Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VI, número 9, pp. 103-143.

RETRIBUCIONISMO Y LIBERALISMO EN LA TEORÍA DE CARLOS NINO

Tomás FERNÁNDEZ FIKS, LL.M.*

Fecha de recepción: 3 de septiembre de 2019
Fecha de aprobación: 30 de noviembre de 2019

Resumen

En el presente trabajo abordaré algunos aspectos de la relación entre el retribucionismo y el liberalismo. Sostendré que el retribucionismo es, a diferencia de otras teorías sobre la justificación del castigo, respetuoso del principio liberal de autonomía personal. Asimismo, intentaré demostrar que los argumentos formulados por NINO para negar la compatibilidad del retribucionismo con el liberalismo deben ser rechazados. Tales argumentos son (i) que el retribucionismo implica el subjetivismo y (ii) que la mejor forma de conceptualizar al retribucionismo es como teoría basada en el reproche dirigido al carácter de los individuos. Sostendré que ambos argumentos surgen de una mala reconstrucción del retribucionismo y que, por lo tanto, no representan objeciones convincentes contra el retribucionismo, entendido correctamente.

Palabras clave: Retribucionismo – Liberalismo – Subjetivismo – Responsabilidad Moral – Inculpación

Title: Retributivism and Liberalism

Abstract

In this paper I will address some issues regarding the relation between retributivism and liberalism. I will hold that retributivism, unlike other theories of punishment, respects the liberal principle of autonomy. Furthermore, I will try to show that NINO'S arguments to hold that retributivism and liberalism are incompatible should be rejected. These arguments are that (i) retributivism is committed to a subjectivist position, and that (ii) the best way to make sense of retributivism is by portraying it as a theory which focuses on blaming individuals for their character. I will argue that both arguments result from a mischaracterization of what retributivism is and, thus, they are not successful in challenging retributivism, properly understood.

* Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata), LL.M. (Columbia Law School). Agradezco los incisivos comentarios de Gustavo Beade, Roberto Gargarella, Tobías Schleider y dos árbitros anónimos sobre una versión preliminar de este trabajo.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Keywords: Retributivism – Liberalism – Subjectivism – Moral Responsibility – Blame

Sumario I. Introducción; II. El respeto de la autonomía personal en las teorías retributivas y las teorías instrumentalistas; III. El problema del subjetivismo; IV. El problema del reproche contra el carácter; V. Conclusión; VI. Bibliografía.

I. Introducción

En el presente trabajo analizaré algunos aspectos de la relación entre el retribucionismo y el liberalismo.

En primer lugar, sostendré que el retribucionismo es respetuoso de uno de los principios constitutivos del liberalismo —la autonomía personal— mientras que las teorías rivales acerca de la justificación del castigo, a las que denominaré *instrumentalistas*, no lo son. Esto implica una ventaja del retribucionismo sobre las teorías instrumentalistas, en cuanto a su compatibilidad con el liberalismo.

En segundo lugar, criticaré el argumento formulado por NINO según el cual el retribucionismo implica lógicamente el subjetivismo —es decir, el castigo de las meras intenciones de un individuo con independencia de que estas se materialicen en una acción concreta—, lo cual constituye una primera tensión con el liberalismo. Argumentaré que tal asociación entre el retribucionismo y el subjetivismo es injustificada, ya que para que un individuo merezca ser castigado en términos retributivos, debe haber *realizado una acción* moralmente incorrecta y haber obrado de manera culpable. Interpretado de esta forma, el retribucionismo no contempla el castigo de las meras intenciones y por tanto no implica el subjetivismo.

En tercer lugar, criticaré el argumento de NINO conforme al cual la mejor forma de conceptualizar al retribucionismo es como una teoría que se basa en un reproche dirigido al carácter de los individuos. Si esto fuera cierto, el Estado adoptaría una posición perfeccionista que resultaría violatoria del principio liberal de autonomía personal. Contra NINO, argumentaré que en la versión más atractiva del retribucionismo, el reproche relevante tiene por objeto las acciones moralmente incorrectas cometidas de manera culpable por individuos responsables, y no el carácter de los individuos.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La estrategia general que adoptaré para rebatir los argumentos de NINO consistirá en demostrar que las conexiones efectuadas por él entre el retribucionismo y el subjetivismo, y entre el retribucionismo y el reproche dirigido al carácter, surgen de una reconstrucción errónea del retribucionismo. De esta forma, sostendré que el retribucionismo, entendido correctamente, no implica el subjetivismo ni se basa en reprochar a los individuos el carácter que tienen.

II. El respeto de la autonomía personal en las teorías retributivas y las teorías instrumentalistas

El renacimiento del retribucionismo como una teoría atractiva sobre la justificación del castigo, que comenzó en la segunda mitad del siglo XX y se extiende hasta la actualidad[1], tuvo como motor principal el cuestionamiento a las teorías instrumentalistas desde la perspectiva de una filosofía liberal.[2]

A grandes rasgos, por *liberalismo* entiendo a la teoría política que se basa en una concepción de los individuos como agentes autónomos, que deben poder decidir por ellos mismos qué tipo de vida llevar y que tienen derechos que se imponen por sobre el bienestar de la sociedad en general. Esta concepción de los derechos individuales se complementa con una noción robusta de privacidad (en el sentido de que el Estado no debe entrometerse en la conducta privada de los individuos, cuando esta no afecte derechos o intereses protegidos de terceros) y un compromiso con la neutralidad, es

[1] BRAITHWAITE y PETTIT, entre muchos otros, dan cuenta de esta corriente. Ver BRAITHWAITE/PETTIT, *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo,* Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2015, pp. 18-21.

[2] La clasificación de las distintas teorías sobre la justificación del castigo es un punto extremadamente controvertido en la literatura. Utilizo la denominación "instrumentalistas" para referirme a las teorías que contrastan con el retribucionismo, por resultar este término preferible a otros comúnmente utilizados. P. ej., no es preciso trazar la distinción entre teorías retributivas y teorías "consecuencialistas", toda vez que existen variantes del retribucionismo que son consecuencialistas (ver LEVY, "Why Retributivism Needs Consequentialism: The Rightful Place of Revenge in the Criminal Justice System, en *Rutgers Law Review*, n.º 269, 2014). Asimismo, la categorización "utilitaristas" resulta demasiado estrecha, ya que muchas de las teorías que se oponen al retribucionismo no están apoyadas en una ética de maximización utilitarista. La diferenciación entre teorías instrumentalistas y no instrumentalistas resulta adecuada, en tanto apunta a resaltar el valor intrínseco que cumple el castigo para las segundas y la ausencia de dicho valor para las primeras (ver TADROS, *The Ends of Harm: The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 22-25). También es correcto conceptualizar al retribucionismo como una teoría "que mira hacia atrás" (*backward-looking*), lo cual implica que la relación de justificación se da entre el castigo presente y el crimen pasado, mientras que las teorías opuestas "miran hacia adelante" (*forward-looking*), pues la relación de justificación se da entre el castigo presente y sus efectos futuros (DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 19-20).

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

decir, con la idea de que el Estado debe garantizar la vigencia de los derechos pero no debe imponer ninguna concepción particular de lo "bueno".[3]

Partiendo de esta noción de liberalismo, uno de los grandes méritos de los autores retribucionistas ha sido llamar la atención sobre las deficiencias de las posiciones instrumentalistas a la hora de dirigirse a los destinatarios de la amenaza —y eventual imposición— del castigo, como sujetos dignos, autónomos y libres.

A diferencia de las teorías basadas en la prevención del delito, la incapacitación o la rehabilitación del infractor, que justifican el castigo apelando a sus consecuencias futuras, para el retribucionismo lo relevante para justificar el castigo es el accionar pasado del infractor. Si bien podría sostenerse que esta "mirada hacia atrás" es el rasgo característico del retribucionismo, HUSAK señala con acierto que bajo el título *retribucionismo* se agrupa una tradición o familia de teorías con difusos elementos en común.[4]

Cuáles son estos elementos compartidos es un punto controvertido. P. ej., para ZAIBERT, la tesis definitoria del retribucionismo es que el castigo merecido es intrínsecamente valioso. Para este autor, quienes no adhieren a dicha idea (de naturaleza axiológica) no son retribucionistas.[5] Para MOORE, lo que es genéricamente distintivo de las teorías retributivas es la tesis de que el merecimiento constituye una condición *suficiente* para el castigo.[6] Para CORLETT, en cambio, la tesis distintiva del retribucionismo es que el merecimiento constituye una condición *necesaria* para el castigo.[7] Las diferencias entre los distintos autores retribucionistas se acentúan en el marco del camino argumentativo adoptado para justificar por qué, y bajo qué condiciones, el castigo se encuentra justificado.

Así, en la teoría de MOORE, acaso la versión paradigmática del retribucionismo contemporáneo, la visión de que el merecimiento del infractor constituye una condición suficiente para el castigo encuentra su fundamento en una estrategia coherentista que toma como punto de partida ciertos juicios morales particulares que realizamos a diario. A través de una inducción abductiva, MOORE establece que el único principio general que puede dar cuenta de tales juicios

[3] Sigo aquí a DUFF, *supra* nota 2, pp. 36-37.
[4] HUSAK, "Retributivism *in extremis*", en *Law and Philosophy*, n.º 32, 2013, p. 4.
[5] ZAIBERT, *Rethinking Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 15.
[6] MOORE, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law,* Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 205.
[7] CORLETT, "Making Sense of Retributivism", *Philosophy*, n.º 76, 2001, p. 103.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

morales particulares es el principio según el cual quienes han cometido culpablemente una acción moralmente incorrecta deben ser castigados. De esta manera, los juicios particulares constituyen indicadores heurísticos de la corrección del principio fundamental del retribucionismo.[8]

Otras posiciones, también identificadas como retributivas en la literatura, recurren a un análisis contractualista. La idea aquí es que bajo condiciones ideales (como podría ser el velo de ignorancia de RAWLS) los integrantes de una sociedad suscribirían un principio de justicia según el cual quien comete un crimen debe ser castigado. Por ende, el merecimiento de castigo del infractor tendría su fundamento en esta noción de reciprocidad social.[9]

En sentido similar, algunos autores han desarrollado una concepción del castigo retributivo como la eliminación de una ventaja indebida que el infractor obtendría respecto de sus conciudadanos como resultado de su accionar ilícito, al no haber auto-restringido su conducta al igual que aquellos, pese a disfrutar de los beneficios comunes de vivir en sociedad y bajo la protección de un Estado organizado.[10]

Según otras variantes, el castigo actúa como un medio expresivo para negar el mensaje transmitido por el infractor al cometer el delito. Dentro de este sub-grupo, podemos distinguir entre la versión que pone el énfasis en la afirmación de la vigencia de la ley, para la cual el castigo representa la negación de la negación de la ley implícita en la comisión del acto ilícito,[11] y la versión apoyada en el re-establecimiento de la dignidad de la víctima, para la cual el castigo representa la negación del mensaje de superioridad del infractor con respecto a su víctima transmitido en el acto cometido contra esta.[12]

Con esta breve enunciación —no exhaustiva— de distintas variantes del retribucionismo, tan solo pretendo señalar que uno de los rasgos destacables de las teorías que se agrupan bajo dicho rótulo es que resultan consistentes con el tratamiento de los individuos como agentes responsables y autónomos. En todas las variantes del retribucionismo, más allá de los matices existentes, el

[8] MOORE, *supra* nota 6, p. 188.
[9] Esta es la posición que MURPHY atribuye a KANT. Ver MURPHY, "Marxism and Retribution", en TONRY (ed.), *Why Punish? How Much?: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 134-135.
[10] Esta es la variante del retribucionismo conocida como "*unfair advantage*", sostenida por MORRIS, "Persons and Punishment", *Monist*, n.º 52, 1968.
[11] HEGEL, "Wrong (Das Unrecht)", reimpreso en TONRY, *supra* nota 9, pp.37-51
[12] HAMPTON, "The Retributive Idea", en MURPHY/HAMPTON, Forgiveness and Mercy, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

castigo retributivo se justifica *como una respuesta justa* a un cierto accionar pasado del individuo y presupone que el destinatario del castigo ha actuado con libertad.

En este sentido, PRIMORATZ señala:

> El retribucionismo se dirige al problema del castigo desde el punto de vista de una concepción de los humanos como seres libres, maduros, responsables, autónomos. El castigo es visto entonces como una reacción que es totalmente determinada —con relación al derecho a castigar, al deber de castigar y a la medida justa del castigo— por la acción libre del infractor.[13]

En línea similar, MOORE sostiene:

> Respetamos la autonomía de una persona cuando la castigamos solo porque lo merece, y no porque su castigo sea útil para el bienestar de otros, ni porque su castigo sea una terapia que cura su "enfermedad". Respetar la autonomía de los infractores es el verdadero sentido del lema que dice que los infractores "tienen un derecho al castigo retributivo".[14]

Para el retribucionismo, el merecimiento es una condición necesaria para el castigo. Para que un sujeto merezca ser castigado, debe (i) haber cometido una acción moralmente incorrecta (ii) haber obrado de manera culpable. A su vez, para considerar que un sujeto ha actuado de manera culpable, este debe haber actuado libremente, haciendo uso de su agencia como individuo autónomo. La exigencia de culpabilidad actúa entonces como un límite interno al castigo: solo quienes han obrado de manera culpable pueden ser castigados (lo cual implica que solo quienes han actuado con libertad pueden ser castigados). Esto conlleva, además, que el castigo debe ser proporcional al grado de culpabilidad del sujeto y a la gravedad de la incorrección moral cometida.

En contraste, las teorías preventivas puras no pueden explicar por qué resultaría injustificado el castigo de un inocente si ello condujese al resultado deseado (la disminución del delito), ni pueden derivar lógicamente de sus premisas la exigencia de proporcionalidad en la imposición del castigo. Estas consecuencias indeseables derivan de la objeción más general, formulada desde la perspectiva

[13] PRIMORATZ, "Arguments against the Utilitarian Theory", reimpreso en GORR/HARWOOD (eds.), *Crime and Punishment*, 1995, p. 297.
[14] MOORE, *supra* nota 6, p. 5.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de una filosofía liberal que respeta la autonomía individual, que sostiene que la prevención supone la utilización instrumental del destinatario del castigo. Al castigar a un individuo con el fin de obtener un ulterior resultado socialmente beneficioso, se lo trata como un mero medio para un fin, de manera inconsistente con el respeto que se le debe como agente responsable. En palabras de HEGEL, la prevención se dirige a quienes deben soportar el castigo como a un "perro, en vez de tratarlos con la libertad y el respeto que se les debe como agentes morales."[15]

Una posible respuesta frente a esta objeción puede encontrarse en las teorías mixtas del castigo,[16] que combinan consideraciones deontológicas e instrumentalistas. En estas teorías, la institución del sistema penal —o el *objetivo general del castigo*— se justifica apelando a consecuencias futuras como la prevención del delito, pero la administración del castigo en los casos particulares se rige por consideraciones de justicia que impiden castigar al inocente o castigar al culpable de manera desproporcionada.

No obstante, a pesar de que las teorías mixtas logran evadir la crítica que se centra en el tratamiento injusto del inocente, no pueden refutar la objeción basada en el tratamiento injusto del culpable.[17] Pues, en definitiva, cualquier sistema de castigo cuya finalidad última consista en la disuasión, incapacitación o rehabilitación, niega al infractor el respeto que se le debe como agente responsable.[18]

La disuasión pretende utilizar al sujeto a quien le es impuesto el castigo como un ejemplo a tener en cuenta por la sociedad: el mensaje que se pretende transmitir es que quienes obren de igual forma que dicho sujeto también serán castigados. La incapacitación trata al infractor como un animal peligroso, insensible a las razones, que debe ser puesto fuera de circulación porque representa un peligro latente. La rehabilitación supone la intervención coactiva del Estado para mejorar la personalidad defectuosa de un individuo. En todos los casos, la autonomía es violentada. El problema, en términos kantianos, continúa siendo el tratamiento del destinatario del castigo como un mero medio para un fin. Además, las teorías mixtas no ofrecen una respuesta satisfactoria frente

[15] HEGEL, *The Philosophy of Right* (traducido al inglés por T. KNOX), Oxford, Oxford University Press, (1821) 1942, p. 246.
[16] Más notablemente, HART, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1968, pp. 1-27; y RAWLS, "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review*, n.º 64, 1955, 3-32
[17] MURPHY, *supra* nota 9, p. 128.
[18] DUFF *supra* nota 2, p. 13.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a los casos en que, a pesar de que castigar al infractor no traería ninguna consecuencia ulterior beneficiosa, consideramos intuitivamente que habría que castigarlo de todas formas.[19]

En términos de DUFF, las teorías instrumentalistas —incluyendo las teorías *parcialmente* instrumentalistas, como las teorías mixtas— no son consistentes con el ideal de una comunidad política liberal, pues en tales teorías la ley "se dirige a aquellos a quienes amenaza con el castigo, no con el lenguaje apropiado de los valores comunitarios en los que el castigo se fundamenta, sino con el lenguaje coactivo de la disuasión".[20] De este modo, se incurre en la lógica de confrontación de "nosotros" (la sociedad que respeta la ley) contra "ellos" (los infractores). Esta forma de conceptualizar el castigo es inconsistente con las exigencias de una comunidad liberal. Siguiendo a DUFF, la amenaza y la imposición del castigo solo pueden ser legítimas si se realizan en el interior de la comunidad normativa relevante, si se apela a los valores comunes para cuya defensa todos sus miembros tienen razones y si se intenta persuadir a quienes rechacen tales valores.

Teniendo en cuenta las dificultades de las teorías instrumentalistas señaladas, algunos autores han intentado defender una justificación del castigo preventivo que sea consistente con el respeto de los individuos como seres libres y autónomos, y así evitar recaer en argumentos retributivos. Entre estos intentos se enmarca, p. ej., la teoría consensual de la pena de NINO, que pretende evadir la objeción de instrumentalización del individuo apelando al consentimiento tácito prestado por el autor del delito que conoce de antemano las consecuencias normativas de su acción delictiva.[21]

Sin embargo, entiendo que esta teoría en última instancia no logra proveer una justificación del castigo preventivo compatible con el respeto debido a los individuos. La teoría consensual de la pena no puede explicar por qué las penas excesivamente altas no son admisibles dado que, asumiendo que tales penas fueran incorporadas al sistema jurídico a través de la sanción de una ley, cualquier sujeto que cometa la acción prohibida *con posterioridad* a la sanción de dicha norma estaría consintiendo tácitamente que le impongan esa pena. Además, muchos infractores desconocen las consecuencias jurídicas de sus actos, por lo que no es posible sostener que hayan *consentido* dichas consecuencias, puesto que el consentimiento presupone conocimiento. Por último, el consenso

[19] MOORE, *supra* nota 6, p. 99.
[20] DUFF, *supra* nota 2, p. 83.
[21] NINO, "A Consensual Theory of Punishment", *Philosophy & Public Affairs*, n.º 12, 1983, pp. 289-306

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tácito, en términos generales, se puede anular mediante su negación explícita, lo cual no pareciera posible con la imposición del castigo estatal.[22]

Hasta aquí he intentado señalar brevemente que el retribucionismo, en cualquiera de sus variantes, es respetuoso de la autonomía individual, mientras que las teorías instrumentalistas no lo son.

Si consideramos que la autonomía individual constituye un valor integral de una concepción política liberal, podríamos concluir que el retribucionismo se encuentra en una posición ventajosa con relación a las teorías instrumentalistas a la hora de proveer una justificación del castigo penal satisfactoria en el marco de una sociedad liberal.

No obstante, algunos autores han atacado al retribucionismo por resultar inconsistente con el liberalismo. En particular, NINO ha sostenido que el retribucionismo constituye una justificación del castigo inadmisible en el marco de un Estado liberal porque (i) implica necesariamente el subjetivismo y (ii) se basa en un reproche dirigido al carácter de los individuos. En lo que resta del trabajo sostendré que ambos argumentos deberían ser rechazados.

III. El problema del subjetivismo

En la obra *Juicio al mal absoluto*,[23] NINO presenta el retribucionismo como una teoría sobre la justificación del castigo que resulta *prima facie* compatible con los valores principales del liberalismo. En este sentido, sostiene que a primera vista el retribucionismo parece respetuoso de los principios que él considera fundamentales en el marco de una concepción liberal: el principio de autonomía de la persona, el principio de inviolabilidad de la persona y el principio de dignidad de la persona.[24]

El principio de autonomía de la persona implica que cada individuo debe poder elegir por sí mismo su propio plan de vida y su concepción de lo bueno; el principio de inviolabilidad de la persona establece que los derechos individuales no pueden ser sacrificados para aumentar el grado de bienestar general de la sociedad; y el principio de dignidad de la persona exige que se trate a los

[22] Ver la entrada de "Legal Punishment" de la Enciclopedia de Stanford, disponible en: https://plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/ [enlace verificado el 29/02/2020].
[23] NINO, *Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas a los derechos humanos?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2015.
[24] Ver NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2007.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

individuos como sujetos responsables, de acuerdo con sus decisiones, intenciones y expresiones de consentimiento.

En cuanto a la vinculación de estos principios con el retribucionismo, NINO afirma:

> Estos tres principios pueden ser invocados en defensa del retributivismo como visión del castigo. La retribución respeta la autonomía porque permite que los planes de vida de diversos individuos se encuentren libres de interferencias en la medida en que esos planes no interfieran con los de otras personas. La retribución también respeta la inviolabilidad de la persona al no usarla como un mero medio para fines sociales. Finalmente, la retribución es respetuosa del valor de la dignidad humana dado que la decisión de castigar se basa enteramente en las acciones de quien es castigado.[25]

Hasta aquí la visión de NINO es similar a la que expuse en el punto anterior. Sin embargo, a continuación, este autor sostiene que el retribucionismo "tiene serios problemas filosóficos"[26] y pasa a desarrollar los argumentos por los cuales cree que dicha teoría, bajo un mayor escrutinio, resulta incompatible con el liberalismo.

El primero de estos argumentos es que el retribucionismo implica el subjetivismo, y se desencadena de la siguiente manera:

> El retributivismo (…) presupone que resulta a veces apropiado responder a un mal con otro mal. Sin embargo, al sumar el mal del crimen con el mal del castigo sin tomar en cuenta otros factores, mi aritmética moral me lleva consistentemente a creer que tenemos aquí "dos males" más que "un bien". La clave debe estar en el concepto de *culpabilidad*[27], que es en general utilizado por los retributivistas para evitar el castigo del inocente; la equiparación del asesinato doloso y culposo; y el desprecio general por las excusas. De todas formas, dado que el castigo retributivo

[25] NINO, *supra* nota 23, pp. 222-223.
[26] NINO, *supra* nota 23, p. 223.
[27] El resaltado me pertenece. El término utilizado en la versión original del texto en inglés es *blameworthiness.* Ver NINO, *Radical Evil on Trial,* New Haven, Yale University Press, 1996, p. 137.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> se predica de la *culpa*[28], las actitudes subjetivas del supuesto autor devienen esenciales para determinar el valor negativo de las acciones de las personas y, por lo tanto, para determinar su punibilidad.
>
> La culpa depende de la intención. Consideremos las excusas que efectivamente anulan la culpa por una acción. Al negar una cierta intención, tal vez no directamente sino a través de la inexistencia del conocimiento requerido, el agente es frecuentemente exonerado o relevado de la culpa. (…) De acuerdo con el retributivismo, el agente meramente tiene la intención de hacer algo, y el resto, incluido el movimiento de su cuerpo, queda librado a la naturaleza.
>
> La forma en que el retributivismo depende de la culpa nos lleva así hacia el abismo del puro subjetivismo. No podemos tener en cuenta los resultados externos de una acción particular, por ejemplo, la diferencia entre un asesinato consumado o uno en grado de tentativa, ni se nos permite considerar si la vida de alguien estuvo realmente en peligro o aun si el agente realizó ciertos movimientos corporales. Una firme decisión de matar debe ser suficiente para establecer la culpa que está en el núcleo del castigo desde el punto de vista retributivo. Resulta claro que podemos requerir alguna manifestación externa por razones de prueba y para evitar una especulación excesiva acerca del estado mental del agente. Pero estas consideraciones son meramente instrumentales y secundarias. Dada una fuerte e incontrovertida prueba de la intención de la persona de cometer alguna mala acción, por ejemplo, una confesión espontánea, bajo la tesis retributivista debemos proceder con el castigo. Bajo dicha visión, Hitler merecería el mismo castigo que los antisemitas que antes y después de él acordaban con alguna forma de "solución final".[29]

La idea de NINO aquí es que el elemento distintivo del retribucionismo es la culpabilidad en sentido amplio, o reprochabilidad moral. MOORE señala que la palabra *culpabilidad* (*culpability*) tiene

[28] El resaltado me pertenece. El término utilizado en la versión original del texto en inglés es *blame*. Ver NINO, *supra* nota 28, p. 137. Creo que una mejor traducción habría sido *inculpación,* en lugar de *culpa,* dada la ambigüedad del término *culpa.* Si bien mantendré la palabra *culpa* en las citas textuales del libro *Juicio al mal absoluto* para mantener la fidelidad a la versión del texto que se encuentra publicada en castellano, utilizaré el término *inculpación* en mi desarrollo. Sigo aquí a BEADE, "Retribución, Inculpación y ¿Perfeccionismo Moral?", *Análisis Filosófico XXXV*, n.º 2, 2015, 227 – 240.
[29] NINO, *supra* nota 23, p. 224.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dos acepciones: un sentido amplio que se utiliza como sinónimo de responsabilidad moral, reprochabilidad moral o merecimiento de un agente con relación a un estado de cosas moralmente malo; y un sentido restringido que se utiliza para designar uno de los dos elementos constitutivos de la responsabilidad de un agente, relacionado con el estado mental del agente al momento de realizar una acción (el otro elemento de la responsabilidad es la realización por parte del agente de una acción moralmente incorrecta).[30]

De acuerdo con lo expuesto por NINO, la culpabilidad *en sentido amplio*[31] es la característica principal del retribucionismo porque es lo que permite evitar las consecuencias indeseadas de las teorías preventivas, como el castigo del inocente. De acuerdo con el retribucionismo, solo los culpables (es decir, solo quienes *merecen* ser castigados) pueden ser castigados, lo cual impide el castigo del inocente.

Asimismo, conforme lo postulado por este autor, para determinar la reprochabilidad moral de las acciones de un agente, es necesario realizar un juicio sobre sus intenciones —juicio al que NINO llama culpa o inculpación (*blame*)—[32]. Para NINO, la inculpación recae exclusivamente sobre los estados mentales del agente puesto que, de acuerdo con el retribucionismo, el agente solo controla sus intenciones. Este nexo entre la inculpación y las intenciones del agente genera que el retribucionismo se identifique con el subjetivismo, pues los resultados de la acción del agente devienen irrelevantes para determinar su responsabilidad.

Conviene aquí hacer un paréntesis para contextualizar el argumento de NINO. Al afirmar que el retribucionismo "cae en el abismo del puro subjetivismo", este autor asocia el retribucionismo con las consecuencias indeseadas de la versión extrema del subjetivismo. Para ilustrar este punto resulta necesario decir algo sobre la discusión existente entre el objetivismo y el subjetivismo. Brevemente, según el objetivismo, lo que importa para determinar la responsabilidad de un sujeto es que este haya sido quien, a través de un movimiento corporal que le pueda ser atribuido, haya causado un determinado resultado en el mundo. Para el subjetivismo, en cambio, lo relevante para la responsabilidad es la intención del agente.

[30] MOORE, *supra* nota 6, p. 403. Entiendo que NINO se refiere al concepto amplio de culpabilidad porque en la versión original del texto utiliza el término *blameworthiness* (ver *supra* nota 27) y no *culpability*.
[31] Ver *supra* nota 30.
[32] Ver *supra* nota 28.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Señala NINO que la diferencia entre ambos paradigmas radica en que el objetivismo "exige la concurrencia de condiciones no psicológicas —movimientos corporales o su ausencia, daños o el peligro de que se produzcan tales daños— para establecer la responsabilidad", mientras que el subjetivismo "la establece en base a condiciones que dependen de estados mentales, tales como la intención o negligencia".[33]

Tanto el objetivismo como el subjetivismo, en sus versiones *puras*, presentan problemas importantes. Si la lógica del objetivismo es llevada a su extremo, sería responsable quien causara un determinado resultado sin haber actuado con la intención de hacerlo o incluso sin haber podido actuar de otra forma. En la vereda opuesta, la versión pura del subjetivismo implica que los resultados son totalmente irrelevantes para la responsabilidad y lo único que importa son los deseos o las intenciones de los individuos: como sugiere el ejemplo de NINO, según esta concepción, los antisemitas que pasivamente estaban de acuerdo con el Holocausto deberían tener la misma responsabilidad que Hitler.

Para NINO, la discusión relativa a la responsabilidad penal entre el subjetivismo y el objetivismo depende de la teoría sobre la justificación del castigo que se adopte y, sobre esta base, afirma que "la postura subjetiva radical es la consecuencia necesaria de adoptar una teoría retributiva de la pena".[34]

El subjetivismo del retribucionismo, sostiene, deviene "de la visión de que el estado mental de un individuo (intenciones, decisiones y elecciones) es lo único que el individuo controla".[35] Por tanto, "en definitiva, los defensores de la teoría de la función retributiva de la pena, dependiente del grado de culpa, deberían apoyarse únicamente en las actitudes subjetivas del sujeto activo".[36]

El subjetivismo implica un problema para el liberalismo porque, de acuerdo con una concepción liberal, es inadmisible que el Estado castigue meras intenciones o pensamientos individuales que no

[33] NINO, "Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal" (trad. Susana SÁNCHEZ FERRO), conferencia presentada en Oxford en 1992, p. 49 (disponible en: https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5570 [enlace verificado el 29/02/2020]).
[34] NINO, *supra* nota 32, p. 56
[35] NINO, *supra* nota 23, p. 224. Podríamos señalar que existen diferencias relevantes entre las intenciones, las decisiones y las elecciones. No obstante, NINO agrupa dichos conceptos bajo el título de "estados mentales" o "aspectos subjetivos". A los fines de la discusión bajo análisis, la presentación de NINO no resulta problemática.
[36] NINO, *supra* nota 32, p. 60.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

se hayan reflejado en acciones que dañen o afecten a terceros. Por lo tanto, existe aquí un primer punto de tensión entre el retribucionismo y el liberalismo.

Podríamos resumir el argumento de NINO hasta aquí de la siguiente forma: (i) para el retribucionismo, la razón que justifica la imposición del castigo es que es intrínsecamente valioso que las personas reciban el castigo que merecen; (ii) el merecimiento de un castigo es una función de la reprochabilidad moral o culpabilidad en sentido amplio (*blameworthiness*) del agente; (iii) la reprochabilidad moral del agente se determina a partir de la inculpación; (iv) la inculpación recae exclusivamente sobre los estados mentales del agente; por ende, (v) el retribucionismo implica el subjetivismo puro.

El planteo de NINO resulta problemático porque supone que, para el retribucionismo, lo único relevante para determinar el merecimiento de castigo de un individuo es su estado mental. Sin embargo, tal afirmación es conceptualmente incorrecta. Por el contrario, de acuerdo con las teorías retributivas predominantes en la actualidad, para que un individuo merezca ser castigado debe haber cometido una acción moralmente incorrecta actuando de manera culpable. Esto, por supuesto, no implica que los estados mentales del agente sean irrelevantes. Al fin y al cabo, para determinar si un individuo actuó de manera culpable, sus estados mentales resultan fundamentales. Pero la consideración de tales estados mentales solo resulta pertinente *frente a la comisión de un acto moralmente incorrecto*.

Este punto puede percibirse con claridad en la forma en que algunos autores han definido al retribucionismo. P. ej., RAWLS identifica al retribucionismo con la idea de que:

> el castigo se justifica sobre la base de que las acciones moralmente incorrectas (*wrongdoing*) merecen un castigo. Es moralmente adecuado que una persona que realiza una acción moralmente incorrecta sufra en proporción a la incorrección moral realizada. El castigo del infractor se fundamenta en su culpabilidad, y la severidad del castigo apropiado depende de la depravación de su acto.[37]

Por su parte, HART afirma que una teoría retribucionista sostendrá tres cosas:

[37] RAWLS, *supra* nota 16, pp. 4-5.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> Primero, que una persona puede ser castigada si, y solo si, voluntariamente ha hecho algo moralmente incorrecto; segundo, que su castigo debe en alguna medida coincidir con, o ser equivalente a, la gravedad de su infracción; y tercero, que la justificación para castigar a una persona bajo tales condiciones es que devolverle el sufrimiento por el mal causado voluntariamente es algo justo o moralmente deseable.[38]

Como surge de las anteriores citas, tanto HART como RAWLS identifican al retribucionismo con la tesis de que la realización de una acción moralmente incorrecta por parte del infractor es el presupuesto que habilita la procedencia del castigo retributivo. Esto también es afirmado por los principales autores retribucionistas.

Para el retribucionismo basado en el merecimiento, cuyo principal exponente es MOORE, la función del derecho penal es impartir retribución de manera proporcional al merecimiento. A su vez, el merecimiento que activa el castigo retributivo es un producto de la incorrección moral *cometida* por un sujeto y de la culpabilidad moral con la que el sujeto *actuó*.[39]

En este sentido, MOORE señala:

> Las dos dimensiones de la responsabilidad son, primero, que uno haya hecho algo moralmente incorrecto, algo que viola nuestras obligaciones morales. Más específicamente (exceptuando la violación de nuestras obligaciones positivas), esto implica que nuestro acto voluntario debe haber causado, de manera próxima y efectiva, algún estado de cosas moralmente malo, sin que exista una justificación para haber obrado de esa forma. En segundo lugar, para que uno sea responsable, debe haber cometido tal acto de manera culpable.[40]

Luego, MOORE clarifica que alguien es culpable si *eligió* libremente llevar a cabo un acto moralmente incorrecto y sostiene que la culpabilidad (en sentido estricto)[41] no se predica con

[38] HART, *supra* nota 16, p. 231.
[39] MOORE, *supra* nota 6, p. 71.
[40] MOORE, *supra* nota 6, p. 404.
[41] Ver *supra* nota 30.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

relación al acto (como ocurre cuando se analiza si una acción determinada es moralmente incorrecta) sino con relación a los estados mentales del agente al momento de llevar a cabo el acto.[42]

La vinculación del merecimiento de un castigo con el *accionar* moralmente incorrecto de un individuo culpable es interna a la fundamentación del castigo en la teoría de MOORE. Para este autor, la procedencia del castigo retributivo se determina a partir de las intuiciones que experimentamos frente a determinados hechos, las cuales constituyen indicadores de verdades morales. Las intuiciones relevantes se basan en casos paradigmáticos de acciones moralmente incorrectas: p. ej., creemos intuitivamente que quien mata injustificadamente a otra persona merece ser castigado. Sin embargo, no experimentamos intuiciones similares en casos en los que no ha existido ninguna acción. El castigo de una persona por el mero hecho de tener ciertas ideas no es intuitivamente atractivo, ni tampoco puede ser justificado reflexivamente.

Lo sostenido hasta aquí demuestra que, de acuerdo con el retribucionismo, para que un individuo sea responsable (o, en términos análogos, para que sea *merecedor de castigo*), debe haber realizado una acción moralmente incorrecta, actuando de manera culpable.

En contraste con ello, el mero hecho de que alguien tenga un deseo o un pensamiento no constituye acción alguna, y por ende tampoco representa ninguna incorrección moral que sea relevante para el retribucionismo —en el sentido de una incorrección moral cuya comisión bajo un estado mental culpable habilite o exija la imposición de retribución—.

Por este motivo, no resultan acertados los ejemplos brindados por NINO. La simpatía de muchas personas con el nazismo puede ser moralmente criticada, pues evidencia una cosmovisión intolerante, supremacista y racista, pero el hecho de tener esas ideas no configura un objeto de reproche relevante para el castigo retributivo. Del mismo modo, quien tuviera la firme intención de matar a una persona pero no hiciera nada al respecto, tampoco habría llevado a cabo ninguna acción que deba ser retribuida. Las razones por las que exigiríamos alguna manifestación externa de esa voluntad —p. ej., que el sujeto le dispare con un revólver a la persona a quien desea matar, aunque falle en el tiro— no son meramente instrumentales o secundarias para el retribucionismo, como sugiere NINO, sino que resultan fundamentales para establecer el merecimiento del agente, pues si no existen tales manifestaciones no hay ninguna acción moralmente incorrecta que retribuir.

[42] MOORE, *supra* nota 6, p. 404.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ahora bien, dejando de lado la cuestión de la punición de meros pensamientos o deseos, una connotación más sutil del argumento de NINO está relacionada con lo que WILLIAMS y NAGEL llamaron *suerte moral*. Básicamente, la noción de suerte moral resulta aplicable cuando responsabilizamos a un agente por actuar de una forma en particular, a pesar de que un aspecto significativo de lo que el agente hace no esté bajo su control.[43]

Para el retribucionismo, según la reconstrucción de NINO, un agente solo controla sus estados mentales. Sin embargo, una asunción común sobre la responsabilidad es que uno solo es responsable por aquello que puede controlar. Cuando combinamos estas dos posiciones la conclusión es que, conforme con el retribucionismo, una vez que el agente ha tomado una decisión, lo que ocurre a continuación no está bajo su control (o, en términos análogos, *es fruto de la suerte*) y por tanto no debería ser relevante para su responsabilidad.

Para ilustrar este punto imaginemos dos mundos posibles: en el primero, A quiere matar a B, le dispara y le causa la muerte. En el otro mundo, A* quiere matar a B* y le dispara, pero un pájaro se cruza en el camino de la bala, por lo cual B* sale ileso. De acuerdo con la posición subjetivista, A y A* son igualmente responsables, pese a que A causó una muerte y A* no, pues la diferencia en los resultados se debió a factores que están fuera del control de los agentes, mientras que ambos actuaron idénticamente con relación a los factores bajo su control.

Así pues, si el castigo retributivo depende del merecimiento, y el merecimiento depende exclusivamente de las intenciones del agente (dado que esto es lo único que el agente puede controlar) y no de los resultados de sus acciones (ya que estos están fuera de su control), el retribucionismo implicaría el subjetivismo.

Bajo esta lectura, la conexión entre el retribucionismo y el subjetivismo no se reflejaría necesariamente en la punición de meros pensamientos o deseos, sino en la idea de que una vez que el agente ha tomado una decisión, lo que ocurre a continuación —los resultados de sus acciones— resultan irrelevantes para determinar su merecimiento.

[43] NAGEL, *Mortal Questions*, New York, Cambridge University Press, 1979, p. 59.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Creo que esta lectura del retribucionismo también es equivocada. Ello es así porque, como lo sostuvo acertadamente MOORE, los resultados importan a la hora de determinar el merecimiento de castigo de un agente.

Para sostenerlo, este autor adopta una estrategia similar a la que utilizara para justificar la corrección del principio retributivo según el cual el merecimiento por sí solo justifica el castigo. Esto es, toma como punto de partida una serie de juicios morales particulares relevantes que son provisoriamente considerados correctos y, mediante una inferencia abductiva, identifica el principio moral más general que mejor permite explicar tales juicios particulares.[44]

En este caso, el principio moral general que mejor explica los juicios particulares relevantes es el principio de que los resultados influyen en el grado de merecimiento. Los juicios particulares tenidos en cuenta a partir de los cuales se infiere tal principio son que el creador de un riesgo que se materializa merece un mayor castigo que el creador de un riesgo que no se materializa; y que quien intenta lastimar a otra persona y tiene éxito merece un mayor castigo que quien realiza el mismo intento pero fracasa. Asimismo, estos juicios van acompañados de una serie de "experiencias", que son tenidas en cuenta como evidencia de su corrección.

La primera de estas experiencias es el mayor resentimiento que sentimos hacia quienes tienen éxito al causar malos resultados. En otras palabras, quienes causan un daño nos despiertan mayor desaprobación, indignación y rechazo que quienes intentan causar un daño similar pero no lo logran. El hecho de que muchos experimentemos estos resentimientos diferenciados constituye una prueba de que los juicios de merecimientos diferenciados son moralmente correctos.[45] Asimismo, la experiencia del resentimiento diferenciado puede ser entendida como virtuosa, porque expresa un mayor grado de indignación frente al innecesario sufrimiento experimentado por la víctima de un daño.[46]

La segunda experiencia relevante tiene lugar en el plano de la primera persona: generalmente, nos sentimos más culpables cuando hemos causado un daño que cuando lo hemos intentando pero no hemos tenido éxito. No solo sentimos mayor culpa cuando hemos generado un resultado lesivo, sino que dicha culpa tiene un carácter distinto al de la culpa experimentada como resultado de un

[44] MOORE, *supra* nota 6, p. 225.
[45] MOORE, *supra* nota 6, p. 229
[46] MOORE, *supra* nota 6, p. 230.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

intento que no se ha consumado. En este sentido, la culpa que es fruto de la incorrección moral consumada tiene un peso especialmente fuerte porque "lo que nos carcome es el hecho de haber sido nosotros los responsables del daño causado",[47] mientras que la culpa experimentada a raíz de meros intentos tiene un carácter más individualista, relacionado con nuestra propia consciencia. Por ello, "la culpa que refleja nuestra preocupación por otros es más virtuosa que la culpa que concierne solamente a nuestra propia salud moral".[48]

La tercera experiencia no tiene carácter retrospectivo como las anteriores, sino prospectivo: cuando experimentamos un dilema sobre qué decisión tomar entre varias alternativas posibles, los resultados ocupan un lugar fundamental en nuestra deliberación. No nos conformamos con pensar que cualquier decisión que tomemos será aceptable mientras actuemos de manera correcta, sino que lo que nos preocupa —y lo que hace que la experiencia de tomar decisiones genere dilemas genuinos— son los resultados concretos que puedan generar nuestras acciones.

El conjunto de experiencias y juicios particulares referidos encuentra su mejor explicación en el principio moral que establece que el grado de incorrección moral de una acción es una fuente independiente de merecimiento, que se complementa con la culpabilidad. Esto constituye una razón de peso para considerar que este principio es correcto y rechazar la tesis del subjetivismo puro según la cual solo los estados mentales del agente resultan relevantes para determinar su responsabilidad. Así, dado que, para el retribucionismo, el merecimiento de un individuo es una función de la incorrección moral que cometió y la culpabilidad con la que obró, el retribucionismo no implica necesariamente el subjetivismo.

Ahora bien, existe aún otro problema en la conexión trazada por NINO entre retribucionismo y subjetivismo. Como hemos visto, para NINO, el subjetivismo del retribucionismo se debe a que la inculpación recae sobre el estado mental de un individuo ya que esto es lo único que el individuo controla. Sin embargo, esta asunción es cuestionable.

Suponiendo la corrección del determinismo descriptivo (la tesis según la cual todos los eventos —incluyendo todo lo que hacemos— son la consecuencia necesaria de las leyes naturales que rigen el mundo), no es posible sostener que las personas puedan controlar (por lo menos en un sentido

[47] MOORE, *supra* nota 6, p. 231.
[48] MOORE, *supra* nota 6, p. 231.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que llamaré *causal*) sus estados mentales, pues estos se generan como resultado de factores que no están bajo su control.

Si se parte de este punto, el argumento que conecta el retribucionismo con el subjetivismo apelando a la idea de que el merecimiento de castigo de un individuo se determina exclusivamente a partir de sus estados mentales ya que esto es lo único que el individuo controla, resultaría falso. De acuerdo con el determinismo, incluso los estados mentales del individuo están fuera de su control, por lo cual no es posible trazar la distinción entre intenciones (controlables por el agente) y resultados externos de las acciones (no controlables por el agente) sobre la cual se apoya el argumento que asocia el retribucionismo con el subjetivismo.

La incorporación del determinismo en la ecuación plantea dos posibilidades. La primera es sostener que, dada la verdad del determinismo, la responsabilidad moral resulta una ficción injustificable, pues los humanos no tienen la libertad ni la agencia requerida para la responsabilidad. Esta posición de incompatibilidad podría plantearse de la siguiente forma: (i) la responsabilidad requiere control; (ii) según el determinismo descriptivo, tanto los resultados materiales de las acciones como los estados mentales de un individuo están fuera de su control; (iii) dado que los individuos no pueden controlar nada, tampoco pueden ser responsables por nada. Sin perjuicio de que aquí no puedo extenderme sobre los problemas de la posición de la incompatibilidad, parecería que esta posición no resulta atractiva porque nos exigiría abandonar nuestras nociones más elementales de responsabilidad, que forman parte integral de nuestra experiencia como seres humanos.

La otra posibilidad es brindar una teoría de la responsabilidad que resulte compatible con el determinismo, pero tal teoría no puede basarse en la idea de que los individuos son responsables por aquello que está bajo su control, pues de acuerdo con el determinismo no hay nada que esté bajo el control de los individuos. NINO advierte este problema:

> El subjetivismo del retributivismo deviene en parte de la visión de que el estado mental de un individuo (intenciones, decisiones y elecciones) es lo único que el individuo controla. Para un determinista, de todos modos, aun las decisiones, intenciones y elecciones son el inevitable resultado de factores que los individuos no pueden controlar, como la socialización cultural, las estructuras económicas, los procesos neuroquímicos, los traumas psicológicos, etc. Supongo que esta hipótesis

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> del determinismo descriptivo puede ser correcta. Siendo ello así necesitaríamos explicar por qué seguimos culpando a las personas por hacer lo que hacen, y esta explicación debe evitar la suposición de que culpamos a la gente solo por lo que puede controlar.[49]

El desafío consiste entonces en brindar una justificación de nuestras prácticas de atribución de responsabilidad, incluyendo la inculpación, que pueda ser compatible con el determinismo descriptivo. Este es el punto de partida del argumento de NINO para sostener que la mejor forma de conceptualizar al retribucionismo es como una teoría que depende de un reproche contra el carácter de los individuos. En la sección siguiente analizaré y criticaré tal argumento.

IV. El problema del reproche contra el carácter

Con el objeto de brindar una explicación de por qué continuamos responsabilizando a las personas por hacer lo que hacen, evitando la suposición de que inculpamos a las personas por aquello que pueden controlar, NINO descompone la inculpación[50] en tres "dimensiones" y sostiene que todas son consistentes con el determinismo descriptivo.

Estas tres dimensiones son la manipulativa, la reactiva y la descriptiva. Según NINO:

> la culpa puede tener una dimensión manipulativa pragmática, en la medida en que su expresión pueda disuadir a otros de cometer acciones similares en el futuro dado que ellos puedan querer evitar el dolor y la incomodidad que la culpa normalmente supone. Por supuesto, esta dimensión de la culpa no presupone la falsedad del determinismo descriptivo, sino que se basa en cambio en la relación causal entre culpar a alguien y la motivación de las personas para actuar. En segundo término, la culpa puede tener una dimensión reactiva dado que su expresión puede constituir una reacción emocional a ciertos actos. Culpar a alguien por una acción malvada es expresar una actitud reactiva del tipo de las analizadas por Peter Strawson. Esta dimensión reactiva de la culpa no requiere falsificar el determinismo, dado que, como Strawson afirma, la culpa no se suspende solo porque la intención que es

[49] NINO, *supra* nota 23, p. 224.
[50] En el texto publicado en español la palabra *blame* ha sido traducida como *culpa*. Creo que es preferible la palabra *inculpación* (ver *supra* nota 28).

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> objeto de la culpa haya sido causada por ciertos factores. Tercero, la culpa supone un aspecto descriptivo que trata la conexión entre la persona y su acción.[51]

A continuación, NINO señala que la dimensión manipulativa de la inculpación puede resultar de interés para alguien que justifica el castigo sobre bases preventivas, pero no para el teórico retribucionista. Asimismo, sostiene que la dimensión reactiva de la inculpación tampoco incumbe al retribucionista, puesto que este "insiste en que la diferencia entre el castigo retributivo y la venganza descansa en el hecho de que el castigo no es una mera reacción emotiva".[52] Por lo tanto, concluye que "el teórico retribucionista debe concentrar su atención en la dimensión descriptiva de la culpa dado que este es el único aspecto restante que hace inteligible el castigo en términos retribucionistas".[53] De acuerdo con la dimensión descriptiva, la inculpación "describe la relación entre cierta conducta y la intención, decisión, o elección de un individuo".[54]

Hasta aquí, la presentación de NINO resulta algo confusa, pues no es claro a qué se está refiriendo cuando menciona las diferentes "dimensiones" de la inculpación. Por un lado, la dimensión manipulativa no constituye una respuesta a la pregunta de qué es o en qué consiste la inculpación, sino una posible respuesta a la pregunta de cuáles son los efectos de la *expresión* de la inculpación. De acuerdo con la dimensión manipulativa, la expresión de la inculpación —sea lo que fuere la inculpación— puede tener un efecto preventivo, pero queda por definir en qué consiste la inculpación. Así, este primer tramo de la desambiguación del término "inculpar" propuesta por NINO ignora la distinción entre inculpar y expresar la inculpación.[55] Esta distinción es importante, ya que es perfectamente posible inculpar a alguien sin que resulte necesaria una expresión de tal inculpación.

Por el contrario, las dimensiones reactiva y descriptiva sí constituyen distintas respuestas a la indagación conceptual acerca de qué es la inculpación. De acuerdo con la dimensión reactiva, la inculpación es una reacción emocional frente a una persona por algo que consideramos ofensivo y que atribuimos a esa persona. Así, inculpamos a una persona cuando experimentamos una serie de actitudes reactivas —indignación, resentimiento, retiro de buena voluntad, etc.— respecto de ella.

---

[51] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[52] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[53] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[54] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[55] COATES/TOGNAZZINI, "The Nature and Ethics of Blame", *Philosophy Compass*, n.º 7/3, 2012, 197-207.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Indudablemente, esta concepción *emotiva* de la inculpación está ligada al trabajo de STRAWSON, *Freedom and Resentment*.[56] Según STRAWSON, las actitudes reactivas son parte de nuestro tejido moral básico y de la forma que tenemos de relacionarnos con otros, y por ende no tiene sentido intentar disociarnos de estas y justificarlas "desde afuera", como un observador pasivo. En este sentido, señala que "la existencia de un entramado general de actitudes es algo que nos viene dado con el hecho de la sociedad humana. Vista como un todo, no necesita, ni permite, una justificación externa 'racional'".[57]

Según NINO, la dimensión reactiva de la inculpación no incumbe al retribucionista, dado que para este la diferencia entre el castigo retributivo y la venganza descansa en el hecho de que el castigo no es una mera reacción emotiva. Es decir, conforme la visión de NINO, si el teórico retribucionista otorgara peso de justificación a la dimensión reactiva de la inculpación, su idea de lo que constituye un castigo moralmente justificado sería indistinguible de un acto de venganza pura. Creo que esta conclusión es un poco apresurada y se apoya sobre una distinción algo superficial entre el castigo retributivo y la venganza. En efecto, el argumento según el cual el retribucionismo debería ser rechazado ya que la retribución es equiparable a la venganza constituye, desprovisto de una fundamentación subyacente, un lema cuyo peso radica solamente en la carga emotiva negativa de la palabra *venganza*.[58]

Habiendo descartado la relevancia de las dimensiones manipulativa y reactiva para el retribucionismo, NINO sostiene que la dimensión de la inculpación que resulta de interés para el teórico retribucionista es la dimensión descriptiva, pues este es el "único aspecto restante que hace inteligible el castigo en términos retributivistas."[59] La conexión entre la dimensión descriptiva de la inculpación y el retribucionismo pareciera entonces estar dada por descarte: como las otras dos dimensiones no resultan relevantes, esta tiene que serlo. Tal estrategia, sin embargo, no resulta convincente. Si la dimensión descriptiva de la inculpación es relevante en algún sentido para el argumento retributivo, la razón de ello no puede ser que las otras dimensiones no sean relevantes.

---

[56] STRAWSON, "Freedom and Resentment" (1962), disponible en: https://faculty.arts.ubc.ca/rjohns/strawson.pdf [enlace verificado el 29/02/2020].
[57] STRAWSON, *supra* nota 55, p. 18.
[58] Para un análisis profundo de la relación entre castigo retributivo y venganza, ver ZAIBERT, "Punishment and Revenge", *Law and Philosophy*, n.º 25, 2006. Tomo el concepto de uso emotivo del lenguaje de CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, pp. 22 y ss.
[59] NINO, *supra* nota 23, p. 225.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Resulta entonces necesario precisar en qué consiste la dimensión descriptiva de la inculpación para determinar si tiene méritos propios para ocupar un lugar central en la tesis retributiva.

NINO afirma que la inculpación, bajo la dimensión descriptiva, "describe la relación entre cierta conducta y la intención, decisión, o elección de un individuo".[60] Una posible interpretación de esta definición podría ser que la inculpación tiene por objeto establecer el aspecto subjetivo del accionar de un agente. P. ej., supongamos que X golpea en la cabeza a Y tras una discusión. La inculpación descriptiva sería el medio a través del cual podemos determinar que X golpeó *intencionalmente* a Y, al describir la relación existente entre la conducta llevada a cabo por X (golpear a Y) y la intención de X de hacer tal cosa a raíz de la discusión que mantuvo con Y. Sin embargo, la concepción aséptica de la inculpación resultante de esta interpretación es inadecuada para visualizar el papel que, según NINO, la inculpación cumple para el retribucionismo. Esto es así ya que la inculpación no se limita a establecer una relación causal entre el estado mental de un agente y su conducta (si así fuera, podríamos decir que inculpamos a alguien cuando establecemos que apretó el freno de su auto porque tuvo la intención de respetar las normas de tránsito, lo cual parecería desvirtuar el concepto de inculpación), sino que además tiene un componente valorativo desaprobatorio.

Para tener un concepto más acabado de la inculpación, entonces, resulta necesario conectar la idea de que la inculpación "describe la relación entre cierta conducta y la intención, decisión, o elección de un individuo"[61] con la idea de que "dado que el castigo retributivo se predica de la culpa, *las actitudes subjetivas del supuesto autor devienen esenciales para determinar el valor negativo de las acciones de las personas y, por lo tanto, para determinar su punibilidad*".[62] Así pues, al analizar la definición que brinda NINO sobre la dimensión descriptiva de la inculpación a la luz del papel que, en términos generales, este autor entiende que la inculpación cumple en una concepción retributiva, el resultado es que la inculpación puede ser entendida como un *juicio* que permite determinar la reprochabilidad moral de la conducta realizada por un agente, mediante la evaluación de sus estados mentales.

De este modo, al referirse a la dimensión descriptiva de la inculpación, NINO tiene en mente una concepción *cognitiva* de la inculpación. De acuerdo con esta, la inculpación es un juicio o evaluación que hacemos respecto de un agente en virtud de sus acciones, sus actitudes o su

[60] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[61] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[62] NINO, *supra* nota 23, p. 223. El resaltado me pertenece.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

carácter.[63] Bajo esta acepción, inculpar es hacer un juicio particular o una serie de juicios.[64] Uno de los problemas de esta concepción de la inculpación es que mezcla dos fenómenos distintos: el fenómeno de inculpar a alguien y el fenómeno de juzgar que las acciones de alguien son moralmente incorrectas. En este sentido, COATES y TOGNAZZINI señalan que cuando arribamos a la conclusión de que el accionar de una persona es moralmente incorrecto, ello equivale a realizar un juicio que determina que dicha persona es un objeto apropiado de inculpación, pero podemos formular tal juicio con independencia de que inculpemos a la persona en cuestión. Así, el co-autor de un crimen puede juzgar que su conspirador actuó de una manera moralmente incorrecta y simultáneamente agradecerle o felicitarlo por haber actuado de ese modo, en lugar de inculparlo.[65] Por este motivo, quizás resulte más preciso utilizar la expresión *juicio de reprochabilidad* y no *inculpación*.[66]

De acuerdo con la concepción de NINO, este juicio sobre la reprochabilidad moral de las acciones del infractor recae sobre sus intenciones, elecciones y decisiones (sus estados mentales). Ello es así porque, según su visión, "la culpa depende de la intención";[67] es decir, la reprochabilidad moral de la conducta del agente depende de sus intenciones. Esto se manifiesta en las excusas: cuando un agente obra sin intención —por error, compulsión, etc.— generalmente se lo exonera de responsabilidad.

Asimismo, NINO señala que la inculpación "no necesita asumir el hecho de que la intención, decisión o elección no esté determinada (en el sentido descriptivo) por factores diferentes que otras intenciones, decisiones y elecciones", [68] por lo cual "es totalmente compatible con el determinismo".[69]

Ahora bien, suponiendo que un individuo puede ser responsabilizado por factores que están fuera de su control, ¿por qué la inculpación —entendida como juicio de reprochabilidad— debería recaer sobre las intenciones, decisiones y elecciones del agente? Según la reconstrucción inicial que hace NINO del retribucionismo, la inculpación tiene por objeto a los estados mentales del agente

[63] Ver la entrada de "Blame" de la Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponible en: https://plato.stanford.edu/entries/blame/#EmoTheBla [enlace verificado el 29/02/2020].
[64] COATES, *supra* nota 53, p. 199.
[65] COATES, *supra* nota 53, p. 199.
[66] No obstante, teniendo en cuenta la terminología utilizada por NINO, utilizaré las expresiones *juicio de reprochabilidad* e *inculpación* de manera intercambiable.
[67] NINO, *supra* nota 23, p. 223.
[68] NINO, *supra* nota 23, p. 225.
[69] NINO, *supra* nota 23, p. 226.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

porque esto es lo único que el agente puede controlar. Sin embargo, de acuerdo con el determinismo descriptivo, los estados mentales de un agente no están bajo su control. La pregunta relevante en esta instancia es entonces: "¿Por qué las decisiones, intenciones y elecciones, como opuestas a movimientos corporales del agente, tienen un estatus privilegiado como objeto de la inculpación, si no están necesariamente bajo su control?".[70]

NINO considera dos respuestas posibles. La primera es que, para los propósitos de la inculpación, el agente es equivalente a sus intenciones. Sin embargo, desestima rápidamente esta posibilidad, con el argumento de que "las intenciones de una persona son demasiado superficiales y cambiantes para constituirla".[71]

La segunda respuesta posible es que el reproche recae sobre las decisiones, intenciones y elecciones del agente, no como elementos autónomos, sino como manifestaciones de su carácter. De este modo, la inculpación en definitiva tiene como objeto último el carácter de las personas.

NINO presenta esta posición de la siguiente manera:

> Algunos tratan de justificar el subjetivismo del retributivismo introduciendo la noción de carácter. Aquí la premisa consiste en que culpamos a las personas por el carácter que tienen (culpamos a alguien por el tipo de persona que ella o él es) y el carácter de ese individuo se manifiesta en ciertas intenciones, decisiones y elecciones, todas las cuales pueden resultar en una acción observable.[72]

A esto agrega que

> la teoría del carácter puede dar una descripción más satisfactoria del retributivismo, pero no evita su subjetivismo. Esta teoría meramente amplía el contexto. La evaluación del carácter moral del agente es una evaluación de disposiciones, inclinaciones y capacidades, que se manifiestan a través de deseos, creencias y emociones y eventualmente se materializan en intenciones, decisiones y acciones. Los teóricos de la elección, al elegir la intención como el árbitro de la culpa, identifican correctamente el evento psicológico que es el producto de diferentes

[70] NINO, *supra* nota 23, p. 226.
[71] NINO, *supra* nota 23, p. 226.
[72] NINO, *supra* nota 23, p. 226.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> rasgos de carácter. Pero el teórico de la elección parece no percibir que esta combinación de rasgos de carácter subyace significativamente en la asignación de culpa cuando esta se basa en la intención. Las elecciones del agente deben ser evaluadas, entonces, en el contexto más amplio de los diversos rasgos de carácter.[73]

Conforme la teoría del carácter, "el objeto del castigo es el carácter"[74]. En este sentido, NINO señala que

> lo que sigue a la elección, intención o decisión del individuo (es decir, sus movimientos corporales o la omisión de ellos), no son de ninguna manera relevantes para la culpa (salvo como prueba de la intención del agente). La ocurrencia de estos movimientos corporales o su omisión una vez cristalizada la firme intención de actuar es una cuestión aleatoria y ajena al carácter del agente. Como una variante del retributivismo, la teoría del carácter inevitablemente equipara los delitos consumados con las tentativas posibles o imposibles, rechaza cualquier justificación que no sea la buena intención del agente y castiga expresiones de mala intención que no resulten en un daño externo.[75]

Además de su connotación subjetivista, la otra consecuencia significativa de asumir la teoría del carácter es que el retribucionismo se vincula con un Estado perfeccionista, al infringir los principios liberales de autonomía personal y neutralidad. Al recaer la inculpación —el juicio de reprochabilidad— sobre el carácter defectuoso de los individuos, el Estado se involucra en la evaluación moral de la personalidad de los ciudadanos e impone coactivamente determinados ideales de excelencia personal —ideales sobre lo que constituye "lo bueno"— de manera incompatible con los principios liberales señalados. De esta forma, el retribucionismo resulta una justificación del castigo inadmisible en el marco de un Estado liberal.

Podríamos resumir el argumento de NINO de la siguiente forma: i) para el retribucionismo, la razón que justifica la imposición del castigo es que es intrínsecamente valioso que las personas reciban el castigo que merecen; ii) el merecimiento de un castigo es una función de la culpabilidad en sentido amplio o reprochabilidad moral (*blameworthiness*) del agente; iii) la reprochabilidad moral

[73] NINO, *supra* nota 23, p. 227.
[74] NINO, *supra* nota 23, p. 227.
[75] NINO, *supra* nota 23, p. 227.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del agente se determina a partir de la inculpación; iv) la inculpación recae exclusivamente sobre los estados mentales del agente (sus intenciones, elecciones y decisiones); v) dada la verdad del determinismo descriptivo, la explicación sobre por qué la inculpación recae exclusivamente sobre las intenciones, elecciones y decisiones del agente no puede ser que estas están bajo su control; vi) la mejor explicación es que la inculpación recae exclusivamente sobre las intenciones, elecciones y decisiones del agente porque son manifestaciones de su carácter; vii) ergo, la inculpación tiene por objeto el carácter del agente; viii) dado que la inculpación se dirige contra el carácter del agente, el retribucionismo infringe los principios liberales de autonomía personal y neutralidad; ix) al infringir los principios de autonomía personal y neutralidad, el retribucionismo es inconsistente con el liberalismo.[76]

El primer aspecto problemático de este argumento, que asocia al retribucionismo con el reproche del carácter de las personas, es que NINO arrastra un error conceptual de su argumento según el cual el retribucionismo implica el subjetivismo.[77]

Tal como he reconstruido los dos argumentos, se puede observar que las premisas (i) a (iv) son idénticas. Las diferencias aparecen en las premisas subsiguientes.

En el primer argumento, NINO atribuye a la versión del retribucionismo que pretende criticar, la postura de que la razón por la cual la inculpación tiene por objeto los estados mentales del agente es porque tales estados mentales son lo único que el agente controla. Asumido esto, sostiene que el retribucionismo, así interpretado, implica el subjetivismo. De aquí se desprende su afirmación de que "el subjetivismo del retributivismo deviene en parte de la visión de que el estado mental de un individuo (intenciones, decisiones y elecciones) es lo único que el individuo controla".[78]

En el segundo argumento, NINO sostiene que, dada la verdad del determinismo descriptivo, la razón por la cual la inculpación recae sobre el estado mental del agente no puede ser que esto es lo único que el agente controla, e introduce la idea de reproche contra el carácter del agente como una mejor explicación alternativa. Así, el nuevo blanco de su crítica es el retribucionismo basado en el reproche del carácter. Según NINO, el retribucionismo basado en el reproche del carácter

[76] Agradezco a un réferi anónimo por señalarme un error en una reconstrucción anterior de este argumento.
[77] Distingo estos dos argumentos por una cuestión de orden de exposición, aunque ambos podrían ser reconstruidos como un único argumento complejo.
[78] NINO, *supra* nota 23, p. 224.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

constituye una versión más plausible del retribucionismo, pero el problema del subjetivismo persiste, solo que en un contexto ampliado (pues el carácter suplanta las intenciones, elecciones y decisiones como objeto de la inculpación). Además, el retribucionismo basado en el carácter tiene claras implicaciones iliberales, ya que resulta propio de un Estado perfeccionista que impone coactivamente determinados ideales de excelencia personal, lo que infringe los principios liberales de autonomía personal y neutralidad.

El error común en ambos argumentos reside en las premisas (ii) a (iv), puesto que NINO recorta de manera injustificada el contenido del merecimiento de castigo. Como he señalado anteriormente, según el retribucionismo, para que un agente merezca ser castigado debe (i) haber realizado una acción moralmente incorrecta (ii) de manera culpable. No es suficiente, pues, para que alguien merezca ser castigado, que haya tenido la mera *intención* de hacer algo.

Este error en la conceptualización de las condiciones bajo las cuales resulta procedente el castigo retributivo lleva a NINO a sostener que "existe una conexión esencial entre la visión retributiva del castigo y la evaluación del carácter de las personas, y la institución de la inculpación presupone tal conexión".[79] En apoyo de esta postura, NINO cita la siguiente reflexión de FLETCHER:

> una inferencia desde la mala acción hacia el carácter del actor es esencial para la teoría retributiva del castigo. Un desarrollo más completo del argumento sería el siguiente: 1) el castigo de la mala conducta es justo solo si se mide por el merecimiento del autor, 2) el merecimiento del autor se mide por su carácter, es decir, por el tipo de persona que es, 3) y por lo tanto un juicio sobre el carácter es esencial para la justa distribución del castigo.[80]

El problema de esta visión es que el merecimiento del autor no se mide por su carácter, sino por la gravedad de la incorrección moral que cometió y el grado de culpabilidad con el que obró. Por tanto, la premisa 2) del argumento de FLETCHER al que adhiere NINO es incorrecta.

De acuerdo con lo expuesto, entiendo que el retribucionismo es una teoría que justifica el castigo apelando al merecimiento del infractor, y este se determina en base a la gravedad de la incorrección moral cometida por el infractor y el grado de culpabilidad con el que actuó. Así

[79] NINO, *supra* nota 23, p. 224.
[80] NINO, *supra* nota 23, p. 224.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

interpretado, el retribucionismo no tiene ninguna de las implicaciones problemáticas que menciona NINO. No equipara los delitos consumados con las tentativas posibles o imposibles, ya que los delitos consumados tienen un grado mayor de incorreción moral —y, por ende, de reprochabilidad moral— que las tentativas. Tampoco rechaza cualquier justificación que no sea la buena intención del agente, pues nada impide a un retribucionista valorar factores atenuantes o eximentes de responsabilidad independientes de la intención del agente, que puedan influir tanto en la determinación de la gravedad de la incorrección moral cometida por el agente como del grado de culpabilidad con el que obró.[81] Y, por último, no castiga expresiones de mala intención que no resulten en un daño externo, ya que en tal supuesto no existiría ninguna acción moralmente incorrecta que retribuir.

Ahora bien, lo dicho hasta aquí no es suficiente para desestimar el argumento de NINO. Para ello, es necesario brindar una respuesta superadora sobre cuál es el objeto de la inculpación. Tal respuesta, evidentemente, no podrá ser que la inculpación recae sobre las intenciones, elecciones y decisiones del agente ya que esto es lo único que el agente controla (pues esta idea está en tensión con el determinismo descriptivo); ni que a los efectos de la inculpación el individuo es equivalente a sus intenciones (puesto que, como sostenía NINO, las intenciones de una persona son demasiado inestables para constituirla); ni que en verdad inculpamos al agente por el carácter que tiene y las intenciones, elecciones y decisiones no son sino demostraciones de su carácter (pues este es el argumento que pretendo cuestionar).

Creo que una respuesta posible podría ser la siguiente. Bajo la concepción del retribucionismo que he presentado, la inculpación (entendida como juicio de reprochabilidad o reproche) tiene por objeto las acciones moralmente incorrectas cometidas por el agente de manera culpable. Para establecer si una acción es o no moralmente incorrecta, o si la incorrección moral de una determinada acción es del tipo que resulta relevante para el castigo retributivo, necesitamos un criterio autónomo que funcione como principio de criminalización. Sobre esto diré algo más en el final del trabajo. Por otro lado, para establecer la culpabilidad, las intenciones del agente resultan fundamentales, pues si el agente obró sin intención —por error, compulsión, etc.— no obró de manera culpable y, por ende, aun si hubiera realizado una acción moralmente incorrecta, no se satisfaría el otro elemento constitutivo del merecimiento.

[81] Desarrollaré este punto con mayor extensión al referirme a las excusas *infra*.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ahora bien, aun si mi respuesta fuera satisfactoria, un posible resabio del argumento de NINO sería que mi noción de culpabilidad *presupone* que las intenciones del agente están bajo su control. Ello es así porque, de acuerdo con la concepción de culpabilidad que he presentado, actúa de manera culpable quien decide libremente llevar a cabo una determinada acción. Sin embargo, esta asunción resulta problemática de acuerdo con el determinismo descriptivo, y por tanto la idea de que la inculpación tiene como objeto el carácter de los individuos podría recobrar algo de su atractivo. Veamos este punto con mayor profundidad.

Según una concepción particular de *control,* a la que llamaré *control causal,* las intenciones del agente no están bajo su control. Bajo esta concepción de control, decir que las intenciones *no están bajo el control del agente* equivale a decir que el agente no es la última fuente causal de sus intenciones, puesto que en definitiva estas son el resultado de factores externos a su voluntad, como el ambiente en el que le tocó nacer y su carga genética. Asimismo, la otra consecuencia de adoptar esta noción de control, es que no resulta posible sostener que el agente actúe libremente, pues en definitiva sus acciones se encuentran determinadas de antemano por factores sobre los cuales no tiene control.

Siendo esto así, ¿por qué la culpabilidad del agente debería determinarse sobre la base de sus estados mentales? La respuesta de NINO es que la inculpación recae sobre las intenciones, decisiones y elecciones del agente porque estas son demostraciones de su carácter. De este modo, NINO explica el hecho de que la inculpación recaiga sobre el estado mental del agente recurriendo a la idea de que en definitiva el objeto de la inculpación es el carácter del agente. Creo que todo este derrotero puede ser evitado si reemplazamos la noción de control causal por la de *control agencial*.

Según señala FERRANTE, "el control agencial está relacionado con la relación interna entre agente y acción, una relación tal que la acción sea algo que 'fluye del' agente; algo que él hace y que de algún modo lleva su marca personal". Asimismo, sostiene que "el control agencial puede explicarse en términos de sensibilidad a razones: un agente S controla una acción ø suya si, y solo si, S muestra (algún grado de) sensibilidad a razones al hacer ø".[82]

El concepto de sensibilidad a razones ha sido desarrollado en el influyente trabajo de FISCHER y RAVIZZA.[83] Según estos autores, un agente satisface mínimamente la condición de control necesaria para la responsabilidad moral cuando su acción proviene de un "mecanismo" apropiadamente

[82] FERRANTE, *Filosofía y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 72/73.
[83] FISCHER/RAVIZZA, *Responsibility and Control,* Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sensible a razones. Señalan COATES y SWENSON, que la idea detrás de esta concepción es que, si los mecanismos que generan nuestras acciones no son receptivos a razones a favor y en contra de un particular curso de acción, ni son reactivos frente a dichas razones, no podemos ser responsables por nuestras acciones. Esta forma de plantear la noción de control exigida por la responsabilidad captura de manera plausible la intuición de que la responsabilidad moral requiere (i) que tengamos la capacidad de reconocer razones, especialmente razones morales, y (ii) que tengamos la capacidad de reaccionar frente a tales razones.[84]

Para FISCHER y RAVIZZA, un mecanismo es apropiadamente sensible a razones cuando es "moderadamente sensible a razones". A su vez, para que un mecanismo sea moderadamente sensible a razones, debe ser (i) regularmente receptivo a razones y (ii) débilmente reactivo a razones.[85]

La condición de que el mecanismo con el que actúa el agente sea regularmente receptivo a razones no se satisface con el hecho de que el agente, a través de dicho mecanismo, haya reconocido una razón suficiente para actuar en *una* instancia en particular, sino que lo que se exige es que el agente exhiba un apropiado *patrón* de reconocimiento de razones. Es decir, el mecanismo debe ser receptivo a razones a lo largo de un amplio espectro de escenarios posibles.

En cambio, la condición para que el mecanismo con el que actúa el agente sea débilmente reactivo a razones es menos exigente: lo que se requiere es que, existiendo una razón suficiente para actuar de otro modo, el mecanismo reaccione a esa razón en al menos *un* mundo posible.[86]

La concepción de control como sensibilidad a razones, que denominaré control *agencial* tomando la expresión utilizada por FERRANTE, permite diluir las implicaciones problemáticas que conlleva la concepción de control causal para la determinación de la culpabilidad. Esto es así ya que la explicación sobre por qué tenemos en cuenta determinadas intenciones, elecciones o decisiones del agente para establecer su culpabilidad no necesita asumir que dichas intenciones, elecciones o decisiones estén bajo el control causal del agente.

La consecuencia de adoptar la concepción agencial de control es que, a los efectos de determinar la culpabilidad del agente, resulta central determinar si sus intenciones, elecciones y decisiones

[84] COATES/SWENSON, "Reasons-responsiveness and degrees of responsibility", *Philosophical Studies*, n.º 165, 2013, p. 632.
[85] FISCHER, *supra* nota 82, pp. 243, 244.
[86] FISCHER, *supra* nota 82, pp. 70-7.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

fluyen de un mecanismo moderadamente sensible a razones. Si el mecanismo con el que actúa el agente es moderadamente sensible a razones, podemos decir que sus intenciones, elecciones y decisiones están bajo su control (agencial). A su vez, si las intenciones del agente están bajo su control agencial, es posible establecer que este actúa *libremente* (en el sentido exigido para la responsabilidad moral). De este modo, la culpabilidad de un agente se determina a partir de su estado mental porque ello es lo que nos permite establecer si el agente actuó libremente o con una determinada intención; y el determinismo descriptivo no representa un problema para esta concepción de la culpabilidad puesto que la noción de control relevante no es la ausencia de causación por factores externos (en cuyo caso la conclusión sería que el agente nunca controla sus intenciones y por tanto nunca actúa libremente), sino el grado de sensibilidad a razones que exponga el mecanismo con el que actuó el agente.[87]

Resumiendo, en la versión del retribucionismo que he defendido, el objeto del reproche es la acción moralmente incorrecta cometida de manera culpable por el infractor. Si el agente ha realizado una acción moralmente incorrecta, su culpabilidad se determina evaluando sus estados mentales. Asimismo, el concepto de control relevante para establecer si el agente puede ser responsabilizado por sus acciones no es el de control causal, sino el de control agencial.

Esta versión del retribucionismo resulta preferible a la versión basada en el reproche del carácter en los siguientes aspectos:

a) La idea de que el juicio de reproche —la inculpación— recae sobre el *accionar* del agente refleja mejor la forma que tienen los juicios de responsabilidad relevantes para el castigo retributivo, que la idea de que la inculpación recae sobre el carácter del agente. Esto se manifiesta con especial claridad en el castigo penal, pues las personas son juzgadas y condenadas por haber cometido determinadas acciones que constituyen delitos (*i. e.*, por matar a otra persona, por robar un banco, etc.) y no por tener un mal carácter. Una posible objeción contra este punto podría ser que todo reproche contra la acción de un agente implica, encubiertamente, un reproche contra su carácter. Sin embargo, esto no pareciera ser así: BEADE pone como ejemplo una situación en la que le reprocho a mi compañero de cuarto el hecho de que lavó mal los platos y como consecuencia de ello debo lavarlos yo de nuevo.[88] Según señala este autor, el origen del reproche fue la acción de mi

[87] COATES y SWENSON (*supra* nota 83) han desarrollado una concepción de responsabilidad basada en la sensibilidad a razones que permite distinguir entre distintos *grados* de responsabilidad.
[88] BEADE, *supra* nota 28, p. 233.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

compañero de lavar deficientemente los platos y no, exclusivamente, su carácter. Sin perjuicio de que es posible que mi reproche transmita algo sobre el carácter de mi compañero (que es holgazán o desconsiderado), esto es secundario y contingente: quizás mi compañero tiene un carácter atento y suele ser diligente con sus deberes domésticos, y aun así yo tendría razones para reclamarle su lavado deficiente de los platos en esta oportunidad. En tal caso, mi reproche estaría dirigido a su acción de no lavar los platos y no a su carácter.

b) La concepción que propongo refleja mejor las excusas morales y jurídicas existentes. Una de las consecuencias de la adopción de la teoría del carácter es que un agente es responsable por aquellas acciones que cometió que son expresivas de su carácter, y no es responsable por las acciones que cometió que no reflejan su carácter. Según NINO,

> el gran atractivo de la teoría del carácter reside en el ámbito de las excusas, como la violencia, el estado de necesidad y los desórdenes mentales. Ninguna de ellas niega al agente aquellos deseos y creencias que constituyen su intención. En el caso de la violencia, el agente voluntaria e intencionalmente comete ciertas malas acciones, pero una amenaza hace irrazonable esperar que actúe de otra manera. En el caso del estado de necesidad, la amenaza consiste en cambio en algún peligro objetivo de daño que no es necesariamente mayor que el daño causado por el agente. En el caso de los desórdenes mentales, el agente se encuentra bajo ciertas limitaciones que hacen irrazonable esperar que actúe de acuerdo con prescripciones jurídicas. En todos, se presuponen estándares de razonabilidad y normalidad, y estos estándares no son sobre actos específicos sino que sirven para evaluar inclinaciones, disposiciones y capacidades generales. En otras palabras, son estándares que permiten que separemos ciertos actos e intenciones de rasgos malos de carácter.[89]

De acuerdo con NINO, la ventaja de la teoría del carácter en el plano de las excusas reside en que permite explicar, p. ej., por qué consideramos que no debería ser responsable un sujeto A que se defiende de su agresor B y voluntaria e intencionalmente lo mata en defensa propia. El aparente problema de este supuesto para la concepción de la inculpación que tiene por objeto las intenciones del agente es que, si lo relevante para la culpabilidad es que el agente haya actuado con una cierta intención, de ello se sigue que si el agente actuó con esa intención entonces debería ser responsable.

[89] NINO, *supra* nota 23, p. 226.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el ejemplo dado, A tuvo la intención de matar a B, por lo cual la conclusión debería ser que A es culpable. Sin embargo, dicha conclusión implicaría la negación de la excusa de legítima defensa.

Conforme la teoría del carácter, la explicación de por qué A no actuó culpablemente es que, sin perjuicio de que A actuó con la intención de matar a B, tal acción no es indicativa de su carácter —A no mató a B como expresión de su carácter violento, sino porque su vida estaba en juego—. De este modo, el carácter desplaza la elección como objeto de la inculpación y permite dar cuenta de las excusas existentes.

Contra lo que sostiene NINO, creo que la mayor *debilidad* de la teoría del carácter reside en el ámbito de las excusas, y que la teoría de las excusas basada en la elección constituye un mejor fundamento de las excusas morales y jurídicas existentes.

A diferencia de la teoría de las excusas basada en el carácter, la teoría de las excusas basada en la elección sostiene que un individuo es responsable por las elecciones que ha hecho libremente, y no es responsable cuando no posee la capacidad necesaria para elegir libremente o cuando no tuvo una oportunidad justa (*fair opportunity*) para ejercer tal capacidad.[90] En tal sentido, la excusa de insania y otros desórdenes mentales constituye un supuesto en que el agente no posee la capacidad necesaria para elegir libremente, a la que MOORE llama capacidad de *razonamiento práctico*, mientras que, en los casos de compulsión o estado de necesidad, el agente no cuenta con una oportunidad justa para poder elegir libremente pese a contar normalmente con esa capacidad. Esta explicación es más plausible para dar cuenta de por qué A no debe responder en el caso de legítima defensa planteado más arriba.

Esto se puede ver con claridad con la siguiente modificación del ejemplo. Imaginemos que A odia a B y le gustaría verlo muerto, e incluso se ha planteado matarlo en varias ocasiones, aunque nunca lo ha manifestado. Además, A tiene un carácter vil y se caracteriza por ser una persona resentida y egoísta. Un día B —quien ignora las intenciones de A— decide matar a A y se dispone a hacerlo, pero cuando está a punto de consumar el asesinato, A se defiende y le causa la muerte a B. En tal supuesto, consideraríamos que A no debe responder como autor de un homicidio, pues mató a B actuando con legítima defensa. Sin embargo, tal conclusión no se apoya en el juicio de que la acción de A no es representativa de su carácter —después de todo, la acción de A sí pareciera ser

[90] MOORE, *supra* nota 6, p. 581.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

representativa de su carácter—, sino en el entendimiento de que A no contó con una oportunidad para elegir libremente, pues su vida se encontraba en peligro.

Esta concepción de las excusas es consistente con la versión del retribucionismo que he desarrollado. Conforme lo expuesto más arriba, un individuo actúa culpablemente cuando elige libremente llevar a cabo una determinada acción. A los efectos de establecer si el agente actuó libremente es necesario determinar si pudo controlar sus acciones. Para establecer esto último, la noción de control relevante no es la de control causal (que requiere que las intenciones del agente no hayan sido causadas por otros factores que no sean su voluntad) sino la de control agencial. Bajo esta noción de control, lo que resulta relevante para establecer la culpabilidad del agente —y, como contracara, para negar su culpabilidad cuando resulte aplicable alguna excusa— es que el mecanismo con el que actuó sea o no moderadamente sensible a razones, y no que su carácter sea virtuoso o vicioso. Esta concepción refleja adecuadamente el juicio según el cual quien no pudo elegir actuar de cierta forma (porque no tiene la capacidad necesaria para elegir libremente, o porque su libertad de decisión se vio anulada por circunstancias externas) no actuó de manera culpable.

Por el contrario, la teoría de las excusas basada en el carácter tiene implicaciones claramente contra-intuitivas. Principalmente, la consecuencia de adoptar dicha teoría es que un sujeto que ha decidido libremente cometer una acción moralmente incorrecta que no refleja su carácter quedaría exonerado de culpa, mientras que quien ha cometido una acción moralmente incorrecta representativa de su carácter pero no ha actuado con la capacidad necesaria para decidir libremente, debería ser considerado culpable.

Para ilustrar este punto, MOORE cita el caso verídico de Richard Herrin, un estudiante ejemplar, con antecedentes intachables, que un día mató a su novia por temor a que lo abandonara. El caso es paradigmático porque la acción del sujeto de asesinar a su novia no es representativa de su carácter, y sin embargo nadie cuestionaría que se trata de un individuo responsable que merece ser castigado por tal acción. Una posible respuesta por parte del teórico del carácter sería que el carácter de Herrin es el de una persona insegura capaz de matar a su novia por miedo a que lo abandone, ya que esto es en efecto lo que Herrin hizo. Una respuesta de este tipo identificaría al carácter de una persona con la suma de todas las decisiones tomadas por esa persona a lo largo de su vida.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin embargo, bajo esta lectura, la teoría del carácter colapsaría con la teoría de la elección. Ello es así porque, si una persona fuera responsable por su carácter, y su carácter fuera equivalente a las decisiones que tomó a lo largo de su vida, la conclusión sería que la persona es responsable por sus decisiones, pero esto no diferiría en nada de la teoría de la responsabilidad por elecciones. Por tanto, para que la teoría del carácter tenga alguna relevancia, el carácter debe ser entendido como una *propensión* o *tendencia* a actuar de cierta forma. Es esta la concepción de carácter que NINO tiene en mente cuando sostiene que la teoría del carácter resulta atractiva en el plano de las excusas. Sin embargo, de acuerdo con esta concepción, la teoría de las excusas basada en el carácter trae aparejada la conclusión absurda de que Herrin no debería responder por el asesinato de su novia (pues tal acción no es representativa de su carácter). Esto implica un grave problema, pues una teoría que tiene serias implicaciones contra-intuitivas no constituye una buena explicación sobre la forma en que operan las excusas existentes.

c) Finalmente, el tercer aspecto en el que la concepción del retribucionismo que he propuesto resulta preferible al retribucionismo basado en el reproche del carácter es que aquel no tiene las implicaciones perfeccionistas que tiene este. Recordemos que, según NINO, el retribucionismo basado en el reproche del carácter es propio de un Estado iliberal, en cuanto implica un Estado que se entromete en la evaluación del carácter de los individuos y juzga a quienes poseen un carácter defectuoso por no cumplir con ciertos ideales coactivamente impuestos acerca de qué es lo "bueno". Esto es incompatible con el principio de neutralidad ya que, de acuerdo con este, el Estado debería dejar que los individuos decidan por su propia cuenta qué constituye una buena vida, siempre y cuando no afecten derechos o intereses protegidos de terceros.

En contraste, el retribucionismo basado en la retribución de acciones moralmente incorrectas cometidas culpablemente por individuos responsables resulta *prima facie* compatible con un Estado liberal, siempre y cuando las acciones que constituyen incorrecciones morales pasibles de criminalización sean acciones que afecten derechos de terceros. Esto último depende de la teoría de la criminalización que se adopte. En este sentido, si la concepción del retribucionismo que he defendido fuera complementada con una teoría de criminalización iliberal (una teoría que permita la criminalización de acciones que no afecten derechos de terceros) el resultado sería una teoría incompatible con el liberalismo. No obstante, entiendo que el retribucionismo, tal como lo he presentado, admite la adopción de una teoría de criminalización liberal, como podría ser el

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

moralismo jurídico modesto propuesto por DUFF[91] o incluso el principio de daño formulado por MILL.[92]

Si bien no puedo explayarme sobre las teorías de criminalización en este trabajo, es importante resaltar que el carácter liberal o iliberal del retribucionismo basado en las acciones dependerá de la teoría de criminalización que se adopte. Esto es así ya que, conforme el retribucionismo basado en las acciones, el objeto del castigo es impartir retribución de manera proporcional al merecimiento del infractor, y el merecimiento del infractor se determina por la gravedad de la incorrección moral que cometió y el grado de culpabilidad con el que obró. Si las incorrecciones morales relevantes para el castigo retributivo afectan *necesariamente* a terceros (porque la teoría de criminalización adoptada así lo exige), el retribucionismo implicará únicamente el castigo de quienes hayan realizado tales acciones. De este modo, el retribucionismo resultaría consistente con un Estado liberal.

Esto implica una ventaja del retribucionismo basado en las acciones con respecto al retribucionismo basado en el carácter, puesto que el segundo es necesariamente iliberal en tanto se basa en la evaluación del carácter de los individuos, mientras que el primero puede o no ser liberal dependiendo del criterio que adoptemos para definir qué tipo de acciones constituyen incorrecciones morales criminalizables.

V. Conclusión

Comencé sosteniendo que el retribucionismo, a diferencia de las teorías instrumentalistas, es respetuoso del principio liberal de autonomía personal. Este punto de partida posiciona al retribucionismo en una posición ventajosa respecto de las teorías instrumentalistas, en cuanto a su compatibilidad con el liberalismo.

Establecido este extremo, rechacé los argumentos desarrollados por NINO para sostener que el retribucionismo es incompatible con el liberalismo. En este sentido, argumenté que el retribucionismo no implica el subjetivismo, ya que para que un individuo merezca ser castigado en términos retributivos, debe haber cometido una acción moralmente incorrecta y haber actuado de manera culpable, lo cual excluye el castigo de los meros pensamientos, deseos o intenciones.

[91] DUFF, "Legal Moralism and Public Wrongs", *University of Minnesota Law School: Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 15-17*, 2015.
[92] MILL, *Utilitarianism, On Liberty and Considerations on Representative Government,* London, Dent, 1993.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Asimismo, siguiendo a MOORE, sostuve que el retribucionismo tampoco implica la tesis de que los resultados de las acciones de los individuos son irrelevantes para determinar su merecimiento.

A continuación, rechacé el argumento según el cual la forma más plausible de reconstruir al retribucionismo es como una teoría basada en un reproche dirigido al carácter de los individuos. Sostuve, contra dicha posición, que lo relevante para establecer que un individuo merezca ser castigado no es su carácter defectuoso, sino el hecho de haber cometido una acción moralmente incorrecta y haber obrado de manera culpable. Bajo esta concepción, la determinación de cuáles son las incorrecciones morales relevantes para el castigo estatal se basa en la teoría de criminalización que adoptemos, y la culpabilidad del agente se determina evaluando sus estados mentales. En este punto sostuve que la concepción de control relevante para determinar si un individuo actuó libremente no es la de control causal, sino la de control agencial. Por este motivo, el determinismo descriptivo no representa un problema para la consideración de los estados mentales de un agente como indicadores de su culpabilidad.

Por último, sostuve que el retribucionismo basado en el reproche de las acciones es preferible al retribucionismo basado en el reproche del carácter en cuanto refleja mejor los juicios de reprochabilidad relevantes para el castigo penal, permite explicar de manera más adecuada las excusas morales y jurídicas existentes, y no es necesariamente iliberal.

VI. Bibliografía

BEADE, Gustavo, "Retribución, Inculpación y ¿Perfeccionismo Moral?", Análisis Filosófico XXXV Nro. 2, 2015.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip, *No sólo su merecido: Por una justicia penal que vaya más allá del castigo,* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015

CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006

COATES, Justin/SWENSON, Philip, "Reasons-responsiveness and degrees of responsibility", *Philosophical Studies* 165, 2013

COATES, Justin/TOGNAZZINI Neal, "The Nature and Ethics of Blame", Philosophy Compass 7/3, 2012

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

CORLETT, J. Angelo, "Making Sense of Retributivism", *Philosophy*, Vol. 76, No. 295, 2001

DUFF, Antony, *Punishment, Communication and Community*, Oxford,Oxford University Press, 2003

—, "Legal Moralism and Public Wrongs", *University of Minnesota Law School: Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 15-17*, 2015

FERRANTE, Marcelo, Filosofía y Derecho Penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013

FISCHER, John/ RAVIZZA, Mark, *Responsibility and Control,* Cambridge, Cambridge University Press, 1998

HAMPTON, Jean, "The Retributive Idea", en MURPHY, Jeffrie/ HAMPTON, Jean, Forgiveness and Mercy, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1968

HEGEL, G.W.F., *The Philosophy of Right* (trad. al inglés por T. Knox) Oxford, Oxford University Press, (1821) 1942

—, "Wrong (Das Unrecht)", en TONRY, M. (ed.), *Why Punish? How Much?: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011

HUSAK, Douglas, "Retributivism *in extremis", Law and Philosophy* 32, 2013

LEVY, Ken, "Why Retributivism Needs Consequentialism: The Rightful Place of Revenge in the Criminal Justice System, *Rutgers Law Review* 269, 2014

MILL, J.S., *Utilitarianism, On Liberty and Considerations on Representative Government,* London, Dent, 1993

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

MORRIS, Herbert, "Persons and Punishment", *Monist 52*, 1968

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

MURPHY, Jeffrie, "Marxism and Retribution", en TONRY, Michael (ed.), *Why Punish? How Much?: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011

NAGEL, Thomas, *Mortal Questions*, New York, Cambridge University Press, 1979

NINO, Carlos, "A Consensual Theory of Punishment", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 12, No. 4, 1983

—, *Radical Evil on Trial,* New Haven, Yale University Press, 1996

—, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2007

—, *Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas a los derechos humanos?,* Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2015

—, "Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal" (trad. Susana SÁNCHEZ FERRO), conferencia presentada en Oxford en 1992. Disponible en: https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5570 [enlace verificado el 29/02/2020]

PRIMORATZ, Igor, "Arguments Against the Utilitarian Theory", reimpreso en GORR, M./HARDWOOD, S. (eds.), *Crime and Punishment,* 1995

RAWLS, John, "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review* 64, 3-13.

STRAWSON, Peter, "Freedom and Resentment", en WATSON, G. (ed.), *Proceedings of the British Academy, Volume 48*, Oxford, Oxford University Press, 1962.

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

TONRY, Michael (ed.), *Why Punish? How Much?: A Reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

ZAIBERT, Leo, "Punishment and Revenge", *Law and Philosophy* 25, 2006.

—, *Rethinking Punishment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

DR © 2019. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/