de las personas como medios. En la teoría de KELLY lo que tiende el puente no es la idea del delincuente que asume un deber como resultado de haber delinquido, sino el concepto de “equidad” (*fairness*),<sup>20</sup> al cual identifica con la máxima de que debemos tratar de igual manera a los casos iguales.

La autora comienza por rechazar el retribucionismo y defiende una postura incompatibilista. Toda vez que el determinismo es verdadero, dice el argumento (esto es, toda vez que nuestras acciones son últimamente las consecuencias de factores que están fuera de nuestro control, tales como nuestra carga genética o el ambiente en el que hemos sido criados), deberíamos abandonar la presunción de capacidad moral que se encuentra en el centro de la práctica de asignar culpa que es fundamental para el retribucionismo. Deberíamos entonces rechazar el retribucionismo.

Mucho se ha escrito en contra de esta posición y a favor de la idea de que incluso si nuestras acciones pudieran ser causalmente explicadas apelando a la incidencia de determinados eventos que están fuera de nuestro control, ello no impediría ni la posibilidad de decisión, ni la posibilidad de juzgar moralmente nuestras acciones.<sup>21</sup> Esta segunda línea argumental me resulta más

---

<sup>19</sup> KELLY, “Criminal Justice Without Retribution”, en *The Journal of Philosophy*, vol. 106, No. 8, agosto de 2009, pp. 440-462.

<sup>20</sup> La autora utiliza el término “*fairness*”. Si bien éste podría ser traducido como “justicia”, he optado por “equidad” para evitar la ambigüedad que surgiría en caso de utilizar la palabra “justicia” para traducir tanto “justice” como “fairness”, palabras que en inglés tienen un significado sutilmente distinto.

<sup>21</sup> Por ejemplo, DWORKIN distingue dos cuestiones a analizar por separado: la discusión sobre las causas y consecuencias de las acciones y pensamientos (la discusión “científica” o “metafísica”) y la discusión sobre la posibilidad de realizar juicios de valor en relación con la conducta humana (la discusión sobre la “responsabilidad”). Hecha esta distinción, su análisis se vuelca a los juicios de responsabilidad que realizamos frente a nuestras propias acciones: en cada momento, por ejemplo al cruzarnos con un mendigo, debemos *decidir* qué curso de acción tomar (darle una limosna o no) y el hecho de tener que tomar esa decisión, que involucra una ponderación sobre cuál es la acción disponible moralmente correcta, es inevitable, incluso si luego de haber decidido sostengamos que debido a que el determinismo es verdadero no podríamos haber

convinciente que el escepticismo derivado del determinismo. Pero no es necesario detenerse aquí en esta cuestión, ya que lo que me interesa evaluar es si el intento de KELLY de defender el castigo apelando a sus efectos disuasivos es contundente a la hora de evadir la objeción del principio que prohíbe la utilización de las personas como medios. Veamos entonces la estructura de su argumento.

Luego de rechazar el retribucionismo, KELLY desarrolla un concepto del castigo como una especie de mecanismo social de legítima defensa. Esto es, del mismo modo en que  $X$  está autorizado a amenazar a  $Y$  —y eventualmente a cumplir su amenaza— para evitar ser dañado por  $Y$ , la sociedad tiene un análogo derecho colectivo frente a los delincuentes. El fundamento es la prevención general negativa: a través de la amenaza del derecho penal, pretendemos disuadir los impulsos que potenciales delincuentes puedan experimentar y hacer que para ellos cumplir con la ley sea un modo racional de actuar. Esta justificación, afirma KELLY, es compatible con el principio kantiano, ya que no podría decirse que alguien está siendo utilizado como un medio para un fin si tan sólo se lo está amenazando para evitar que actúe de manera dañosa. Además, el sujeto castigado no puede quejarse de que sus derechos han sido violados, porque a través de la amenaza de la sanción penal fue debidamente advertido de que sus acciones acarrearían ese resultado. Por tanto, esta visión del castigo no está motivada por la necesidad de dar a los infractores lo que merecen, sino por la intención de brindarles un incentivo racional para que no reincidan.

Ahora bien, en la lógica de la autora, este argumento también es vulnerable a la crítica dirigida al retribucionismo. Ello es así porque, si es verdad que una persona no puede elegir libremente cómo actuar, ¿cómo puede entonces sostenerse que tuvo la posibilidad de *evitar* actuar de la manera prohibida por el derecho penal? Para contestar esto, KELLY introduce el principio de equidad, que requiere tratar a los casos iguales de igual modo. Esto quiere decir que al imponer sanciones no deberíamos considerar qué es razonable esperar de un infractor en particular dado su trasfondo y su psicología, sino qué es razonable esperar de la generalidad de personas que están en circunstancias similares. El infractor es entonces tomado como un miembro de un grupo de infractores, los cuales, con la motivación propia de la amenaza penal, se vuelven menos proclives a reincidir. Una consecuencia de aplicar esta paridad en la condena es que la efectividad agregada

---

decidido de otra forma: “En primera persona, decidir incluye asumir responsabilidad sobre nuestros juicios; la conexión es interna e independiente de cualquier premisa acerca de las causas de la decisión. El incompatibilismo pesimista no es una posición intelectualmente estable” (la traducción es propia). Sentado este punto, DWORKIN traslada las conclusiones acerca de la posibilidad de ejercer juicios de responsabilidad respecto de nuestros propios actos al caso de actos llevados a cabo por terceros. Ver DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2013, pp. 220-224.

de todas las amenazas dirigidas a los infractores individuales se traduce en el valor real del efecto preventivo del castigo. Por ende, “la racionalidad es prevención especial, pero el efecto es prevención general”.<sup>22</sup>

¿Pero qué ocurre con el infractor no reincidente? Asumamos por el bien de la discusión que podemos estar seguros de que esta persona no reincidirá. Pareciera que el principio de equidad requiere no obstante que sea tratado como miembro del grupo que, sin la amenaza del castigo, sería proclive a reincidir. Pero esta alternativa parece también chocar contra nuestro sentido de justicia.

La respuesta de KELLY es que el infractor no reincidente debería ser castigado igual que los miembros del grupo al que pertenece, debido a que en términos de prevención general no resulta injusto responsabilizar a cada delincuente por su parte sobre el total de los efectos de su tipo de crimen. Esto es, al decidir criminalizar determinada conducta —supongamos, homicidios— y castigar a aquellos que la han llevado a cabo, no debemos detenernos en las circunstancias particulares de cada homicida y su víctima sino más bien en el total de los efectos negativos que los homicidios tienen en la sociedad, dividido equitativamente entre todos los homicidas. En palabras de la autora: “El infractor es tratado como un miembro del grupo de delincuentes que en conjunto son responsables de serias lesiones, lesiones que se miden en su instancia típica y por sus efectos agregados”.<sup>23</sup>

En resumen: la sociedad ejercita su derecho de legítima defensa cuando criminaliza ciertos actos y castiga a quienes los cometen con el fin de brindarles un incentivo racional para no reincidir. Al hacer esto, también reafirma el valor de las amenazas penales de influenciar la conducta de la sociedad en general y prevenir el crimen. Por otro lado, los delincuentes no pueden quejarse de no haber tenido una advertencia previa: a través de la amenaza penal, son advertidos de antemano respecto de que si actúan de cierta forma serán tratados como miembros del grupo de personas que han actuado de manera similar. Por tanto, si actúan de esa forma, han asumido el riesgo de ser llamados a responder del mismo modo que lo han sido otros que han actuado igual.

---

<sup>22</sup> KELLY, *supra* nota 19, p. 16.

<sup>23</sup> KELLY, *supra* nota 19, p. 19.

Esta teoría tiene importantes problemas. En primer lugar, podría sostenerse que es internamente inconsistente. Existe una contradicción al rechazar al retribucionismo con el argumento de que éste se apoya en una falsa concepción de libre albedrío y capacidad moral, para luego defender una postura según la cual los infractores sancionados no pueden quejarse de que sus derechos han sido vulnerados porque fueron previamente advertidos y por tanto habrían podido *decidir* no actuar de la manera en que lo hicieron. Si los argumentos deterministas que utiliza KELLY para cuestionar al retribucionismo son tomados por ciertos, tiene poco sentido hablar de la advertencia previa de la amenaza penal como un factor cuya presencia garantiza que el infractor *eligió* actuar de la forma en que lo hizo. Por supuesto, uno podría conceder que, incluso bajo una mirada determinista, la introducción de la amenaza penal puede cumplir un rol importante en *determinar* la conducta de las personas para que no cometan la acción prohibida. Ello sería compatible con afirmar la efectividad de las sanciones penales en la prevención del delito. Pero bajo la misma mirada determinista, lo que no puede sostenerse —como lo hace KELLY— es que a través de la advertencia previa de la sanción penal se pueda inferir que el infractor *eligió* actuar de cierta manera y por tanto *consintió* las consecuencias penales de dicho obrar. En conclusión, la crítica determinista de KELLY hacia el retribucionismo termina rebotando contra su empleo del concepto de advertencia previa como factor que compatibiliza la imposición del castigo con los derechos del infractor.

En segundo lugar, resulta llamativo cuán flagrantemente esta concepción del castigo viola el principio que prohíbe la utilización de las personas como medios. Tratar a las personas como miembros de un grupo cuyos integrantes comparten la característica común de haber realizado determinada acción, y responsabilizarlos por su cuota correspondiente sobre el total de los efectos de ese tipo de acción, a efectos de lograr prevenir futuros delitos y sin tener presente sus circunstancias particulares, motivaciones, razones por las que actuaron, y su grado de culpabilidad en general, es casi un ejemplo de libro de lo que implica tratar a las personas como medios para un fin. Como hemos visto, el centro de la objeción kantiana a las teorías consecuencialistas del castigo es que este es impuesto al infractor para lograr una serie de consecuencias consideradas deseables. La instrumentalización del castigo se consume en la medida en que no se lo trata como un fin en sí mismo —es decir, como un ser humano digno, autónomo y capaz de ser responsabilizado por sus actos— sino meramente como un vehículo a través del cual se pretende obtener ciertos resultados. En la justificación propuesta por KELLY la violación del principio de no instrumentalización es aun más flagrante, pues no sólo el fin perseguido a través del castigo es la disuasión dirigida a otros potenciales delincuentes, sino que, sumado a ello, deliberadamente se

trata al infractor con total prescindencia de los rasgos característicos que posee en virtud de ser una persona autónoma, capaz de auto-determinarse. Es decir, se lo trata como un instrumento — casi fungible, en la medida en que no se admite ninguna diferenciación entre dos sujetos que formen parte de la misma clase de infractores— para lograr el bien de la prevención general. Podemos entonces imaginar perfectamente la queja del delincuente condenado dirigida al juez: “¿Por qué se me castiga igual que a ellos, si mi situación es diferente en tantos aspectos?”

Además, el argumento de que el castigo es conciliado con los derechos del infractor a través de la equidad —que requiere tratar de igual modo a los casos iguales— no es en absoluto concluyente, porque el valor equidad, si es que puede cumplir alguna función de morigerar o incluso eliminar la lesión a los derechos del infractor, no logra tal cometido si su aplicación implica que se trate a los casos iguales *igual de mal*. Imaginemos que un grupo de bandidos saquean un pequeño pueblo, a excepción de una sola casa. El principio de equidad formal bajo estas circunstancias exigiría que entren a la casa restante y saqueen todo lo que hay dentro. Si los hipotéticos bandidos fueran respetuosos del principio de equidad y decidieran a último momento entrar a la casa restante, no diríamos que al hacerlo neutralizan la lesión a los derechos de los habitantes de todas las otras casas que robaron con anterioridad. Antes bien, diríamos que ahora han vulnerado los derechos de *todos* los habitantes de la aldea. Ello es así porque actuar de conformidad con el principio que exige tratar igual a *a*, *b* y *c* (si los tres casos son “iguales” en algún sentido relevante) no garantiza que *a*, *b* y *c* sean tratados dignamente. En el ejemplo del saqueo, hay un principio antecedente de justicia en juego que condena todos los saqueos con independencia del tratamiento equitativo (o su falta) de cada sujeto. De la misma forma, la lesión al derecho de *a* a no ser tratado como un medio para un fin persiste aunque *b* y *c* sean tratados de la misma forma.

Es por ello que la “disuasión equitativa” no debe ser considerada una propuesta exitosa para compatibilizar la justificación de la pena en términos de prevención con el principio de no utilización del hombre como medio.

En lo que sigue me centraré en el análisis de un texto publicado recientemente por SCANLON, en el cual defiende el rol predominante del merecimiento cuando se trata de justificar las

reacciones que adoptamos frente a alguien a quien culpamos de haber actuado mal.<sup>24</sup> En la visión de SCANLON, cuando culpamos a alguien por haber actuado inmoralmente, reaccionamos de formas que están justificadas por el solo hecho de que quien es objeto de dichas reacciones merece ser tratado de esa forma. En este sentido, el papel que el merecimiento ocupa en su teoría ética es similar al que juega en el retribucionismo. En ambos casos, tratar de cierta manera a una persona *porque lo merece* implica tratar a dicha persona como un fin en sí misma —esto es, de manera compatible con el principio de no instrumentalización—. Sin embargo, para SCANLON el merecimiento justifica sólo ciertas reacciones, dentro de las cuales no está incluido el aspecto del castigo penal que implica la imposición de sufrimiento sobre el infractor. Es aquí donde el análisis de este autor guarda puntos de contacto con las teorías de TADROS y KELLY: todas intentan pensar el castigo en términos no retribucionistas, pero compatibles a la vez con el principio de no utilización de las personas como medios. SCANLON adhiere al principio de no instrumentalización, en la medida que reivindica el rol del merecimiento en la justificación de ciertas actitudes que adoptamos frente a los infractores. Asimismo, rechaza al retribucionismo bajo el entendimiento de que en última instancia el castigo no puede ser justificado apelando a la noción de merecimiento. En la siguiente sección sostendré, contra SCANLON, que el merecimiento sí puede justificar la imposición del castigo penal en su totalidad.

## V. Merecimiento, culpa y castigo

Aunque SCANLON rechaza el retribucionismo con el argumento de que el sufrimiento humano no puede ser considerado un bien intrínseco, sostiene que el merecimiento juega un importante rol en el aspecto condenatorio del castigo. Este aspecto, según su teoría, es uno de los dos elementos del castigo; el otro es la imposición de algún tipo de sufrimiento.

De acuerdo con esta concepción del rol del merecimiento, el infractor no puede quejarse del aspecto condenatorio del castigo que debe soportar (esto es, la exposición pública de su delito) ya que se trata de una reacción apropiada frente a las faltas morales expuestas en su accionar. Para explicar esto, SCANLON recurre a la famosa teoría de STRAWSON sobre las actitudes reactivas.<sup>25</sup> Cuando alguien que consideramos especial nos traiciona, o nos trata de manera incompatible con lo que creíamos que la relación exigía, reaccionamos emocionalmente de formas que nos parecen

---

<sup>24</sup> SCANLON, “Giving Desert its Due”, en *Philosophical explorations*, vol. 16, 2013, pp. 101-116.

<sup>25</sup> STRAWSON, “Freedom and Resentment” en *Free Will*, WATSON (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2003, disponible en: <http://people.brandeis.edu/~teuber/P. F. Strawson Freedom & Resentment.pdf>

apropiadas, tales como perder la confianza que teníamos en dicha persona y adquirir una predisposición a no sentirnos tristes cuando no le va bien ni a sentirnos felices cuando le va bien. Consideramos a estas reacciones apropiadas independientemente de las razones que pudieran explicar por qué la personalidad de quien nos defraudó se forjó de tal manera que lo inclinase a actuar de la forma en que lo hizo. Citando a FEINBERG, SCANLON resume esta idea con la frase “El merecimiento no debe necesariamente ser a su vez merecido”.<sup>26</sup>

Si entonces nuestro vecino trata a su esposa de una forma repudiable, estamos habilitados a retirar nuestra buena voluntad hacia él, porque lo *merece*. Y el argumento de que actuó de determinada forma porque su carácter así lo dispuso es irrelevante ya que nuestras actitudes son respuestas apropiadas al hecho de que él tenga ese carácter o, en otras palabras, a que sea la persona que es. Pero en la visión de SCANLON,<sup>27</sup> y aquí es donde su postura difiere de la de STRAWSON, el merecimiento se limita al aspecto condenatorio del castigo y no podemos apelar a aquél para justificar la imposición de sufrimiento. La idea es que no sentirse triste porque alguien no está pasando un buen momento es algo distinto a pensar que es algo bueno que pase un mal momento. El merecimiento puede ser una base apropiada para justificar la primera de estas dos actitudes, pero no la segunda. Para SCANLON, la imposición del sufrimiento al delincuente debe fundarse en una justificación adicional: la consecución de ciertas consecuencias beneficiosas y la existencia de una verdadera oportunidad de haber evitado el castigo fundada en una advertencia previa. STRAWSON, al contrario, sostiene que la pérdida de buena voluntad hacia el infractor puede ir de la mano con una modificación en la pauta general de que en principio deberíamos evitar el sufrimiento de los demás. Este conflicto, reconoce SCANLON, se reduce a un desacuerdo moral de primer orden. Es decir, no se trata de un desacuerdo respecto del cual se pueda establecer la corrección de una postura sobre la otra brindando razones que estén por fuera, o en otro nivel, del plano en que se esgrimen los argumentos sustantivos a favor de cada postura. Si es que hay una respuesta correcta, es posible llegar a ella mediante la tarea interpretativa que se desarrolla en el marco de la discusión ética sustantiva y no de la meta-ética.<sup>28</sup>

En el marco de esta disputa moral de primer orden es donde tomo un rumbo opuesto al de SCANLON y adhiero a la propuesta de STRAWSON. SCANLON sostiene que el sufrimiento humano,

---

<sup>26</sup> FEINBERG, “Justice and Personal Desert” en *Doing and Deserving*, Princeton: Princeton University Press, 1970.

<sup>27</sup> SCANLON, *supra* nota 25, p. 19.

<sup>28</sup> Ver DWORKIN, *supra* nota 21, pp. 1-19.

incluso impuesto a quien ha cometido un mal, no puede ser considerado un bien intrínseco. En mi opinión, hay circunstancias ante las cuales el sufrimiento impuesto a quien ha cometido un mal es un bien intrínseco. Pareciera a primera vista que aquí se llega al final del camino argumentativo. Sin embargo, creo que la postura que defendiendo se alinea mejor con algunas de nuestras más comunes y fuertes intuiciones, y ello constituye una razón de peso para determinar su corrección. Imaginemos, como lo han propuesto diversos autores retribucionistas, un mundo en el que el autor de un horrendo crimen es castigado y sufre como consecuencia de ello, y otro mundo paralelo en el cual la misma persona se desplaza felizmente sin soportar ningún tipo de castigo. Mi intuición moral es que el primer mundo es preferible al segundo. Esta cuestión ha sido ilustrada por BERMAN en los siguientes términos:

“Los bienes intrínsecos sencillamente no sirven para una resolución completa mediante una argumentación racional. Los retribucionistas creen que tal sufrimiento es un bien intrínseco. Algunos de sus críticos creen lo contrario. Para ellos, el sufrimiento es siempre un mal intrínseco, lo que convierte a la evitación del sufrimiento en un bien intrínseco. En mi opinión, carecemos de recursos argumentativos para resolver disputas de este tipo; esa es la razón por la cual la lista de posibles candidatos para la bondad intrínseca es tan extensa y por la cual es inevitable que apelemos a juicios casuísticos”.<sup>29</sup>

En mi caso, coincido con MOORE en que, de acuerdo con lo que exige la justicia, “por supuesto que el noble de DOSTOYEVSKY debería sufrir por haber infligido gratuita e injustificadamente un terrible daño a su mucama y a la madre de esta (...) Imponemos este castigo incluso si ningún otro objetivo será alcanzado como resultado, *porque el noble simplemente lo merece*”<sup>30</sup> (énfasis añadido). Esto es, aun si el castigo del infractor no trae aparejada ninguna consecuencia ulterior que consideremos beneficiosa, el merecimiento sólo justifica la imposición del sufrimiento.

El carácter sustantivo del desacuerdo precedente me impide elaborar un argumento concluyente que demuestre que aquellos que creen que el sufrimiento humano nunca debería ser considerado algo bueno están equivocados. Pero sí creo que el retribucionismo permite explicar nuestras intuiciones morales de manera más satisfactoria que las justificaciones rivales e incluso

---

<sup>29</sup> BERMAN, *supra* nota 3, p. 13.

<sup>30</sup> MOORE, *supra* nota 3, p. 188.

luego de revisar críticamente los presupuestos de esta teoría existen razones más fuertes para aceptarla que para rechazarla. No detallaré todas esas razones aquí ya que ello equivaldría a emprender una defensa general del retribucionismo y ese no es el objetivo de este trabajo.

Hecha esta disidencia, extendería no obstante el valioso análisis que realiza SCANLON sobre el papel del merecimiento en la justificación del aspecto condenatorio del castigo al elemento restante, es decir, la imposición de sufrimiento sobre el infractor.

## VI. Conclusión

Comencé remarcando que el debate entre el retribucionismo y las teorías basadas en la prevención del delito a través de la disuasión del delincuente está lejos de ser resuelto. En el marco de esta disputa, he tratado de demostrar el fracaso de algunas teorías basadas en la prevención general a la hora de lidiar con una objeción retribucionista en particular: aquella que sostiene que las teorías consecuencialistas no logran tratar a quien sufre el castigo como un fin en sí mismo.

Para ilustrar este punto, he analizado los recientes intentos de TADROS y KELLY de justificar la pena bajo criterios de prevención general de una forma que sea compatible con el principio de no instrumentalización. He sostenido que tanto la teoría del deber como la teoría de la prevención equitativa no logran ese objetivo. Finalmente, he explorado algunas ideas que SCANLON ha desarrollado sobre el rol del merecimiento en la justificación del castigo, señalando que dicho análisis me parece en general correcto, pero diferenciando mi postura en cuanto al alcance apropiado del rol del merecimiento. Este desacuerdo —acerca de si el merecimiento puede justificar ambos aspectos del castigo, como sostengo yo, o si sólo puede justificar el aspecto condenatorio del castigo, como sugiere SCANLON— se reduce a un desacuerdo moral de primer orden respecto de si la imposición de sufrimiento a otro ser humano puede ser considerada algo deseable o no. Por cuestiones de relevancia, es decir, por lo que me interesa discutir en este trabajo, me he limitado a señalar que mi postura en este desacuerdo es plausible por alinearse mejor con nuestras intuiciones morales.

No he sostenido que el retribucionismo sea la *única* justificación del castigo compatible con el principio que prohíbe la utilización del ser humano como medio para un fin. Aunque mis

intuiciones me dicen que la aserción precedente es correcta, probarlo requeriría refutar cualquier otra posible teoría del castigo —y no me he propuesto tan ambicioso objetivo aquí—. Sin embargo, creo que abordando algunas de las más importantes teorías rivales, he dado importantes razones por las cuales el retribucionismo debería ser considerado la mejor justificación del castigo disponible o, por lo menos, la que tentativamente se encuentra en la mejor posición para respetar lo que exige el principio de no utilización de las personas como medios.

## VII. Bibliografía

BERMAN, Mitchell, “Castigo y Justificación”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, (trad. Julia DE LA PARRA y Marcelo FERRANTE), vol. 9, junio de 2008. Disponible en: [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=2935&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2935&id_item_menu=5858) [enlace verificado el día 18 de junio de 2017].

DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2013.

FEINBERG, Joel, “Justice and Personal Desert”, en *Doing and Deserving*, Princeton, Princeton University Press, 1970.

HEGEL, G.W.F., “Wrong [Das Unrecht]”, en TONRY, Michael (ed.), *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*, Oxford University Press, 2011.

KANT, Immanuel, *Practical Philosophy* (trad. Mary GREGORE), Cambridge University Press, 1997 [1797].

KELLY, Erin, “Criminal Justice Without Retribution”, en *The Journal of Philosophy*, vol. 106, No. 8, agosto de 2009.

MOORE, Michael, *Placing Blame, A General Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1997.

MURPHY, Jeffrey G., “Marxismo y Retribución”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho, (trad. Tomás FERNÁNDEZ FIKS, revisada por Lucía

BRUNZINI y Juan Bautista BAISTROCCHI), vol. 17, julio de 2016, disponible en [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=12835&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=12835&id_item_menu=5858) [enlace verificado el 18 de junio de 2017].

RAWLS, John, “Two Concepts of Rules”, en *The Philosophical Review*, vol. 64, N. 1, 1955.

ROSS, Alf, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Berkeley/Los Angeles, University of California Press, 1975.

SANDEL, Michael, *Justice: What’s the right thing to do?*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2010.

SCANLON, Thomas M., “Giving Desert its Due”, en *Philosophical explorations*, vol. 16, 2013.

STRAWSON, Peter F., “Freedom and Resentment.” en *Free Will*, G. WATSON (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2003, disponible en: [http://people.brandeis.edu/~teuber/P.\\_F.\\_Strawson\\_Freedom\\_&\\_Resentment.pdf](http://people.brandeis.edu/~teuber/P._F._Strawson_Freedom_&_Resentment.pdf). [Enlace verificado el día 18/6/17].

TADROS, Victor, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011.

TIMMONS, Mark, *Moral Theory: An Introduction*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2013.