

**CONFERENCIA: JUSTICIA Y CASTIGO\*****CONFERENCE: JUSTICE AND PUNISHMENT**

*Leonardo Augusto Zaibert\*\**

**RESUMEN:** El castigo no requiere de un contexto institucional. Es perfectamente posible que una persona castigue a otra sin que exista un delito tipificado como tal por la autoridad. El autor sostiene que no cabe duda que cuando se castiga a una persona lo que se persigue es que esta sufra, lo que no es un problema meramente teórico sino también práctico. Cuando se castiga a una persona lo que se persigue es que esa persona sufra, entendiendo por sufrimiento, en términos generales, experimentar algo que no se quiere que ocurra. Se diserta sobre el “problema del castigo” y las diferentes posturas desde las cuales se ha tratado de justificar el castigo para plantearnos su propuesta teórica al respecto. El punto central que distingue a los utilitaristas y a los retributivistas es fundamentalmente axiológico. El utilitarista niega que pueda haber valor en el sufrimiento en sí mismo, mientras que el retributivista piensa que sí puede tener valor. Para el autor el sufrimiento merecido es intrínsecamente bueno.

**PALABRAS CLAVE:** derecho penal, utilitarismo, retributivismo, justificación del castigo.

---

\* Este artículo es el producto de la transcripción autorizada por el autor de la Conferencia “Justicia y Castigo”, impartida en el marco del 3er. Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, el día 04-10-2016, en Aula Magna de la Escuela Judicial del Estado de México. Disponible en el canal de YouTube de la Escuela Judicial, <https://www.youtube.com/watch?v=jrYYt93bPOA>

\*\* Ph. D. Philosophy, State University of New York, Buffalo. Licenciado en Derecho por la Universidad Santa María, Caracas, Venezuela. Profesor de Filosofía y Jefe de Departamento en Union College, New York.

**ABSTRACT:** Punishment does not require an institutional context. It is possible for a person to punish another without the existence of a criminal offense specified by any authority. The author holds that there is no question that when an individual is punished the main objective is to cause suffering, understanding by suffering in general terms, to experience something unwanted. The “matter of punishment” and the different positions from which punishment is justified with a theorist approach are discussed. The main points that distinguish the Utilitarian and the Retributivist are fundamentally axiological. The Utilitarian denies that there is any value in suffering, while the Retributivist believes that it does have value. For the author the punishment received is good intrinsically.

**KEYWORDS:** Criminal Law, Utilitarianism, Retributivism, Justification of Punishment.

Recepción: 04/10/2016      Aceptado para su publicación: 15/05/2017

## SUMARIO

1. A manera de introducción. 2. El problema del castigo. 3. Justificación de la pena. 4. Repensando una teoría de la justificación del castigo. 5. Conclusión. 6. Bibliohemerografía.

### **I. A manera de introducción**

Comenzaré con un punto conceptual: la definición del castigo o de la pena, dos expresiones que emplearé como sinónimos en el sentido de que, desde mi punto de vista, es perfectamente posible que una persona castigue a otra persona sin necesidad de haber delitos de por medio, sin necesidad de que exista una autoridad. Ciertamente, el derecho penal es el ejemplo paradigmático del castigo y es mucho más rico y complejo porque una serie de factores entran en contradicción. Pero desde nuestro punto de vista lo importante es la esencia misma del castigo, la cual no requiere de un contexto institucional.

Históricamente las definiciones de castigo no especifican de manera clara qué es exactamente lo que el castigador quiere que el castigado experimente; me limitare, por tanto, a describir lo que siempre ocurre: cuando una persona castiga a otra, quiere que la otra persona experimente algo poco placentero, algo doloroso o algo dañino o, en pocas palabras, el castigador quiere que el castigado sufra. Este es un punto puramente definicional, no significa que esto justifica el castigo, no estamos afirmando que esto es lo que debemos buscar como castigo, pero cuando se castiga a una persona lo que se persigue es que esa persona sufra, entendiendo por sufrimiento algo sumamente general como he descrito: la persona experimenta algo que no quiere que le ocurra.

En términos genéricos, el castigo es tradicionalmente definido como sufrimiento, pero hacemos énfasis en lo siguiente: si

ciertamente el castigo, desde el punto de vista conceptual, involucra el propósito de hacer que el castigado sufra, esto nos representa un problema interesante, no puramente teórico.

## 2. El problema del castigo

En los Estados Unidos, la expresión “el problema del castigo” es muy popular en libros, capítulos de libros y conferencias y, en general, estos textos señalan que es un problema práctico acerca del castigo y la criminalización excesiva que aquejan seriamente a la sociedad norteamericana. Estoy convencido que estos son, efectivamente, problemas del castigo, pero son problemas de un cariz más criminológico, sociológico e incluso político; en lo absoluto quiero negar que son problemas importantes, pero el problema que me interesa es otro, uno puramente teórico.

Tradicionalmente, el sufrimiento es algo que no queremos experimentar. En principio, mientras menos sufrimiento experimentemos, pensamos que nos va mejor en la vida. De hecho, hay un concepto filosófico-teológico, el concepto de una teodicea (hay teodiceas religiosas y hay teodiceas seculares), que permiten explicar esta afirmación. Desde la perspectiva de la teodicea religiosa la pregunta tradicional es: si existe un Dios y si Dios es bueno, ¿por qué permite que haya sufrimiento?, o ¿por qué no limita el sufrimiento? Desde el punto de vista secular, quizá el tratamiento más interesante, a mi modo de ver, sobre la llegada de teodicea, sin el aspecto teológico, fue desarrollado por Max Weber:

Weber opinaba que el problema desde el punto de vista secular para la teodicea, es el problema del sentido de la vida, del significado de la vida. Mencionaba Weber tres elementos que consideraba problemáticos para darle sentido a nuestra existencia. El primero, el sufrimiento inmerecido; el segundo, la injusticia; y el tercero, la estupidez incorregible. Para los efectos de esta disertación, el tercer elemento no tiene importancia, a

pesar de que resulta interesante, porque nada tiene que ver con el problema del castigo. Nos enfocaremos entonces en los dos primeros de estos tres elementos.

Los dos primeros elementos están relacionados. La idea de injusticia que queda impune nos hace sentir, en cierta manera, que el mundo carece de sentido de igual forma que el sufrimiento cuando no es merecido, pero este es un punto absolutamente central que tiende a ser ignorado; lo que, desde el punto de vista de Weber, le resta sentido a nuestra existencia no es el sufrimiento como tal, es el sufrimiento cuando es inmerecido. En otras palabras, cuando el sufrimiento es injusto. Si alguien sufre de manera justa, de acuerdo a Weber, y coincido con él, eso no implica que nuestra vida carece de sentido, hay una diferencia crucial entre el sufrimiento cuando es merecido y cuando es inmerecido, es decir, que para cierto tipo de filósofos, el sufrimiento merecido no es necesariamente un problema grave con respecto al sentido de la vida.

### **3. Justificación de la pena**

Lo anterior nos lleva a adentrarnos en la clásica distinción de dos escuelas de pensamiento, con respecto a la justificación de la pena. Estas escuelas existen desde el origen de la humanidad y encontramos ejemplos de ambas en el Antiguo Testamento, en Platón, y en otras fuentes; pero, en su versión contemporánea, una de ellas tiene su origen en Jeremy Bentham y el nacimiento del utilitarismo inglés del siglo XVIII y la otra en Immanuel Kant. Estas dos escuelas son: el utilitarismo y el retributivismo.

El utilitarismo considera que el castigo siempre es algo malo. No hay nada que le redima: el sufrimiento (que es parte esencial del castigo) es malo y ha de ser rechazado en general. El retributivismo no piensa eso, como lo explicaremos más adelante. Lo interesante es que los utilitaristas, como es bien sabido, no consideran que el castigo deba ser abolido, es decir, en muchos casos aceptan que

el castigo debe ser infringido sobre los criminales, sobre algunas personas que han hecho cosas malas. ¿Cómo? Si bien siempre han dicho que el castigo es malo, la respuesta es realmente sencilla: el castigo, que es malo siempre de por sí, puede ser un instrumento útil para prevenir más sufrimiento y, en esos casos, el castigo estaría justificado. Es decir, hay una persona que ha cometido un crimen, por ejemplo, y castigarlo por ese crimen le causaría un sufrimiento lo cual hace al mundo un peor mundo, en cierto sentido, pero, al castigarlo se consiguen algunas consecuencias que disminuyen el sufrimiento del universo por lo cual, al final de la historia, el balance neto de sufrimiento fue positivo.

En otro trabajo he afirmado que la única justificación real del castigo en la historia es retributivista, lo cual fundamento en el utilitarismo. El utilitarismo realmente no justifica el castigo, lo *tolera* desde un punto de vista mecánico: si castigando a esta persona logramos disminuir el sufrimiento en el mundo pues entonces hagámoslo. Pero no se justifica al acto de castigar en sí, es decir, el sufrimiento que ocasiona el castigo es irremediamente e invariablemente malo —claro, puede ser que contribuya a cosas buenas—, en ese caso se hace, y ese es el sentido que quiero capturar con la distinción entre tolerancia y justificación; justificar el castigo sería decir esto hay que hacerlo y al hacerlo, no estamos haciendo algo malo.

En una discusión que tuve recientemente con un importante jurista inglés, Víctor Tadros —él afirma que no es utilitarista—, defiende una posición llamada “instrumentalista”, la cual, en mi opinión, es completamente utilitarista. A mi modo de ver, esto es un eufemismo. Veamos un ejemplo, con el caso hipotético que Tadros sugiere. Imaginemos que Hitler (aquí pueden sustituir a Hitler por el peor criminal que se les pueda ocurrir o una persona indudablemente terrible), ha estado viviendo en una isla desierta, no hay manera de que salga de ella, no hay manera de rescatarlo, no hay manera de comunicarse con él, está completamente aislado, le quedan digamos cinco años de vida y no hay nada que se pueda hacer al respecto; lo único que se puede hacer es que

hay un pequeño botón de una “computadora mágica” enfrente de uno, si lo apretamos el clima puede empeorar en la isla que habita Hitler. Lo que propone Tadros es que, en este contexto hipotético, el causarle ese mal clima a Hitler es bárbaro, es salvaje, es inhumano y es cruel. Obviamente, como les planteé, estoy en contra, pienso que es correcto hacerlo.

Pero la posición de Tadros no es absurda, es posible que haya gente en la audiencia que piense que en realidad Tadros tiene razón, tal y como ha sido construido este caso hipotético, éste nos establece que no hay nada que se pueda lograr, nos da a entender que el clima desagradable es un sufrimiento, que Hitler no se va a reformar, no se va a rehabilitar, no va a sentir remordimiento por lo que ha hecho, tampoco puede hacerle daño a nadie porque la isla donde vive está desierta. En ese caso, la pregunta de este supuestamente no utilitarista y de muchos colegas es: ¿Para qué le vas a dar sufrimiento? En este caso el sufrimiento no conlleva ninguna consecuencia positiva.

La razón por la que estoy en desacuerdo es porque pienso que el sufrimiento merecido es intrínsecamente bueno; es decir, el mundo es mejor cuando —en este caso fantástico de Hitler en esa isla, está enojado porque todo el día llueve, obviamente si le pudiera dar otro tipo de tratamiento aún más severo lo haría—, pudiera castigarlo en un sentido civilizado. Imaginado este ejemplo también lo haría, pero dados los parámetros que este caso impone a nuestra manera de razonar sobre él, pienso que, por supuesto, habría que darle ese mal clima.

Pero aquí llegamos a lo que considero que es el punto central entre las dos tradiciones filosóficas para justificar el castigo. La utilitarista, que puede tener varios nombres y que muchos de los teóricos del castigo contemporáneos, que evidentemente niegan ser utilitaristas, en el fondo lo son, porque niegan que este punto básico y central de que si tiene algún valor positivo el sufrimiento merecido en sí mismo. La manera como he planteado este punto, que considero es el meollo de la distinción, me obliga a mencionar

una distinción conceptual clásica de la ética, es decir, la distinción entre lo axiológico y lo deóntico. Lo axiológico está relacionado con problemas de valor; con aquello que es bueno o malo. Lo deóntico tiene que ver con obligaciones, con deberes y derechos. No recuerdo a nadie que niegue que esta distinción exista. Es muy diferente decir lo que has hecho es bueno, tiene valor, a decir tienes la obligación de hacer eso.

Voy a dar un ejemplo, imagínense que existe un colega que es un fanfarrón, un charlatán, una persona antipática, una mala persona. Está dando una charla y ustedes están indignados por todas las cosas malas que ha hecho esta persona. Alguien se levanta de la audiencia, se acerca al pódium y lo abofetea, hay un cierto sentido axiológico en el que dicha acción no es necesariamente sin valor. El punto es que, este hombre se lo merecía por cómo es. Esto es muy diferente a decir que alguien tenía la obligación de portarse de esa manera.

El punto central que distingue a los utilitaristas y a los retributivistas es fundamentalmente axiológico. El utilitarista niega que pueda haber valor en el sufrimiento en sí mismo, mientras que el retributivista piensa que sí puede tener valor. Ahora bien, el retributivista piensa que el sufrimiento como tal puede tener valor cuando es merecido, cuando es justo. El retributivista también puede considerar que hay valor intrínseco en una cantidad de otras cosas como la rehabilitación, la incapacidad de prevención, la enseñanza, todas estas las puede aceptar el retributivista, como lo demuestra el caso hipotético de Hitler en la isla. Aún si ninguna de ellas fuese posible, el retributivista encontraría valor en el mero hecho de quien merece sufrir, sufre. Hasta cierto punto, soy escéptico de la claridad con la que veo el asunto, me parece tan obvio que no puede ser que alguien no lo haya encontrado antes con tanta claridad, pero en realidad no hay nadie que lo haya puesto tan claro, aun así hay gente que está en desacuerdo conmigo acerca de la centralidad de este punto.



### 3.1. Del utilitarismo de Jeremy Bentham al utilitarismo de John Stuart Mill

Ahora bien, antes de criticar a utilitaristas y a retributivistas, quiero explicar lo siguiente. Hasta este momento en que he hablado del utilitarismo, me he referido solamente al llamado utilitarismo clásico de Jeremy Bentham, pero no es la única forma de utilitarismo, ya que esta es una teoría maleable y modificable, quizá la más famosa versión alternativa de utilitarismo fue la de John Stuart Mill, quien una generación después de Bentham, creó un sistema utilitarista que trataba de ser más humano. Desde el punto de vista de Bentham, el objetivo de la vida, la obligación constante es que cada vez que nos toca actuar hay que sopesar las alternativas y escoger aquella que tenga más utilidad o que reduzcan más el sufrimiento, las dos expresiones las usó como sinónimos. En el caso de Mill, trató de hacerlo menos maximizante y pensó que el utilitarismo debía ser utilizado no como un criterio de acción, sino como un criterio que nos permita desarrollar reglas que si fuesen cumplidas la sociedad sería más feliz, mostraría más utilidad y menos sufrimiento.

Por ejemplo, veamos uno de los casos clásicos que se usa contra el utilitarismo de Bentham. Le haces una promesa a alguien en su lecho de muerte, a un gran amigo le prometes que vas a hacer tal o cual cosa y luego muere, nadie es testigo, nadie se enteró. Supongamos que se pudiera maximizar la felicidad en el mundo al no cumplir esa promesa, de acuerdo a Bentham hay que romper esa promesa sin ningún remordimiento, si no hay ningún mal que se cause para qué se está maximizando la utilidad. John Stuart Mill no está de acuerdo con esto, porque consideraba que lo que hay que hacer es que las reglas, basadas en el espíritu del utilitarismo, deben ser cumplidas. Una regla que diga "las promesas deben ser cumplidas a menos que sea mejor no cumplirlas" sería un desastre desde el punto de vista utilitarista; no sería un mundo feliz, nadie creería en nadie, las promesas no significarían nada.

### 3.2. George Edward Moore y el utilitarismo ideal

La secuencia del utilitarismo está cambiando, es menos mecánico y menos inhumano, culmina para mí, por efectos del filósofo inglés George Edward Moore, quien escribió probablemente el libro de ética más importante del mundo anglosajón, en mi opinión, de los más importantes del mundo, *Principia Ethica* (Principios de la Ética), a comienzos del siglo XX. El utilitarismo que Moore defiende es el llamado *utilitarismo ideal*. La diferencia central con las otras formas de utilitarismo es que no piensa que el objetivo de la vida o de la ética sea maximizar la utilidad en actos o en reglas. El objetivo es, de acuerdo con Moore, crear la mayor cantidad de valor intrínseco.

Moore propuso un ejemplo que es famoso en el mundo filosófico: imagínese un Universo muy bello, pero sin nadie que pueda apreciar esa belleza, compare esa situación con otro Universo, igual de bello, donde sí hay un ser (basta con uno) que aprecie esa belleza y que sea muy feliz dado lo bello que es ese Universo. Lo que Moore sugiere es que estos dos escenarios son profundamente diferentes con respecto al valor; axiológicamente diferentes. El valor del segundo caso es, en su opinión, infinitamente mayor y el valor de éste no puede ser explicado viendo el valor de las partes que lo componen; es decir, propone una teoría, que se denomina *Teoría de las unidades orgánicas*. Lo que él entendía por una unidad orgánica era un conjunto de elementos, cuyo valor no era necesariamente el de las partes que lo formaban.

Este ejemplo de Universo bello con una persona que lo aprecia es prácticamente el único que se cita en la literatura filosófica. Pero, escondido en unas páginas del mismo libro, tenemos otro ejemplo que es extraordinariamente útil para mi propósito: imagínese un violador, el cual ha violado a su vecina, obviamente este acto le causó sufrimiento a la vecina y al mundo, dado que ocurrió una violación. Desde el punto de vista del utilitarismo clásico, el de Bentham e incluso del de Mill, si ahora castigamos a este violador y lo hacemos sufrir, lo que hemos hecho es aumentar el nivel

de sufrimiento en el mundo, es decir, tendríamos el sufrimiento producido por la violación y ahora, también, el sufrimiento del violador. Moore sugiere —conuerdo con él— que en este caso, la unidad orgánica que resulta de castigar al violador, es decir, de hacer sufrir al violador por haber violado, es mejor que aquella en donde el violador queda impune.

Ahora, es sumamente significativo, desde mi perspectiva, que esta nueva posición retributivista (lo que hace a esta unidad orgánica mejor es que ese violador merece sufrir), está siendo defendida por un utilitarista y, supuestamente, el retributivismo era anatema para los utilitaristas. Pienso que la dirección de este caso que Moore plantea, sugiere que la justificación del castigo, en realidad, es más compleja de lo que pensamos. Hay valores, por ejemplo, el valor de impartir justicia, y hay casos en los cuales la justicia se obtiene por medio del sufrimiento merecido. Por supuesto, también hay valores que consisten en disminuir el sufrimiento en el mundo, y es por ello que la justificación del castigo es profundamente dilemática, conceptualmente hablando.

### 3.3. Críticas a las teorías clásicas

Antes de esbozar el tipo de justificación que quiero proponer con mayor ahondamiento, quiero criticar tanto al retributivismo clásico como a las llamadas teorías mixtas de justificación. El retributivismo clásico falla —a mi manera de ver las cosas— fundamentalmente, en que a pesar de la diferencia obvia que tiene con el utilitarismo ya explicada, los retributivistas afirman que existe valor en el sufrimiento como tal, los utilitaristas clásicos no, la *estructura* de la justificación en ambas corrientes es similar. Estructuralmente ambas corrientes de pensamiento sugieren que hay un elemento que de estar presente justificaría el castigo y la historia se acaba. Siguiendo a un utilitarista clásico, por ejemplo, si castigar a este violador va a disminuir más que ninguna otra alternativa el nivel de sufrimiento en el mundo, pues hay que hacerlo y la discusión concluye. Desde el punto de vista del retributivismo la estructura es similar, es decir, si este violador

merece sufrir en tal grado y lo hacemos sufrir en tal grado, entonces el castigo es justificado, la historia finaliza.

El punto parece sorprendente y preocupante a la vez. La estructura en ambos casos es exageradamente simple. Si el castigo en realidad es un acto de hacer justicia a través de infligir sufrimiento, cuesta aceptar que pueda ser algo tan simple. Este es el punto por el cual considero que el retributivismo clásico es equivocado.

El retributivismo clásico es deóntico, no se queda en lo axiológico, no le basta al retributivista clásico. Para Kant, por ejemplo, no es correcto afirmar que hay valor en el sufrimiento merecido, sino que alguien merece sufrir y hay otro alguien que tiene la obligación de castigarlo, de hacerle sufrir. La razón por la cual el retributivista clásico agrega ese elemento deóntico es comprensible, el temor es que si te quedas en lo axiológico pareciera ser demasiado vacío, el mundo sería bello, pero ¿qué más? Necesitamos algo más concreto.

Considero que hay un error en este temor, aunque es comprensible pero también es exagerado en el sentido siguiente: pensar que la única manera en la cual una consideración moral o normativa puede tener fuerza suficiente es que puede ser traducida en obligaciones o en derechos, no es necesariamente correcto. Hay un sinnúmero de posibles acciones que uno puede tomar por la cual uno sería admirado, respetado o incluso galardonado, que no son obligaciones. El ejemplo clásico sería el comportamiento heroico, el cual por definición es ir más allá de lo que me tocaba hacer. Entonces, si me comporto como un héroe quiere decir que no sólo cumplí con mi deber, si hubiera sido mi deber no sería heroico, es decir, insisto, va más allá de lo que me tocaba hacer. Si me comportara de manera heroica, sospecho que me ganaría su respeto y admiración. El hecho de que no tengamos el deber de ser héroes, no le resta nada al valor del heroísmo.

Del mismo modo, el hecho de que alguien merezca sufrir —a mi manera de ver— es un elemento importante a considerar cuando estamos justificando el castigo y no me hace falta mencionar que esa importancia se traduce en un deber de castigar; aunque, en algunos casos es probable que sí lo haga pero no en todos. Es por esta razón que rechazo al retributivismo tradicional como el de Kant, al que llamo deóntico, no porque niegue el elemento axiológico que comenté, sino porque le agrega ese componente deóntico, de una manera —en mi opinión— demasiado rotunda.

Eso nos crea algunos problemas, uno de ellos desde el punto de vista de la historia de las ideas. Kant un filósofo de una influencia enorme, cometió un error que ha sido heredado por varios filósofos posteriores. Kant confundió, hasta cierto punto, el retributivismo (que es una teoría) con la ley del talión. La idea “del ojo por ojo y el diente por diente”, si alguien te quita un ojo, lo que le corresponde es que él pierda un ojo también. No hay inconsistencia lógica entre las dos teorías, sin embargo, uno puede adherirse a una de ellas sin adherirse a la otra. En mi experiencia profesional, me considero un retributivista porque pienso que la gente debe obtener lo que merece y nunca he sido partidario de la ley del talión, las dos pueden ser parecidas, pero la una no implica a la otra. En el caso de Kant, a pesar de que nunca dijo que se implicaban mutuamente, las presentó de manera tal que ha sido interpretado que la una va con la otra.

El otro punto que es problemático en el retributivismo, es que la mayoría de sus defensores contemporáneos, lo han amalgamado con otra teoría que se denomina el moralismo legal. Esta otra teoría consiste en sugerir que es competencia legítima del Estado criminalizar todo aquello que sea inmoral y se supone que las dos son lo mismo.

El más importante defensor del retributivismo contemporáneo es el filósofo Michael S. Moore de la Universidad de Illinois, sostiene que estas dos cosas son absolutamente inseparables. No estoy de acuerdo, pero ciertamente, su inseparabilidad se hace más fuerte

si no se tiene la visión deóntica del retributivismo, si uno se limita a la versión axiológica que defiende, no sé cuál es el argumento para ser un moralista legal necesariamente.

La última pieza de mi crítica antes de esbozar lo que sugiero, tiene que ver con las justificaciones mixtas. Estas han sido muy populares en los últimos 50 o 70 años, quizá las más grandes luminarias de la filosofía anglosajona, que es la que mejor conozco, han propuesto versiones de la justificación mixta. Como su nombre lo dice, estas justificaciones buscan eclécticamente seleccionar lo atractivo del retributivismo con lo atractivo del utilitarismo. Mencionaré una de ellas, de un filósofo inglés, Anthony Quinton, porque es la versión más fácil de exponer.

Quinton sugiere que el retributivismo había sido mal entendido desde el comienzo de la humanidad, porque, desde su punto de vista, el retributivismo no es una posición ética en lo absoluto: es, en realidad, una teoría semántica. Lo que quería expresar era lo siguiente: si yo a una persona inocente que va caminando por la calle decido golpearla o si tuviese la autoridad de apresarla y ésta me pregunta ¿por qué?, le contestaría que por nada, pero que le estoy castigando. Una respuesta obvia sería decir, eso no es castigo, porque el castigo por definición, es del culpable o del que uno supone culpable. Si yo castigo a quien supongo inocente entonces no lo estoy castigando. Ese punto está bien, pero es una caricatura de lo que era el retributivismo tradicional. Kant no estaría de acuerdo con esta postura.

Por supuesto, en el caso de Quinton, una vez que cumples la tesis semántica ahora todos somos utilitaristas. De acuerdo, no vas a castigar al inocente pero cuando toca castigar al culpable la determinación de la severidad del castigo es un asunto totalmente utilitarista ¿cuánto se va a rehabilitar? ¿cuánto vamos a mejorar la sociedad?, etc. A mí esto me parece poco atractivo, eso no es lo que un retributivista como su servidor desea, ni busca. Clásicamente, lo que se buscaba era que la persona que sufre, recibiendo el sufrimiento que merece, hacen al mundo mejor sin tomar en cuenta cualquier consecuencia.

No estoy en contra de rehabilitar, de reeducar o de proteger a la sociedad y a los inocentes, el punto es que, conceptualmente, el mero hecho de aquel que merece sufrir, sufra, ya es algo bueno, independientemente de otras cosas buenas que también pueden surgir.

También lo que quiero mencionar en relación con las justificaciones mixtas, es que ellas surgieron como respuesta a algunas de las objeciones más famosas al utilitarismo clásico. La objeción era que permitiría castigar al inocente. El ejemplo clásico que ha sido usado en la literatura es el siguiente: digamos que soy el gobernador de un estado, ha habido un crimen terrible, las masas están enardecidas y habrá una revuelta popular muy grave si no conseguimos atrapar al criminal que lo cometió, después de algún tiempo no se consigue esto último. Los hechos están claros, en el sentido de que habrá cientos de muertos y destrucción a la propiedad si no conseguimos a quien lo hizo, pero desde el punto de vista del utilitarismo clásico, en este caso es perfectamente aceptable que finja que el culpable es una persona que no lo es, porque en efecto, esta persona va a sufrir, pero alivia, de un modo u otro, el sufrimiento gigantesco que la revuelta iba a ocasionar. Esto desde mi punto de vista, es una objeción profunda al utilitarismo y estas teorías mixtas de la justificación de la pena buscaban solucionar esa objeción.

En mi criterio, las teorías mixtas no logran salvar al utilitarismo, pero en el mejor de los casos lo logran sólo a costa de caricaturizar al retributivismo. A la mejor, esa teoría que se llamaba mixta es mejor que la que tenían antes, pero no incorpora el valor que tenía el retributivismo que es el valor esencial en el sufrimiento merecido.

#### **4. Repensando una teoría de la justificación del castigo**

Nuestra idea en torno a una teoría de la justificación del castigo consiste primero en asumir el hecho de que la justificación del

castigo es profundamente dilemática, no es sencilla. Entiendo que para el derecho estos dilemas no son bienvenidos, pero tampoco considero que el derecho deba caricaturizar los fenómenos que regula. El castigo es la justicia a través de hacer daño, en el sentido de causar sufrimiento y esto es complejo, conceptualmente hablando.

De por sí, mucho antes de discutir todos los elementos políticos, jurisdiccionales y de otra naturaleza, en la literatura de la ética en general, existe una popular corriente que estudia los dilemas éticos, quizá el ejemplo más famoso en la actualidad es el de la “bomba de tiempo”.

Unos terroristas han colocado una bomba atómica en el Zócalo de la Ciudad de México y tenemos aquí a la persona, si lo torturamos se logra desactivar la bomba —lo que muchos filósofos dicen es bueno—, en ese caso hay que torturarlo. Muchos objetan este caso hipotético porque en la realidad no es así, sin embargo, asumamos que es así. Entonces, lo torturamos y se desactiva la bomba. Algunos filósofos afirmarían que si fui yo el que torturé a esa persona, debería sentirme mal por haberlo hecho, sentir remordimiento. Desde la postura estructural, la percepción del castigo es parecida, en el castigo estamos causando el sufrimiento grave en una persona, no es tortura ni mucho menos lo estoy recomendando, pero en delitos graves el castigo no solo involucra el sufrimiento, sino que en muchos casos representa el destruirle la vida a una persona, porque así lo merece.

El punto es que trato de apropiarme de esta discusión general en la ética, con respecto a la compleja naturaleza de la justificación de ciertas acciones y trato de incorporarla a la discusión de la justificación del castigo. Pienso, que no deberíamos sentirnos con la conciencia tranquila después de castigar aún si esto es justificado.



## 5. Conclusiones

Concluyo con una comparación entre dos jueces hipotéticos. Ambos deciden sus casos de manera idéntica, sus casos también lo son. La diferencia es que a uno de ellos le pesa en la conciencia tener que mandar gente a prisión por muchos años, a pesar de que era la decisión correcta y que lo hizo de una manera justa. Mientras tanto, el otro juez es indiferente. Pienso que hay una diferencia ética entre los dos, lo que responde a la complejidad del acto de castigar, aun cuando está justificado involucra causarle un gran daño a alguien, eso no se presta al tratamiento mecánico que el utilitarismo le ha dado al igual que el retributivismo clásico, por ello considero que la teoría de la justificación del castigo que uno debe defender es pluralista, ya que reconoce la confrontación entre diferentes valores a la hora de castigar a una persona, aun cuando ese castigo sea justificado.

## 6. BiblioheMERografía

### Bibliografía

BENTHAM, Jeremy, "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation", en: BOWRING, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. I, New York, Russell & Russell, 1962.

BERLIN, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", en: HARDY, Henry (ed.), *Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

BOONIN, David, *The Problem of Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

DIRK DUBBER, Markus, *Victims in the War on Crime: The Use and Abuse of Victims' Rights*, New York, New York University Press, 2002.

HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd. edition, Oxford, Oxford University Press, 2008.

HUSAK, Douglas, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

RAWLS, John, *A Theory of Justice* (revised edition), Cambridge, Harvard University Press, 1992.

WOLF, Susan, *Meaning in Life and Why it Matters*, Princeton, Princeton University Press, 2010.

ZAIBERT, Leo, "Justifying Incarceration", en: INCAMPO, Antonio y Wojciech Zelaniec (eds.), *The Universality of Punishment*, Bari, Cacucci, 2015.

\_\_\_\_\_, "Punishment and Forgiveness", en RYBERG, Jesper y J. Angelo Corlett (eds.), *Punishment and Ethics*, London, Palgrave/Macmillan, 2010.

\_\_\_\_\_, *Punishment and Retribution*, Aldershot, Ashgate, 2006.

### Hemerografía

LARRAURI, Elena, "La Economía Política del Castigo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 6, 2009.

TASIOULAS, John, "Punishment and Repentance", *Philosophy*, núm. 81, 2006.

ZAIBERT, Leo, "The Paradox of Forgiveness", *The Journal of Moral Philosophy*, núm. 6, 2009.

### Documentos publicados en Internet

DRIVER, Julia, "The History of Utilitarianism", en The Stanford Encyclopedia of Philosophy, ZALTA, Edward N. (ed.), Winter 2014, <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history>.