

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2010

JÓVENES AUTORES CHILENOS

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL / N.º 28 / 2010



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2010**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 28
2010

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2010

JÓVENES AUTORES CHILENOS

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2010 - 2012)

Fernando Atria Lemaitre, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 28 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2010, pero que aparece en 2011, el año en que nuestra corporación cumple 30 años de existencia. Fundada en Valparaíso el año 1981 por un conjunto de socios fundadores de las más diversas creencias y convicciones filosóficas, políticas y jurídicas, la sociedad se constituyó ese año en dependencias de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, unidad académica que en 2011 celebra un centenario de vida. Dos efemérides, en consecuencia, e igual número de motivos de justa celebración para quienes se dedican al cultivo y enseñanza de la filosofía jurídica u otras disciplinas próximas o afines.

Este número se titula "Jóvenes autores chilenos" por la sencilla razón de que la casi totalidad de los estudios que contiene, así como la traducción y las reseñas que también forman parte de él, provienen de docentes e investigadores jóvenes de distintas universidades del país. En esa misma línea, y desde el mismo momento de su fundación, nuestra sociedad ha procurado incorporar jóvenes a su nómina de asociados y a las distintas actividades que realiza. Así, por ejemplo, han sido fundamentalmente jóvenes quienes han participado como ponentes en las tres jornadas chileno-argentinas de filosofía del derecho y filosofía social efectuadas hasta ahora, y son jóvenes también los que predominan entre los interesados a hacerlo en la cuarta de dichas jornadas, que tendrá lugar en Valparaíso, en la ya mencionada Escuela de Derecho, a fines de 2011, ocasión en la que se proyecta llevar a cabo la presentación y entrega de este número de nuestro Anuario.

Algunos números anteriores del Anuario pueden ser consultados en el sitio www.filosofiajuridica.cl Los volúmenes que no se encuentren en ese sitio pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ESTUDIOS

- GESCHE MÜLLER, Bernardo *Investigación de la paternidad ilegítima*. Concepción: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1967.
- ORREGO, Cristóbal "La cultura jurídica interna: ¿hacia el colapso de la pirámide?" en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Nr. 20, 2002. Páginas 461-478.
- QUINTANA BRAVO, Fernando "Cultura jurídica en perspectiva hermenéutica" en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Nr. 20, 2002. Páginas 513-527.
- URZÚA FRADEMAN, Raúl "Sociedad y sistema legal: el papel del abogado" en *Cuadernos de la Realidad Nacional*, Nr. 11, 1972. Páginas 104-116.
- VELASCO LETELIER, Eugenio *El derecho y los cambios sociales*. Valparaíso: Ediciones de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, 1968.

EL CASTIGO COMO PROBLEMA NORMATIVO

ESTEBAN PEREIRA FREDES *

Se analiza en forma crítica parte de las intuiciones que sustentan la legitimidad del castigo, diferenciando entre los problemas relativos a la justificación general de la práctica de castigar y la explicación de las cuestiones de distribución que se producen al interior de la práctica. Se sostiene la relevancia del castigo como un concepto de carácter funcional y no necesariamente estructural, esgrimiendo la necesidad de explorar la funcionalidad del ideal retributivo. Para tales propósitos, la expresión del reproche moral que conlleva el castigo se presenta satisfactoriamente bajo el modelo explicativo articulado por el retribucionismo.

Palabras Clave

Castigo, reproche, utilitarismo, retribucionismo.

1. Introducción

Una vez que se asume el supuesto según el cual somos moralmente responsables de nuestras acciones, tiene sentido examinar la per-

* Profesor, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Comentarios a epfredes@yahoo.es Agradezco los comentarios que efectuó a borradores de este trabajo el profesor Héctor Morales Zúñiga. Asimismo, a mi ayudante María Ignacia Besomi Ormazábal junto a quien realicé un seminario monográfico sobre la justificación normativa del castigo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

tinencia del castigo¹. Distintas posiciones han intentado explicar la legitimidad de esta institución. El castigo buscaría satisfacer la mera retribución exigida por la víctima del daño y, asimismo, serviría para confirmar los parámetros sociales que constituyen las expectativas de la comunidad, estimándolo como útil para ésta. La estrecha relación que existe entre el reproche o censura moral y el castigo sugiere evaluar la funcionalidad de las dimensiones retributivas que admite la práctica de castigar. El análisis se desarrollará estrictamente en el marco de su discusión ética, sin referencias directas a la efectuada de forma correlativa bajo el contexto jurídico-penal.

En la segunda sección se introduce el debate asociado a la justificación normativa del castigo, identificando los esquemas de comprensión rivales en el utilitarismo y el retribucionismo, y analizando los problemas a los cuales se enfrentan ambas posiciones teóricas.

En la tercera sección se examinan algunas estrategias de conciliación entre ambas posturas, de acuerdo a las contribuciones de John Rawls y H. L. A. Hart.

En la cuarta sección se presenta la relación entre el reproche moral y el castigo, evaluando la pertinencia de explorar el potencial justificativo de la visión retribucionista a la luz de la censura moral que expresa el castigo. Sostendré que el modelo retribucionista puede proporcionar una justificación del castigo, con independencia de buscar su conciliación con el utilitarista.

2. Dos formas del castigo

La adopción de la tesis según la cual los seres humanos son responsables de sus acciones es relativa al debate sobre el *free will*, es decir, la relación entre las nociones de libertad y determinismo, comprendiéndose a la libertad como supuesto necesario para la legitimidad de la responsabilidad. De modo satisfactorio el juzgamiento moral de nuestras acciones está asociado con la imagen de mundo que cotidianamente tenemos acerca de la escena moral, en la cual resulta apropiado expe-

1. Para la discusión sobre la justificación de la responsabilidad moral puede consultarse Esteban PEREIRA FREDES, "Contextos de participación como fundamento de la responsabilidad", en M. E. Orellana Benado (comp.) *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral* (Santiago de Chile: Catalonia, 2010): 305-329.

rimentar sentimientos y actitudes de aprobación y reprobación frente a las acciones de los demás².

Desde este punto de vista, el castigo constituye una noción que descansa en la procedencia de la responsabilidad. A partir de esta última resulta razonable imputar a acciones incorrectas consecuencias indeseables para los individuos³. El castigo tiene sentido como la consecuencia genérica que conlleva una acción considerada como incorrecta. Dado que el castigo supone la inferencia de un mal o la privación de algún bien, es relevante determinar cómo puede éste justificarse. Una peculiaridad de los problemas normativos del castigo es su reconducción hacia dos modelos en disputa, en que ambos esquemas ofrecen explicaciones generales y verosímiles sobre esta práctica. Mientras un modelo esgrime su énfasis en el futuro el otro lo hace en el pasado⁴.

El utilitarismo sostiene que el castigo se justifica por las consecuencias beneficiosas que su imposición reporta a la sociedad. El castigo no es por definición algo valioso y de ahí que su aplicación requiere contribuir a satisfacer expectativas de la sociedad que lo reclama. En este sentido, se afirma la irrelevancia de la producción pasada del daño y el merecimiento del ofensor como criterios determinantes para adjudicar un castigo. Para el castigo los hechos futuros son valiosos, esto es, "aquellos hechos deseables que se puedan producir como consecuencia de la aplicación del castigo al ofensor"⁵.

2. Para una acabada e influyente propuesta articulada en estos términos, véase P. F. STRAWSON, "Libertad y resentimiento", en del mismo *Libertad y resentimiento y otros ensayos* (Barcelona: Paidós, 1995): 37-67.

3. Sobre esta relación, véase Eduardo RABOSI, "Sobre la justificación moral de las acciones: El tema del castigo", *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 4(10), 1970: 3-46.

4. Un panorama general de la discusión junto a la descripción de ambas posiciones puede consultarse en David BOONIN, *The Problem of Punishment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008): 37-84; 85-154; J. Angelo CORLETT, *Responsibility and Punishment* (Dordrecht: Springer, 2006): 27-47. Para un análisis circunscrito al contexto jurídico-penal, véase John GARDNER, "The Functions and Justifications of Criminal Law and Punishment", en del mismo *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law* (Oxford: Oxford Clarendon Press, 2007): 201-211.

5. Eduardo RABOSI, "Sobre la justificación moral del castigo", *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, en homenaje al Profesor Luis Giménez de Asta*, 1970: 187.

Un ejemplo paradigmático de esta estrategia se encuentra en Jeremías Bentham. En relación con la distinción entre moral y legislación, el padre de la doctrina de la utilidad advirtió que “[...] la legislación sólo puede influir directamente sobre la conducta de los hombres por medio de las penas, y estas penas son otros tantos males que no pueden justificarse sino en cuanto de ellos resulta una mayor suma de bien”⁶. De ahí que el castigo en sí mismo siempre sea indeseado y constituya un mal, debiendo aceptarse únicamente en la medida que su imposición permita evitar un mal mayor.

Por su parte, el retribucionismo admite que el castigo es legítimo en tanto su imposición se justifique porque el ofensor ha cometido una ofensa que merece ser sancionada. En estos términos, “el hecho de que una persona haya cometido intencionalmente una ofensa constituye una *razón* suficiente para que se le administre un castigo”⁷. La producción de una consecuencia indeseada para la víctima del daño justifica que su ofensor sufra un castigo. En su versión estándar esta intuición hace justicia a la importancia de la voluntariedad del ofensor en la comisión del acto indebido⁸. Su castigo es razonable pues ha cometido aquello por lo cual se le juzga y castiga.

Desde este punto de vista, Kant entendió la pena judicial como aquella.

por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede servir nunca simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*; porque el hombre nun-

6. Jeremías BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal* (Madrid: Editora Nacional, 1981): 75. Una evaluación del ideal de prevención y resocialización benthamita de acuerdo a los estándares de la teoría política liberal en Manuel ESCAMILLA-CASTILLO, “The Purposes of Legal Punishment”, *Ratio Juris*, 23(4), 2010: 460-478.

7. Eduardo RABOSI, “Sobre la justificación moral del castigo”: 186.

8. C. L. TEN, “Crimen y Castigo”, en Peter Singer, ed., *Compendio de Ética* (Madrid: Alianza, 1995): 500.

ca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real⁹.

Si bien el sentido común permite la comprensión de ambas posiciones, ellas no están exentas de críticas de su contraria. Examinemos parte de las objeciones formuladas del retribucionismo al utilitarismo. De acuerdo al utilitarismo, el castigo se justifica en términos de sus consecuencias deseables siendo legítimo castigar a un sujeto inocente, si se verifican las condiciones apropiadas para ello y pese a no ser culpable del hecho en virtud del cual se le castiga. Se estima inaceptable que la utilidad sea un estándar normativo para castigar si ella admite una práctica que razonablemente consideramos como incorrecta; a saber, el castigo de inocentes. La culpabilidad no es condición necesaria para condenar a un individuo, ya que el valor del castigo está asociado a sus efectos y de ahí que la erradicación o prevención de la práctica que se sanciona, así como la reforma del supuesto ofensor, puedan obtenerse no obstante éste sea efectivamente inocente¹⁰.

Suele complementarse esta crítica con una consideración adicional¹¹. Pese a que la prevención de futuras ofensas pudiere ser una aspiración legítima al momento de imponer un castigo, el castigo por sí mismo no alcanza tal objetivo, encontrándose éste asociado a la amenaza o publicidad del castigo, así como la reforma del ofensor se relaciona con la educación o tratamiento al cual se someta al agente. Tales circunstancias dan cuenta que son elementos externos al castigo aquellos que contribuyen a satisfacer la aspiración que lo justificaría. El castigo admite una demarcación entre sí y sus consecuencias y de ahí que estos efectos no constituyen razones que lo justifican normativamente.

9. Immanuel KANT, *La Metafísica de las Costumbres* (Madrid: Tecnos, 1989): 166. Un acabado análisis sobre el retribucionismo kantiano en Jane JOHNSON, “Revisiting Kantian Retributivism to Construct a Justification of Punishment”, *Criminal Law and Philosophy*, 2(3), 2008: 291-307.

10. Una aproximación escéptica sobre la aplicación de castigos a inocentes en Saul SMILANSKY, “Utilitarianism and the ‘Punishment’ of the Innocent: The General Problem”, *Analysis*, 50(4), 1990: 257-261.

11. Eduardo RABOSI, “Sobre la justificación moral del castigo”: 188.

Que la aplicación de un castigo no motive al ofensor a corregir su comportamiento o no repercuta en la proliferación futura de la conducta que se sanciona, no implica que dicho castigo haya sido injusto.

Anthony Quinton afirmó que la acusación formulada a la tesis consecuencialista de justificar consecuencias incorrectas como el castigo a inocentes, expresa que el retribucionismo no esgrime genuinas razones normativas sino únicamente de carácter lógico. Mientras el retribucionismo señala cuándo podemos castigar, el utilitarismo indica consistentemente cuándo debemos hacerlo. Existe una diferencia en la intensidad del reclamo de culpabilidad según se trate de un discurso en que la relación sea lógica o moral¹². De acuerdo al *fellow* del New College de Oxford:

[...] la necesidad de no castigar a los inocentes no es moral sino lógica. No es, como algunos retribucionistas piensan, que no *podamos* castigar a inocentes y sólo *debamos* castigar a los culpables, pero que *no podemos* castigar a inocentes y *debemos* sólo castigar a los culpables¹³.

De ahí que la inferencia de sufrimiento o la privación de algún bien a un individuo constituye un castigo sólo si quien sufre de tales restricciones es culpable de aquello por lo cual se le sanciona. Si tal condición falla no estamos en presencia de un castigo, aun cuando se le denomine de este modo, pues la justificación del castigo no hace referencia a estos supuestos, debiendo salvar esta contradicción performativa con una expresión relativa a la justificación de la victimización¹⁴. De modo que el retribucionismo yerra lógicamente al esgrimir que se puede castigar por la comisión de un determinado comportamiento pese a no haber efectuado tal comportamiento. El retribucionismo no contribuye a justificar normativamente el castigo, sino que se limita a sugerir

12. Jerónimo BETEGÓN, *La justificación del castigo* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992): 176.

13. A. M. QUINTON, "On Punishment", en H. B. Acton, ed., *The Philosophy of Punishment. A Collection of Papers* (London: Macmillan, 1969): 58.

14. Jerónimo BETEGÓN, *La justificación del castigo*: 177.

definiciones analíticas, incurriendo en razonamientos tautológicos¹⁵. Al respecto, H. B. Acton, en la introducción de su compilación *The Philosophy of Punishment*, indicó que en lugar de formular una justificación del castigo, la posición retribucionista elabora una definición fantasma del mismo que solo puede engendrar tautologías. Si se define al castigo en términos de dolor o privación infligida a un ofensor por su ofensa, es decir, a un culpable, se genera una tautología: "el castigo requiere culpa y es infligido respecto de ella"¹⁶.

No obstante se reformule la definición de castigo asociándola a ciertos supuestos necesarios como la infracción a una regla de comportamiento, y se admita la existencia de un uso espurio del término que denote supuestos en que estén ausentes esas condiciones, no se excluye la posibilidad que efectivamente se verifiquen supuestos conforme a los cuales se apliquen "castigos" a quienes no han efectuado aquello que justifica su imposición. En el ámbito jurídico no es desconocida la existencia de problemas probatorios o de apreciación de la prueba, que permiten adjudicar responsabilidad respecto a la realización de una ofensa a individuos que son inocentes de aquello que sirve de razón para su juzgamiento. En tales supuestos se evidencia la tensión del análisis que está únicamente centrado en la contradicción lógica del término castigo, de acuerdo a la defensa utilitarista¹⁷.

Por parte del utilitarismo también se han esgrimido objeciones a la postura retribucionista. En primer lugar, se estima que el retribucionismo valora al castigo por el castigo mismo y de ahí que éste pueda asociarse a la pretensión de venganza que el ofendido tiene respecto de su ofensor. Al no reconocer un valor instrumental a la práctica de castigar, se afirma su valor intrínsecamente bueno, sin necesitar de una jus-

15. Para consideraciones favorables al retribucionismo a la luz de su relación con la fortuna, véase Jonathan JACOBS, "Luck and Retribution", *Philosophy*, 74(290), 1999: 535-555.

16. H. B. ACTON, ed., *The Philosophy of Punishment. A Collection of Papers*: 25.

17. Una lúcida defensa de los planteamientos del retribucionismo en el derecho penal en Juan Pablo MAÑALICH, "La pena como retribución", *Estudios Públicos*, 108, 2007: 117-205.

tificación ulterior. En segundo lugar, la renuncia a consideraciones consecuencialistas genera un déficit en el potencial justificativo del esquema retribucionista. Si éste excluye que la evaluación de las consecuencias en la imposición del castigo se encuentre relacionada con su justificación, descarta que este tipo de razones puedan ser proporcionadas respecto a reglas o instituciones que solo pueden ser justificadas constatando las ventajas que la sociedad considera como deseables¹⁸. Los argumentos del retribucionismo sólo dan cuenta de su deseo del castigo e intentan encubrir las dimensiones consecuencialistas existentes en sus razones¹⁹. En tercer lugar, al considerar que la única justificación razonable del castigo es un castigo equivalente a la ofensa, pareciera que es pragmáticamente inviable determinar con precisión cuál es el castigo apropiado en relación con una determinada ofensa²⁰. Dado que se defiende una relación entre el castigo y la culpa del ofensor se sigue que la relación entre la gravedad de la ofensa y la severidad del castigo debe ser exacta. La dificultad de tal empresa radica en la posibilidad de formular criterios de determinación que estén al margen de consideraciones asociadas a los efectos del castigo²¹.

18. Jerónimo BETEGÓN, *La justificación del castigo*: 128.

19. En su germinal estudio, W. D. Ross advirtió que desde su perspectiva como protector de derechos de los ciudadanos, el Estado no tiene la obligación de asumir una posición retributiva del castigo pero que de ello no se sigue necesariamente la adopción del esquema utilitarista. De igual modo se conservarían elementos del castigo que no dicen relación con sus consecuencias beneficiosas. La adopción del retribucionismo no implica defender institucionalmente una práctica del castigo que busque responder con venganza y sufrimiento a las conductas incorrectas de los individuos. Al respecto, véase, W. D. ROSS, *The Right and The Good* (Oxford: Oxford Clarendon Press, 2002): 60.

20. Jerónimo BETEGÓN, *La justificación del castigo*: 130.

21. Eduardo RABOSI, "Sobre la justificación moral del castigo": 190. Para una serie de observaciones críticas respecto a la adopción jurídica de los principios retribucionistas, esgrimidas en el sistema jurídico estadounidense, puede consultarse Edward RUBIN, "Just Say No to Retribution", *Buffalo Criminal Law Review*, 7(17), 2003: 17-83.

3. Prácticas, fines de justificación y principios de distribución

Un enfoque preliminar de los modelos analizados en la sección anterior da cuenta de las diferencias sustantivas de ambas explicaciones, sugiriendo que ellas constituyen respuestas distintas a la misma pregunta²². Si esto fuere así, la relación entre utilitarismo y retribucionismo sería de una recíproca incompatibilidad. Sin embargo, en principio, ambas posiciones se ocuparían de tareas distintas. El consecuencialismo proporciona una respuesta explicando por qué se castiga a un individuo, afirmando que se impone *para que* éste aprenda que no debe realizar una determinada ofensa. El retribucionismo responde dicha pregunta indicando que se aplica el castigo *porque* el ofensor ha efectuado tal o cual ofensa. De esta manera parece sensato que si ambos esquemas se preguntan por problemas distintos, se encuentre condicionado el tipo de respuesta con la cual afrontan su respectiva pregunta. Mientras el *para qué castigar* apela a consideraciones futuras, el *por qué castigar* hace referencia a un comportamiento pasado que repercute en la conducta presente²³.

Me interesa destacar dos estrategias de conciliación: una formulada por John Rawls y otra esgrimida por H. L. A. Hart²⁴. El catedrático de Harvard configura un marco teórico característico de una comprensión moderna de lo jurídico, identificada con la diferenciación entre los ámbitos de competencia legislativo y jurisdiccional. Su tesis descansa en la distinción entre justificar una práctica y justificar una acción que se verifica al interior de la práctica²⁵. En relación con la justificación del

22. Eduardo RABOSI, "Sobre la justificación moral del castigo": 191. En este sentido, Alf ROSS, *On Guilt, Responsibility, and Punishment* (Berkeley: University of California Press, 1975): 61-62.

23. Para un estudio sobre la comprensión histórica del término castigo, véase Terrence MIETHE y Hong LU, *Punishment. A Comparative Historical Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

24. Una sistematización de estas estrategias en Ted HONDERICH, *Punishment. The Supposed Justifications Revisited* (London: Pluto Press, 2006): 163-194.

25. John RAWLS, "Dos Conceptos de Reglas", en Philippa Foot, ed., *Teorías sobre la Ética* (México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1974): 210.

castigo, desde el punto de vista retributivo se establece que “el castigo se justifica sobre la base de que las malas acciones merecen castigo”²⁶. Desde una perspectiva utilitarista, “el castigo se justifica solo por referencia a las consecuencias probables de mantenerlo como uno de los instrumentos del orden social”²⁷. La pretensión de conciliar a ambas argumentaciones exige diferenciar entre justificar la práctica como sistema de reglas aplicables de justificar una acción particular que cae dentro de esas reglas. Si esto es así, las consideraciones utilitaristas giran en torno a las prácticas y los argumentos retributivos se refieren a la aplicación de reglas particulares a casos particulares.

Preguntarse por qué se castigó a un individuo que realizó una determinada acción es diferente de cuestionarse por qué existen las instituciones del castigo, a las cuales se somete al infractor. Mientras la primera requiere averiguar por qué se castigó a esa persona y no a otra, la segunda busca determinar por qué poseemos las instituciones de castigo que fueron impuestas. La posición del legislador es distinta a la del juez. Uno se aboca al futuro y el otro al pasado. En el contexto del derecho penal, como sistema de reglas, la justificación de la actividad del legislador, en tanto legislador, se ajusta a términos utilitaristas, y la justificación de la empresa del juez, en cuanto juez, se realiza de conformidad a criterios retribucionistas²⁸.

De acuerdo a lo anterior, el conflicto entre ambas posiciones parece disolverse en la medida que se adopte la distinción propuesta por Rawls, aplicándoseles a situaciones distintas verificadas en momentos diversos. Sin embargo, el retribucionismo en el modelo presentado por Rawls peca de modestia. El autor de *Teoría de la Justicia* solo se preocupa de la legitimación del castigo una vez que se ha institucionalizado la práctica de castigar, asociando su definición a la necesidad de autoridad o reconocimiento jurídico de la privación o lesión de derechos o bienes²⁹. El esquema retributivo renunciaría a proporcionar razones mo-

26. John RAWLS, “Dos Conceptos de Reglas”: 212.

27. John RAWLS, “Dos Conceptos de Reglas”: 213.

28. John RAWLS, “Dos Conceptos de Reglas”: 214.

29. John RAWLS, “Dos Conceptos de Reglas”: 219.

rales que sirvan para la legitimación de la práctica de castigar aún antes de su implementación en el orden jurídico.

Destaquemos a continuación el esquema explicativo de Hart. Los prolegómenos del castigo se configuran a partir de una distinción entre tres dimensiones de análisis: (i) definición del castigo; (ii) fin general justificativo, asociado a los propósitos que justifican al castigo en tanto práctica o institución; y (iii) principios de distribución, relacionados a aspectos de la adjudicación sobre la identificación de quién puede ser castigado y de acuerdo a qué cantidad podría serlo. Instituciones complejas como el castigo y la propiedad requieren de una explicación o justificación diferenciada, pues al intentar comprender ambas actividades en base a un solo principio, se conduce a una inevitable confusión.

En el ámbito definicional de su análisis se establecen las condiciones de identificación de una versión estándar del castigo, calificación que difiere de supuestos sub-estándar de castigo. Siguiendo a S. I. Benn y A. G. N. Flew, el supuesto estándar del castigo responde a cinco condiciones de identificación; a saber, (i) tiene que entrañar dolor u otras consecuencias consideradas normalmente no placenteras; (ii) tiene que aplicarse por una violación de normas jurídicas; (iii) tiene que ser aplicado a uno culpable, real o supuesto, por la violación cometida; (iv) tiene que ser infligido de manera intencional por seres humanos distintos del culpable; y (v) tiene que ser impuesto y admitido por una autoridad constituida por un sistema jurídico en contra del cual se ha cometido la violación³⁰. Su visión se complementa con cuatro supuestos sub-estándar o de carácter secundario en los cuales se advierte las posibles ausencias de los cinco elementos básicos del castigo estándar, como sucede en el castigo por infracciones de normas u órdenes no jurídicas, que es impuesto por el padre a sus hijos en una familia. La relevancia de los ejemplos de castigo sub-estándar está en hacer frente a la utilización de estrategias conceptuales o lingüísticas y soslayar así los problemas morales correlativos a los términos, con el objeto de formu-

30. H. L. A. HART, “Introducción a los Principios de la Pena”, en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, dir. y coord., *Derecho y Moral: ensayos analíticos* (Barcelona: Ariel, 1990): 165.

lar "barreras definicionales" por parte de posiciones utilitaristas³¹. Esta expresión, que es señalada por Hart, acusa el abuso de la definición en que incurre el utilitarismo para defenderse de la objeción de justificar el castigo de inocentes. Se abusa de los elementos (ii) y (iii) del modelo estándar de castigo para excluir del concepto de castigo su aplicación por ofensas inexistentes o a no ofensores. De ahí que la posibilidad del castigo a inocentes no podría ajustarse en la justificación del castigo, ya que el supuesto al cual se hace referencia no constituye un caso de castigo³².

Pero la conciliación de las perspectivas utilitaristas y retribucionistas esgrimida por Hart está asociada a la distinción entre fines justificativos y principios de distribución. Por una parte, el fin general justificativo da cuenta del valor que ha de promover la práctica del castigo³³. El utilitarismo explicaría de forma satisfactoria qué justifica la práctica del castigo. Por otra parte, la distribución del castigo explora la cuestión sobre quién debe ser castigado y en qué medida o cantidad debiere serlo. Al afirmar que solo un transgresor por una transgresión se acepta la retribución en la distribución. La independencia de las dimensiones relacionadas con el castigo permite sostener que el fin justificador de la práctica de castigar está constituido por los efectos deseables para la comunidad, como el bienestar y la protección de la sociedad, pero la satisfacción de dicho principio admite como límite la pertinencia de la tesis retribucionista en los principios de distribución, castigando únicamente al ofensor y en razón de su ofensa.

Es compatible una justificación general del castigo en términos consecuencialistas con principios en la distribución de corte retributivo. Pero la adopción de la justificación retribucionista de la práctica impide necesariamente la aplicación de la retribución en cuestiones relativas a la distribución del castigo³⁴. De igual modo una vez determi-

31. H. L. A. HART, "Introducción a los Principios de la Pena": 166.

32. Jerónimo BETEGÓN, *La justificación del castigo*: 145.

33. H. L. A. HART, "Introducción a los Principios de la Pena": 169.

34. Jerónimo BETEGÓN, *La justificación del castigo*: 103.

nado el destinatario del castigo, a la luz de los principios de la retribución en la distribución, es posible regresar al ámbito de los fines de justificación general y evaluar las posibles modificaciones que resulten pertinentes respecto al tipo de castigo aplicable al supuesto concreto. Con todo, este esquema no supone una justificación anterior al ejercicio del castigo, ni aún en su formulación estándar se esgrime un entendimiento que exceda a la descripción formal del término, sin comprometerlo con criterios retribucionistas o de conformidad a sus posibles consecuencias beneficiosas.

Quisiera incorporar una herramienta conceptual articulada en la obra de Michael Moore. En su estudio sobre las teorías del derecho penal, Moore se preguntó qué tipo de cosas podrían ser las diferentes áreas del derecho³⁵. Habrían tres tipos de clases: clases naturales, como el agua y el oro, que no existen naturalmente pero que cuentan con una misma naturaleza que otorga su esencia a la clase. Así, el agua y el oro se definen esencialmente en torno a la composición atómica y molecular que los identifica. También existen clases nominales que aluden a un conjunto de cosas individuales que no comparten una naturaleza determinada, sino que la clase de elementos se denota mediante un nombre común. En este sentido, no existe una naturaleza asociada a la "Avenida Providencia" que unifique a cada uno de los pedazos de pavimento que la componen, lo único que unifica a estas partes de otras distintas es que cada uno es convencionalmente denominado como "Avenida Providencia". Finalmente, hay clases funcionales. Una clase funcional, como una clase natural posee una naturaleza que cada instancia de las clases comparte, pero dicha naturaleza es funcional y no estructural. El término "estómago" hace referencia a aquella clase de cosas que cumple la función constitutiva del estómago; a saber, procesar los alimentos, siendo apropiado denominar "estómago" a las cosas que cumplan esta función³⁶.

Más allá de las reservas con que se puede acoger la distinción ofrecida por Moore, sirve para entender las formas de comprensión del

35. Michael MOORE, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law* (Oxford: Oxford Clarendon Press, 1997): 18-23.

36. Michael MOORE, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*: 20.

castigo, en términos estructurales y funcionales. Mientras los primeros sirven para definir el modo de identificación de aquello sobre lo cual se hace referencia, esto es, el castigo, los segundos le otorgan sentido a aquello que satisface los criterios de identificación, definiendo propiamente tal al concepto en cuestión, en este supuesto, la funcionalidad que hace que el castigo constituya, en estricto rigor, un castigo.

De acuerdo a este marco teórico, la justificación proporcionada por el retribucionismo, según autores como Rawls y Hart, a través de la distinción del primero entre la justificación de la práctica y la justificación de la acción particular que cae dentro de la práctica, y mediante la diferenciación, entre los principios generales justificativos de los principios de distribución en el castigo, formulada por el segundo, no define al castigo por su funcionalidad sino por su estructura, es decir, este punto de vista se limitaría a establecer las condiciones de identificación del castigo sin dirimir la justificación normativa de la institución de castigar. De igual modo su adversario, el utilitarismo, enfrentaría el desafío exclusivamente desde su modalidad funcional, interesándose peligrosamente por dimensiones estructurales del castigo, en su abuso de las barreras definicionales denunciado por Hart e indicado anteriormente.

El derecho penal, piensa Moore, corresponde a una clase funcional, definiéndose por los fines que busca y no por su significación estructural³⁷. ¿Qué clase de cosas es el castigo? Podría creerse que el castigo es una clase natural asociada a sus elementos estructurales, al modo que Hart lo señalaba para el castigo en su versión estándar, pero los problemas de tal opinión se siguen del hecho que frente a la pregunta “¿Qué es un castigo?”, su respuesta está condicionada por la respuesta a otra pregunta; a saber, “¿Por qué castigar?”, teniendo incluso en mente una respuesta para la segunda pregunta aún antes de responder la primera. Las características estructurales supuestamente fijan en su esencia al castigo, pero el derecho penal solo puede ser descrito en términos de la función que desarrolla. Una sanción o consecuencia negativa que se sigue de una ofensa constituye un castigo si cumple la función que lo identifica, con independencia de cuáles podrían ser sus

37. Michael MOORE, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*: 23-25.

características estructurales. En términos de Moore, “para explicar qué es un castigo, entonces, hay que explicar lo que es un propósito punitivo”³⁸.

El utilitarismo centraría su análisis en la funcionalidad del concepto de castigo y se preocupa de su dimensión natural para defenderse de las objeciones formuladas por el retribucionismo. Este punto de vista, en cambio, pareciera poner el acento en las condiciones estructurales que determinan al castigo sin realizar una acabada comprensión del castigo como una clase funcional. En la siguiente sección, se analizará la relación entre castigo y reproche moral y, a partir de ésta, se evaluará la pertinencia de la tesis retributiva para explicar al castigo en el contexto de su funcionalidad o finalidad distintiva.

4. Castigo, censura y retribución en la práctica

La sensibilidad a las razones morales es característica de los agentes moralmente responsables, pues tal como lo indicó Frankfurt, la diferencia entre un adulto y un niño o un *wanton* no recae en sus deseos de primer orden o deseos de hacer cosas, sino en los deseos de segundo orden, esto es, deseos sobre deseos de primer orden, formulados mediante actitudes de carácter reflexivas y evaluativas. No basta con deseos de hacer cosas y que esos deseos muevan nuestro accionar, sino que se requiere la presencia de deseos de que ciertos deseos nos conduzcan efectivamente a actuar³⁹. En otro lugar, el crítico del “principio de posibilidades alternativas” esbozó la relación entre la coacción y el castigo bajo la vigencia de la responsabilidad moral⁴⁰. La coacción en ocasiones excluye la responsabilidad por nuestras acciones, puesto que el agente no realiza algo libremente o por su propia voluntad. Una ame-

38. Michael MOORE, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*: 25.

39. Harry FRANKFURT, “La libertad de la voluntad y el concepto de persona”, en del mismo *La importancia de lo que nos preocupa: ensayos filosóficos* (Buenos Aires: Katz, 2006): 28-36.

40. Harry FRANKFURT, “Coacción y responsabilidad moral”, en del mismo *La importancia de lo que nos preocupa: ensayos filosóficos*: 47-73.

naza coercitiva se asocia al castigo, en tanto la primera pone al destinatario en peligro de recibir un castigo. Frente a una amenaza de este tipo, para evitar el castigo el sujeto no tiene más opción que someterse a la amenaza, sin poder en efecto realizar algo distinto; su deseo de evitar el castigo determina su respuesta.

Esta amenaza genera en la víctima un deseo de evitar el castigo, obligándola a efectuar una acción en la cual es irrelevante si desea o no efectuarla, así como si es razonable o no que la realice. Al no encontrar más alternativa que someterse a la amenaza, la coacción sugiere una violación de la autonomía de la víctima la cual es impulsada a actuar contra su voluntad. En estos términos, el castigo con el cual se amenaza al agente hace que la acción contra la que se expresa la amenaza sea sustancialmente menos atractiva para él de lo que habría sido en otro supuesto⁴¹. En principio, la coacción relevaría a su víctima de la responsabilidad moral, siendo inapropiado elogiarla o condenarla por haber realizado aquello a lo cual fue coaccionado a efectuar⁴².

El castigo pareciera decirnos algo sobre el reproche y la censura moral. Al respecto, Andrew Von Hirsch ha identificado dos teorías que desde la perspectiva del merecimiento, sirven de justificaciones generales del castigo. En primer lugar, la teoría de la ventaja injusta defiende al castigo en su rol de rectificar los beneficios que injustamente obtienen quienes provocan daños a otros. Si el sistema jurídico exige a los individuos abstenerse de realizar actos lesivos, quien causa daño a los demás obtiene una ventaja injusta. Así, la función del castigo sería imponer una desventaja compensatoria⁴³. En segundo lugar, la legitimación del castigo articulada a partir de la censura. Aquí se explica al castigo de acuerdo a su rol para expresar censura o reproche. Según Von Hirsch, "castigar a alguien consiste en imponerle una privación (un

41. Harry FRANKFURT, "Coacción y responsabilidad moral": 62.

42. Harry FRANKFURT, "Coacción y responsabilidad moral": 61. Respecto a la vinculación entre los términos sanción, coacción y castigo, véase Jerónimo BETEGÓN, "Sanción y coacción", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, eds., *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (Madrid: Trotta, 2000): 355-366.

43. Andrew VON HIRSCH, *Censurar y Castigar* (Madrid: Trotta, 1998): 33.

sufrimiento), porque ha realizado un daño, en una forma tal que exprese desaprobación de la persona por su comportamiento"⁴⁴. De ahí que la diferencia entre un impuesto y una multa no resida en el tipo de la privación material que sufre el ofensor, expresándose en ambos supuestos en términos de dinero, sino en que la imposición de una multa expresa una desaprobación y censura, mientras que la aplicación de un impuesto carece de tal dimensión. Frente a la primera explicación, esta última resulta más atractiva al asociar la práctica del castigo a nuestros juicios morales cotidianos y otorga razones para determinar el *quantum* del castigo, resguardando su relación con el principio de proporcionalidad admitido como exigencia de justicia.

Una intuición que conforma nuestras creencias normativas más básicas descansa en la vigencia pragmática de la responsabilidad moral. Es una práctica estándar de los seres humanos experimentar sentimientos de gratitud hacia quienes manifiestan buena voluntad en sus acciones y resentimiento frente a las conductas que ofenden y generan daño⁴⁵. La implicación de los agentes en contextos de participación moral sugiere lo ineludible que para éstos es el complejo de actitudes y emociones con las cuales naturalmente reaccionamos ante las acciones de los demás⁴⁶. Si el castigo expresa una censura, éste admite una vinculación con el juicio moral que identifica a la reprobación en el contexto de nuestros juicios normativos. Entre agentes responsables, frente a los cuales es apropiado experimentar actitudes de alabanza o indignación moral, las conductas lesivas de unos provocan reacciones reprobatorias de otros y los castigos reconocen la agencia moral de los sujetos, en cuanto a su capacidad para deliberar y evaluar la gama de razones y expectativas de comportamiento que sobre ellos se suscitan en toda comunidad moral⁴⁷. De acuerdo a Strawson, buena parte de las actitudes

44. Andrew VON HIRSCH, *Censurar y Castigar*: 35.

45. P. F. STRAWSON, "Libertad y resentimiento": 41-44.

46. Esteban PEREIRA FREDES, "Contextos de participación como fundamento de la responsabilidad": 305-329.

47. Según Joel Feinberg, el castigo consiste "en un expediente convencional para la expresión de actitudes de resentimiento e indignación, y de los juicios de desaprobación y reprobación, formulados tanto por parte de la propia autoridad que

reactivas morales están en juego en nuestra disposición a admitir que el infligir sufrimiento al ofensor es parte esencial del castigo⁴⁸. La legitimidad de la práctica de castigar se encontraría asociada a admitir esta inflicción, que va de la mano a la pertinencia de nuestras reacciones y disposición a aceptar el merecimiento de la aplicación del castigo al ofensor.

Christopher Bennett ha identificado aspectos retributivos en el argumento normativo de Strawson. Bajo la nomenclatura del derecho a ser castigado, en la lectura de Bennett, el *Waynflete Professor* de Oxford presenta una versión de la estrategia retribucionista, afirmando que las actitudes reactivas, como el resentimientos y la indignación moral, son esenciales para nuestra visión según la cual vemos a las personas como sujetos a ciertas exigencias normativas: las demandas de algún tipo de relación interpersonal o de la comunidad moral. Las actitudes reactivas reflejan la expectativa y demanda de un cierto grado de buena voluntad por parte de los demás seres humanos hacia nosotros mismos o, cuando menos, descansan en la expectativa o demanda de que no se manifestará mala voluntad o indiferencia⁴⁹. Sin embargo, la manifestación de estas actitudes reactivas dan cuenta de una cierta ausencia parcial y temporal de buena voluntad por parte del ofensor: dicha ausencia legitimaría la inflicción de un castigo a este último, admitiendo se ocasione su sufrimiento o sometiéndolo a tratamientos lesivos⁵⁰.

Indicamos con anterioridad que un elemento gravitante de la discusión estaría identificado con desarrollar el carácter funcional del castigo, según la terminología de Moore. Entender al castigo según sus

castiga o de quienes “en cuyo nombre” el castigo es infligido”. Véase, Joel FEINBERG, “The Expressive Function of Punishment”, en del mismo *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1970): 98.

48. P. F. STRAWSON, “Libertad y resentimiento”: 63.

49. P. F. STRAWSON, “Libertad y resentimiento”: 54.

50. Christopher BENNETT. *The Apology Ritual. A Philosophical Theory of Punishment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008): 53-54. El pasaje del cual se desprende esta interpretación se encuentra en P. F. STRAWSON, “Libertad y resentimiento”: 62-63.

rasgos reprobatorios o como expresión de censura con la cual se retribuye al ofensor por su acción, da cuenta de sus contribuciones normativas a la práctica de castigar. Su funcionalidad se sitúa tanto a nivel de la víctima como del ofensor. Desde el punto de vista de la víctima de la ofensa, la censura reconoce que ésta ha sido agraviada por otro agente responsable. La desaprobación que expresa el castigo reconocería que el daño que sufrió la víctima ocurrió por culpa de otro sujeto⁵¹. Pero también la censura reconoce al ofensor. Respecto a éste, el castigo “[...] le expresa un mensaje que hace referencia a su acto, a saber, que culpablemente ha lesionado a alguien y que se le desaprueba por haberlo hecho”. La imposición del castigo denota una expectativa de algún tipo de respuesta moral del ofensor por parte de la comunidad moral, sea expresando su reconocimiento del daño provocado o la decisión de enmendar su conducta lesiva.

Asimismo, en contextos institucionalizados la censura se dirige a terceros, suministrándoles razones para desistir de sus conductas lesivas⁵². La consagración jurídica del castigo por la comisión de determinadas conductas conlleva un mensaje según el cual dichos comportamientos son reprobables normalmente y debieren ser evitados. Desde este punto de vista, pueden resultar clarificadoras las observaciones de John Gardner sobre las funciones del derecho penal:

Éste es sobre todo un vehículo para la identificación pública de las conductas incorrectas [] y para los agentes responsables, cuyos errores han sido identificados de esta manera, *para responder* por sus conductas erróneas y ofrecer justificaciones y excusas por haberlas cometido. Al llamar a esta última función “primaria” no pretendo sugerir que sea socialmente más importante. Quiero decir que la correcta ejecución de las demás funciones depende de ella. El derecho penal puede ser un vehículo adecuado para la aplicación [...] de un castigo solo porque es un vehículo para que los agentes responsables respondan por sus conductas erróneas⁵³.

51. Andrew VON HIRSCH, *Censurar y Castigar*: 36. En este sentido, también Joel FEINBERG, “The Expressive Function of Punishment”: 95-118.

52. Andrew VON HIRSCH, *Censurar y Castigar*: 37.

53. John GARDNER, “In Defence of Defences”, en del mismo *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*: 80.

Si bien resulta trivial sostener que el castigo busca inculcar la evaluación negativa de la conducta en el ofensor, lo cual incluso podría estimarse como admitido por una parte sustantiva de los infractores, no lo es considerar el mensaje normativo envuelto en la práctica del castigo, entendiéndolo en términos de censura. La censura apela al sentimiento de los individuos sobre el carácter dañino de la conducta, en tanto una razón para desistirse de ella⁵⁴. Las razones morales que provee esta explicación del castigo exceden a las de carácter instrumental que el utilitarismo ve en la práctica de castigar. Desalentar una conducta estimada como incorrecta en agentes morales racionales sugiere la necesidad de esgrimir las razones en virtud de las cuales tal comportamiento deviene en incorrecto, explicando así su identidad reprobatoria.

Dada la estrecha vinculación que existe entre los agentes morales responsables y las razones normativas a las cuales se ajustan sus acciones, el castigo también busca expresar razones que expliquen satisfactoriamente por qué se castiga. Si la principal función del castigo es expresar la reprobación se hace justicia a la intuición según la cual los seres humanos responsables se distinguen de los tigres por los deseos de segundo orden que definen a los primeros⁵⁵. Para los tigres puede ser suficiente un mero tratamiento que condicione su comportamiento, evitando que provoquen daño a las personas, pero para estas últimas esta explicación no resulta pertinente. En la aplicación del castigo está en juego reconocer la dignidad y autonomía del agente, en cuanto ser responsable de sus acciones. La censura que expresa el castigo sugiere que el destinatario es un agente capaz de dicha comprensión. Al respecto, John Gardner apuntó que el castigo afirma la agencia y responsabilidad moral del ofensor y en el proceso o práctica de castigar, en la medida que la agencia y responsabilidad moral representan una par-

54. Andrew VON HIRSCH, *Censurar y Castigar*: 37.

55. R. A. Duff junto con advertir que la idea según la cual el castigo sirve para propósitos expresivos no necesariamente nos reconduce a una tesis retributiva, sugirió adoptar la noción de *comunicación*, entendiéndola como un proceso racional que busca una respuesta mediada por la comprensión de otra persona, en lugar del término *expresión*. Al respecto, véase R. A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community* (Oxford: Oxford Clarendon Press, 2003): 27.

te sustantiva de lo que es ser un ser humano, se afirma la humanidad del ofensor⁵⁶.

Si el castigo se define en términos de su funcionalidad y no de acuerdo a sus condiciones estructurales, la identificación de su función radicaría en la de obtener justicia retributiva. La legitimidad de la práctica de castigar se encuentra asociada al reproche moral, cuya expresión reconoce la racionalidad y autonomía de los agentes morales responsables. En estos términos, el modelo de comprensión retribucionista esgrime razonamientos que honran a las funciones distintivas del castigo en las relaciones interpersonales habituales y en la comunidad moral. La aproximación de Strawson proporcionaría un argumento normativo a favor de las emociones reactivas que podemos ver como básicas en nuestra comprensión del retribucionismo⁵⁷. El análisis moral del castigo da cuenta que su implementación se sirve de razones que necesariamente reconocen la agencia de los individuos, y en tal reconocimiento se apela a la censura que expresa el castigo junto al merecimiento que se presupone por parte del ofensor, definiendo al castigo en términos retribucionistas⁵⁸. La célebre expresión con la cual Hart describió al retribucionismo “solo a un infractor por su infracción” no sólo sugiere la aplicación de los principios retributivos en la distribución, sino que constituye un argumento justificativo a favor de la práctica del castigo⁵⁹.

56. John GARDNER, “Crime: In Proportion and in Perspective”, en del mismo *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*: 218. Un análisis crítico de las propuestas de Gardner en Douglas HUSAK, “Gardner on the Philosophy of Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 29(1), 2009: 169–187.

57. Christopher BENNETT, *The Apology Ritual. A Philosophical Theory of Punishment*: 51.

58. En este sentido, con énfasis en las contribuciones morales de la tesis retributiva, véase Michael MOORE, “The Moral Worth of Retribution”, en Ferdinand Schoeman, ed., *Responsibility, Character and the Emotions. New Essays in Moral Psychology* (Cambridge: Cambridge University Press, 1987): 179-219.

59. H. L. A. HART, “Introducción a los Principios de la Pena”: 168.