

# ESTADO, CASTIGO Y MUERTE: ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES

Yohan MOLINA\*

---

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2016

Fecha de aprobación: 21 de noviembre de 2016

## Resumen

El siguiente texto tiene el objetivo de plantear varias reflexiones que surgen de la revisión de frecuentes argumentos abolicionistas ofrecidos en la discusión sobre la pena de muerte. El tema de hecho sirve tanto para esbozar algunos aspectos importantes de la fundamentación moral del castigo, como para mostrar el modo en que algunos de los usuales cuestionamientos frente a la sanción capital están contruidos sobre asunciones que parecen conflictivas. Esto no significa la omisión expositiva del carácter problemático de la perspectiva opuesta.

*Palabras clave:* Pena de muerte — Castigo — Estado — Derecho — Voluntad

**Título:** State, Punishment and Death. Some General Reflections.

## Abstract

The following article aims to put forward several objections that arise from revisiting abolitionist arguments against the death penalty. Those objections will highlight significant aspects of the moral foundations of punishment and show how some criticisms towards capital punishment is built upon doubtful assumptions. However, this analysis will fully take into account the arguments raised by those who defend the death penalty.

*Keywords:* Death Penalty — Punishment — State — Law — Will

## Sumario

---

\* Profesor Instructor-becario del departamento de Filosofía Teórica de la Universidad Central de Venezuela (UCV) por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CDCH). Lic. En filosofía (UCV). Estudiante del Cuarto año de Derecho (UCV). Estudiante de la Maestría en Filosofía y Ciencias Humanas (UCV). Agradezco al jurado examinador de la revista sus provechosas recomendaciones y sugerencias. Contacto: yohannolinag@gmail.com.

**I. Un muy breve esbozo del problema del castigo; II. El fin de la vida como retribución; III. El fin de la vida como utilidad; IV. Muerte y voluntad; V. Bibliografía.**

**I. Un muy breve esbozo del problema del castigo**

Proponerse abordar la cuestión de la pena capital es una tarea que por lo delicado de su objeto afronta de entrada una cierta complejidad. El matiz de intelectuales que de algún modo u otro se ha pronunciado sobre ello transgrede las fronteras de cualquier disciplina y en diversas sociedades ha sido objeto de calurosos debates. Centramos nuestra atención en este tema porque más allá de ser una buena oportunidad para revisar algunos conceptos e ideas de carácter jurídico-moral que incumben a esta sensible temática, en especial lo relativo a los fundamentos del castigo, nos parece importante reparar en varias insuficiencias que observamos en frecuentes consideraciones en contra de la pena capital. Por tal razón, en nuestro curso expositivo sin centrarnos en favorecer una respuesta positiva a la pregunta “¿respalda usted la pena de muerte?”, nos preocuparemos por atacar lo que observamos son importantes debilidades de algunas extendidas estimaciones que apoyarían una respuesta negativa. No obstante, destacaremos nuestra creencia sobre la existencia de retos no muy bien atendidos que una buena justificación pro-pena capital debe superar haciendo constar con ello nuestra resistencia a cualquier aspiración de zanjar definitivamente la cuestión. Cumplida esta pequeña aclaración atendamos sucintamente a dos tendencias opuestas que intentan dar cuenta de los fundamentos del castigo —las concepciones retribucionistas y utilitaristas de la pena— para intentar atisbar posibles respaldos al castigo capital.

El aspecto más básico de una perspectiva retribucionista, que desde luego es una posición que admite variedades,<sup>1</sup> es que el castigo es una exigencia moral atendida solamente a la ejecución culpable de determinados actos: la persona culpable de haber causado un acto prohibido *merece* recibir un mal proporcional al producido sin importar las consecuencias que de ello se derive. La pena, como afirmaría KANT, “no puede servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponerse sólo porque se ha delinquido”.<sup>2</sup> El elemento consecuencial es recuperado y dotado de primacía por la concepción utilitarista:<sup>3</sup> el castigo está razonablemente justificado si las consecuencias beneficiosas son

---

<sup>1</sup> BOONIN, *The Problem of Punishment*, New York, Cambridge University Press, 2008, cap. 3.

<sup>2</sup> KANT, *Metafísica de las costumbres* (trad. Adela CORTINA y Jesús CORNILL), Madrid, Tecnos, 1989, [1785], p. 166 (331).

<sup>3</sup> Ciertamente en una presentación general parecería más apropiado hablar de posturas consecuencialistas en vez de concepciones utilitaristas. Lo definitorio de una postura consecuencialista es que “la única consideración relevante para responder a la pregunta por la justificación del castigo es cuáles son las consecuencias que produciría el imponer castigo en

mayores que el mal producido por él. De este modo, la pena encontraría sustento si por medio de ese daño se logra algún fin valioso habida cuenta de la inexistencia de un castigo menos dañino que asegure los mismos resultados. El rango de fines valiosos puede ser variopinto: desde buscar desalentar al infractor para evitar que cometa crímenes futuros o reeducarlo para convertirlo en un “hombre nuevo”, hasta disuadir a otros miembros del entramado social de reproducir conductas similares. Lo importante a tener en cuenta es la ganancia en términos de utilidad que ofrece la pena. La búsqueda de un fin que represente más perjuicios que beneficios posibles o que evite el alcance de otros provechos más apreciables es viso de irracionalidad. Puestas así las cosas, notaremos que ambas posturas para nada clausuran con nitidez la posibilidad de justificar la pena de muerte.

## II. El fin de la vida como retribución

Tal y como hemos señalado, la posición retribucionista considera una exigencia normativa que se le inflija al agresor culpable un mal proporcional al daño producido independientemente de las consecuencias que ello apareje. Visto así, más allá de permitir la pena de muerte parece indicar que es insuficiente cualquier castigo distinto ante delitos como el homicidio, pues, ¿qué pena puede ser lo suficientemente elevada cuando se perfecciona un daño tan grave?<sup>4</sup> Algunos verán en esta aproximación no la realización de alguna exigencia moral, sino la mera expresión del burdo,

---

comparación con el hacer alguna otra cosa en su lugar.” FERRANTE, “Filosofía del Derecho penal”, en FABRA (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2015, vol. 3, cap. 57, p. 2089. De esta manera, lo que las haría variar es la naturaleza de los fines que justificarían el castigo. En el desarrollo expositivo de este trabajo, sin embargo, observaremos tentativamente el espectro de posturas consecuencialistas desde lentes utilitaristas porque pensamos que el valor de las consecuencias que estas posturas generalmente plantean como fines —disuasión, resocialización, rehabilitación, reintegración, etc.—, puede ser entendido en términos del alcance del mayor bienestar. Además, una perspectiva consecuencialista que no tome en cuenta los grados de utilidad de las penas podría estar condenada al silencio cuando el tema es su idoneidad: un fin puesto a secas es tan estéril que no permitiría elegir algún castigo cuando varios de ellos sean capaces de satisfacerlo, y con ello dicha perspectiva no tendría herramientas para rechazar, por ejemplo, castigos que representen daños o cargas mucho mayores que otros castigos menores igualmente aptos para lograr el fin en cuestión. Si bien estas razones nos llevan a preferir hablar de utilitarismo y no de consecuencialismo, estamos lejos de ostentar la pretensión de someter al delgado corset utilitarista cualquier aproximación teórica genuinamente consecuencialista que pueda salirle al paso a tales perspicacias.

<sup>4</sup>Las palabras de un clásico como BECCARIA seguro lograrán producir dudas: “[m]uchísimos miran la muerte con rostro sereno y firme: quién por fanatismo, quién por vanidad, que casi siempre acompaña al hombre hasta más allá de la tumba; quien por una última y desesperada tentativa o de no vivir o de salir de la miseria; pero ni el fanatismo ni la vanidad continúan entre los grillos o las cadenas, bajo el palo, bajo el yugo o en una jaula de hierro, donde el desesperado no termina sus males, sino que los comienza. Nuestro ánimo resiste más a la violencia y los extremos pero pasajeros dolores, que al tiempo y la incesante molestia, porque puede, por así decirlo, condensarse todo él en un momento para rechazar los primeros, pero su vigorosa elasticidad no basta para resistir la larga y reiterada acción de los segundos”, BECCARIA, *De los delitos y las penas* (trad. Juan Antonio DE LAS CASAS), Bogotá, Temis, 2003, p. 43-44.

básico y censurable deseo de venganza.<sup>5</sup> Pero es importante señalar, en primer lugar, que un Estado que aplique los castigos respetando las pautas del debido proceso y atendiendo estrictamente a las condiciones de configuración delictiva —en lo básico, y según las categorías dominantes de la teoría del delito de la tradición continental: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad— prescindiendo del elemento afectivo de los perjudicados, no luce en principio como una entidad presta a la satisfacción de la venganza.<sup>6</sup> Es más, los afectados pueden llegar a carecer del deseo de venganza y el Estado no por ello tiene que omitir la aplicación de las penas. Asimismo, debemos tener en cuenta que el sentimiento de venganza no es una brújula práctica aislada y precisa, sino una manifestación enlazada con la creencia de algún agravio moral, convicción que, es cierto, no viene aparejada con una restricción cuidadosamente perimetrada del impacto de su afectividad asociada en nuestras conductas. Y he ahí lo que pudiera llegar a parecer criticable: entendiendo que la venganza es un estado natural del mundo y por ende no podría ser de suyo “justo” o “injusto”, el inconveniente real sería la satisfacción de este sentimiento porque podría dar lugar a respuestas intuitivamente injustas y reprochables. Sin embargo, de la satisfacción de la venganza lo que podemos tener claro es la exigencia de retribución. Su satisfacción no implica ni demanda analítica o necesariamente excesos en la retribución o la configuración de alguna conducta que pudiera llegar a constituir un castigo “injusto”. Incluso el sentimiento de venganza puede llegar a verse satisfecho por actuaciones punitivas que cuenten con un respaldo justificativo que apele a aspectos preventivos o utilitarios.

El problema fundamental de la perspectiva retribucionista reside realmente en qué tan poderosa puede ser la fundamentación de nuestras creencias normativas sobre la retribución. Aquí creemos necesaria una diferenciación. Para comenzar, se debe contestar satisfactoriamente por

---

<sup>5</sup> CAMUS en un ensayo crítico sobre la pena suprema dice: “[e]l castigo que sanciona sin prevenir se llama, en efecto, venganza. Es una respuesta casi aritmética que da la sociedad al que infringe su ley primordial. Esta respuesta es tan vieja como el hombre: se llama talión [...] Se trata de un sentimiento, y particularmente violento, no de un principio. El talión es del orden de la naturaleza y del instinto, no del orden de la ley [...] Definimos aún la justicia según las reglas de una burda aritmética”. CAMUS, “Reflexiones Sobre la Guillotina” (trad. Miguel SALAHERT), en GUEL BENZU (ed.), *Albert Camus. Obras*, 3, Madrid, Alianza, 1996, pp. 486-487. El profesor español interesado en instituciones punitivas, OLIVER OLMO, asume una perspectiva similar. En una entrevista realizada en 2009 al preguntársele: “¿De qué es reflejo que una sociedad acepte la pena de muerte?” Responde: “De que no prima la idea de justicia, sino la de venganza” (OTTO REUSS, “Entrevista a Pedro Oliver Olmo”, en *Mi Ciudad Real*, 9 de marzo de 2009. Disponible en: <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1812> [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016]).

<sup>6</sup> HEGEL, si bien amparado en un sistema metafísico bastante complejo, pensó algo similar: “[v]enganza y pena se diferencian entre sí en que la venganza es una indemnización ejercida por la parte agraviada, pero la pena es ejercida por un Juez [...] la venganza no tiene la forma del derecho, sino de la arbitrariedad, puesto que la parte agraviada actúa siempre por sentimiento o por impulso subjetivo”, HEGEL, *Propedéutica filosófica* (trad. Eduardo VÁSQUEZ), Caracas, Equinoccio, 1980, p. 42.

qué es en sí justo producirle un mal al sujeto agresor. ¿Se puede entender la corrección de un daño sin considerar sus efectos positivos? ¿Es correcto *per se* aumentar el mal en el mundo?<sup>7</sup> La normatividad intrínseca supuesta en el enlace entre "alguien hace un daño" y "ese alguien *merece* recibir un daño similar" no es ciertamente transparente ni parece tan sencilla de justificar. Pero siendo esto así hemos de notar que el retribucionismo tiene frente a sí una ardua tarea no tanto para apoyar la pena de muerte sino para justificar al castigo como tal; no justificar el merecimiento expresado en el enlace retributivo sería dejar en el vacío el respaldo de la acción frente al sujeto culpable.

Por otro lado, pensamos que un teórico retribucionista debería poder dar un criterio claro que nos permita evaluar la relación de proporcionalidad entre el castigo y el daño por el cual se aplica.<sup>8</sup> Criterio, método o pauta que al estar dotado de un tinte universalista tendría que capacitarnos para señalar que en cualquier lugar bajo similares circunstancias el mismo hecho deberá recibir tal o cual pena que sería equivalente y correcta. Insistir en lo inviable de un proyecto de esta clase puede impulsar la identificación de la pauta de asignación penal con un criterio que no refiera a la proporcionalidad. Para ello debe defenderse la tesis de que la exigencia retributiva no implica una asunción acerca de la equivalencia del contenido punitivo respecto de la conducta por la cual se aplica. De rechazarse esa tesis, es decir, de afirmarse que el retribucionismo es una posición que incumbe tanto a la exigencia del daño como a la proporcionalidad de éste —lo que de hecho es la apuesta más tradicional—, entonces la oscuridad alrededor del criterio de proporcionalidad acusaría un vacío integral en la justificación. Adicionalmente, nos parece que toda justificación estrictamente retribucionista debe aportar argumentos para convencernos, a nosotros como sociedad, sobre el bien que reporta establecer castigos. Esto es un reclamo normativo frecuente a toda perspectiva deontológica: ¿por qué debemos hacer lo debido? ¿Es razonable seguir ciegamente un "deber" a secas, independientemente de nuestra concepción de lo bueno?

En todo caso, llegados a este punto no vemos una restricción que de antemano limite la instauración de la pena capital. Todo dependerá, más allá de la respuesta al reclamo normativo, de la suficiencia de la teoría acerca del carácter intrínsecamente debido del suministro de daño a

---

<sup>7</sup> NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos aires, Astrea, 1989, [1984] pp. 449-450.

<sup>8</sup> RABOSI, "Sobre la justificación moral de las acciones: El tema del castigo", en *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 4, n.º 10, 1970, p. 16.

quien hace ciertos daños junto al rigor de la justificación y el alcance de la pauta de asignación penal —recordando que sería posible prescindir críticamente del tamiz de la proporcionalidad cuando se defiende su separación de la fundamentación del merecimiento moral expresado en el vínculo retributivo—. Pasemos a examinar entonces la concepción utilitarista del castigo y su posible respaldo o rechazo a la pena de muerte.

### III. El fin de la vida como utilidad

Para el utilitarismo el castigo sólo está justificado si implica mayores consecuencias valiosas que el mal que conlleva.<sup>9</sup> De esto se desprende que un utilitarista, en su afán maximizador de bienestar, optará por castigos menos dañinos si surgen como medios efectivos para alcanzar la misma cuota de beneficio. Por tal motivo, la cuestión sobre la defensa de la pena de muerte desde un fundamento de este tipo dependerá de los argumentos que estén en contra o a favor de reconocer en el daño que ella inflige un medio insustituible o necesario para lograr un bien mayor. Para ello el utilitarista deberá afrontar el complejo reto de presentar lo que entiende por utilidad,<sup>10</sup> establecer una jerarquía de fines valiosos y especificar muy bien el cómputo daño-beneficio para así embarcarse en el asunto de apreciar si la pena representaría un medio propicio para lograr determinado bien, y si no habría otra pena menos perjudicial que asegure ese bien. Señalaba BECCARIA que “[p]ara que una pena sea justa no debe tener más que los grados de intensidad que basten para apartar a los hombres del delito”.<sup>11</sup> Podemos apresuradamente advertir, por ejemplo, que en tanto se arrase con la existencia de un asesino nos aseguramos

---

<sup>9</sup> A modo general podemos decir que el utilitarismo clásico, delineado a través de los aportes de BENTHAM y MILL, se caracteriza por tres elementos: 1) Las acciones se juzgan correctas o incorrectas estrictamente a causa de sus consecuencias y no por algún tipo de valor o virtud inherente; 2) Lo que sirve para evaluar el valor de las consecuencias es el nivel de felicidad o bienestar que producen; y 3) El bienestar o felicidad de cada persona cuenta como igualmente importante, y con esto se niega que existan diferencias o privilegios personales en cuanto a la valoración de las consecuencias. Vid. RACHELS, *Introducción a la filosofía moral* (trad. Gustavo ORTIZ MILLÁN), México, Fondo de Cultura Económica, 2006, [2003], pp. 164-165. Como es bien sabido, para responder a varias objeciones planteadas a esta aproximación clásica se han propuesto algunas distinciones y modificaciones. Nos referimos fundamentalmente a la separación entre el utilitarismo del acto y el utilitarismo de la regla. Según la última versión, la formulación clásica del utilitarismo apareja muchos problemas en la medida en que se maneja bajo la suposición de que cada acción debe ser evaluada teniendo en cuenta el principio de utilidad, pero estos problemas serían en teoría soslayables cuando partimos de una base distinta y reconocemos en el principio de utilidad una *guía para escoger reglas*, no actos particulares. Notaremos luego que esta percepción del utilitarismo fue la vía que filósofos como RAWLS tomaron para abordar el problema del castigo.

<sup>10</sup> Lo más plausible es que se reduzca esto a un estado mental, pero de todas maneras habría campo para la elección. ¿Un placer inmediato o un placer futuro? ¿Una mezcla de ambos? ¿Lo es acaso la satisfacción representada por el sentimiento de convicción acerca de un bien futuro?

<sup>11</sup> BECCARIA, *supra* nota 4, p. 43.

plenamente de que él no siga haciendo daño: una vida menos nos permitiría preservar muchas otras. El utilitarista pro-pena capital preocupado por perfeccionar sus razonamientos sentirá tentación por ir más allá y dirá que es mucho más efectiva que una sentencia de encarcelamiento porque con la mera privación de libertad del homicida tal vez nos aseguramos de que él no tome más vidas, pero con su aniquilación aseguramos que él no arrebathe más vidas y obtendríamos un efecto disuasorio mayor para posibles malhechores, lo que incidiría en la disminución de asesinatos. Esto naturalmente puede parecer criticable. Por ejemplo, HART expone de manera más o menos cuidadosa en su obra *Punishment and Responsibility* algunas dudas que pueden mitigar cualquier desmedido ímpetu utilitarista. HART sospecha que detrás de estas ideas preventivas del castigo capital está una noción de malhechor deliberante que no sería del todo certera. Para el atacante la perspectiva de morir surge como una simple posibilidad, no sería ni cercana ni cierta para él, y si a eso le aunamos el hecho de que incluso en países ciertamente preocupados por la seguridad de sus ciudadanos no es muy alta la posibilidad real de que sea ejecutado alguien culpable de un delito capital, entonces el vigor disuasivo no mostraría una ventaja apreciable frente a otras sanciones.<sup>12</sup> De igual forma, muchos homicidios se producen por motivos donde no importa o no representa una intervención directiva la previsión de costos o el cálculo de consecuencias —homicidios impulsivos—. Ello sin contar el interesante caso de quienes se pueden sentir estimulados por la pena de muerte para matar:

“El uso de la muerte por parte del Estado puede disminuir, no apoyar, el respeto por la vida. Un gran número de asesinos son mentalmente inestables y al menos en ellos el simple pensamiento de la ejecución, el drama y notoriedad de un proceso, el aspecto gladiadoresco del asesino luchando por su vida, puede operar como una fuerza de atracción, no de repulsión. Hay casos reales de asesinatos así motivados y las teorías psicológicas basadas en ellos deben ser sopesadas frente a la teoría de

---

<sup>12</sup> HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2008, [1968], pp. 86-87. Apoyándose en una base similar, DONOHUE y WOLFERS comentan que el argumento que apoya el carácter disuasorio de la pena de muerte es cualitativamente razonable pero su significado cuantitativo puede ser menor. Por ejemplo, en Estados Unidos la relación entre el número de asesinatos por año y sentenciados a muerte es minúscula. DONOHUE/WOLFERS, “Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate”, en *Stanford Law Review*, vol. 58, 2005, p. 795. Consideramos que los autores hacen bien en destacar la diferencia entre aspectos “cualitativos” y “cuantitativos”, sobre todo cuando pretendamos decir algo del efecto de los castigos porque nos alertaría de despachar sus potencialidades preventivas al tomar en cuenta sólo uno de esos elementos. La severidad de los castigos y la probabilidad de su ejecución son un binomio importante para dar cuenta de su efecto disuasorio. Colocar la mayor parte de la balanza en algunos de esos dos aspectos —como parece hacer HART al volcar su argumentación hacia el aspecto cuantitativo— reflejaría una cierta miopía.

que el uso de la pena de muerte crea o reafirma nuestra inhibición contra el homicidio”.<sup>13</sup>

No obstante, a las sugerencias de HART le caben algunos comentarios. Primeramente, parte de su ataque al valor disuasivo del castigo capital se vale de elementos externos a la presentación del castigo como tal. Es decir, cuando pretende cuestionar la permeabilidad del castigo en las determinaciones prácticas de los hipotéticos delinquentes a lo sumo lo que llega a reprochar es el debilitamiento de la influencia del aspecto punitivo en la conducta eventual de los individuos que se deriva de la transigencia de los mecanismos institucionales de reacción criminal. Este argumento de HART sobre la ineficacia social de la pena de muerte tiene su punto fuerte en factores empíricos de aplicación normativa y, por ende, sólo podría servir para achacar las falencias de los sistemas de justicia. Una cosa es el impacto que pueda llegar a implicar una amenaza de extinción y otro problema muy distinto es la disminución de este impacto dado el nivel de competencia que tenga un Estado para hacer sentir al eventual delincuente que la muerte es una posibilidad cercana y cierta, ora por su flexibilidad para ejecutar la pena capital cuando es posible hacerlo, ora por la ineptitud de sus cuerpos de seguridad en las tareas de captura; pero esto ya no sirve para dismantelar la calidad disuasoria del castigo capital. Es difícil evaluar la influencia de un castigo si no hay robustas garantías de su aplicación. Estamos de acuerdo con la consideración implícita de HART de que la inaplicación punitiva incide negativamente en el aspecto disuasorio del castigo supremo —aunque realmente parezca ser así para cualquier castigo—, pero la nebulosidad que para los malhechores pueda existir alrededor de la ejecución de la legalidad no debilita la idea de que la pena capital es un elemento de distinguido alcance disuasorio. El nivel de incerteza no provendría de la pena sino de nuestra incapacidad para hacerla efectiva, por eso pensamos que el argumento de HART tendría un mejor derrotero si profundizara en una opción distinta, a saber, aquella que defienda la imposibilidad o extrema dificultad para todo Estado de alcanzar el perfil de eficiencia requerido para que la pena de muerte genere importantes frutos disuasorios.<sup>14</sup> Y no tan sólo eso: tendría que indicar, por mor del postulado

---

<sup>13</sup> HART, *supra* nota 12, p. 88.

<sup>14</sup> Desatender el hecho de que los elementos externos al castigo no agotan su potencial disuasorio a pesar de poder afectarlo sustancialmente no es un descuido únicamente endosable a HART. En un competente trabajo sobre los fundamentos del castigo, RABOSI no disimula su simpatía por una crítica “poderosa” de MABBOT dirigida a la tesis utilitarista, que puede ser resumida así: el castigo como tal no previene o desalienta. Vid. RABOSI, *supra* nota 8, p. 13. Lo que lograría este fin son actividades como la publicidad y difusión que se le da a la aplicación del castigo y esta clase de elementos son externos al castigo como tal. De esta manera, la fórmula utilitarista sobre la justificación del castigo asida al logro de efectos provechosos debe ser puesta en duda siempre que de otros elementos distintos del castigo dependa su alcance. Por nuestra parte, debemos confesar que se nos hace realmente arduo apreciar la bondad del argumento.



utilitario, por qué esa conclusión favorecería o no afectaría negativamente penas distintas como la de encarcelamiento, lo que serviría para respaldar que éstas pueden estar en un nivel similar o superior en cuanto a su poder de disuasión —lo que no parece tan sencillo pues, por evocar una consideración ya asumida, los niveles de impunidad incidirían desfavorablemente en todas las penas—. <sup>15</sup>

El filósofo inglés a su vez sugiere que no tiene mucha penetración en la dirección de conductas la estimación de consecuencias cuando un asesino mentalmente sano actúa impulsivamente. <sup>16</sup> Haré dos comentarios al respecto: 1) No estamos para nada seguros de que en el balance general de asesinatos en cualquier país los crímenes del tipo aludido ocupen el mayor registro, por lo que no podemos asegurar que sea un elemento que ataque los posibles y provechosos logros que la naturaleza disuasoria de la pena de muerte pueda alcanzar. El mismo argumento valdría para el caso del asesino "inestable" motivado por el proceso relacionado con la ejecución. 2) Quizá un utilitarista con cierta afición por la psicología proponga revisar cómo nuestro bagaje afectivo puede verse hondamente influido por componentes de carácter religioso, institucional, cultural o educativo. Pensar que en un individuo elementos como el fuerte temor de tipo religioso o el profundo sentimiento de respeto por la vida del otro cultivada e internalizada en su crianza puedan llegar a condicionar su inhibición de actuar conforme con los específicos y casuales picos impulsivos no parecería ser descabellado. Si ello es así, ¿acaso nuestro instinto básico de supervivencia y natural temor a la muerte no pueden generar un efecto similar cuando tenemos un eficiente Estado que crea una extendida certeza sobre el fin de la vida de los homicidas? Ordenadas de este modo las cosas, el hecho plausible de homicidios impulsivos tal vez

---

¿Realmente debe llevarse el crédito la difusión y publicidad del castigo? Claramente que la difusión puede aumentar la fuerza disuasiva de las penas pero lo hace en virtud de la sustancia de las penas. ¿Cómo va a ser un elemento distinto del castigo lo que desalienta si la disuasión tiene impacto realmente gracias al contenido de lo que se comunica? Por más abundante que sea la publicidad y difusión que posea el castigo de encarcelar por una semana a los culpables por homicidio, seguramente esa práctica informativa no será de mucha ayuda para los fines de la disuasión. Es más, esa práctica podría alentar la ejecución del delito cuando potenciales delinquentes sopesen las implicaciones de su comisión, incluso cuando conserven altísimas sospechas sobre su aprehensión. Visto así, los mecanismos de difusión no deben colapsar el protagonismo cuando hablemos de disuasión, elemento que se pensaba era "falsamente" adjudicada a los castigos, sino los que amplían o disminuyen el poder disuasorio pertenecientes al contenido de los castigos.

<sup>15</sup> Aceptemos que la eficacia preventiva de las penas se ve afectada por la incapacidad del Estado para atrapar a los culpables. Si es así, entonces proponer una pena en teoría menor a la pena de muerte —encarcelamiento— para los mismos delitos es problemático dado que dicha incapacidad también le afectaría. Entendiendo que ambas opciones se encontrarían perjudicadas, cabría preguntar cuál sería más disuasoria dentro del contexto de inestabilidad aplicativa descrito; a primera vista pareciera que, por la gravedad del contenido mismo de la sanción, la pena de muerte tendría algún peso mayor.

<sup>16</sup> HART, *supra* nota 12, p. 87.

sería un factor que lejos de ser un punto fuerte para los críticos mutaría en un bastión argumentativo a favor de la pena capital: su aplicación rigurosa podría implicar un efecto inhibitorio que repercutiría en la disminución de *esta clase* especial de asesinatos.

Un argumento de cierto calado que un opositor a la pena podría presentar, y que volvería a su favor la importancia de tener en cuenta los aspectos cuantitativos y cualitativos de las penas, es que si bien la intensidad de las sanciones tiene un importante impacto disuasorio, la promesa cierta de castigo también es un factor de gran peso, por lo que apelar a las sanciones más graves tal vez no sea el mejor recurso en términos de cálculo utilitario para lograr determinado resultado: tener la seguridad de vivir treinta o cincuenta años tras las rejas, incluso el resto de la vida,<sup>17</sup> con lo que se hace plausible mayor tiempo de reclusión, podría tener el mismo resultado disuasorio que la pena de muerte y ofrecería un perjuicio a primera vista menor. De tal modo, el utilitarista contrario a la pena capital podría concentrar su énfasis en el ataque a las tasas de impunidad y luego en la revisión de la dimensión del daño estatal.

Por otro lado, parece sensato no confiarle mucho a las estadísticas, independientemente de la apariencia de sus resultados para apoyar o no el carácter disuasorio de la pena de muerte,<sup>18</sup> porque el cuestionamiento de utilidad tiene que considerar las condiciones pertenecientes al ámbito de aplicación del castigo. Debemos tener en cuenta que la presentación de datos empíricos recogidos a partir de circunstancias considerablemente distintas tal vez puede menguar su pertinencia para la argumentación en casos determinados: las respuestas frente a la amenaza de castigo pueden variar notoriamente cuando haya marcadas diferencias institucionales y socio-culturales. Es más, y como el propio HART también indica, no parecen ser muy confiables las estadísticas que se basan en los

---

<sup>17</sup> Aunque el cambio de la pena de muerte por la prisión perpetua pudiera llegar a ser objetable puesto que implicaría una carga innecesaria para los contribuyentes el mantenimiento de un presidio sumamente costoso. Vid. CORLETT, *Responsibility and Punishment*, Dordrecht, Springer, 2006, p. 146. Cuestiones de este tipo hacen perentoria la justificación de una noción de utilidad y de un sistema de jerarquización y ponderación de utilidades.

<sup>18</sup> En un artículo muy conocido EHRlich estableció que “la relación de compensación entre la ejecución de un transgresor y la vida de potenciales víctimas que pudieron ser salvadas fue de un orden de magnitud de 1 a 8 para el período que va de 1933 a 1967 en los Estados Unidos”. Vid. EHRlich, “The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death”, en *The American Economic Review*, vol. 65, n.º 3, p. 398. Como es sabido, éste ha sido fuertemente criticado: vid. BOWERS/PIERCE, “The illusion of deterrence in Issac Ehrlich's research on capital punishment”, en *Yale Law Journal*, N.º 85, Dec. 1975, pp. 187-208; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Error capital. La pena de muerte frente a los derechos humanos*. Madrid, Edai, 1999; La pena de muerte: preguntas y respuestas, abril de 2007, Índice AI: ACT 50/010/200, pp. 24-26. No obstante, posteriormente ha habido una gran cantidad de estudios basados en progresivos desarrollos econométricos que avalarían el carácter disuasorio de la pena de muerte. Vid. SUNSTEIN/VERMEULE, “Is Capital Punishment Morally Required? The Relevance of Life-Life Tradeoffs”, en *John M. Olin Law & Economics*, Working Paper n.º 239 (2D SERIES), marzo de 2005, pp. 8-10.

datos obtenidos a partir de la introducción o la abolición de la pena en la misma área. Dos elementos motivan la desconfianza en su caso:<sup>19</sup> 1) En muchos países la abolición formal viene después de un largo periodo de desaplicación gradual, lo que hace sumamente complicado determinar cuándo la pena de muerte deja de ser en la práctica una verdadera amenaza; 2) Incluso cuando pudiera llegar a ser conocido el punto en que la pena deja de ser o se convierte en una seria amenaza, su efecto sobre los criminales probablemente sea a largo plazo. Es poco probable, por ejemplo, que en la mayoría de países haya una fila de asesinos esperando ansiosamente sólo por la desaplicación de la pena de muerte para cometer sus fechorías.

Sin demérito de lo anterior, lo que realmente parece ser el problema central de las estadísticas fue ya insinuado por MILL:

"En cuanto a lo que se llama el fracaso de la pena de muerte: ¿Quién es capaz de juzgarlo? Conocemos parcialmente a quienes no ha disuadido; pero ¿existe quien pueda conocer a quién ha disuadido, o a cuántos seres humanos ha salvado y que se habrían convertido en asesinos si esta terrible asociación [nota del editor: se refiere a la asociación del asesinato, como conducta, con la pena de muerte como consecuencia] no hubiese acompañado a la idea de asesinato desde la más temprana infancia?"<sup>20</sup>

Estimamos que la insinuación hecha por MILL lejos de poder apoyar o debilitar postura alguna acerca de la pena de muerte basada en consideraciones utilitaristas, de hecho implica cierto detrimento para el utilitarismo como opción general justificativa.

Así aumente, se mantenga o disminuya la tasa de delitos en cualquier caso de implantación del castigo, saber el número de personas que se abstuvieron de delinquir por disuasión capital, dato seguramente crucial para cualquier métrica de utilidad, es en extremo poco plausible por no decir imposible: no esperemos que acudan a registro todos aquellos que desistieron de cometer un crimen por temor a ser ejecutados. Indicado este síntoma y negada cualquier esperanza de encontrar un soporte que exhaustivamente ofrezca certeza en torno al impacto real del castigo en las resoluciones prácticas de los individuos, opinamos que la única vía disponible sería que los

---

<sup>19</sup> HART, *supra* nota 12, pp. 83-84. HART desconfía también de algunas estadísticas que comparan sociedades semejantes.

<sup>20</sup> MILL, "Speech in Favour of Capital Punishment", en SINGER (ed.), *Applied Ethics*, New York, Oxford University Press, 1986, p. 100.

argumentos utilitaristas en la discusión de los ejemplos históricamente ubicables, independientemente de la sangre partidaria que les transite, tendrían que dirigirse al rechazo o respaldo suficiente de los distintos factores externos a la amenaza de sanción que pudieron influir causalmente en las consecuencias empíricamente medibles. Esto quiere decir que el camino sería tratar de sustentar por vía oblicua la conexión o falta de conexión entre la pena mayor y los efectos posteriores. Imagínesse que luego de instaurada la pena de muerte los crímenes que buscaban evitarse aumentan. Un utilitarista contrario a la pena capital, reconociendo su incapacidad para saber del efecto disuasorio real —tal vez con la inexistencia de la sanción la cuota de delitos sería todavía mayor al registrado por ese aumento—, no puede optar ya por atacar de inmediato la ineficacia disuasiva de la pena y tendría que presentar y justificar apropiadamente un argumento que guarde similitudes con la reflexión hartiana del “inestable” movido por la pena de muerte para delinquir: habiéndose *descartado* razonadamente algún otro factor que impulse la nueva oleada de crímenes, entonces existe el camino abierto para aducir que la propia postulación de la pena de muerte animó en vez de disminuir la producción de delitos. Por el contrario, frente al escenario descrito, el utilitarista a favor de la pena capital que ahora sabe que los datos delictivos no impugnan directamente el alcance efectivo de la pena de muerte, deberá apelar a una respuesta que informe de un factor distinto al establecimiento de la sanción que logre explicar el ascenso y argumentar que sin la pena de muerte las tasas serían mayores.

Ahora imagínesse que luego de implantado el castigo capital se alcance la disminución deseada de las cifras delictivas. Como eso no significa el éxito utilitarista de la pena puesto que, repetimos, las estadísticas nos informan sólo de los casos en los que falla la disuasión, el utilitarista a favor de la pena debería esforzarse en señalar que no existe otro motivo que incida en la disminución de las cifras, haciendo de este modo fornida la suposición de que ello se debe a la promesa de condena fatal. El escéptico sobre la sanción que no se desanima por estas cifras al entender la imposibilidad cognoscitiva harto señalada necesitará, por su parte, argüir que el descenso estadístico se debe a factores diferentes del castigo supremo.

Es evidente que al incluir estas exigencias la disputa en términos utilitaristas se tornaría muchísimo más compleja, quizás infructuosa si se asumen tales exigencias con total seriedad. En general, acoger la enorme serie de variables que pueden estar en juego y satisfacer los requisitos que pudieran considerarse necesarios para soportar alguna inferencia sobre el efecto de la pena de muerte basada en datos empíricos, son factores que elevan descomunadamente la dificultad de alcanzar conclusiones. No en vano el comité encargado del estudio del impacto disuasorio de la

pena de muerte del Consejo Nacional de Ciencias de los Estados Unidos, en su informe del año 2012, concluyó que "la investigación hasta la fecha sobre el efecto de la pena capital no informa sobre si la pena capital disminuye, aumenta o no tiene efectos sobre las tasas de homicidio".<sup>21</sup> Por ello, el comité no recomienda el uso de esos estudios para apoyar juicios sobre el efecto de la sanción capital en la tasa de homicidios y, por lo tanto, afirma que no deberían influir en las políticas en torno a la pena capital.

Para la discusión sobre su instauración o permanencia es menester sumar otro significativo elemento: debido a la magnitud del daño que está sobre la mesa, en el vaivén discursivo respecto de la utilidad del castigo capital la carga de otorgar los argumentos decisivos recaería sobre quien alega que la pena es más beneficiosa que dañina, y que no hay otro medio menos nocivo igualmente provechoso que asegure el beneficio.<sup>22</sup> De este modo, para justificar su aplicación *no* bastaría recalcar que no se ha demostrado eficazmente que es más perjudicial que útil para la sociedad. Es necesario advertir, además, otro asunto que creemos de importancia para la disputa en términos utilitaristas: ninguna noción de bienestar puede descuidar el aspecto provechoso resultante de satisfacer las demandas culturales y los sentimientos generales exhibidos por una sociedad, requerimientos sociales que pueden exigir o rechazar enérgicamente la muerte de ciertos infractores. Esta opinión resalta distintos aspectos y matices que deben ser tenidos en cuenta al analizar una cuestión tan enredada como la pena de muerte.

También deben ofrecerse reflexiones sobre otro punto importante. La aparición del requisito de culpabilidad en el significado del castigo, pues lo entendemos como la provisión intencional de daño a un sujeto por el hecho de ser culpable de alguna conducta prohibida,<sup>23</sup> no ha de ser algo

---

<sup>21</sup> COMMITTEE ON DETERRENCE AND THE DEATH PENALTY – NAGIN D.S./PEPPER J.V. (eds.), *Deterrence and the Death Penalty*, Washington, The National Academies Press, 2012, p. 2.

<sup>22</sup> NINO, *supra* nota 7, p. 459. También se deja ver este requisito en HART, *supra* nota 12, pp. 88-89. Notamos así que la carga justificativa para el utilitarista que está a favor de la pena capital sería doble. El crítico sólo tendría que impugnar adecuadamente alguno de los dos puntos.

<sup>23</sup> RABOSI, como otros tantos autores, plantea dudas alrededor del parcelamiento semántico de la expresión "castigo" efectuado por la inclusión de la noción de culpa dentro de sus condiciones de uso puesto que le resulta *ad hoc*. Vid. RABOSI, *supra* nota 8, p. 26. Sin embargo, las razones que ofrece el autor argentino no son para nada terminantes, e incluso corren el peligro de abrirse tanto que harían admisible usos del término inmediatamente achacables. Desde esta perspectiva cualquier práctica cuando produce un daño es buena candidata de predicación punitiva, lo que creemos contraviene el aspecto reactivo que con fuerza privilegiamos cuando pensamos qué es castigo. Si en las prácticas lingüísticas algunas veces resulta natural usar el término "castigo" motivado por el cumplimiento de algunos de sus requisitos de aplicación —ejercer un daño—, no estamos autorizados a inferir que éste sea un uso apropiado. Una cosa es proveer un castigo y otra cosa es infligir un daño aunque lo primero suponga lo segundo. Además, RABOSI parece soslayar el hecho de que el sostenimiento del vínculo retributivo demanda una fundamentación. Ciertamente, el pensador argentino llegó a

que perjudique al utilitarismo y favorezca al retribucionismo, idea que puede originarse dado que este último precisamente concibe el castigo como una respuesta debida frente a un acto culpable mientras que la formulación del principio de utilidad como tal no toma en cuenta la culpabilidad sino que se concentra en el beneficio de consecuencias futuras. No existe clase alguna de asunción teórica aun cuando llegamos a aceptar que el castigo es ya retributivo en su significado. Se debe reparar en dos cuestiones cuando reconocemos ese temple semántico: 1) El hecho de que el elemento retributivo opere en el significado del castigo no significa que la *justificación* de la normatividad intrínseca de dicha relación retributiva, el merecimiento surgido de la culpa del infractor, sea exitosa. Es más, si amparamos una noción retribucionista que no se limite a la justificación de la vinculación moral entre un acto cometido y un daño merecido, abarcando, por tanto, la cualidad de equivalencia o proporcionalidad de los específicos daños a transmitirse, entonces el mero hecho de mostrar que es en sí justo dañar a quien hace daño no implicaría que haya tal cosa como una justificación retribucionista satisfactoria: desde esta perspectiva, y como indicamos anteriormente,<sup>24</sup> ni siquiera respaldar filosóficamente la carga retributiva inherente al significado del castigo engazaría con el éxito integral de la justificación retribucionista. 2) El utilitarista por su mirada consecuencialista del problema sufre la continua, y en principio poderosa, objeción de que posibilita el “castigo” de sujetos inocentes cuando ello pueda generar más beneficios que daños.<sup>25</sup> Sin embargo, ésta a lo sumo sería una objeción dirigida al utilitarismo

---

afirmar que el retribucionismo puede dar cuenta de la justificación moral de castigos particulares, pues demandaría que se deben castigar sólo a los sujetos culpables de quebrantar las reglas. Vid. RABOSI, *supra* nota 8, p. 30, pero ello no significa que se justifique la conexión moral característica del castigo. Es decir, tal como lo entendemos, RABOSI en su exposición al final presenta al retribucionismo relacionado con la justificación de la aplicación de una norma en un caso específico, pero lo que tiene relevancia filosófica es dar cuenta de la retribución esencial que comporta a los castigos como tal y no sólo hacer referencia a la aparición de la retribución en el respaldo justificativo de actuaciones individuales —idea aferrada a una separación entre justificación de prácticas sociales y justificación de prácticas particulares defendida por pensadores como RAWLS—. El enlace retributivo puede estar presente en la justificación moral de la aplicación de penas particulares pero esto no quiere decir que el vínculo esencial al castigo esté a su vez justificado. Llegar a decir que la justificación de la aplicación de una pena particular es moralmente aceptable porque incluye la aspirada respuesta punitiva frente al culpable *no responde al cuestionamiento sobre por qué es justo dañar al culpable*. ¿El mero hecho de que el castigo lo imponga una norma socialmente instituida justifica moralmente que se le haga daño al infractor?

<sup>24</sup> RABOSI, *supra* nota 8, pp. 5-6.

<sup>25</sup> CARRIT formula un ejemplo clásico. Señala que ante una situación caracterizada por la imposibilidad de hallar a alguno de los sujetos culpables de una oleada creciente de crímenes extremadamente crueles, puede ser ejemplificador y exitosamente preventivo ejecutar públicamente a un sujeto inocente cuando su incriminación proyecte infundir la creencia de su culpabilidad. Vid. CARRIT, *Ethical and Political Thinking*, Oxford, Clarendon Press, 1947, p. 65. Una argumentación similar se encuentra en McCLOSKEY, “A Non-Utilitarian Approach to Punishment”, en *Inquiry*, vol. 8, 1965, p. 256. El ejemplo de CARRIT, no obstante, es insuficiente y vago en la medida en que su éxito reside en la presentación de un caso particular sin discutir la institucionalidad de trasfondo. Y es sumamente difícil justificar desde un plano utilitarista una institución que avale esas prácticas y faculte sujetos para ello debido a los inconvenientes que genera una defensa alrededor del provecho general, sostenido y futuro que dicha institución concedería a la sociedad. Para una adecuada presentación de

como teoría fundamental sobre nuestros cursos generales justificados de acción y la perspectiva básica de nuestras instituciones, mas no una objeción al utilitarismo que se pronuncia sobre cuál debe ser el trasfondo justificativo de los castigos apropiados. Ambos pretenden lo mismo: el aumento máximo del beneficio para el mayor número y la menor producción de daño. No obstante, el último ya asume el elemento retributivo dada la carga semántica del término "castigo" sin pronunciarse sobre los vínculos que establece. Si se afirma que una justificación utilitarista del castigo es insuficiente porque permitiría el maltrato de inocentes, tal afirmación nunca se dirigió a una perspectiva utilitarista de los castigos puesto que la pregunta que ésta intenta responder está concentrada en el tratamiento adecuado de los sujetos culpables. En el lenguaje de HOBBS, y salvando las diferencias, cuando se inflige un mal sin anteceder la transgresión de normas no habría castigo sino hostilidad.<sup>26</sup> Es previsible que la crítica señale que cuando se propone al utilitarismo como alternativa normativa fundamental, que delinee el marco general de nuestras acciones e instituciones, entonces sería imposible mantener coherentemente la provisión de daño limitada a los sujetos culpables, lo cual es sumamente contraintuitivo y enérgicamente objetable. En este caso no se estaría criticando al utilitarismo como teoría que justificaría los castigos, sino que se estaría reprochando cómo el utilitarismo elevado a propuesta práctica básica en la sociedad conllevaría la insostenibilidad, como marco limitativo de actuación, de la noción de castigo.

Con todo lo dicho anteriormente se hace palpable que cuando se habla de justificación del castigo podríamos establecer dos niveles: uno que desenvuelva un requerimiento formal y otro que plantee un requerimiento sustantivo. Un primer nivel apuntaría al requisito que llamaremos "formal", es decir, estaría centrado en la cuestión sobre la fundamentación de la exigencia de lesionar intencionalmente a individuos por algún hecho cuando sean culpables. Además, luce razonable plantear el requisito de modo excluyente. Es decir, las propuestas tendrían que respaldar la exigencia del castigo sin que la fundamentación implique algo más allá, sin que desborde su ámbito propio u objeto, que sería la relación retributiva, y, por tanto, admita "hostilidades". La cuestión en el plano señalado apuntaría, de este modo, al mantenimiento de la respuesta retributiva y no a una reflexión que sentaría las bases para justificar qué castigos, qué daños para el sujeto infractor, pudieran ser los correctos. El ámbito específico de la discusión de la naturaleza del daño punitivo pertenecería a un segundo nivel justificativo y plantearía lo que

---

esta crítica, ver RAWLS, "Dos conceptos de reglas", en FOOT (ed.), *Teorías sobre la ética* (trad. Manuel ARBOLI), México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 220-223.

<sup>26</sup> HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (trad. Manuel SÁNCHEZ SARTO), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005, [1651] p. 257.

llamaremos requisito sustantivo del castigo. Aquí el retribucionismo tradicional no demandaría una actividad —proveer un daño—, sino una equivalencia en la intensidad de los daños y el utilitarismo, en cambio, los castigos más beneficiosos. La búsqueda en el primer nivel, por el contrario, sería por la clase de argumentos que sostienen estrictamente el vínculo retributivo. En este sentido cualquier justificación —incluso una pretendidamente utilitarista— sería, interesantemente, de suyo “retribucionista”. Si bien hace ya tiempo autores de gran talla como HART y RAWLS adelantaron un abordaje de la justificación del castigo basado en una percepción de doble nivel,<sup>27</sup> no incluyeron dentro de sus respectivos enfoques la preocupación que hemos dispuesto en términos de requerimiento formal y por ello dejan sin ámbito propio la fundamentación del vínculo retributivo, el cual, sorprendentemente, a su vez ellos asumen para justificar la respuesta lesiva frente a actos particulares: el vínculo retributivo conformaría algo así como un explicador no explicado.

---

<sup>27</sup> HART, *supra* nota 12, cap. 1 y RAWLS, *supra* nota 25. La idea general de este desdoblamiento en el caso rawlsiano, bastante similar a la ruta que toma HART, cuenta con un breve esbozo en la nota n.º 31. Según WOOD este tipo de teorías dualistas de doble nivel son criticables en la medida que “no toman a las consideraciones retribucionistas lo suficientemente en serio, sino que las relegan a un rol menor”. Vid. WOOD, “Retribution, Crime, Reduction and the Justification of Punishment”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, n.º 2, 2002, p. 303. Su rol sería menor porque se verían limitadas a ser un simple criterio distributivo de una práctica justificada en términos esencialmente utilitarios. La tarea de proporcionar un enfoque que integre ambas perspectivas en una visión dualista sin asumir costos marginantes para el retribucionismo fue acometida por BERMAN a través de un elaborado, y no menos ingenioso, artículo que replantea la cuestión misma de lo que significa una justificación del castigo para sustentar su propia “Teoría dualista integrada del castigo”. Según esta posición, la perspectiva retribucionista no ha de jugar, como en las clásicas formulaciones dualistas de doble nivel, necesariamente un papel menor, secundario o accesorio. Por el contrario, tanto consideraciones retribucionistas como consideraciones utilitaristas jugarían roles equivalentes pero diferenciados según la vertebral distinción que propone entre casos centrales —cuya justificación procedería por cancelación sobre la base de consideraciones retribucionista— y casos periféricos —cuya justificación procedería por prevalencia de razones apoyadas en consideraciones consecuencialistas— del castigo. Vid. BERMAN, “Castigo y justificación” (trad. Julia PARRA y Marcelo FERRANTE), en *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*, vol. 9, 2008. Disponible en: [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=2935&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2935&id_item_menu=5858) [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

Pensamos que el esmerado, aunque a ratos turbio, tejido argumentativo de BERMAN es pasible de varias observaciones dado que se vale de ciertas asunciones, distinciones e ideas bastante problemáticas —algunas de las cuales se vuelven problemáticas al tener en cuenta varias de las críticas, comentarios, distinciones y reacomodos propuestos y expuestos a lo largo de este trabajo—. Dar cuenta apropiadamente de dichas observaciones merecería la reconstrucción completa de los sofisticados razonamientos del autor, pero eso es algo que no podemos realizar por razones evidentes de espacio. Es importante decir, de igual modo, que la manera en que aquí hemos propuesto que puede abordarse metodológicamente la justificación del castigo, un acomodo que puede ser llamado de doble nivel *pero porque mantiene que hay dos retos separables de justificación*, no marginaliza ni secunda de antemano una posible fundamentación retribucionista porque justamente es lo que desvuelve el requerimiento formal. A su vez, la equivalencia del daño puede jugar también un rol importante en dar cuenta del contenido de los castigos, sólo que ha de cargar con las exigencias propias de justificación.



Opinamos que esta breve consideración, necesitada desde luego de mayor fundamentación posterior, nos permitiría diferenciar ámbitos donde profundizar la discusión sin perjudiciales solapamientos. Evitaría el equívoco de afirmar que el utilitarismo favorecería el "castigo" de personas inocentes sin restarle oportunidad al postulado utilitarista de afrontar el reto de avalar el vínculo retributivo sin desbordarlo, lo que ya sabemos correspondería al primer nivel. No es difícil imaginarse un respaldo de este tipo. Una posible propuesta podría ser la siguiente: se *debe* infligir algún daño a los sujetos culpables porque de ello se derivarían importantes consecuencias beneficiosas; e instaurar *instituciones* con capacidad de ocasionar un detrimento estrictamente a estos individuos también lo sería porque evitaría un estado de zozobra colectiva difícilmente concebible como aceptable y beneficioso para la mayoría en una sociedad, pues plantear la expansión de la actividad lesiva del Estado al marco de sujetos inocentes en algunos casos, aun cuando no tengamos certeza de ello en las actuaciones *particulares* dado que los órganos los presentarían como culpables, crearía un nivel de malestar, desconfianza e irrespeto por las instituciones por parte de la inmensa mayoría.<sup>28</sup> Algo que de plano no es beneficioso.

Figurémonos ahora que alguien destruya toda esperanza utilitarista de justificar normativamente el perjuicio de manera exclusiva para los infractores —es decir, justificar cabalmente el vínculo retributivo entronizado en la noción de castigo—. Esta persona argumenta que un Estado donde también se le inflija un detrimento a los más cercanos familiares de los sujetos culpables generaría una disminución de los delitos como nunca antes puesto que el impacto disuasorio sobre la inmensa mayoría de potenciales malhechores sería sumamente efectivo cuando la amenaza de daño se cierna no tan sólo sobre el pellejo propio, sino también sobre el de los seres más queridos. Supongamos que esto logre un grado de convicción suficiente, y aunque no se extirpe cierta reacción general de desaprobación aquella se vería compensada por el enorme regocijo para la abrumadora mayoría de tener una sociedad con una criminalidad reducida al mínimo. Más allá de las observaciones realizables alrededor del ejemplo, imaginemos que el sujeto aludido nos convenza con este argumento de la aptitud utilitarista para dar pie al daño de inocentes. ¿Significaría que el utilitarismo ya no tiene ninguna oportunidad de servir de criterio para establecer el contenido de los castigos? Evidentemente no, puesto que con esta pregunta apuntamos a otras coordenadas de justificación, una en la que ya se asimila que el daño proporcionado por el castigo no va dirigido hacia sujetos inocentes. Ahora bien, luce bastante sensato proponer que una teoría del castigo estará completa cuando, incluyendo la respuesta a la razonable insistencia condensada en la pregunta por el bien que reporta para nosotros adecuarnos

---

<sup>28</sup> RAWLS, *supra* nota 25.

a determinadas instituciones y directrices prácticas punitivas, pueda arrojar luz a lo que hemos llamado requerimiento formal —que se centra en la exigencia de fundamentar el vínculo retributivo— y el requerimiento sustantivo —dirigido a la fundamentación de los castigos idóneos—, puesto que más allá de discutir el marco que nos permitiría fundar qué clase de castigos son los apropiados es importante preguntarse por el mantenimiento mismo de la reacción ínsita al significado del castigo. Pero no es baladí destacar que si es fecunda la distinción entre aspectos formales y sustantivos del castigo, el utilitarismo no tendría que ser necesariamente exitoso en el primer nivel si pretende decir algo relevante en el segundo.

El vínculo retributivo podría llegar a estar justificado de otra manera: por medio de un fundamentado principio práctico-distributivo o procedimental, por un mandato divino, por alguna metafísica animada por la idea de entidades o relaciones en sí normativas, etc. Aunque no nos parece lícito negar de antemano que esa justificación pueda implicar exigencias sobre el contenido de los castigos, pues no podemos afirmar *a priori* que una propuesta al responder suficientemente en el nivel formal no proyectará respuestas en el nivel sustantivo, argumentar la falta o la debilidad de tales propuestas no significaría que la discusión sobre las bases del contenido de los castigos deba ser desconsiderada y que, en general, debamos prescindir de la práctica de castigar. Para esta opción parece necesario mucho más que un reclamo; es importante realizar una oferta: presentar una opción práctica más idónea y moralmente permisible que sea capaz de evitar todos los efectos perjudiciales que podría significar abandonar el ejercicio del castigo. Esta exigencia toma fuerza cuando consideramos la aparente importancia del castigo para asegurar la estabilidad y el orden en la compleja trama de la sociedad.<sup>29</sup> De alguna manera tenemos que tratar a los

---

<sup>29</sup> BOONIN en un muy interesante texto después de plantear las distintas dificultades que enfrentan las más conocidas e importantes justificaciones del castigo propone la abolición de la práctica de castigar y sugiere reemplazarla por la práctica de la restitución. Si el castigo proporciona un mal injustificado moralmente ¿por qué mantenerlo? Los defensores del castigo podrían debilitar las aspiraciones de BOONIN al indicar, precisamente, su necesidad en la configuración real de las sociedades, lo que excusaría su mantenimiento a pesar de su talante injustificado. Reconociendo esto, el autor se propone el reemplazo pretendiendo que ello no apareje las complicaciones que el abandono del castigo en teoría conllevaría e indicando que de implicarlas éste también lo haría. Vid. BOONIN, *supra* nota 1, cap. 5. Como es evidente, parte del éxito de la empresa del autor se basa en la total diferenciación entre “restitución” y “castigo”. Pero los argumentos que aporta BOONIN para decir que son cosas de suyo diferentes desde nuestra perspectiva son ciertamente criticables. No es el lugar para desarrollar estas críticas, por ahora basta señalar que la distinción tiene su gran punto de apoyo en la caracterización hecha del daño intencional peculiar al castigo, punto cuya necesidad parece estar más emparentada con el crucial lugar que ocupa para las posiciones defendidas por el autor que para una definición esencial del castigo. En todo caso, de resultar totalmente victoriosa la separación que el autor sugiere, y suponiendo el provecho de su argumentación contra las justificaciones del castigo, de igual modo nos parece que algunos de sus argumentos para defender la práctica de la restitución frente a las posibles implicaciones perjudiciales del abandono de la práctica de castigar son dudosos.

infractores y esquivar el negativo estado de cosas que podría significar no castigarlos.<sup>30</sup> Vistas de esta forma las cosas, tanto retribucionistas como utilitaristas en sentido sustantivo —sin pretender negar de antemano la viabilidad de alguna otra opción— salvarían su espacio discursivo aun cuando no se justifique la retribución que le es esencial a la noción de castigo; se preservaría, entonces, la peculiaridad del debate en el segundo nivel sin ser uno de los usuales argumentos, el del “castigo” de los individuos inocentes, una crítica genuina en este ámbito.<sup>31</sup> Y en consecuencia,

<sup>30</sup> Esta afirmación no hace votos a favor del utilitarismo porque se ha de llegar a este punto justamente cuando ninguna perspectiva, incluyendo la utilitarista, ha podido echar luz sobre la justificación estricta, excluyente, de la carga retributiva.

<sup>31</sup> Vale la pena destacar que RAWLS, con intuiciones similares, intenta defender que las tradicionales consideraciones retribucionistas y utilitaristas sobre la cuestión del castigo lejos de oponerse se establecen en niveles distintos. La mirada retribucionista respondería a la justificación de una reacción particular frente a un comportamiento que está inscrita bajo una práctica. La mirada utilitarista se fijaría en la justificación de un sistema de reglas que configurarían nuestras prácticas. Una miraría “hacia atrás” mientras la otra miraría “hacia adelante”; una es la perspectiva del “juez”, la otra es la perspectiva “del legislador”. Vid. RAWLS, *supra* nota 25, pp. 200-247. Pero este trabajo de RAWLS deja muchas cosas sin aclarar. Por ejemplo, un retribucionista puede responder en ambos niveles: ¿por qué se castiga tal acción? Porque el sujeto es culpable de infringir normas y debe pagar por su comportamiento. ¿Cuál es el fin de imponer tales o cuales reglas? Lograr justicia ante los crímenes que ellas estipulan a través de penas proporcionales —así ello no impida la inversión de esfuerzos en reeducar, desintoxicar, transformar, etc., al individuo—. RAWLS llega a enfatizar en su descripción del retribucionismo tradicional el hecho de la exigencia sobre la magnitud proporcional del castigo de acuerdo con el daño cometido: “[l]o que podríamos llamar punto de vista retributivo establece que el castigo se justifica sobre la base de que las malas acciones merecen castigo. Está de acuerdo con la moral que alguien que hace el mal sufra en proporción con la maldad cometida. Que un criminal haya de ser castigado se sigue de su culpabilidad, y la severidad del castigo apropiado dependerá de la depravación de su acto”. Vid. RAWLS, *supra* nota 25, p. 212. No obstante, la proporcionalidad tal vez no coexista en santa armonía con el esquema de sanciones que un lente utilitarista legislador logre brindar, al menos no es necesario que así sea. De este modo, no resulta especialmente diáfano intento alguno de forzar el silencio retribucionista frente a la cuestión de la aptitud de las penas como consecuencia de un turbio extrañamiento de su espacio lógico: no luce infranqueable el veto hacia el supuesto “nivel utilitarista”. ¿Es legítimo despojar de un solo plumazo, a través de una distinción entre reglas generales y prácticas particulares, la idea de proporcionalidad que el propio RAWLS reconoce en la consideración retribucionista sin trabajar en detalle sobre las razones de su abandono? Ciertamente es que el retribucionista debe afrontar el difícil reto al inicio señalado: justificar un convincente criterio de proporcionalidad. Pero RAWLS no se preocupa por explorar críticas de este calibre, sólo reconoce la presencia de la equivalencia en esta visión general del castigo y la obvia sin mayor consideración, una omisión eminentemente *ad hoc* puesto que elimina sin basamento argumentativo una de las principales trabas que se le pudiera presentar a la sutil reconciliación que propone entre perspectivas utilitaristas y retribucionistas representadas en las “facetas” de “juez” y “legislador”. Queda claro que al atacar suficientemente la idea de proporcionalidad el utilitarismo se ubicaría como opción teórica fuerte en tanto parámetro sustantivo de establecimiento penal, pero en tanto RAWLS guarda silencio al respecto, cabe la pregunta: ¿por qué sí el utilitarismo y no el retribucionismo en cuanto al peso de las sanciones? Por otro lado, más allá de proponer un criterio para las aplicaciones particulares de castigos —la existencia de un sujeto culpable— es, insistimos, importante filosóficamente hablando la justificación del vínculo retributivo propio de la noción de castigo que fundamentaría cabalmente esas prácticas aplicativas, algo sobre lo que RAWLS, como ya sabemos, tampoco concentra ánimos de alumbra. Si bien es cierto que se esfuerza en demostrar que un diseño utilitarista del marco general de las instituciones encargadas de administrar la violencia no justificaría el detrimento de inocentes, tal intervención apunta justamente a eso, a desligar dicho planteamiento utilitarista de esa condenable actuación al intentar mostrarla fuera del rango de sus consecuencias; pero como tal ese esfuerzo no se embarcaba en alguna empresa de fundamentación. Es decir, no pretendió proponer al utilitarismo como teoría que podría justificar de modo estricto la estructura retributiva de la noción de castigo, sino más bien indicar que es razonable pensar

encubriría una perspectiva altamente desfocalizada llegar a aducir que el utilitarismo como base de fundamentación de los castigos podría dar pie para ejecutar a sujetos inocentes.

#### IV. Muerte y voluntad

La sucinta e inevitablemente insuficiente exposición de las más tradicionales posturas en conflicto sobre la justificación moral del castigo aspiró a mostrar que una argumentación seria acerca de la pena de muerte exige bastante esfuerzo y rigor.<sup>32</sup> Con tal indicación no nos esmeramos en desalentar al lector, más bien buscamos incentivarlo a realizar buenos aportes a un tema que da la constante impresión de quedar en un punto ciego. Por el momento, permítaseme criticar algunas usuales aserciones sobre este tema que nos parecen sumamente cuestionables y que más que alumbrar enturbian profundamente el panorama. Una vitrina frecuente, a pesar de la importante labor del movimiento, son los textos de Amnistía Internacional:

---

que cuando justificamos nuestras prácticas generales en términos utilitaristas no tenemos que habérmola con objeciones que recalquen la posibilidad de la depravada acción de afectar al no culpable.

<sup>32</sup> El tema del castigo capital es tan movedizo que puede cuestionarse incluso la necesidad de apelar a una teoría del castigo para justificarlo éticamente. Decimos esto en alusión al notable y sugestivo trabajo con el que KRAMER, desde el rechazo de los usuales estándares de justificación racional de la pena de muerte, aspira a reivindicar éticamente, sin brotar la justificación de la perspectiva más amplia de una teoría del castigo, su valía para un reducido número de casos apropiados, casos particularmente perversos y deleznales. Vid. KRAMER, *The Ethics of Capital Punishment A Philosophical Investigation of Evil and Its Consequences*, New York, Oxford University Press, 2011. La justificación *sui generis* de KRAMER consta de un movimiento llamativo porque anclaría la permisividad moral de la aplicación de la pena de muerte no en una teoría del castigo sino en una noción “purgativa” de la racionalidad y en un principio ético-político a todas luces razonable. Dado que la carga de la prueba en el debate sobre la pena de muerte recae sobre sus defensores debido a un principio de las democracias liberales según el cual está injustificado el uso del poder estatal sobre los individuos a menos que se demuestre suficientemente su importancia pública y pertinencia, entonces la pena de muerte puede estar justificada si es necesaria —no existe otra pena menos severa igualmente apta— para lograr algún bien público. Visto así, podría decirse que por más que una teoría del castigo llegara a presumir de ser solvente y dar paso justificativo a pena alguna, teniendo en cuenta el principio de invasión mínima podemos todavía preguntarnos con sentido si la aplicación de esa pena es éticamente permisible. En el caso de KRAMER, el centro de su reflexión está basado en la propuesta de un tipo de racionalidad “purgativa” que justificaría la aplicación de la pena de muerte habida cuenta su *necesidad* para salvaguardar la probidad moral de la comunidad —al sanear la manchada relación entre la comunidad y la humanidad—, con lo que no contravendría el principio de invasión mínima. Pero así se den por buenas sus críticas contra las tradicionales posturas de fundamentación del castigo —reconocemos que desconfiamos de algunas de ellas—, en su propuesta no quedan satisfactoriamente claros ni justificados ciertos asuntos vitales y por ello pudieran ser el blanco de varias objeciones; tenemos en mente centralmente lo relativo a la naturaleza distintiva de los males apropiados para ser letalmente sancionados y la especial conexión entre el mantenimiento de la vida de algunos individuos especialmente viles y el empañamiento de la integridad moral de la comunidad que los administrare penalmente, aspecto que haría de la pena de muerte la vía para expurgar la contaminación moral de tales comunidades. Por otro lado, nos parece lícito cuestionar si es del todo fructífero el intento de KRAMER de prescindir de una teoría del castigo para justificar moralmente la pena de muerte, o mejor dicho, luce razonable preguntarse si, desde el doble abordaje aquí propuesto, no puede esbozarse —al menos a grandes rasgos— algo así como una teoría del castigo operando implícitamente en su aproximación.

"[L]a pena capital es la negación más extrema de los derechos humanos: consiste en el homicidio premeditado a sangre fría de un ser humano a manos del Estado y en nombre de la justicia. Viola el derecho a la vida, proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Es el castigo más cruel, inhumano y degradante".<sup>33</sup>

Al menos tres errores podemos detectar condensados en la extracción, yerros que aparecen reiteradas veces en el discurso del orbe de oponentes a la pena capital. Reparemos en cada uno de ellos en orden ascendente de acuerdo con la extensión que daremos a su tratamiento. En primer lugar, captar que el término de la vida puede tenerse como un delito o como la consecuencia legal de un delito muestra cuán impropio es acusar a la sanción capital de homicidio cuando está apegada estrictamente a un legítimo régimen normativo. En segundo lugar, cuando se toma a la institución de la pena de muerte como una sanción cruel e inhumana creemos que podría encubrirse una sospechosa conexión entre la gravedad e irreversibilidad del castigo con los predicados en cuestión. En otras palabras, defender que se le quite la vida a un infractor no es contrario a exigir que el proceso de ejecución sea totalmente controlado, dirigido a esquivar convertirse en un episodio sangriento y denigrante, empeñado en buscar las mejores maneras de evitar el dolor del condenado; es sensato defender un castigo que produzca "una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantajo la humanidad en la persona del que la sufre".<sup>34</sup> Teniendo en cuenta ello, lo que parece quedar por decir es que, estimando la magnitud propia del castigo, el mero hecho del fin de la vida es cruel e inhumano. Sin embargo, que una vida se acabe no es cruel e inhumano, en realidad es la posibilidad más cierta que tenemos todos. ¿Será que lo que se quiere expresar es que lo "cruel", "inhumano" o "ruin" radica en que otro le quite la vida a alguien sin contar con la voluntad de éste? Empero, ¿verdaderamente esto es así en el caso de la pena de muerte? ¿No depende ella de la voluntad de los individuos cuando es consecuencia clara y legítima dentro de un ordenamiento? Sobre este asunto hablaremos luego.

En tercer lugar, defendemos que tanto establecer límites claros al uso de la fuerza por parte del Estado como respetar y cuidar con celo los derechos humanos básicos son signos de progreso de la humanidad. Pero aturde por repetida la aseveración que nos informa de la supuesta violación de los derechos humanos, y más específicamente del derecho a la vida, que se manifiesta con la

---

<sup>33</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, *supra* nota 18, p. 1.

<sup>34</sup> KANT, *supra* nota 2, p. 168 (333).

institución de la pena de muerte. Sin entrar en mayor disquisición sobre el fundamento de los derechos humanos, nos queda claro que con ellos no se pretende proponer que el individuo es intocable o que intentan asegurar de forma absoluta el valor que protegen: como la pena de prisión no implica inmediatamente una violación del elemental derecho a la libertad o las multas no implican inmediatamente una violación al derecho de propiedad, la pena de muerte no implicaría inmediatamente una violación del derecho a la vida. A lo sumo éstas serían circunstancias donde existiría una legítima restricción del derecho en cuestión. Internalizar la importancia de los derechos humanos al punto de hacernos rechazar todo tipo de fisura al bien que pretenden proteger es exagerado. Por lo tanto, si se quiere que la vida escape del rango de bienes que pueden ser afectados por el castigo, es meritorio aportar otro tipo de argumentos.

La estrechísima relación que existe entre fuerza y Estado ya supone que éste tendrá la facultad de ocasionar daños a determinados individuos en algunas situaciones, potestad que en un marco liberal y democrático ha de estar limitada mediante instrumentos normativos provenientes de las instancias legislativas. El punto álgido se encontraría, sin obviar el problema del contenido de las penas, en el nítido establecimiento a través de leyes de las condiciones de aplicación del daño y de los individuos que pueden sufrirlo. Con esto en mente tenemos herramientas para desestimar otra frecuente observación cercanamente relacionada con la anterior: la pena de muerte se opone al Estado de Derecho.<sup>35</sup> Aquí debemos detenernos. De asumir la acepción formal de “Estado de Derecho”, que queda reflejada en la celeberrima frase de KELSEN de que todo Estado es un Estado de Derecho,<sup>36</sup> avizoramos fácilmente que no habría mayor restricción para la implantación de la pena de muerte que el procedimiento jurídico de rigor. Pero los detractores que achacan una oposición entre los conceptos que nos ocupan creemos que se hacen de una extendida concepción sustantiva del Estado de Derecho, el cual sería un Estado que cuenta entre sus característica esenciales el amparo de los derechos humanos.<sup>37</sup> Mas, cuando nos liberamos del lastre de una noción errada de los derechos humanos como la presentada anteriormente, se disipa la aparente dificultad que residía en afirmar que un Estado que acabe con la vida de algunos sujetos mediante instituciones puede ser un Estado protector de los derechos humanos incluyendo el derecho a la

---

<sup>35</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, *supra* nota 18, p. 177. Vid. GARCÍA/PÉREZ “La pena de muerte ante la construcción de un orden civilizatorio global.”, en *Documento de opinión, Instituto Español de Estudios Estratégicos*, vol. 108, 2015, p. 8.

<sup>36</sup> Dice KELSEN: “[s]e reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho, dado que esta expresión es pleonástica”. Vid. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto VERNENGO), México, Porrúa, 2000 [1934], p. 315.

<sup>37</sup> DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1981.

vida. Insistimos, derechos humanos y pena de muerte no son nociones irreconciliables, por lo que pena de muerte y Estado de Derecho tampoco lo son.<sup>38</sup>

Algo especialmente llamativo que notamos en toda esta problemática es la existencia de un verdadero, y tremendamente grave, conflicto conceptual si accedemos a la visión ingenua de los derechos humanos y estimamos la importancia de la fuerza para cualquier concepción del Estado. Planteado estridentemente: la concepción errónea de los derechos humanos impide que haya Estado de Derecho. La concepción errónea era vital para favorecer una oposición entre pena de muerte y Estado de Derecho, pero resulta ser que una oposición se da realmente y de modo dramático entre esa visión de los derechos humanos y el constructo llamado Estado que se encargaría de garantizarlos. ¿Podemos decir de alguna entidad incapaz de administrar la violencia y de dañar algún bien protegible por algún derecho, que es un Estado? Al parecer no, pero si la extraña concepción de los derechos humanos pretende la imperturbabilidad de los bienes en cuestión, ¿cómo entenderse ese potencial uso de la fuerza? Más interesante aun, ¿cómo a partir de esta concepción de los derechos humanos se puede aspirar a que el Estado cumpla su primordial labor de reaccionar ante las lesiones de derechos si no puede acudir al daño que implicaría esa tarea? El deje sacro que impregna los valores cobijados por los derechos básicos del individuo, que lleva a tenerlos como absolutamente imperturbables, puede terminar afectando duramente la represión de sus violaciones. Y la entidad supuestamente encargada de esta labor se encontraría terriblemente afectada en su naturaleza. Se puede oponer Estado de Derecho con pena de muerte abrazando esta visión desatinada de los derechos humanos, pero abrazarla supondría la imposibilidad de sancionar las infracciones de derechos y la desaparición misma del Estado.

Intentemos finalizar con algunas breves palabras acerca del carácter no arbitrario de la pena de muerte.<sup>39</sup> En principio resulta ruin que un individuo le quite la vida a otro de modo autoritario y

---

<sup>38</sup> Puestas así las cosas, parecen criticables afirmaciones como la siguiente: "[d]e entrada el efecto disuasivo («deterrence effects») no es, ni puede ser, en ningún caso, un argumento a favor de la pena de muerte, porque por encima del principio preventivo se halla en el Estado de Derecho un valor cuyo peso es mucho mayor, que no es otro que la dignidad del ser humano, así como el derecho humano más importante, la vida, que quedan vulnerados por una pena que es intrínsecamente cruel". Vid. DEMETRIO CRESPO, "Sobre el presunto efecto intimidante de la pena de muerte", en GARCÍA MORENO (coord.), *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Cuenca, Ediciones de Castilla-La Mancha, 2014, p. 73. Es menester decir en este punto que el concepto de dignidad humana no es un recurso teórico todopoderoso, posibilitador de una afirmación sobre la intangibilidad incondicional del hombre. Sea vista esta compleja noción apuntando hacia un valor intrínseco inherente a la persona o hacia un estatus o rango generalizado, cuando se inserta en el plano jurídico el respeto que exigiría no sería un respeto inquebrantable. Varios bienes que seguramente demandarían respeto desde la perspectiva de la dignidad, como la libertad, son legítimamente afectables por el poder punitivo del Estado. Siendo esto así: ¿qué es, pues, lo que haría de la vida un valor inquebrantable?

sobre ello creemos que hay cierto consenso. Paralelamente, éste no parece ser el caso de la pena de muerte aunque muy posiblemente el sujeto que tendrá por terminada su existencia no presente el vínculo psicológico de desear este fin. Un individuo que viva dentro de un entramado que estipula conductas jurídicamente prohibidas tiene por consecuencia la percepción de algún daño bajo ciertas circunstancias y, de esta forma, el quebrantamiento de normas se convierte en un consentimiento de las penas dado su conocimiento:<sup>40</sup> no sólo decidiríamos en torno a los actos, también *asumiríamos voluntariamente* dichas implicaciones;<sup>41</sup> en las relaciones legales subyace la aceptación voluntaria e irrevocable de la asignación de un perjuicio al ser ejecutados determinados comportamientos.<sup>42</sup> Por tal razón, es de nuestro parecer que cuando la pena de muerte es consecuencia clara y legítima del sistema normativo los ciudadanos culpables, si bien pueden no llegar a desearla, la han aceptado voluntariamente. No vemos arbitrariedad; la ausencia del estado mental no haría a una institución abusiva. Y en todo caso, si llegamos a conceder su rasgo arbitrario por ser inútil esta apelación a la voluntad, ¿caso las demás penas por los mismos fundamentos no lo serían? ¿Ellas serían criticables por eso? ¿Deberíamos entonces relativizar la aplicación de todas las sanciones a las aleatoriedades actitudinales de los sujetos culpables? Esto iría muy en contra de la naturaleza del derecho y de la permanencia que exigimos cuando acordamos vínculos institucionales de trato intersubjetivo.

Una discusión que se debe presentar en este punto, y que se encuentra latente en los anteriores si son abordados desde cierto ángulo, gravita alrededor de la cuestión sobre la disponibilidad del bien jurídico de la vida. Dado que el castigo es un tema delicado porque pone

---

<sup>39</sup> Los Colegios de Abogados de Madrid y Barcelona exponen en un breve manifiesto conjunto contra la pena de muerte una lista de razones para mantener su posición, entre ellas: "La pena de muerte es arbitraria e irreversible". ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID - ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA, *Manifiesto contra la pena de muerte*, 2014. Disponible en: <http://web.icam.es/bucket/Manifiesto.pdf> [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016]. En principio sentimos gran peso en la acusación de su carácter irreversible, pero se nos hace muy cuesta arriba apreciar su carácter arbitrario.

<sup>40</sup> Este elemento además podría motivar interesantes discusiones sobre todo considerando los casos de error y del principio *Ignorantia legis neminem excusat*, cuya validez es un tema controvertido CASS, "Ignorance of the Law: A Maxim Reexamined", en *William and Mary Law Review*, n.º 17, 1976, pp. 671-699; SEGEV, "Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law Is No Excuse? It Might Be a Justification!" en *Law and Philosophy*, vol. 25, 2006, pp. 31-79; VALDÉS, "El aforismo 'ignorantia iuris non excusat' una propuesta de justificación clásica", en *As Iuris*, n.º 39, 2008, pp. 303-342.

<sup>41</sup> Vale recalcar que no es mi interés defender aquí una fundamentación consensual de la pena. Sólo destaco un hecho que parece común y en principio no muy difícil de aceptar: la voluntad no se relaciona meramente con nuestros actos sino también con la certeza sobre las consecuencias de nuestros actos.

<sup>42</sup> La pregunta inmediata es: ¿cómo justificar la sujeción hacia dicha irrevocabilidad? Esto tal vez nos remitiría directamente a la condición de la aprobación ciudadana de la distribución de los perjuicios y ello a un Estado democrático de Derecho.



en el tapete justamente la lesión de elementos indudablemente protegibles, vale entonces preguntarnos qué eximiría al bien de la vida de una intervención estatal. Cuando el mero compromiso con una singular concepción de los derechos humanos no luce ventajoso, vale cambiar la estrategia: ¿es acertado incluir el acabamiento de la vida dentro de los linderos del asentimiento? ¿Podemos apelar a la autodeterminación y legislar su fin? ¿Es admisible igualar la vida con algún otro bien como la libertad? Los debates sobre el suicidio o la eutanasia se ciernen con cierta frecuencia alrededor de ello y los razonamientos ofrecidos en estas parcelas de discusión tal vez sean de ayuda para aclarar la prolongación del margen de asuntos de posible afectación penal. HEYMANN, por ejemplo, encuentra en KANT convincentes elementos contrarios al argumento defensor de la disponibilidad de la vida que descansa sobre el suelo de la autodeterminación. El deber kantiano de autorespeto no sólo expresaría la congruencia y acuerdo con nosotros mismos sino fundamentalmente nuestro propio alejamiento y desacuerdo, consecuencia al parecer inevitable dado el tejido temporal de nuestra existencia y la patente susceptibilidad a alterar nuestras convicciones en su transcurso:

“no hay vida estrictamente momentánea, sino solo retoma de un pasado y comprometiendo un futuro [...] El compromiso que constituye la continuidad de la vida es de índole esencialmente ‘inacabada’, imperfecta como caracteriza KANT toda obligación consigo mismo [...] en general, no somos y no podemos pretender en ningún momento dado ser dueños de nuestra vida integral”.<sup>43</sup>

La irreversibilidad de la muerte derivaría en limitaciones a las diferencias propias del potencial creador y electivo que mi *yo* autónomo posterior pueda reportar respecto de mi *yo* presente. No podemos asentir contra nuestra vida aduciendo un supuesto señorío de sí porque no nos pertenecemos en el presente. De esta manera, un brillante filósofo como NINO comenta, resguardándose en una completa actitud hipotética, que si nos apoyamos en una noción de la identidad personal demandante de un espacio no constreñido por los cotos de nuestra actualidad —toma como referencia algunas consideraciones parfitianas que en lo esencial, observamos, apuntan a la ideas kantianas comentadas por HEYMANN—, la prohibición de la pena de muerte lejos de reducir nuestra capacidad decisoria podría ser apoyada precisamente por nuestra

---

<sup>43</sup> HEYMANN, “¿Cuál es la fundamentación kantiana de los derechos humanos?”, en *Decantaciones Kantianas. Trece estudios críticos y una revisión de conjunto*, Caracas, Comisión de estudios de Postgrado FHE, 1999, p. 115.

“autonomía”.<sup>44</sup> <sup>45</sup> Cierta limitación a las posibilidades de los individuos no se opondría al “principio de autonomía sino que estaría endosada por él”. Luego dice:

“[a]un cuando el yo presente de un individuo juzgue que al disponer de estos bienes realiza en grado máximo un ideal o proyecto personal, un eventual yo futuro, determinado por valoraciones, creencias, actitudes, etc., diferentes, podría sentirse grandemente frustrado por la pérdida de ese bien. En el caso de la disponibilidad de la vida, como es obvio, se impide el surgimiento de ese yo futuro [...] la restricción de la disponibilidad de ciertos bienes no limita sino que, al contrario, maximiza esa autonomía, de acuerdo con lo prescripto por el principio de inviolabilidad, si es que se adopta un punto de vista complejo de la identidad personal que admite que pueda haber distintas personas a lo largo de una misma vida humana [...] No obstante la controvertibilidad de este enfoque de la identidad personal, él parece proporcionar una vía para limitar la disponibilidad de algunos bienes en el marco de una concepción liberal de la sociedad como la que se defiende en este libro. Si ese enfoque se admitiera, él implicaría que no hay posibilidad de consentir válidamente la privación de esos bienes”.<sup>46</sup>

El gran grosor de las columnas de estos atractivos argumentos,<sup>47</sup> a nuestro modo de ver las cosas, no se compararía con su fortaleza cuando los retrotraemos a la circunstancia de evaluación y aprobación de la sanción capital. ¿Por qué? La contestación me parece sutil pero no por ello de corto alcance: la instauración del castigo capital no es una decisión cuya motivación sea facultar a los ciudadanos para el acortamiento de sus vidas cuando lo asintiesen. En acordar la creación jurídica de una sanción mortal no subyace la permisón para la eventual abreviación de la vida de

---

<sup>44</sup> NINO, *supra* nota 7, pp. 473-474

<sup>45</sup> No repasaremos las consideraciones teológicas sobre la indisponibilidad de la vida debido a la extensión que ameritaría crítica a sus problemáticas asunciones e implicaciones. El argumento de la autonomía me parece mucho más interesante como posible respuesta abolicionista tomando a su vez en cuenta una posible justificación que apunte hacia un Estado laico. Tampoco pasaremos revista a consideraciones que plantearían la extraña existencia de “valores intrínsecos” que generarían “deberes de absoluto respeto”.

<sup>46</sup> NINO, *supra* nota 7, pp. 474-476.

<sup>47</sup> Atractivo pero no exento de obstáculos dada la misma variabilidad de nuestra subjetividad: el *yo posterior* igualmente puede frustrarse y lamentarse de no haber ejecutado ciertas decisiones que estaban en manos del *yo anterior*, siendo actualmente su situación irreversible. Limitar la autonomía en el presente no siempre asegura preservarla en el futuro. Por otro lado, imagínese que eliminamos la pena de muerte y la sustituimos, supóngase, por una prisión perpetua, tendríamos que el *yo posterior* igualmente se vería reducido en su autonomía sin mayor posibilidad de hacer modificaciones en su panorama.

los individuos que aprobarían afectar este bien, aunque, es claro, su afectación puede darse voluntariamente mediante la ejecución de determinados comportamientos. *Permitir* estatalmente a un individuo terminar voluntariamente con su vida consiste en el carácter legal de determinadas acciones que asentadas por él mediarían su extinción. De modo contrario, en el caso de la pena de muerte el Estado a pesar de ser la entidad fijadora de un marco fatídico accesible voluntariamente, *mantiene la prohibición* del tipo de conducta que acarrearía su consumación. No vemos entonces cómo la especial clase de "disponibilidad" vital en liza podría oponerse al principio de autonomía en el sentido amplio brevemente considerado, puesto que dicha desavenencia acudiría a un argumento cuyo aparente brío anclaría en lo que pareciera ser un error categorial: confundir el efecto de una sanción con el universo de acciones permitidas al individuo. Para una sociedad donde se estipule la pena de muerte, el atractivo argumento de la identidad continuada en el tiempo a lo sumo se constituiría como otra consideración para que los individuos eviten los delitos que sanciona y no como un elemento restrictivo de sus posibilidades instaurativas.

Permítasenos concluir examinando efímeramente una de las más vigorosas motivaciones contra el castigo máximo. Señalar que la polémica sanción tendría como efecto la ejecución de personas inocentes al considerar las debilidades del sistema judicial, la poca competencia de los jueces, la corrupción de los cuerpos policiales, etc., no luce del todo provechoso; sería un recurso que apela a específicas condiciones empíricas y que debe evaluarse al momento de cuestionarse su instauración efectiva. Visto superficialmente, el gran germen de éxito de este tipo de reclamo parece radicar en la insostenible afirmación sobre la necesidad del error, esto es, la idea de que es imposible en las decisiones por venir condenar únicamente a los sujetos culpables. Sin embargo, recalcamos el carácter superficial de dicha argumentación porque reconociendo el aspecto falible de la administración de justicia y entendiendo el tipo de daño irreversible que proporciona el castigo en discusión, a primera vista el señalamiento de la posible afectación de inocentes luce como una razón lo suficientemente poderosa para sostener serias dudas sobre lo idóneo de su aplicación.<sup>48</sup> No es baladí en este punto indicar que el elevado nivel de justificación que pudiera llegar a poseer la pena capital no es directamente trasladable a su pertinencia aplicativa: es concebible que un filósofo sea abolicionista dado un contexto jurídico-social mientras defienda enérgicamente con bases irrefutables la base ética de ese castigo. Es difícil la aceptación del

---

<sup>48</sup> SUNSTEIN y VERMEULE contrapesarían este hecho con la apreciable cantidad de vidas inocentes que pudiera salvar el Estado a causa del efecto de la aplicación del castigo capital. Vid. SUNSTEIN/VERMEULE, *supra* nota 18, pp. 26-27. La idea de fondo es que la fuerza del argumento que reprobaría moralmente la acción estatal de ejecutar ciudadanos mediante la institución de la pena de muerte, incluso reconociendo que el error es algo posible, podría ser inversamente utilizado frente a la perjudicial resistencia del Estado de instaurar su aplicación.

acontecimiento contrario: si nuestro filósofo reconoce que no puede ofrecer algún respaldo a la pena de muerte y rehúsa abiertamente cualquier justificación, la insistencia de su parte por la legislación capital haría a muchos dudar de su equilibrio psíquico.

La justificación exitosa de la pena de muerte parece ser razón necesaria pero no suficiente si afrontamos seriamente la pregunta por su establecimiento. La pena de muerte puede ser, pues, justificable mas no aplicable; en ese caso existiría gente que mereciera morir siendo al mismo tiempo razonablemente no ejecutables. Por tal razón, es de nuestro parecer que los defensores del castigo supremo, cuando lo asimilen no sólo como un genuino reto de fundamentación filosófica presto a ser satisfactoriamente respondido y pretendan su encarnación o permanencia institucional, necesitarían argumentar convincentemente a favor de la existencia de un eficiente y probo entramado institucional en el ámbito de la aplicación del castigo y de un diseño procesal que minimice drásticamente el error. La decisión sobre la instauración de la pena de muerte, como en la ingente mayoría de ámbitos donde cotidianamente nos desarrollamos y tomamos decisiones, deberá contar con evaluaciones contextuales entendiendo que su aplicación, sin ceder a posiciones lógicamente censurables, no puede evitar un espacio de incertidumbre y posibilidad. El asunto en este nuevo plano sería la ponderación entre el aspecto válido de la pena de muerte, asumiendo que ello se logre acreditar, y el nivel de eficacia de las actuaciones punitivas como del diseño de los sistemas de justicia. Si está justificada la sanción y tenemos un excelso entramado institucional que garantiza la aplicación justa de la pena, ¿por qué censurarla por algo que muy seguramente no pasará? En contraposición, ¿es posible que algún contexto judicial en el mundo logre o haya logrado un nivel de desarrollo apto para sostener la convicción suficiente sobre la estricta penalización de sujetos culpables? ¿Cuál es el nivel de convicción necesario para ser suficiente cuando el asunto en juego es la vida?<sup>49</sup> Dice LAUDAN: “[o] aceptamos que estamos preparados para aceptar algún grado realista de error en los casos capitales o bien eliminamos la pena de muerte”.<sup>50</sup> Si la respuesta a la última pregunta demanda la absoluta certeza de la exclusión del riesgo, pretendiéndose defender el segundo cuerno disyuntivo por la vía de negación del

---

<sup>49</sup> LAUDAN, en un trabajo pionero que encara el difícil asunto metaepistemológico acerca de la evaluación —en el marco penal— de las reglas y los procedimientos legales de acuerdo con su idoneidad para alcanzar la verdad y reducir el error, aborda cuestiones de este tipo y dice cosas muy interesantes, por ejemplo, y con evidencia empírica en mano, sugiere que en Estados Unidos el sistema en el caso de los procesos capitales funciona probablemente mejor de lo que se debe razonablemente esperar. Aunque ello no obsta para reconocer que la tentativa de reconsiderar y debilitar el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” —que el autor considera una turbio obstáculo epistémico— encuentra en el especial, por irreversible, caso de la pena de muerte un hueso duro de roer. Vid. LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 57-61.

<sup>50</sup> LAUDAN, *supra* nota 49, p. 60.

primero, entonces habría que preguntarse cuán razonable es tan radical exigencia. No problematizaremos el asunto; me restringiré a la única y simple consideración de que muchas decisiones prácticas y actividades involucran posibles peligros para la vida sin que esto haga fácilmente injustificable la ejecución de tales acciones. Piénsese en algún caso donde alguien para evitar alguna no mortífera pero sí enojosa o dolorosa condición se somete a una intervención quirúrgica de mediana complejidad, o tal vez casos de operaciones militares o policiales que proyecten una baja posibilidad de ocasionar daños colaterales letales.

Me despidió del lector recordando el carácter inconcluso de la discusión e insistiendo en su altísima dificultad. Un plano de complejidad tal vez empañado por las trabas afectivas que impone su espinoso objeto. Representarnos y discutir el fin de la vida como consecuencia penal ciertamente es difícil, pero quizá se tiende a descuidar el carácter limitado, frágil y continuamente interrumpible de la existencia; el incisivo proceder de *Átropos* es el anuncio más inflexible y latente de nuestra creación. Cuando entendemos que la muerte es algo normal, cuando "despojamos a la vida de toda trascendencia"<sup>51</sup> y aceptamos plenamente que el dominio ejercido por los individuos sobre su conducta puede generar beneficios o daños letales en los más diversos ámbitos de la vida, los proteccionismos poco fundamentados ordinariamente lucen cuestionables. Apropiarnos de nuestra finitud, hacerle frente y reconocer que en todo momento nuestras acciones pueden acelerar nuestra destrucción es parte de una mejor actitud reflexiva frente al engorroso tema brevemente abordado y, en general, de nuestra condición adulta.

## V. Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Error Capital. La pena de muerte frente a los derechos humanos*, Madrid, Edai, 1999.

— La pena de muerte: preguntas y respuestas, abril de 2007, Índice AI: ACT 50/010/2007.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas* (trad. Juan Antonio DE LAS CASAS), Bogotá, Temis, 2003 [1764].

---

<sup>51</sup> Tomo la expresión de las conversaciones con el Prof. Francisco Delgado acerca de algunas objeciones que planteo en esta sección.

BERMAN, Mitchell, “Castigo y justificación” (trad. Julia PARRA y Marcelo FERRANTE), en *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*, vol. 9, 2008. Disponible en: [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=2935&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2935&id_item_menu=5858) [enlace verificado el día 4 de noviembre de 2016].

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

BOWERS, William J./PIERCE, Glenn L., "The illusion of deterrence in Issac Ehrlich's research on capital punishment," en *Yale Law Journal*, n.º 85, Dec. 1975, pp. 187-208.

CAMUS, Albert, “Sobre la Guillotina” (trad. Miguel SALAHERT), en GUEL BENZU, José María (ed.), *Albert Camus. Obras*, 3, Madrid, Alianza, 1996, pp. 465-599.

CARRITT, Edgar, *Ethical and Political Thinking*, Oxford, Clarendon Press, 1947.

CASS, Ronald, "Ignorance of the Law: A Maxim Reexamined", en *William and Mary Law Review*, n.º 17, 1976, pp. 671-699.

COMMITTEE ON DETERRENCE AND THE DEATH PENALTY - NAGIN, D.S/PEPPER, J.V. (eds.), *Deterrence and the Death Penalty*, Washington, The National Academies Press, 2012.

CORLETT, Angelo, *Responsibility and Punishment*, Dordrecht, Springer, 2006.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Sobre el presunto efecto intimidante de la pena de muerte”, en GARCÍA MORENO, Beatriz (coord.), *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Cuenca, Ediciones de Castilla-La Mancha, 2014.

DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1981.

DONOHUE, John/WOLFERS, Justin, “Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate”, en *Stanford Law Review*, vol. 58, 2005, pp. 791-845.

EHRlich, Isaac, “The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death”, en *The American Economic Review*, vol. 65, n.º 3, 1975, pp. 397-417.

FERRANTE, Marcelo, “Filosofía del Derecho penal”, en FABRA, Jorge (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2015, vol. 3, cap. 57, pp. 2087-2108.

GARCÍA, Guillermo/PÉREZ, Joan, “La pena de muerte ante la construcción de un orden civilizatorio global”, en *Documento de opinión*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, vol. 108, 2015.

HART, Hebert L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2008 [1968].

HEGEL, George W. F., *Propedéutica filosófica* (trad. Eduardo VÁSQUEZ), Caracas, Equinoccio, 1980.

HEYMANN, Ezra, “¿Cuál es la fundamentación kantiana de los derechos humanos?”, en *Decantaciones Kantianas. Trece estudios críticos y una revisión de conjunto*, Caracas, Comisión de estudios de Postgrado FHE, 1998.

HOBBS, Thomas, *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (trad. Manuel SÁNCHEZ SARTO), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005 [1651].

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID - ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA, *Manifiesto contra la pena de muerte*, 2014. Disponible en: <http://web.icam.es/bucket/Manifiesto.pdf> [enlace verificado el día 4 de diciembre de 2016].

KANT, Immanuel, *Metafísica de las costumbres* (trad. Adela CORTINA y Jesús CORNILL), Madrid, Tecnos, 1989 [1785].

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto VERNENGO), México, Porrúa, 2000 [1934].

KRAMER, Matthew, *The Ethics of Capital Punishment. A Philosophical Investigation of Evil and Its Consequences*, New York, Oxford University Press, 2011.

LAUDAN, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, New York, Cambridge University Press, 2006.

MCCLOSKEY, Henry John, "A Non-Utilitarian Approach to Punishment", en *Inquiry*, vol. 8, 1965, pp. 249- 263.

MILL, John, S., "Speech in Favour of Capital Punishment", en SINGER, Peter (ed.), *Applied Ethics*, New York, Oxford University Press, 1986, pp. 97-104.

NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires, Astrea, 1989 [1984].

OTTO REUSS, Carlos, "Entrevista a Pedro Oliver Olmo", en *Mi Ciudad Real*, 9 de marzo de 2009. Disponible en: <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1812> [enlace verificado el día 4 de noviembre de 2016].

RABOSI, Eduardo, "Sobre la justificación moral de las acciones: El tema del castigo" en *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 4, n.º 10, 1970, pp. 3-46.

RACHELS, James, *Introducción a la filosofía moral* (trad. Gustavo ORTIZ MILLÁN), México, Fondo de Cultura Económica, 2006 [2003].

RAWLS, John, "Dos conceptos de reglas" (trad. Manuel ARBOLI), en FOOT, Philippa (ed.), *Teorías sobre la ética*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 210-248.

SEGEV, Re'em, "Justification, Rationality and Mistake: Mistake of Law Is No Excuse? It Might Be a Justification!", en *Law and Philosophy*, vol. 25, 2006, pp. 31-79.

SUNSTEIN, Cass, R./VERMEULE, Adrian, "Is Capital Punishment Morally Required? The Relevance of Life-Life Tradeoffs", en *John M. Olin Law & Economics*, Working Paper n.º 239 (2D SERIES), marzo de 2005.

VALDÉS, Jacinto, "El aforismo 'ignorantia iuris non excusat' una propuesta de justificación clásica", en *Ars Iuris*, n.º 39, 2008, pp. 303-342.

WOOD, David, "Retribution, Crime, Reduction and the Justification of Punishment", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, n.º 2, 2002, pp. 301-321.