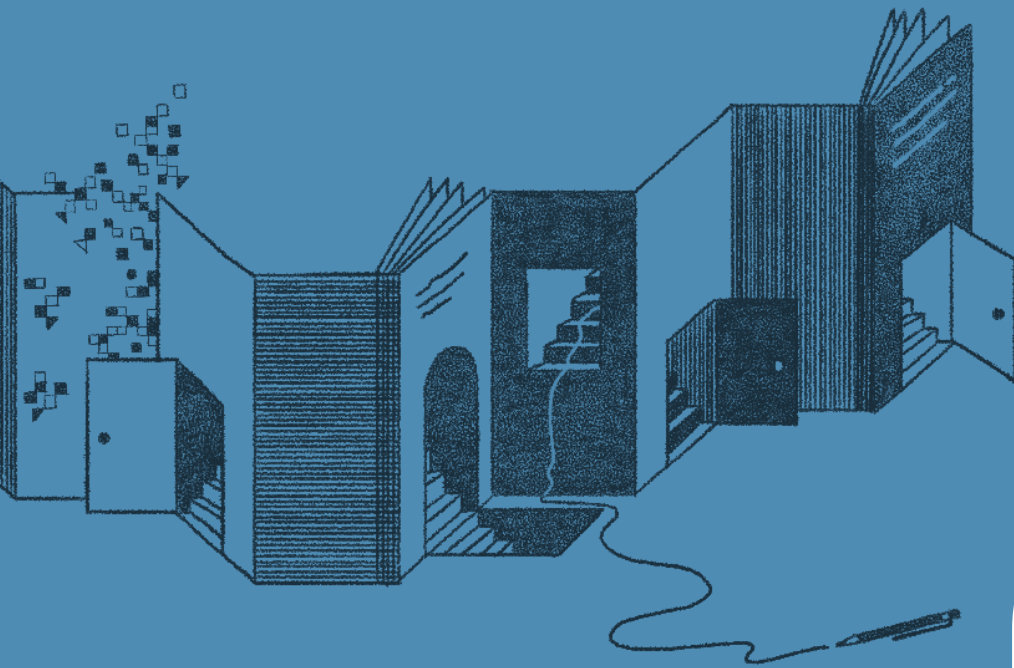


Revista

# Penal

MÉXICO



26

enero • junio • 2025

ISSN 2007-4700 • e-ISSN 3061-7324

• SEGUNDA ÉPOCA •

Revista Penal México 26

• enero • junio 2025 •

e-ISSN: 3061-7324



# El debate normativo sobre el castigo en la justicia penal

*The Normative Discussion on  
Punishment in the Criminal Justice*

• **Ilse Carolina Torres Ortega** •

Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante.  
Profesora-investigadora en el Departamento de Estudios  
Sociopolíticos y Jurídicos del Instituto Tecnológico de Estudios  
Superiores de Occidente (ITESO) (Jalisco, México).  
Código ORCID: 0000-0002-5929-9137

Correo electrónico: [torresilsse@iteso.mx](mailto:torresilsse@iteso.mx)

## El debate normativo sobre el castigo en la justicia penal

*The Normative Discussion on Punishment in the Criminal Justice*

• Ilse Carolina Torres Ortega • Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) •

### Fecha de recepción

15-08-2024

### Fecha de aceptación

21-09-2024

### Resumen

La discusión normativa sobre el castigo debe tener un lugar privilegiado dentro de la reflexión y el programa de la justicia penal. Sin embargo, ello exige dos cosas. Por un lado, tener presente el calado de los interrogantes implicados en la cuestión de la justificación de esta institución y de las prácticas que caen dentro de ella. Por otro lado, hay que reconocer que este recorrido de propuestas normativas no es un fin en sí mismo y no sucede en abstracto, desapegado de los contextos específicos y de las prácticas concretas de castigo.

El objeto de este texto consiste en reivindicar la teoría normativa sobre el castigo como un elemento fundamental para la comprensión y la transformación de los fenómenos sociales relacionados con la justicia penal; una comprensión que no puede ser fácticamente indiferente, pero tampoco normativamente ciega.

**Palabras clave:** Castigo, Justicia penal, Teoría normativa, rehabilitación, teorías éticas.

### Abstract

The normative discussion of punishment should have a privileged place in the thinking and agenda of Criminal Justice. However, this requires two things. On the one hand, it is necessary to be aware of the depth of the questions involved in the issue of the justification of this institution and of the practices that fall within it. On the other hand, it is also necessary to recognise that this series of normative proposals is not an end in itself and does not take place in the abstract, detached from the specific contexts and concrete practices of punishment. The purpose of this text is to claim that the normative theory of punishment should be considered a fundamental element in understanding and transforming of social phenomena related to criminal justice. An understanding, however, that is neither factually indifferent, nor normatively vacuous, being reduced to its facticity.

**Keywords:** Punishment, Criminal Justice, Normative Theory, rehabilitation, ethical theories.

## Sumario

1. Introducción. / 2. El problema del castigo jurídico. / 2.1. Un problema de filosofía política: ¿qué legitima al castigo como instrumento del poder? / 2.2. Un problema de filosofía moral: ¿qué justifica moralmente causar un mal? / 3. Propuestas justificatorias contemporáneas sobre el castigo. / 3.1. Principios del siglo XX: el reinado de la rehabilitación y la incapacitación. / 3.1.1. Incapacitación. / 3.1.2. Prevención o disuasión (especial, general, marginal y parcial) / 3.1.3. Rehabilitación. / 3.2. Mediados del siglo XX: las teorías mixtas y la contienda entre las explicaciones médicas y morales del fenómeno criminal. / 3.3. La década de 1970: el auge del retribucionismo y la descripción moral del delito. / 3.3.1. Teorías basadas en el merecimiento simple. / 3.3.2. Teorías recíprocas. / 3.3.3. Teorías comunicativas y expresiva. / 4. Desafíos específicos del contexto hispanoamericano. / 4.1. Injusticia y crítica social / 4.2. Encarcelamiento masivo / 4.3. El castigo en el mundo latino / 5. Reflexiones finales / 6. Bibliografía.

### 1. Introducción

El debate sobre el castigo, hoy en día, parece inconmensurable. Cualquiera persona que afirme la posibilidad de presentar una respuesta novedosa e inexplorada sobre el porqué castigamos, seguramente sería tildada, bien de presuntuosa, o bien de desinformada. La primera posibilidad —la actitud presuntuosa— tiene que ver con el hecho de que, aun ante el vertiginoso desarrollo de la literatura sobre el castigo, la discusión continúa orbitando en torno a ideas clásicas sobre el *retribucionismo*, el *prevencionismo* y la *rehabilitación*. Con algunas excepciones —como las perspectivas abolicionistas—, las distintas propuestas de justificación del castigo continúan siendo, en su generalidad, subclases de estos grandes marcos teóricos o una mixtura de sus elementos. La segunda posibilidad —la desinformación— pasaría por hacer caso omiso al enorme desarrollo de los estudios sobre el castigo, limitándose a dar cuenta del planteamiento tradicional retribucionismo *versus* prevencionismo, como si este no hubiera sido

problematizado con el pasar de los años, subestimando con ello la importancia que en la literatura (*ius*) filosófica ha tenido la cuestión del castigo.

En este texto se procura no incurrir en ninguna de estas actitudes, sea cayendo en la inmodestia de tener como objetivo la mera originalidad, o bien en la absoluta apatía respecto a la posibilidad de aportar elementos críticos a una discusión superada. Aquí, más bien, la persona lectora encontrará un recorrido normativo sobre el castigo con la finalidad de robustecer esta dimensión (la normativa) frente a enfoques que, bajo la apropiada denuncia de que la teoría suele estar demasiado alejada de nuestras prácticas concretas de castigo, renuncian a dicha dimensión por considerarla una manera más de encubrir —una ideología que enmascara— las injusticias del sistema de justicia penal.

El problema del castigo mantiene la misma vigencia de hace siglos, cuando los autores clásicos se preguntaban sobre

cómo conducirse frente a quienes incumplen las expectativas de conducta de una comunidad, pero las respuestas se han ido diversificando. En tanto que el castigo es una institución que opera en nuestras comunidades como una carga que se impone a una persona a manera de reacción ante una conducta que ha supuesto una vulneración a una tercera persona, la pregunta por su justificación no es otra cosa que el reconocimiento de que ese tipo de cargas no son aceptables si resultan solo de la arbitrariedad o de un contingente ejercicio del poder; o tienen un fundamento racional o se tratará de males que deberán ser expulsados de nuestros ordenamientos debido a su injusticia. Esto es, como apunta Vilajosana, *prima facie* el castigo consiste en un acto moralmente incorrecto, a menos que haya buenas razones satisfactorias para hacerlo.<sup>1</sup>

Una estrategia de transformación de la justicia penal no puede prescindir de la dimensión ideal del castigo, pues es en ella donde se lleva a cabo el cuestionamiento a la realización de sus fines y donde se lleva a cabo el juicio sobre su corrección o incorrección. Esta dimensión ideal corresponde, pues, a la teoría normativa sobre el castigo.<sup>2</sup> Así, la normatividad no

consiste en una actitud de culto al derecho y a las instituciones estatales; lejos de esto, combatir las injusticias exige procurar que una normatividad críticamente fundamentada se inserte en las prácticas reales, transformándolas a la luz de las propuestas realizadas por las teorías normativas que nos orientan sobre las condiciones de legitimidad de la práctica del castigo. En concordancia con la idea de Turner, la normatividad está en todas partes, y ello se evidencia en lo necesario y recurrente que hablamos de lo que es correcto e incorrecto, bueno y malo, racional y no racional, válido o inválido. Lo normativo es un ámbito especial de los hechos que valida, justifica, posibilita y regula el discurso normativo, así como las normas, los significados, lo simbólico y el razonamiento.<sup>3</sup> De lo que se trata es de que, aquella que se presenta como una teoría normativa guía o brújula de una *praxis* legítima, lo sea de forma fundamentada y consiga cumplir su función transformadora.

El objeto de este texto consiste en reivindicar la teoría normativa sobre el castigo como un elemento fundamental en la comprensión y transformación de los fenómenos sociales relacionados con la justicia penal; una comprensión que no puede ser fácticamente indiferente, pero tampoco normativamente ciega, redu-

1 Josep Vilajosana Rubio, *Las razones de la pena*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

2 De esta manera, al referirme a la “teoría normativa” o “debate normativo” hago referencia al sentido filosófico de normatividad que implica que alguna acción, actitud o estado mental de algún otro tipo está justificado, una acción que uno debería hacer o un estado en el que uno debería estar. El área filosófica que más se ocupa de la normatividad, casi

por definición, es la ética. Stephen Darwall, “Normativity”, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 2024, REP Online, <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/normativity/v-1>

3 Stephen Turner, *Explaining the normative*, Cambridge: Polity Press, 2010.

ciéndose a la mera facticidad. Para ello, lo que pretendo hacer a continuación es:

1. Ofrecer al lector un panorama sobre los principales debates que conforman el problema del castigo.
2. Presentar los desarrollos de algunas de las propuestas justificatorias que han tenido mayor relevancia en el siglo XX e inicios del XXI. Desde ahora quiero aclarar que estas aproximaciones no pretenden ser exhaustivas, en tanto que el castigo constituye un problema clásico en la historia del pensamiento filosófico,<sup>4</sup> por lo que sería imposible hacer una reconstrucción satisfactoria del mismo. Así, mi pretensión es que dicha sistematización simplifique el estudio y la difusión de conocimiento sobre este tema, es decir, una función pedagógica o heurística.
3. Se formularán algunos de los desafíos más apremiantes de las prácticas de castigo contemporáneas en el contexto hispanoamericano que han de ser incorporadas al recorrido normativo sobre el castigo.

4 El ejemplo más clásico del que tenemos constancia es el debate sobre Mitilene. Sobre dicho debate, véase Ulises Schmill O., “El debate sobre Mitilene: una interpretación”, España: *Revista Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, No. 4, pp. 203-245, 1987.

## 2. El problema del castigo jurídico

La sola elección de la expresión *el problema* resulta ya problemática. El artículo *el* parece indicar que se trata del único o del más importante de los problemas en torno a una, ya de por sí, controvertida institución. Desde luego, no es posible dar cuenta del castigo de manera adecuada a través de un problema singular, por más relevante que sea. No obstante, la expresión me parece apropiada para identificar, en términos nítidos, dónde radica la principal controversia que hace del castigo un objeto de preocupación y de estudio particular. Sin pasar por alto las variadas discusiones que acompañan la determinación del concepto<sup>5</sup>, el castigo jurídico es una institución —un conjunto de ideas con unidad de sentido, representaciones complejas sobre situaciones tipificadas, relaciones de accio-

5 Tal y como he discutido en otros trabajos, establecer un concepto de castigo normalmente supone afrontar dos cuestiones. La primera, se refiere a la especificidad del concepto. La segunda supone intentar un concepto que evite pronunciarse sobre el problema de su justificación —esto es, no caer en el *definitional stop*, la reducción de lo normativo a lo definicional—, procurando ser lo más descriptivo posible, pero sin desconocer por completo su carácter normativo. Esto último, permitiría distinguir entre el castigo como pretensión de corrección y el castigo justificado en el que dicha pretensión está satisfecha. Véase Ilse Torres Ortega, “Concepto y concepciones del castigo”, España: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 41, pp. 155-180, 2019 y Torres Ilse Ortega, *Sobre la fundamentación del castigo. Las teorías de Alf Ross, H. L. A. Hart y Carlos Santiago Nino*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

nes y procesos—<sup>6</sup> que autoriza a ciertas personas a afectar intencionalmente bienes especialmente valiosos de otro, derivado de su transgresión a una expectativa de conducta. Para mayor precisión, entiendo por castigos aquellas sanciones negativas que:

- a. resultan de la acción u omisión de una persona que transgrede una norma jurídico-penal que protege atributos de las personas especialmente valiosos;
- b. son actos coercitivos administrados intencionalmente por una autoridad constituida por el sistema jurídico transgredido;
- c. involucran un mal sobre los atributos esenciales de la vida humana y social que, en lenguaje penal, podríamos identificar como bienes jurídicos *prima facie* inalienables; y
- d. poseen una pretensión de justificación.<sup>7</sup>

6 Jesús María Silva Sánchez, “Instituciones y Derecho”, Barcelona: *InDret Penal*, No. 4, 2014, pp. 1.

7 Ilse Torres, *Sobre la fundamentación...*, *op.cit.*, p. 330. Esta definición es una reelaboración de la propuesta de elucidación del sentido primario del concepto de castigo formulada por Hart, en Herbert HART, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008. Este concepto, siguiendo a Montero, corresponde a “un concepto mínimo de pena, para cuya construcción (mediante abstracción) se debe ser lo más neutral posible desde el punto de vista valorativo; un concepto ecuménico que solo representa un punto de partida para, luego, afrontar el debate sobre la justificación”. Federico Montero, “Concepto

Muchos autores no están de acuerdo en afirmar que el castigo implica un mal, una privación, un dolor o sufrimiento, señalando que es mejor hablar de una pérdida, y añaden que el castigo debería estar más orientado a sus objetivos ideales que a hacer que las personas sufran, además de que debería aspirar a que esta pérdida que envuelve sea indolora.<sup>8</sup> Otros optan por hablar de una carga en un sentido amplio, que incluye el dolor (los azotes), la privación (el encarcelamiento), la vergüenza (el cepo) y otros tratamientos punitivos; la idea es que ningún tipo de carga específica constituya una condición necesaria para que algo sea un castigo.<sup>9</sup> En cualquier caso, parece existir un consenso respecto a que una propiedad especial del castigo —es decir, no la única y, quizás, tampoco la más importante en ciertos contextos— es el hecho de que implica algún tipo de acto impositivo, una molestia, una aflicción, un daño, un sufrimiento, un mal o carga.

El enigma del castigo estriba, entonces, en por qué lo que en unos casos supone una regla categórica —la prohibición de dañar, en el sentido amplio antes señalado— en otros adquiere una dimensión relativa y llega a ser no solo algo tolerado, sino incluso moralmente demandado. De acuerdo con Boonin, el castigo implica tratar a quienes han infringido una norma de una forma que resultaría inadmisibles para quienes no lo han hecho. Y

y justificación en una teoría integral de la pena”, Santiago de Chile: *Poli. Crim.*, Vol. 17, No. 34, p. 827, 2022.

8 Thom Brooks, *Punishment. A Critical Introduction*, Nueva York: Routledge, 2021, p. 5.

9 Matthew Altman, *A Theory of Legal Punishment: Deterrence, Retribution, and the Aims of State*, Nueva York: Routledge, 2021, p. 16.

es que, incluso suponiendo que quienes han transgredido la ley son responsables de sus actos y que las normas que han sido transgredidas son justas y razonables, esta práctica plantea múltiples interrogantes: ¿cómo puede el hecho de que una persona infrinja una ley justa y razonable autorizar para que se le dé un trato que de otro modo sería inadmisibles?, ¿cómo puede ser moralmente relevante la línea divisoria entre los que infringen esas leyes y los que no? Este es el problema del castigo.<sup>10</sup>

Sin embargo, aun ante lo que supone el castigo, este no suele ser un tema popular, presente en las distintas agendas públicas. Nos hemos acostumbrado a aceptarlo como algo evidente, y a no preocuparse demasiado por las formas en que se ejecuta. A efectos de este apartado, me interesa indagar por qué esta aceptación acrítica de la práctica del castigo supone un obstáculo en sus posibilidades de transformación y el tipo de problemas que, a su vez, presupone.

### 2.1. Un problema de filosofía política: ¿qué legitima al castigo como instrumento del poder?

Cuando H. L. A. Hart cuestionó la concepción austriana del derecho como modelo de órdenes respaldadas por amenazas, planteó el ejemplo del asaltante de un banco para mostrar cómo la mera amenaza no lograba dar cuenta satisfactoriamente de la diferencia entre una regla primaria que demanda algo del ciudadano, y el asaltante que da la orden

al empleado de un banco para que le entregue el dinero disponible.<sup>11</sup> Esta cuestión ha estado presente a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, pues hace referencia a uno de sus fundamentos: la naturaleza del deber de obediencia a la autoridad. En el derecho penal, esta interrogante adquiere su dimensión más dramática, puesto que, como señala Muñóz, este es, seguramente, el más autoritario de todos los ámbitos del derecho e incluso de todos los sistemas formalizados del control social; además de ser un sistema represivo en el que la violencia goza de un papel destacado, tanto por los casos de los que se ocupa (homicidios, violaciones, desapariciones), como por la manera en la que se ocupa de ellos o pretende solucionarlos (castigos).<sup>12</sup> En definitiva, hablamos del problema de la legitimación, ¿por qué el poder público puede ordenarme hacer o no hacer algo, y obligarme, incluso con violencia, a cumplir?, ¿por qué el poder público puede ocasionarme un mal intencionalmente y que dicha acción sea considerada, incluso, correcta o justa?

Un buen tratamiento sobre el castigo no puede simplemente presuponerlo como una institución inherente a la vida social; este depende de otras ideas filosófico-políticas, en tanto que su existencia sucede dentro del fenómeno de organización del poder, típicamente del poder estatal, aunque no solo.<sup>13</sup> Tal

<sup>10</sup> David Boonin, *The Problem of Punishment*, Nueva York: Cambridge University Press, 2008, p. 1.

<sup>11</sup> Herbert Hart, *El concepto del Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

<sup>12</sup> Francisco Muñóz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘Derecho penal del enemigo’”, En Guillermo Portilla, *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Ediciones Akal, 2005, p 167.

<sup>13</sup> Autores como Pawlik han avanzado esta



y como señala Nava, “en la historia de la filosofía política diversos filósofos han buscado legitimar la pena estatal, en la misma medida en que también buscaron legitimar al poder estatal. El derecho penal forma parte de las funciones necesarias, pero controvertidas, del Estado”.<sup>14</sup> De ahí que la legitimidad del castigo sea una reflexión constante en la obra de muchos de los grandes filósofos políticos clásicos —como T. Hobbes, P. J. A. R. von Feuerbach, I. Kant, J. G. Fichte y G. W. F. Hegel, autores de los que se ocupa el propio Nava en su texto— y que sea en su obra donde se hayan gestado gran parte de las ideas clásicas sobre la pena.<sup>15</sup>

El castigo es, finalmente, un instrumento del poder político y, en tanto tal, aparece ligado al monopolio de la violencia legítima que se le atribuye. De acuerdo con Gómez, la cuestión sobre las ventajas y desventajas de la existencia del ámbito penal apela a la legitimidad como instrumento político del

Estado. Es en este nivel de reflexión que se modelan posturas que van desde el abolicionismo hasta el punitivismo. De esta manera, es solo cuando se ha afirmado la necesidad o conveniencia de la existencia del derecho, que se plantea la cuestión de cómo debe ser y qué características debe tener, así como qué papel va a desempeñar el castigo en las pretensiones estatales.<sup>16</sup>

Tal y como afirma Vidaurri, el Estado ha presentado una gran cantidad de formas constitutivas y la pena evoluciona a la par de esas concepciones, lo que implica que también una modificación en los conceptos y estructuras dogmáticas que fundamentan la sanción y la imputación.<sup>17</sup> Ahora bien, las respuestas que se han intentado sobre el derecho del Estado moderno a castigar suelen ir desde las ideas contractualistas clásicas que consideran al Estado como depositario de los intereses generales hasta respuestas contemporáneas que cuestionan que ese derecho pertenezca al Estado. En el primer caso, el monopolio de la violencia —la del castigo— se fundamenta en la idea de que, sin un poder común que obligue a todas las personas al respeto, los individuos se encuentran en guerra unos contra otros —en la disposición hacia ella—, sin otra seguridad que la de su propia fuerza e inventiva; hay miedo, peligro, y “para el hombre una vida solitaria, pobre,

---

discusión en el ámbito del derecho penal internacional, discutiendo desde allí la posibilidad de aplicación de una teoría de la pena retributiva. Véase Michael Pawlik, “Pena o combate de peligros. Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena”, Barcelona: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, No. 4, 2011, pp. 1-43.

- 14 Alejandro Nava Tovar, *Filosofía política de la pena. Una lectura acerca de los fundamentos filosóficos de la pena estatal*, Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2023, p. 10.
- 15 Kant y Hegel son los autores más emblemáticos del retribucionismo clásico, mientras que Hobbes, Feuerbach y Fichte son también autores clásicos de las teorías prevencionistas y rehabilitadoras.

- 
- 16 Javier Gómez Lanz, “La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales”, Barcelona: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, No. 3, 2018, pp. 4 y 5.
- 17 Manuel Vidaurri Arechiga, “Las teorías de la pena”, *Estudios jurídico-penales*, México: Universidad de Guanajuato, 1997, pp. 85.

desagradable, brutal y corta”.<sup>18</sup> En el segundo caso, por ejemplo, encontramos las posturas de la autodefensa social, las cuales defienden que castigar, en realidad, es un derecho de la víctima, y no del Estado: la víctima tiene derecho a dañar a su agresor para evitar futuras amenazas y, si no puede hacerlo, entonces el Estado puede ayudarle a defenderse. Este derecho deviene en el deber de castigar, un deber que compartimos entre nosotros de ayudar a las víctimas, castigando a los delincuentes por sus actos.<sup>19</sup>

Las distintas opciones de justificación del castigo y sus posibilidades de implementación en las instituciones y en la discusión pública no surgen de la mera entelequia, sino que a ellas subyacen debates fundamentales sobre las formas de organización social, las relaciones de poder entre los individuos y el rol del Estado. Esto implica que hay explicaciones sobre nuestras prácticas del castigo que solo pueden entenderse, cuestionarse y reconstruirse desde allí. Por ejemplo, Tsai señala que, como comunidad, nos preocupamos por el castigo, no solo porque disuade de cometer infracciones en el futuro o por tener un valor instrumental, sino también porque en general consideramos que es justo que quienes infringen las normas sufran las consecuencias. Queremos que reciban su merecido. Castigar a los infractores confirma la importancia del orden social y restaura la confianza de que la sociedad se rige por valores y normas fundamentales; restablece la

previsibilidad y tranquiliza a los que seguimos las normas de que no somos unos tontos.<sup>20</sup> Esto, desde luego, está vinculado con las reivindicaciones del retribucionismo. Sin embargo, nótese cómo el énfasis normativo no está en lo que la comunidad debería buscar a través del castigo; tampoco puramente con lo que *de hecho* se pretende con el castigo —una suerte de realismo político—, sino especialmente en lo que representa el castigo en la estructura social: la credibilidad del contrato social, la necesidad de que el poder público reprima a quien ha decidido no cumplir las prerrogativas de convivencia. Desde ahí, se deposita la confianza en el Estado para que determine y respalde la incorrección de las acciones de otros que nos han perjudicado.

Esta vinculación también se pone de manifiesto al momento de determinar la preferencia de unas y otras comunidades por una cierta teoría. En el ámbito iberoamericano el derecho penal tiene una base predominantemente liberal, en la que se privilegia la libertad negativa, el principio de no interferencia y el no perfeccionismo estatal, así como una división contundente entre lo público y lo privado. El derecho penal liberal se construye desde la asunción de un desbalance de poder entre el Estado y el ciudadano, en donde este último es el más débil. Como indica Ferrajoli, el ámbito penal es “el terreno en el que se construyó el paradigma del estado de derecho y de la democracia liberal como sistema de límites a la ley del más fuerte”.<sup>21</sup> El poder

<sup>18</sup> Thomas Hobbes, *Leviatán*, Madrid: Editora nacional, 1979, p. 225.

<sup>19</sup> Victor Tadros, *The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*, Nueva York: Oxford University Press, Nueva York, 2011, p. 299.

<sup>20</sup> Lily L. Tsai, *When People Want Punishment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

<sup>21</sup> Luigi Ferrajoli, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del Derecho penal*, Madrid: Editorial Trotta, 2018, p. 32.

punitivo se presenta, así, como forma de minimización de la violencia en la sociedad (la de los delitos, la de las reacciones informales a los delitos, y la de las propias penas) y como defensa del más débil (en el momento del delito se representa en la parte ofendida, en el proceso, en el imputado, y en la ejecución penal, en el condenado)<sup>22</sup>. Desde esta comprensión de los límites del Estado, su intervención se entiende autorizada solo ante el daño o el peligro inminente de los bienes jurídicos de los individuos —el principio de daño de Mill—,<sup>23</sup> centrándose en las acciones y no en la calidad del carácter de sus actores.

Sin embargo, hoy en día, encontramos otras aproximaciones al castigo que, precisamente, ponen de manifiesto las limitaciones del marco liberal y del modelo de democracia deliberativa; especialmente las que tienen que ver con la manera de afrontar las desigualdades sociales o la reconstrucción del tejido social. Como indica Cigüela, hoy en día hay un auge de los intentos de politizar la teoría de la pena, siendo posible distinguir entre tres grupos de teorías de la ciudadanía: las deliberativas, las republicanas y las liberales o de la ciudadanía como protección.<sup>24</sup> De entre estas, uno de los autores más influyentes en los últimos años ha sido Duff quien ha presentado una reflexión acerca del rol cívico de quienes han delinquido, de la legitimación de quienes responsabilizan y, en gene-

ral, de la necesidad de una comunidad política que responda de manera más apropiada al delito.<sup>25</sup> Estas teorías instan a revisar el peso de las desigualdades sociales y las dificultades que acarrearán en la posibilidad de algunos para cumplir la ley, pero no lo hacen agregando una nueva teoría del castigo. De hecho, las teorías comunicativas se corresponden al marco retributivo. Lo sugerente de estas teorías es que ellas ofrecen un argumento muy sólido para repensar el modelo de democracia republicana y la necesidad de tomarnos en serio ciertas cualidades de carácter de los individuos para construir una ciudadanía activa, comprometida con la salud política del Estado.<sup>26</sup>

Lo dicho hasta aquí puede ser tomado por una obviedad, pero no lo es cuando el debate sobre el castigo se convierte en una discusión completamente abstracta sobre el merecimiento moral o sobre las múltiples ventajas de la resocialización o de la rehabilitación. Las aspiraciones normativas (conformadoras o guías de la práctica social del castigo) de la discusión exigen tener presentes el entramado institucional, la realidad política y el manejo del poder que están envueltos en la decisión de castigar, así como en el qué y cómo castigar.

Nino mostraba la evidente y, a la vez, enigmática relación entre la organización del poder y el derecho penal: “es innegable que el Derecho penal de los Estados no democráticos como la Alemania nazi o el régimen alba-

22 *Ibidem*, p. 191.

23 John Stuart Mill, *Sobre la libertad y otros escritos*, Madrid: Ministerio del trabajo y seguridad social, 1991.

24 Javier Cigüela Sola, “Injusticia social y Derecho penal: Sobre la ilegitimidad política del castigo”, España: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 42, 2019, pp. 389-411.

25 Antony Duff, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.

26 Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Buenos Aires: Siglo XXI, 1999, pp. 173 y 174.

no, difiere de manera relevante de las reglas que regulan el castigo en Francia o Costa Rica”.<sup>27</sup> Durante la instauración del régimen democrático en Argentina, sigue Nino, fue necesario revisar y ajustar diversas disposiciones sustantivas y procesales del derecho penal, especialmente respecto al uso del castigo.<sup>28</sup> Si analizamos lo que actualmente sucede en contextos específicos, como el caso de El Salvador, es evidente que el castigo está jugando un papel central en un proyecto político más amplio y menos esclarecido que el que nos presentan las teorías de la pena.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*, Buenos Aires: Gedisa, 2008, p. 13.

<sup>28</sup> Por ejemplo, leyes que definían de manera vaga actos de subversión; la competencia de juzgados militares; la facilidad para llevar a cabo detenciones preventivas; la tipificación de delitos vinculados con la censura; la previsión de penas demasiado benignas para actos de tortura y otras demasiado severas para conductas inofensivas, etcétera. El problema del castigo no es solo cómo justificamos moralmente su imposición, sino qué uso hace de este el poder político. *Idem*.

<sup>29</sup> Durante el actual gobierno se ha sustituido sumariamente al fiscal general y a todos los magistrados de la Corte Suprema, además de menoscabar la independencia judicial. Las fuerzas de seguridad del país han cometido abusos extremos para la población, incluyendo ejecuciones extrajudiciales, abuso sexual y desaparición forzada. Su política de seguridad ha implicado la declaración del estado de excepción, violando los derechos humanos y del debido proceso de las personas privadas de su libertad, al tiempo que se ha comprobado su complicidad con el crimen organizado. Recientemente han sido trasladados miles de internos a una cárcel de máxima se-

## 2.2. Un problema de filosofía moral: ¿qué justifica moralmente causar un mal?

Con lo anterior, no intento sugerir que haya una escisión entre las dimensiones política, jurídica y moral del castigo, sino lo contrario. En tanto que el asunto normativo, el razonamiento práctico exige la unidad de dichos saberes. Lo que pretendo señalar, entonces, es que bajo ningún enfoque resulta adecuado simplemente *naturalizar* la existencia del castigo, centrándose, como sucede en muchos debates académicos, en los momentos posteriores a dicha decisión. Muestra de ello Altman expone:

El castigo, al parecer, siempre ha estado con nosotros. Los dioses han impuesto su castigo divino a la humanidad y los padres han corregido a sus hijos desde que existen dioses y padres. El castigo jurídico existe en todo el mundo. Si una nación suprimiera por completo el castigo, pensaríamos que se trata, en el mejor de los casos, de un peligroso experimento social y, en el peor, de una involución hacia la anarquía... La historia, la literatura y el sentido común, por muy equivocado que esté a veces, parecen decirnos que el castigo es necesario si queremos tener tanto libertad individual como orden social.<sup>30</sup>

Debido a las controversias que le son intrínsecas, el castigo invariablemente debe estar bajo el mayor escrutinio. En todo mo-

guridad, con la amenaza de empeorar su situación vital si ello es necesario para reducir el crimen en el país. Véase: <https://www.hrw.org/americas/el-salvador>

<sup>30</sup> Matthew Altman, *A Theory of Legal...*, *op. cit.*, p. 1.

mento ha de ser una posibilidad el que se mantenga, se transforme o se elimine, si resulta que no hay manera de justificarlo, ni siquiera como un mal menor. En palabras de Tadros, el castigo es probablemente la cosa más horrible que los Estados democráticos modernos hacen sistemáticamente a sus propios ciudadanos. Si pensamos en la práctica del encarcelamiento —la medida de castigo más utilizada a nivel mundial— cada Estado democrático moderno encarcela a miles de personas cada año, privándoles de su libertad, causándoles un gran daño psicológico y físico, destruyendo sus relaciones, haciendo que pierdan sus puestos de trabajo, etcétera.<sup>31</sup>

En general, las respuestas más frecuentes que se han intentado a lo largo de la historia de las ideas son dos. La primera señala que el castigo da lugar a un estado de cosas que se considera bueno, por lo que es un medio necesario para la defensa estatal, la amenaza de castigo desincentiva la lesión de bienes jurídicos; la idea de prevención. La segunda, que el castigo es algo correcto en el sentido de que responde a una exigencia normativa, el haber provocado un mal conlleva la necesaria generación de otro mal; la idea de retribución.<sup>32</sup>

Ahora bien, estas grandes orientaciones se sustentan en ideas éticas acerca de lo que es bueno, correcto o justo. El castigo, tal como indicaba, implica tratar de manera distinta a las personas y con ello, en principio, entra en tensión con la exigencia ética de imparcialidad. De ahí que su fundamento haya de intentarse recurriendo a las teorías éticas que nos ofrecen el marco crítico para la justificación racional de nuestras acciones, o para la reflexión sobre cómo debemos ser los agentes para actuar de manera correcta. Así, por ejemplo, las teorías retribucionistas clásicas son cercanas a las teorías deontológicas; las prevenciónistas y de rehabilitación a las con-

---

justo, siendo esto suficiente para soportar la estructura penal (aunque de la amenaza e imposición de la pena no se obtengan otros fines adicionales)". Daniel Rodríguez Horcajo, "Pena (Teoría De La)", *Eunomía. Revista En Cultura De La Legalidad*, n.º 16, 2019, p. 223, doi:10.20318/eunomia.2019.4701. Las teorías relativas atienden al fin que se persigue con la pena, por lo que "justifican la pena por su orientación hacia fines ajenos a ella y, especialmente, por su capacidad para prevenir delitos futuros. Esta es la manera de romper con la "alquimia moral" retributiva, ya que la consecución de fines positivos de mayor valor es lo que hace soportable la amenaza de un mal y su imposición a un sujeto concreto". Daniel Rodríguez Horcajo, "Pena ...", *op. cit.*, p. 225. Se suelen dividir en teorías de la prevención especial —negativa o positiva— (el fin de la pena es evitar que quien ya ha delinquido vuelva a hacerlo, a través de la corrección o intimidación, o asegurándolo o apartándolo, Von Liszt) y de la prevención general —negativa o positiva— (la pena como una coacción psicológica que se ejerce en los ciudadanos para que omitan cometer un delito (Feuerbach).

31 Victor Tadros, *The Ends of Harm...*, *op. cit.*, p. 1.

32 Como se sabe, en la dogmática penal se recoge este debate como "los fines de la pena", y hace referencia a las ideas básicas de estos marcos al hablar de las teorías absolutas y relativas. En palabras de Rodríguez Horcajo, "las teorías absolutas atienden al sentido de la pena, el cual consiste en la retribución; en esto se agota y termina la función de la pena. Para los autores que defienden esta postura, imponer un mal a quien ha realizado otro mal con anterioridad es algo

secuencialistas. Propuestas como las teorías comunicativas o las expresivas se muestran cercanas al contractualismo; mientras que algunas propuestas abolicionistas comparan ideas del marco de la ética de las virtudes y la ética del cuidado.

El repertorio de las teorías éticas en boga está repleto de matices, pero cualquier visión de la filosofía moral se vale de la gran división entre las éticas deontológicas y las éticas teleológicas para intentar dar cabida a la amplitud de aportaciones que han sucedido en la historia de la filosofía moral. Esta división, sin embargo, en muchas ocasiones resulta reduccionista, no solo porque pretende alinear toda consideración ética a alguna de ellas, sino también porque todas las consideraciones no éticas parecerían condenadas al mero egoísmo y al autointerés.<sup>33</sup> Como señala Williams, el deseo de reducir todas las consideraciones éticas a un único patrón sigue siendo tan fuerte como siempre, y di-

<sup>33</sup> No obstante, no hay que pasar por alto que el egoísmo y el autointerés también pueden plantearse en términos normativos. Así, el egoísmo ético “es la idea de que cada quien debe buscar exclusivamente su propio interés. Es diferente del egoísmo psicológico, que es la teoría de una naturaleza humana que se ocupa de cómo *de hecho* se comporta la gente. El egoísmo psicológico dice que la gente en realidad busca siempre su propio interés. En cambio, el egoísmo ético es una teoría normativa; es decir, una teoría de cómo *debemos* comportarnos. De cualquier modo que nos comportemos, el egoísmo ético dice que nuestro único deber es hacer aquello que es lo mejor para nosotros mismos”. James Rachels, *Introducción a la filosofía moral*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 128 y 129.

versas teorías intentan demostrar que uno u otro tipo de consideración es básica, y que los demás tipos deben explicarse en función de ella. Las teorías deontológicas toman como noción básica la obligación o el deber; así, el hecho de que contemos como consideración ética, por ejemplo, que un determinado acto conducirá probablemente a las mejores consecuencias se explica en términos de que tenemos el deber, entre otros, de provocar las mejores consecuencias. Las teorías teleológicas, por otro lado, adoptan como idea primordial la de producir el mejor estado de cosas posible. Por ejemplo, el caso del utilitarismo, que identifica la bondad de los resultados en términos de la felicidad de las personas o de que obtengan lo que quieren o prefieren.<sup>34</sup>

Este reduccionismo ha sido ampliamente cuestionado por plantear la aparente necesidad de alinearse a uno u otro grupo de teorías, como si se tratara de una contienda deportiva o de doctrinas rivales.<sup>35</sup> Más allá de este enfrentamiento, necesitamos de unas y otras para abordar los interrogantes que hoy nos plantean problemas morales. Y esta necesidad no solo tiene que ver con la manera en la que estas teorías se complementan, sino con sus deficiencias.

Del recorrido anterior me interesa subrayar dos cuestiones a propósito de la justificación moral del castigo. La primera es que hay algunas correspondencias entre las

<sup>34</sup> Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Abingdon: Routledge, 2006, pp. 15 y 16.

<sup>35</sup> Victoria Camps, “Principios, consecuencias y virtudes”, *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, España: Universidad de Murcia, No. 27, 2002, pp. 64, <https://revistas.um.es/daimon/article/view/12201>

teorías del castigo y las teorías éticas. Sin embargo, no son completamente equiparables,<sup>36</sup> puesto que sus pretensiones y alcances son distintos; hay coincidencias evidentes entre la caracterización clásica del retribucionismo y del prevenciónismo con la del deontologismo y el consecuencialismo, así como en las objeciones que reciben unas y otras. Esta afirmación no es novedad alguna. Basta reparar en que autores como Kant y Bentham se consideran padres de unas y otras teorías. La segunda cuestión es que esto explicaría, al menos en parte, el hecho de que en la discusión sobre el castigo se haya acentuado la impresión de rivalidad, así como la tendencia a creer que necesariamente hay que posicionarse en uno u otro bando para responder a los interrogantes fundamentales sobre el castigo: ¿Qué es lo que hace que la fuerza aplicada a un individuo inocente

sea moralmente inaceptable y, en el caso de una persona que transgredió una norma, sea moralmente aceptable?, ¿por qué, en muchas ocasiones, si la persona que ha cometido un delito no sufre, entonces no se considera que haya sido castigada con éxito?, ¿por qué un Estado que no castiga a los ofensores, o que no lo hace con proporcionalidad al mal del delito que cometieron, no se estima lo suficientemente justo?

Las versiones más clásicas del retribucionismo toman como idea central que el mal ocasionado por el castigo está justificado si quien lo recibe es culpable de la acción que se reprocha. Una persona merece padecer el mal del castigo si ha dañado a otros, por lo que su sufrimiento se considera intrínsecamente bueno; hacer sufrir a esa persona para lograr algún fin social sería degradarla, tratándola como un mero medio para un fin.<sup>37</sup> Como es bien conocido, las teorías retribucionistas han sentado sus bases, centralmente, en los autores clásicos Kant y Hegel. El primero subrayó cómo la pena no puede servir como un mero medio para los propósitos de otros; de ahí que venga a representar la protección de la personalidad (dignidad) de quien comete un crimen.<sup>38</sup> La justicia exige tratar la ley penal como un imperativo categórico que ha de cumplirse para que las personas reciban lo que merecen por sus actos. Dicho merecimiento determina el tipo y el grado de castigo a aplicar, el cual no puede ser otro que la ley del talión.<sup>39</sup> El otro

<sup>36</sup> Esto tomando en cuenta la advertencia de autores como Tadros, quien indica que es erróneo asumir que existe una relación natural entre las dos justificaciones del castigo y las dos visiones integrales de la moralidad. A menudo se asume que quienes piensan que el castigo es intrínsecamente valioso —los que piensan que es bueno en sí mismo que los delincuentes sufran— serán no consecuencialistas. Los que piensan que el castigo es instrumentalmente valioso —aquellos que piensan que debe justificarse en virtud de sus efectos disuasorios— serán no consecuencialistas. Sin embargo, el debate sobre si el castigo es intrínsecamente valioso o si es instrumentalmente valioso no tiene casi nada que ver con el debate sobre si alguna versión del consecuencialismo o del no consecuencialismo es la mejor visión global para en filosofía moral. Victor Tadros, *The Ends of Harm...*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>37</sup> Matthew Altman, *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, Suiza: Springer, 2023, p. 6.

<sup>38</sup> Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona: Ariel, 1999.

<sup>39</sup> Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos, 2016. Esto, desde luego,

gran retribucionista clásico, Hegel, con su teoría de la imputación ofreció las bases para

---

no está libre de disputas. Tal y como Nava presenta, siguiendo a Hernández, la recepción del pensamiento kantiano en el derecho penal ha incluido la comprensión de la teoría kantiana como teoría de la unificación, pero también como una teoría mixta. Alejandro Nava Tovar, *Filosofía política...*, op. cit., p. 72. Maximiliano Hernández Marcos, “La actualidad del Kant penalista. Un balance crítico”, en Rafael Orden, Juan Manuel Navarro y Rovira, Rogelio (eds.), *Kant en nuestro tiempo: las realidades en que habitamos*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2016, pp. 253-270. Sobre esto último, indica también Nava, ha resultado decisivo el ensayo de Sharon Byrd, *Kant’s Theory of Punishment: deterrence in its Threat, Retribution in its Execution*, en el cual presentó la teoría kantiana de la pena en el contexto de la integración de la pena con la sociedad civil: “Las consideraciones históricas tienden a mostrar que Kant no estaba discutiendo una, sino más bien dos facetas del castigo, cada una independiente pero, sin embargo, mutuamente restrictiva. El castigo como amenaza pretendía disuadir del delito. Era una herramienta en manos de la sociedad civil para contrarrestar los impulsos humanos a violar los derechos de los demás. Sin embargo, en su ejecución, el Estado se veía limitado en su reacción por una teoría retributiva de la justicia que exigía el respeto por el individuo como fin y no como medio para alcanzar algún objetivo social ulterior. Esta interpretación de la teoría del castigo de Kant mantiene la coherencia desde los primeros hasta los últimos de sus escritos sobre filosofía moral, jurídica y política”. Sharon Byron, “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”, *Law and Philosophy*, Vol. 8, No. 2, 1989, p. 1.

cuestionar las teorías sobre la disuasión, la reforma o la intimidación por medio de la pena, las cuales ganaban terreno con el avance del contractualismo. Ante el deber de no defraudar las expectativas compartidas del sistema jurídico, el castigo, desde su concepción de la eticidad, permite el mantenimiento de estas expectativas, restableciendo la vigencia de la norma;<sup>40</sup> en definitiva, la reafirmación del derecho en tanto libertad jurídica social.<sup>41</sup>

---

40 La eliminación del delito es una retribución en la medida en que, según su concepto, es lesión de una lesión y, según su existencia, el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa determinada, por lo cual también tiene su negación en cuanto existencia. Esta identidad basada en el concepto no es empero una igualdad en las características específicas de la lesión, sino en sus características existentes en sí, es decir, según su valor. Friedrich Hegel, *Principios de la filosofía del derecho*, Madrid: Edhasa, 2005, p. 189.

41 Tal y como señala en su estudio Nava, la perspectiva hegeliana de la relación entre la sociedad y la pena ha ejercido una función destacada en el pensamiento penal de Jakobs. Alejandro Nava Tovar, *Filosofía...*, op. cit., p. 122. “El infractor de la norma no ejecuta el hecho porque sea una persona, sino porque ha permanecido subdesarrollado como persona, precisamente, se ha quedado en lo exclusivamente formal. Si su hecho se convirtiera en parte de la realidad social, quedaría eliminada también esa persona exclusivamente formal; pues no existe por fuerza propia, existe en la mayoría de los casos incluso en contra de la voluntad del individuo afectado, sino que existe sólo en virtud de la definición de la sociedad, mientras ésta siga siendo real. En esta medida, puede decirse que el infractor de la norma lesiona por igual a los demás y a sí mismo en cuanto persona; en la terminolo-



Las respuestas tradicionales del prevenciónismo, por otro lado, parten de la asunción de que el sufrimiento de quien ha delinquido es intrínsecamente malo; sin embargo, puede justificarse y ser instrumentalmente bueno si, en un balance, los beneficios que acarrea resultan mayores al mal infligido. El objetivo no es, entonces, hacer sufrir a quien ha obrado mal. Castigar a alguien sirve para un propósito considerado bueno; normalmente el de prevenir la comisión de delitos, en términos de la generalidad, o el de rehabilitar a quien ya ha delinquido para que no vuelva hacerlo y pueda ser una persona más apta para la vida en comunidad. El prevenciónismo clásico tiene entre sus representantes al utilitarista Bentham,<sup>42</sup> al reformista Beccaria<sup>43</sup> y al fundador de la teoría alemana moderna de derecho penal Feuerbach.<sup>44</sup> Este

---

gía de Hegel, esto se expresa en que ‘la lesión’ ha sido ‘sufrida... por la voluntad existente en sí’, y concretamente ‘tanto por esta voluntad de quien lesiona, como del lesionado y de todos’. Por consiguiente —se trata del plano de la persona—, la pena no se dirige ni en mayor ni en menor medida a él que a todos los demás. Después, puede que comprenda su personalidad, es decir, que se conciba a sí mismo como sujeto; en tal caso, comprenderá también la necesidad y el significado de la sanción”. Günther Jakobs, *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 24.

42 Principalmente, Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford: Clarendon Press, 2000.

43 Cesare Beccaria, *De los Delitos y las Penas*, Madrid: Trotta, 2011.

44 Anselm Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

marco justificatorio subraya la noción del castigo como un mal que es tolerado en tanto que tiene la finalidad de prevenir la comisión de delitos, hasta donde sea posible y valga la pena (lo más efectivo al menor costo posible). Así, la aplicación de un castigo solo puede justificarse por su necesidad para prevenir males más graves.

Estas respuestas genéricas esconden un sinfín de consideraciones y de insatisfacciones. La confrontación retribucionismo *versus* prevenciónismo ha sido el punto propulsor del debate sobre el castigo y, en gran medida, continúa siéndolo. Sin embargo, tal y como ocurre en la filosofía moral, esta confrontación no debería llevarnos a asumir que necesariamente debemos optar por una u otra opción; mucho menos a desconocer el universo de propuestas que pretenden ofrecernos otras consideraciones de justicia a propósito de esta institución. Pero, además, la brevísima caracterización antes anotada ha perpetuado ideas difíciles de encajar en nuestro escenario actual, puesto que las teorías éticas y del castigo tienen una orientación muy distinta a las que imperaban en el siglo XVIII, cuando ambos modelos se acentuaron. El ámbito penal y criminológico se ha desarrollado y se ha enriquecido a tal punto que resulta bastante trasnochado simplemente asumir que el castigo motiva el actuar de las personas —a la manera del condicionamiento operante— y que, si es así, entonces es válido y se justifica la práctica de su castigo.

### 3. Propuestas justificatorias contemporáneas sobre el castigo

La retribución y la prevención han sido, y siguen siendo, marcos de ideas apropiados — no por ello suficientes— para pensar en los problemas más acuciantes del castigo.

Aun cuando este tema ha estado presente en la historia de las ideas desde la antigüedad clásica, es en el siglo XVIII, a partir de los grandes pensadores antes mencionados que la discusión se rehabilita en un mundo post-iluminista. Las páginas anteriores dan cuenta de ideas y principios que hoy nos resultan irrenunciables. Como señala Rachels, el retribucionismo nos ha proporcionado principios de justicia fundamentales:

1. culpabilidad: solo la persona culpable puede ser castigada;
2. igualdad de trato: las personas que han cometido el mismo delito deben recibir el mismo castigo;
3. proporcionalidad: el castigo debe ser proporcional al mal del delito; los delitos graves merecen castigos más severos;
4. excusas: las personas que tienen buenas excusas no deben ser castigadas o no tan severamente.<sup>45</sup>

Por su parte, según lo indicado por Altman, también resulta decisivo que el castigo tenga una finalidad social; el Estado castiga a sus ciudadanos para hacer cumplir la ley —lo cual puede referirse a maximizar la felicidad, promover la justicia o proteger los derechos—, ya sea separando a quienes han delinquido de la población general (incapacitación), rehabilitándolos o privándolos de sus derechos para que sea menos probable que reincidan (prevención especial) o utilizando el castigo como amenaza para desincentivar

la actividad delictiva de otros (disuasión general).<sup>46</sup>

Con todo, estas teorías, si se asumen en aislado, dejan cabos sueltos significativos. Las teorías prevencionistas no ofrecen una respuesta satisfactoria sobre por qué dañar a una persona es algo correcto, ya que no se castiga porque la persona haya transgredido una obligación jurídica, sino porque así se conseguirán ciertos efectos positivos y deseables en el futuro. Las teorías retribucionistas no explican satisfactoriamente por qué el hecho de que la persona haya realizado anteriormente un mal autoriza, entonces, que esta pueda, e incluso, deba recibir un mal similar. Sucede, además, que estas dificultades se recrudecen cuando vinculamos la reflexión moral y política con la realidad de nuestras instituciones y nuestras actuales prácticas de castigo. Esto es, a la luz de nuestras prácticas contemporáneas, difícilmente afirmaríamos que el castigo previene crímenes con eficiencia —siguiendo la lógica del mal menor— o que las personas que reciben un castigo son merecedoras del mal que este entraña.

Aun cuando las ideas, marco de estas perspectivas son irrenunciables, la discusión contemporánea sobre el castigo excede por mucho los términos de esta dicotomía. A continuación, presentaré algunas de las propuestas justificatorias que muestran la riqueza y la complejidad de las teorías normativas que buscan ofrecer un marco crítico para pensar el castigo. Para llevar a cabo esta sistematización, voy a seguir las etapas marcadas por Wirts en su recorrido por las teorías del castigo del siglo XX e inicios del XXI,<sup>47</sup>

<sup>45</sup> James Rachels, "Punishment and Desert", En LaFollette, Hugh, *Ethics in Practice*, Oxford: Basil Blackwell, 1997, p. 75.

<sup>46</sup> Matthew Altman, *A Theory of ...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>47</sup> Amelia Wirts, "Is Crime Caused by Illness, Immorality, or Injustice? Theories of Puni-

debido a su claridad y, especialmente, porque las mismas están construida en atención a la evolución de nuestra concepción social del crimen (como resultado de enfermedad, como inmoralidad o como injusticia).<sup>48</sup>

### 3.1. Principios del siglo XX: el reinado de la rehabilitación y la incapacitación

Uno de los logros del movimiento reformista fue la expansión de las ideas consecuencialistas en los sistemas de justicia penal. El derecho penal moderno se inaugura con este movimiento que puso de manifiesto la incorrección y el abuso que suponían las prácticas de castigo excesivamente crueles y arbitrarias. Como indica Foucault, la protesta contra los suplicios fue una constante en la segunda mitad del siglo XVIII. Se encontraba entre los filósofos y los teóricos del derecho, entre juristas, curiales y parlamentarios, en los cuadernos de quejas y en los legisladores de las asambleas. La idea básica era la necesidad de castigar de otro modo: “deshacer ese enfrentamiento físico del soberano con el

condenado; desenlazar ese cuerpo a cuerpo, que se desarrolla entre la venganza del príncipe y la cólera contenida del pueblo, por intermedio del ajusticiado y del verdugo”.<sup>49</sup>

#### 3.1.1. Incapacitación

Aun si el movimiento reformista fue el principal responsable del giro hacia ideas cercanas a las éticas normativas teleológicas al poner el acento en la necesidad de las consideraciones consecuencialistas, desde luego las consideraciones de esta naturaleza no habían sido ajenas a nuestras prácticas de castigo a lo largo de las distintas épocas. Un propósito primario del castigo consiste en disminuir la capacidad física de un individuo para llevar a cabo la transgresión de normas; esto es, la incapacitación. Al incapacitar, lo que hacemos es eliminar las oportunidades de delinquir y de desviarse de la norma a través de restricciones físicas. A lo largo de la historia, y así lo subrayan Miethe y Lu, se han utilizado múltiples dispositivos, técnicas y estructuras como medios de incapacitación. Muestra de ello son las prácticas tribales primitivas de destierro, el sistema inglés de transporte de convictos a otras colonias en los siglos XVII y XVIII, el exilio de ciudadanos en la antigua sociedad griega y el exilio político en épocas más modernas.<sup>50</sup> Todos estos ejemplos consisten en formas de inhabilitación que restringen las posibilidades físicas de cometer

shment in the Twentieth and Early Twenty-First Century”, En Matthew Altman, *The Palgrave...*, *op. cit.*, pp. 75-97.

<sup>48</sup> Esto quiere decir que dicha sistematización no es exhaustiva. Además, hay que considerar que la autora se refiere al ámbito anglosajón, con especial referencia a la realidad estadounidense. Como menciono arriba, me parece una sistematización apropiada a los efectos de mi exposición porque no se construye solo a partir de la historia de la discusión penal sobre el castigo, sino sobre el desarrollo social más amplio de la institución, lo cual permite su adaptación —y, desde luego, complementación— a distintos contextos.

<sup>49</sup> Michel Foucault, *Vigilar y Castigar: Nacimiento De La Prisión*, Madrid: Editorial siglo XXI, 2022.

<sup>50</sup> Terance Miethe, y Hong Lu, *Punishment. A Comparative Historical Perspective*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005, p. 18.

delitos, pero que no necesariamente pretenden disuadir a las personas —en sus motivaciones— para cometer delitos.

En la época moderna, la forma de incapacitación predilecta ha sido el encarcelamiento y todo indica que esto no cambiará próximamente. De acuerdo con el último reporte del *World Prison Population List* hay una población carcelaria de 11 millones de personas en el mundo (de las cuales aproximadamente 3 millones están en prisión preventiva).<sup>51</sup>

Pese a dichas cifras, actualmente la incapacitación tiene —pretende ser— un matiz distinto del que tenía antes del reformismo. Luego de la revisión profunda del proyecto penal, la incapacitación adquiere una vocación disuasoria más amplia y no de mera inmovilización física del cuerpo. No obstante, la incapacitación sigue acentuando el control físico sobre el cuerpo, aunque las estructuras físicas para conseguirla tienen distintas funciones. Esto se refleja, incluso, en el lenguaje empleado —mazmorras, torres, casas de

trabajo, gulags, cárceles, campos de trabajo, centros de readaptación, centros correccionales, sanatorios, etcétera.<sup>52</sup> Hoy continúan proponiéndose nuevas formas de incapacitación como los programas de encarcelamiento de choque de corta duración, los programas de libertad condicional, el internamiento en centros de rehabilitación, el arraigo, entre otros. En el pasado, las formas de incapacitar subrayaban solo el control del cuerpo, minando la posibilidad física de una persona para cometer un delito; desde la reforma hasta nuestros días, ese control sigue siendo un recurso necesario, pero el énfasis se coloca en la posibilidad de cambiar la conducta de las personas frente al delito.

### 3.1.2. Prevención o disuasión (especial, general, marginal y parcial)

La incapacitación, entonces, va a nutrirse de otras consideraciones consecuencialistas con el fin de atribuir funciones específicas a la mera limitación de la oportunidad para delinquir. Es así como las sanciones incapacitantes sirvieron de marco inicial para establecer programas de disuasión y de rehabilitación más ambiciosos.

El prevencionismo afirma que el castigo supone siempre un mal, en tanto que se trata de algo desagradable, poco placentero, una limitación a los propios bienes y libertades. Por ello, el castigo tiene el potencial de moldear la conducta humana: puesto que lo habitual es evitar el propio mal, se le brindan al individuo razones suficientes para no delinquir. Subyace, por tanto, una concepción de la conducta en la que los individuos se consi-

<sup>51</sup> Hay más de 10,99 millones de personas reclusas en instituciones penitenciarias en todo el mundo (aunque es posible que supere los 11.5 millones). Los países con mayor tasa de población reclusa, es decir, el número de presos por cada 100.000 habitantes de población nacional, son: El Salvador (1,086 100,000), Cuba (794), Rwanda (637), Turkmenistan (576), Samoa estadounidense (538), Estados Unidos de América (531), Tonga (516), Panamá (499), Guam (475), Palau (428), Uruguay (424), Bahamas (409), Antigua y Barbuda (400), Tailandia (391) y Brasil (390). WORLD PRISON BRIEF, 2024. Disponible en: [https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_prison\\_population\\_list\\_14th\\_edition.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_14th_edition.pdf)

<sup>52</sup> Terance Miethe y Hong Lu, *op. cit.*

deran agentes morales, libres para elegir distintas formas de conducirse para maximizar ciertos bienes o minimizar sus males. De ahí que mientras más severas y desagradables sean las formas de castigo, su potencial disuasorio, se supone, aumentaría, puesto que cualquier individuo rechazaría algo que potencialmente le hará sufrir. Su finalidad, por tanto, es instrumental. En tanto que esta prevención se dirige a distintos segmentos de la población, se distingue entre:

- la prevención general, el efecto disuasorio se dirige a toda la población, quienes al comprobar el castigo a los ofensores, desearán no estar en su misma situación;
- la especial, el efecto disuasorio se orienta a la conducta futura particular de un individuo;
- la marginal, la eficacia relativa resulta de comparar distintos tipos de castigos como elementos de disuasión; por ejemplo, entre la pena de muerte y la cadena perpetua; y
- la parcial, la disuasión opera solo de manera parcial, en tanto que no lleva al cumplimiento de la ley, pero sí a una elección de mal menor; por ejemplo, si se va a cometer un robo, robar sin violencia.

Sin duda, evitar consecuencias que nos suponen males constituye una fuerte razón para adaptar nuestra conducta y preferencias hacia lo establecido por el derecho positivo, pero no siempre es un factor decisivo. De acuerdo con Golash, incluso cuando las personas pueden controlar su comportamiento y las consecuencias de la amenaza son importantes para ellas, pueden optar por cometer delitos para obtener un beneficio inmediato a pesar de esos riesgos, de la misma manera

que muchas personas optan por fumar, beber alcohol y renunciar a hacer ejercicio con conciencia de los posibles efectos perjudiciales.<sup>53</sup> Además, esta capacidad de calcular racionalmente los beneficios y los perjuicios parece cuestionable por motivos normativamente más relevantes. Hay personas con problemas cognitivos serios; individuos con dificultades emocionales que derivan en comportamientos explosivos y temerarios; o con vidas tan desafortunadas que termina por importarles muy poco el daño que causan, así como también el daño que reciben.

### 3.1.3. Rehabilitación

La toma de conciencia sobre los distintos factores que intervienen en el proceder de las personas tuvo como consecuencia que el fenómeno criminal se percibiera también como un problema social más complejo que se evidenciaba en las conductas delictivas. El

<sup>53</sup> Deirdre Golash, *The Case Against Punishment. Retribution, Crime Prevention, and the Law*, Nueva York: New York University Press, 2005, p. 24. Alemany ha puesto de manifiesto, a propósito de la discusión sobre el paternalismo justificado, que el desarrollo de la investigación en psicología del comportamiento y en neurociencia ha promovido importantes avances en cuanto a la comprensión de las limitaciones generales de la racionalidad humana. Por ejemplo, la teoría de los sesgos y de los heurísticos que ha comprobado la existencia de errores y limitaciones generales en los procesos de razonamiento humano, incluyendo la evaluación de riesgos. Macario Alemany García, “Paternalismo”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid: Universidad Carlos III, No. 12, 2017, p. 206.

paradigma de la rehabilitación plantea que las personas delinquen no como resultado de una *elección racional*, sino por otro tipo de razones más estructurales e intrincadas como carencias económicas, entornos sociales inestables, problemas psicológicos, etcétera.

La mayoría de los sistemas jurídicos asumieron esta perspectiva, pues permitía hacer descansar la legitimidad del castigo en algo menos impreciso que un *beneficio general*, al tiempo que parecía implicar una humanización del castigo, presentándolo como una oportunidad de vida para quien ha delinquido. Tal como observa Rachels, evidencia de ello es que las prisiones, que en algún momento habían sido meros lugares de confinamiento, se convirtieron — aparentemente — en centros de rehabilitación con psicólogos, bibliotecas, programas educativos y capacitación vocacional. “El cambio en la manera de pensar ha sido tan grande que el término *prisión* ha caído en desuso; la nomenclatura preferida es *centro de readaptación social*, y la gente que trabaja ahí se llama *personal de readaptación*”,<sup>54</sup>

Esto favorece la instauración institucional de un discurso justificatorio según el cual, más que castigar, el sistema de justicia ha de orientarse a ofrecer un tratamiento para que la persona sane, tanto física y cognitivamente, como en cuanto a sus afectos, aptitudes y valores. El mito de que la cárcel rehabilita y posibilita la vuelta a la sociedad como un individuo apto para desenvolverse en ella está arraigado en nuestras comunidades, convirtiéndose, incluso, en un dogma que no admite prueba en contrario<sup>55</sup>

### 3.2. Medios del siglo XX: Las teorías mixtas y la contienda entre las explicaciones médicas y morales del fenómeno criminal

A mediados del s. XX, la preocupación por la injerencia de factores biológicos, cognitivos y sociales en nuestra capacidad de actuar se acentuó, lo que suscitó un movimiento formado por psiquiatras, criminólogos, sociólogos y otros científicos sociales que cuestionaba el esquema tradicional de responsabilidad. Este *rehabilitacionismo* clásico, según lo indicado por Pérez, se encontró fuertemente influido por el cientificismo de la época, lo cual se hace manifiesto en las continuas analogías entre pena y medicina, o entre administración de la pena y tratamiento médico; también en la exigencia de que el éxito de la terapia deba ser un dato verificado empíricamente.<sup>56</sup>

En principio, se trata de una visión del crimen que genera enorme simpatía, puesto que se muestra como una perspectiva no punitivista y comprensiva de las complejidades de las vidas humanas. Sin embargo, como han hecho notar autores como Ross, esta supuesta benignidad encierra cuestiones preocupantes.<sup>57</sup>

Con el auge de estos enfoques a mediados del s. XX, los estudiosos del castigo se cuestionaban las implicaciones del ideal de

<sup>54</sup> James Rachels, *Introducción a la filosofía moral*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 212.

<sup>55</sup> Thomas Mathiensen, *Juicio a la prisión*. Buenos Aires: Ediar, 2003.

<sup>56</sup> Juan Manuel Pérez Bermejo, “Las teorías del castigo rehabilitadoras: una reconsideración crítica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, España: Universidad de Salamanca, No. 37, 2021, p. 287.

<sup>57</sup> Alf Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Los Ángeles: University of California Press, 1975.

rehabilitación sobre la noción de agencia. Pero, no solo por eso. Sin un principio que vincule el castigo con la culpabilidad, entonces el proyecto de higiene social no tiene límites claros respecto a quién puede ser castigado. En el contexto de estas inquietudes surgen las teorías mixtas, cuya principal preocupación será la necesidad de incorporar adecuadamente consideraciones de prevención y de retribución en la justificación del castigo.

Los caminos para conseguir esa mixtura han sido distintos. Encontramos este intento desde la antigua idea platónica, luego popularizada por Séneca como: *Nemo Prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur* (ninguna persona razonable castiga, porque ha habido una mala acción, sino con el fin de que no haya más). A partir de dicha idea, autores como Ross<sup>58</sup> han señalado la necesidad de diferenciar entre las preposiciones *porque* y *con el fin*, siendo las consideraciones retribucionistas las que corresponden a la primera, y las preventivistas en la segunda. Otros, como Rawls,<sup>59</sup> han propuesto, más bien, distinguir entre el nivel de justificación de la práctica general y el de la justificación de

una acción particular que cae dentro de ella. Autores como Nino,<sup>60</sup> han propuesto partir de una base de prevención, que comprende el castigo como un mal —un mal menor—, buscando la mejor manera de evitar la instrumentalización y respetar la dignidad humana. En la dogmática penal, la mixtura se ha intentado, sobre todo, por medio de las teorías eclécticas, sosteniendo a la retribución como base, añadiendo el cumplimiento de los fines preventivos.<sup>61</sup>

58 *Idem.*

59 John Rawls, “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, Estados Unidos: Duke University Press, No. 64, 1955, pp. 3-32. Esta distinción es seguida por muchos autores tanto en la filosofía del derecho, como en la dogmática penal. En esta última, es significativa la teoría diferenciadora de Schmidhäuser, la cual propone separar la teoría de la pena en general, de los momentos que se viven en el desarrollo de la pena. Manuel Vidaurri Arechiga, “Las teorías de la pena”, *Estudios jurídico-penales*, México: Universidad de Guanajuato, 1997, pp. 79-125.

60 La teoría consensual de la pena de Nino se erige sobre los principios de segundo orden que dan lugar a la base normativa la base normativa de la adjudicación de responsabilidad penal: el principio de protección prudencial de la sociedad, el principio de asunción de la pena, el principio de intersubjetividad o anti-perfeccionista del derecho penal y el principio de antijuridicidad. Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*, Buenos Aires: Gedisa, 2008.

61 El abanico de teorías aquí es muy amplio. Destaca la teoría de la unión, la cual señala que la pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en momentos distintos. Por ejemplo, en el instante de la amenaza penal es predominante la idea de prevención general negativa para disuadir a las personas de cometer un delito; si aun así se lleva a cometer el delito, entonces en la etapa de aplicación de la pena debe imperar la idea de retribución o de prevención general positiva; y durante la ejecución de la pena prevalece la idea de prevención especial, puesto que se procura la sociabilidad de quien ha delinquido, Claus Roxin, *La Evolución De La Política Criminal, El Derecho Penal y El Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. Más reciente, Pawlik ha desarrollado una propuesta de fundamentación que coloca en el centro el concepto del deber

Una de las teorías mixtas de mayor influencia es la de Hart,<sup>62</sup> por lo que voy a detenerme en ella. Hart defendió la necesidad de considerar diferentes principios para los diversos escenarios de la práctica del castigo, tomando como base la propuesta de distinción de Rawls. Así, el castigo jurídico es una institución compleja en la que se requiere diferenciar tres cuestiones:

1. la definición del castigo,
2. el fin general justificativo de la institución; y
3. la distribución del castigo que implica cuestiones de título y de cantidad.

Sin embargo, es necesario tener presente que la preocupación principal en la teoría mixta de Hart no es cómo incorporar consideraciones o restricciones deontológicas al

marco normativo consecuencialista, sino el desafío que en ese momento suponía el escepticismo penal de las propuestas abolicionistas terapéuticas (la disolución de la idea de agencia).

En lo que se refiere a la definición, Hart propuso un *caso central o estándar*<sup>63</sup> del castigo compuesto por las siguientes propiedades:

- a. debe involucrar dolor u otras consecuencias normalmente consideradas no placenteras o desagradables;
- b. tiene que ser infligido con motivo de una transgresión (por lo menos de una supuesta transgresión) a reglas jurídicas;
- c. tiene que ser aplicado al infractor (o a quien se suponga infractor) por su transgresión;
- d. tiene que ser administrado intencionalmente por seres humanos distintos del delincuente; y
- e. debe ser impuesto y administrado por una autoridad constituida por el sistema jurídico en contra del cual se cometió la transgresión.<sup>64</sup>

---

ciudadano de cooperación para el mantenimiento de un estado de libertades. El delito consiste en la infracción de ese deber de cooperación, mientras que la pena significa que quien ha delinquido queda sujeto a este deber, como una nueva obligación de tolerar la imposición de un mal por parte del Estado. Michael Pawlik, *El injusto del ciudadano*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2023. Asimismo, en la dogmática penal el tema es también relevante para una cuestión práctica de mayor calado como lo es la determinación de la pena. Véase, Jesús María Silva Sánchez, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, Barcelona: *InDret Penal*, No. 2, 2007, pp. 1-15.

62 Herbert Hart, *Punishment...*, *op. cit.* Sobre esta teoría me he ocupado en profundidad en Ilse Torres Ortega, *Sobre la...*, *op. cit.*

---

63 Asimismo, este autor identificó *casos sub-estándar o secundarios* del concepto: (a) castigos por infracciones de reglas jurídicas impuestas o administradas por personas distintas de los funcionarios (sanciones descentralizadas); (b) castigos por infracciones a reglas u órdenes no jurídicas (castigos en una familia o en la escuela); (c) castigos indirectos o colectivos a algún miembro de un grupo social por sanciones determinadas por otros sin la previa autorización, estímulo, control o permiso; y (d) castigo de personas (distintas de las incluidas en (c) que no son ni de hecho ni supuestamente transgresores. *Ibidem*, p. 5.

64 *Ibidem*, pp. 4 y 5.



Ahora bien, en lo que concierne a su justificación, Hart separa, por una parte, el análisis sobre la institución en general y, por otra parte, la revisión de los principios que deben regir la distribución de castigos a personas concretas. La pregunta general sobre la práctica del castigo se refiere al fin general justificativo, el cual, para dicho autor solo podía ser de tipo prevenciónista. Únicamente la prevención del daño a los miembros de la sociedad puede justificar el mantenimiento de una práctica como la del castigo, tomando como punto de partida que se trata siempre de un mal, un costo que puede tolerarse si el beneficio obtenido por imposición es considerablemente superior al mal que entraña — la idea del mal necesario. Incluso quien defiende valores distintos a la disuasión, como la satisfacción de una demanda popular, el garantizar el bien moral en la sociedad, o cualquier explicación que haga mención del castigo como algo que beneficia a la sociedad es, en realidad, un consecuencialista, pues centra la corrección de la práctica en un bien a ser asegurado: la protección de la sociedad respecto de ciertos daños.<sup>65</sup>

El retribucionismo —el *modelo retribucionista crudo*<sup>66</sup> que más tarde complemen-

tó<sup>67</sup> no ofrece razones aceptables en este nivel, pues considera que el merecimiento moral es suficientemente relevante como para convertir el mal del castigo en un bien. Sin embargo, las consideraciones retribucionistas resultan indispensables para justificar la aplicación de un castigo a un individuo concreto. En esta dimensión, una justificación consecuencialista resultaría insuficiente para llegar a la conclusión de que solamente puede castigarse a un individuo si este ha cometido voluntariamente una transgresión a las normas. Para ello es necesario introducir razones retribucionistas, lo cual habría que ser identificado como la *retribución en la distribución*, para diferenciarla de esta como fin general justificativo.

Dentro de este nivel encontramos las *cuestiones del título*, referidas a quién puede ser castigado, cuya respuesta sería que solo puede castigarse a aquel que es responsable de la transgresión de una norma, y lo referente a *la cantidad de castigo* que debe recibir dicho transgresor. La cuantía del castigo

*dem*, p. 231. Así, la teoría da una respuesta retributiva sobre el tipo de conducta que debe castigarse, su severidad y sobre su justificación.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>66</sup> El modelo simple o crudo de la teoría retributiva, según Hart, se compone de tres afirmaciones: (a) una persona puede ser castigada si y solo si ha hecho voluntariamente algo moralmente incorrecto; (b) ese castigo debe ser en alguna forma equivalente a la maldad de la ofensa; y (c) la justificación para el castigo de una persona bajo estas condiciones es la retribución del sufrimiento por el mal moral voluntariamente hecho, como algo que en sí mismo es justo o moralmente bueno. *Ibi-*

<sup>67</sup> En el *postscript* de *Punishment and Responsibility*, Hart reconoció que no había hecho justicia a la variedad y complejidad de la noción de retribución, puesto que hay distintas respuestas a la pregunta general y particular que pueden calificarse de retributivas, incluso si contienen elementos disuasorios o de reforma. Estas variantes preservan el principio de que el acto voluntario de llevar a cabo algo moralmente malo es determinante para el castigo, así como la idea de que la gravedad moral es una propiedad para fijar la severidad. *Ibidem*, p. 233.

va más allá de que un individuo haya transgredido una norma, ya que importan las circunstancias en las que el acto fue realizado y, sobre todo, las condiciones mentales del sujeto —análisis de excusas y causas de justificación. Una vez que se ha determinado que una persona es sancionable es necesario volver a atender al fin general justificativo, ya que el consecuencialismo fija límites a la cuantía del castigo; por ejemplo:

1. una pena no puede envolver más sufrimiento del que ha sido provocado por la infracción;
2. deben rechazarse aquellos castigos cuya severidad resulte inútil; y
3. debe ofrecerse al delincuente potencial el incentivo de que hay una menor penalidad por cometer un daño menor, para que esto pueda contribuir a que no realice el daño mayor.

La idea central consiste en que una justificación prevencionista del castigo es compatible con tener en cuenta principios retributivos en la distribución del castigo. Sin embargo, para muchos las propuestas mixtas son insatisfactorias porque siguen privilegiando una concepción específica. En este caso, estaríamos ante una postura que presenta la institución del castigo como justificada por razones de prevención, aun cuando se reconozca que las razones de retribución son necesarias en el momento de la distribución de castigos. Como señala Nayfeld, aunque a simple vista pueda parecer que una teoría de esta naturaleza plantea una vía intermedia entre el prevencionismo y el retribucionismo, en realidad, no implica ninguna concesión al retribucionismo, a menos que la noción de *retribución* se distorsione hasta

el punto de que carezca de sentido.<sup>68</sup> Aquello que distancia a unas y otras teorías permanece intacto.

### 3.3. La década de 1970: El auge del retribucionismo y la descripción moral del delito

La visión del fenómeno criminal como una enfermedad que exige rehabilitar a los ofensores planteó un enorme desafío para quienes vislumbraban las implicaciones de un esquema completamente paternalista sobre la autonomía de las personas.

Sin embargo, a este desafío se añadió otra importante inquietud. A partir de la segunda mitad del siglo XX, la decepción ante el modelo de prevención aumentaba. La idea de que el objetivo primordial de la política penal es esperar cambios en el carácter, las actitudes y el comportamiento de las personas condenadas, a fin de fortalecer la defensa social y contribuir al bienestar general<sup>69</sup> perdió fuerza ante la realidad social, llevando a los especialistas del castigo a un profundo escepticismo sobre la capacidad de las instituciones tradicionales para lograr un cambio en el comportamiento y los afectos de las personas.

Lejos de disminuir la incidencia delictiva, el crimen se recrudecía, la reincidencia no se controlaba y las víctimas ocupaban un pa-

68 Nicolas Nayfeld, *Moral Pluralism and the Complexity of Punishment. The Penal Philosophy of H. L. A. Hart*, Nueva York: Routledge, 2023, p. 193.

69 Francis Allen, *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, Nueva York: Yale University Press, 1981.

pel marginal.<sup>70</sup> Como subrayan MacCormick y Garland, el modelo de bienestar penal —el modelo de rehabilitación— que había prevalecido en la postguerra era una forma de utilitarismo que subrayaba la necesidad de responder de manera no punitiva, sino correctiva hacia los delincuentes, favoreciendo que el foco de atención estuviera colocado solo en el ofensor y en sus posibilidades de reforma. Sin embargo, esta perspectiva, así como sus operadores, fallaron en sus pretensiones y brindaron las facilidades para el incremento masivo del delito, al tiempo que ignoraban el sentir de la ciudadanía y se mostraban incapaces de manejar los riesgos y el daño vinculado al crimen.<sup>71</sup> Este contexto facilitó el tránsito del modelo de rehabilitación hacia un modelo que le diera al castigo una función más significativa que reivindicara la noción de agencia y la inmoralidad intrínseca en el mal del delito.

La crisis de la rehabilitación sobrevino, centralmente, por la ineficacia de los programas de tratamiento penal. Al haber perdido

esta influencia, la pregunta de los especialistas en el fenómeno criminal y el castigo fue: ¿qué concepción de la pena hay que seguir entonces?<sup>72</sup> Es ahí donde el *retribucionismo* vuelve a mostrarse como un marco normativo atractivo y con potencial para cambiar nuestras prácticas de castigo.

El renacimiento del retribucionismo, sin embargo, va a implicar un distanciamiento importante con el modelo clásico. Especialmente, en la mayoría de sus versiones se va a reemplazar la idea *contraintuitiva* de que el mal se retribuye con otro mal, por una tesis de mayor calado moral: el sufrimiento cuando es merecido no es un mal. Hay muchas versiones del retribucionismo, pero aquí voy a centrarme en aquellas que Holmgren identifica con el retribucionismo duro o positivo —para diferenciarlo del retribucionismo débil de las propuestas mixtas—, cuyas distintas versiones coincidirían en la tesis de que la decisión de castigar debe sostenerse en el merecimiento personal, al igual que la cantidad de castigo a recibir.<sup>73</sup> Esto es, el merecimiento es una justificación positiva del castigo; es una razón necesaria y suficiente para justificar la institución y para imponer un castigo a una persona concreta. Dentro del retribucionismo duro o positivo, encontramos distintas versiones, entre las que se destacan las siguientes.

70 Esto ha dado lugar al robusto movimiento de los derechos de las víctimas. También en el área penal se han desarrollado propuestas como la de Hörle que pretenden involucrar a las víctimas en el juicio, como un mecanismo para identificar la relación entre la severidad del delito y la duración de la condena; es decir, los intereses y consideraciones de las víctimas para evaluar la gravedad del delito. Tatjana Hörle, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Santiago de Chile: Olejnik, 2023, p. 56.

71 Neil MacCormick, y David Garland, “Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish”, En Andrew Ashworth, *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 13.

72 Andrew Von Hirsch, “The ‘Desert’ Model for Sentencing: Its Influence, Prospects, and Alternatives”, Estados Unidos: *Social Research*, Vol. 74, No. 2, 2007, p. 413.

73 Margaret Holmgren, *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal*, Madrid: Avarigani, 2014.

### 3.3.1. Teorías basadas en el merecimiento simple

La versión más difundida de este retribucionismo duro es aquella que utiliza la noción de *merecimiento* como concepto moral fundamental. El objeto del castigo, aquello que lo justifica, consiste en dar a quien ha transgredido una ley lo que merece. El autor más representativo de esta teoría seguramente sea Moore, quien señaló que debemos castigar a los ofensores porque, y solo porque, merecen ser castigados; el castigo se justifica únicamente por el hecho de que quienes lo reciben lo merecen. Este castigo puede derivar en consecuencias positivas como la disuasión, la educación para la vida en sociedad o el reforzamiento de la cohesión social, pero dichas consecuencias no tienen nada que ver con aquello que constituye el genuino bien que se consigue por medio del castigo: el bien consiste en que alguien que merece un mal, lo reciba. El castigo del culpable es, por tanto, un bien intrínseco y no un bien instrumental.<sup>74</sup>

Esto implica, que sea necesario distanciarse de algunas ideas que han contribuido a la mala fama del retribucionismo. Por ejemplo, la creencia de que el castigo consiste en una medida específica —como la ley del talión (ojo por ojo)— o en un tipo de castigo específico —como la pena de muerte—; o de que este se impone para satisfacer el deseo de venganza de las víctimas o las preferencias de la ciudadanía en general. La tesis retribucionista exige ser cuestionada en estas anteriores formulaciones, pero no la tesis de

fondo que establece como idea de justicia el merecimiento moral.

### 3.3.2. Teorías recíprocas

Aun partiendo de la noción de merecimiento, algunos autores apelan a una intuición básica que compartimos los seres humanos sobre el desbalance que supone en la dinámica social la comisión de un crimen. Las teorías recíprocas exploran esta intuición, indicando que, al ser necesario mantener una distribución justa de cargas y beneficios entre los ciudadanos, es legítimo que el Estado asuma esta función y tome las medidas apropiadas para mantener ese equilibrio o para reestablecerlo cuando esté en riesgo. Así, la persona que comete un delito obtiene una ventaja a través de sus actos, la cual es injusta; por lo tanto, el castigo ha de imponerse para intentar quitar esa ventaja y restaurar un balance en la sociedad.

Morris afirma que el derecho penal nos otorga un beneficio que consiste en no sufrir ningún tipo de interferencia de su parte, siempre y cuando aceptemos la carga que supone cumplir con las normas de conducta y, con ello, tener que limitar ciertos deseos o preferencias que podemos tener.<sup>75</sup> Así, quien decide infringir la ley está gozando de un beneficio que no le corresponde, y esa ventaja que ha tomado para sí mismo debe ser eliminada a través del castigo. Para cumplir el objetivo de restaurar la igualdad entre la persona transgresora y el ciudadano que de-

<sup>74</sup> Michael S. Moore, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 2010, pp. 87 y 88.

<sup>75</sup> Herbert Morris, *On Guilt and Innocence. Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, Los Ángeles: University of California Press, 1976.

cide cumplir la ley, es necesario sustraer de la primera aquello que indebidamente ha tomado;<sup>76</sup> esto justificaría hacer una excepción al principio que proscribe dañar a otros, autorizando el acto de castigar, como un acto de justicia en sí mismo.

### 3.3.3. Teorías comunicativas y expresivas

Un camino distinto es el que han emprendido otros autores al subrayar, más que una compensación o el merecimiento abstracto, el carácter intersubjetivo de la práctica de castigar. Las teorías comunicativas y expresivas han ganado mucho terreno en los últimos años, pues envuelven una reivindicación de las actitudes reactivas retributivas que nos llevan a ver en el otro un agente moral al que podemos reprochar y pedir que se comporte de una manera respetuosa con los demás. Ambos grupos de teorías se centran en aspectos expresivos y simbólicos del castigo, pero con énfasis distintos.

Las teorías comunicativas subrayan el intercambio bidireccional que supone hacerle saber al ofensor la desaprobación moral que la incorrección de su acto supone para la comunidad, para comprometerle en tanto agente moral.<sup>77</sup> Así, para los teóricos de las teorías comunicativas, la imposición de un castigo se justifica porque dicho acto comunica a quien ha delinquido un mensaje moral respecto a su conducta. Se le hace saber que

su actuar no es aprobado por la comunidad de la que forma parte, debido a que ha dañado a otros. Respetar a la persona que ha cometido un crimen, y tratarle como agente moral autónomo, implica no manipularle por medio de la disuasión, sino comunicarle racionalmente la trascendencia de su ofensa. Le forzamos a cumplir la obligación moral que tiene de meditar sobre el daño cometido y a arrepentirse.<sup>78</sup> De esta manera, el castigo también puede tener un beneficio intrínseco para quien ha delinquido. Esto da lugar a los modelos de educación moral como el de Hampton, quien señala que el castigo puede justificarse por los beneficios que supone para quien es castigado, quien es tratado como un agente moral capaz de revisar críticamente y corregir sus acciones. Desde el punto de vista de la educación moral, el castigo está justificado como una forma de prevenir las malas acciones, en la medida en que puede enseñar tanto a los infractores como al público en general, las razones morales para elegir no cometer un delito.<sup>79</sup>

Por otra parte, las teorías expresivas resaltan la expresión actitudes de resentimiento e indignación, así como la desaprobación de la conducta del ofensor que supone la imposición de un castigo.<sup>80</sup> De esta forma, sostienen también la importancia del castigo para comunicar al ofensor la incorrección

<sup>76</sup> John Finnis, “Retribution: Punishment’s Formative Aim”, *Journal Articles*, 44 Am J. Juris 91, 1999, pp. 91-103.

<sup>77</sup> Antony Duff, *Punishment, communication and community*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

<sup>78</sup> Antony Duff, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Portland: Hart Publishing, 2007.

<sup>79</sup> Jean Hampton, “The Moral Education Theory of Punishment”, *Philosophy & Public Affairs*, No. 13, 1984, p. 213.

<sup>80</sup> Joel Feinberg, “The Expressive Function of Punishment”, *The Monist*, Nueva York: University Oxford, No. 49, 1965, pp. 397-423.

de sus acciones, pero colocan el énfasis en la censura o desaprobación que supone para este. La idea central es, en este caso, que es necesario tratar a quien ha delinquido como un delincuente: si queremos reconocer la gravedad del delito, no debemos tratar a los infractores en términos normales hasta que hayan tomado conciencia del mal que ocasionaron, así como medidas apropiadas para cumplir con sus obligaciones (reparación).<sup>81</sup> De esta manera, se trata con dignidad y respeto al ofensor, pero, además, la censura del castigo transmite a las víctimas y a las potenciales víctimas el mensaje de que el Estado no es indiferente hacia quien ha cometido un crimen y no es omiso ante el daño injustificado que con ello ha provocado.<sup>82</sup> Autores como Andrew von Hirsch también han destacado el potencial de esta perspectiva para dar cuenta de la idea de proporcionalidad: “cuando la severidad de los castigos se establece en función de la gravedad de los delitos, la desaprobación así transmitida reflejará el grado de reprochabilidad de la conducta”.<sup>83</sup>

Más recientemente, Robinson ha formulado la propuesta del merecimiento empírico, sosteniendo que la distribución de castigos ha de realizarse a partir de las valoraciones de justicia de la comunidad.<sup>84</sup>

#### 4. Desafíos específicos del contexto hispanoamericano

Aun cuando los interrogantes que nos plantea la institución del castigo y las prácticas que caen dentro de ella sean persistentes e inagotables, conforme nuestras sociedades se complejizan, se hace necesario añadir nuevas aristas al problema. El recorrido realizado hasta aquí da cuenta de la riqueza de un debate teórico, pero, sobre todo, del cambio socio-histórico del castigo y, con ello, de los puentes que existen entre la realidad de las prácticas y las ideas normativas sobre el castigo. Toda práctica de castigo deja traslucir ideas normativas; la cuestión es aprenderlas y someterlas a juicio crítico para, en su caso, modificarlas por otras mejor fundamentadas y revisar —y transformar—, a la luz de estas, nuestras prácticas. Esto es, el recorrido por la historia de teorías normativas, que de alguna forma refleja y alimenta también la forma institucional (la dimensión organizativa o dimensión autoritativa) de la justicia penal. De ahí que tenga sentido plantear que, hoy en día, este recorrido normativo debe recoger y sumar cuestiones particulares de nuestro contexto para poder tener potencial crítico y transformador de tales prácticas.

En esta última parte del texto presentaré de manera sintética una serie de desafíos que, dada su importancia, han de estar presentes en la dimensión ideal del castigo para que esta no termine funcionando meramente como un discurso que, lejos de cuestionar y denunciar las injusticias, legitime espuriamente las prácticas de la justicia penal. Me centraré en tres grandes desafíos.

El primero se refiere a una nueva etapa que puede añadirse en la historia sobre el castigo en la que parecería que más que discutir si el castigo responde a la enfermedad o a la inmoralidad como en épocas anterior-

81 Christopher Bennett, *The Apology Ritual. A Philosophical Theory of Punishment*, Nueva York: Cambridge University Press, 2008, p. 103.

82 Joel Feinberg, *Doing and Deserving*, Londres: Princeton University Press, 1970.

83 Andrew Von Hirsch, “Proportionality in the Philosophy of Punishment”, *Crime and Justice*, Chicago: The University of Chicago Press, No. 16, 1992, p. 70.

84 Paul Robinson, *Principios distributivos del derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

res, habría que centrarse en las enormes desigualdades involucradas en los fenómenos sociales asociados al crimen.

El segundo se refiere a la que continúa siendo la mayor dificultad del tema del castigo; me refiero al encarcelamiento masivo, su uso político y la aparente predilección que tenemos por inhabilitar a las personas por medio de la prisión.

En tercer lugar, habríamos de abordar un reto que tiene que ver con una cuestión contextual que, en realidad, permea los anteriores desafíos.

Una cosa obvia en el recorrido que aquí he realizado es que la literatura que discute sobre el castigo y la historia de la que da cuenta pertenece, en su mayoría, al mundo anglosajón. Sin negar el carácter universal de los problemas últimos de fundamentación, sí es importante subrayar que el esclarecimiento de proyectos de organización social no puede ser, por razones obvias, ciego a las cuestiones fácticas que caracterizan cada contexto. Esta ceguera podría condenar al debate académico a la absoluta irrelevancia o, como se advertía, a ser fábrica de discursos ideológicos que simplemente enmascaran prácticas éticamente indecentes. El mundo hispanoamericano tiene, en ese nivel (la realidad sociopolítica, económica, cultural) una historia diferente que, sin embargo, no está siendo lo suficientemente revisada y cuestionada.

#### 4.1. Injusticia y crítica social

El resurgimiento del *retribucionismo* ha favorecido volver a colocar la atención en la noción de agencia y reivindicar el daño injustificado, el sentir de las víctimas y la necesidad de construir una ciudadanía junto con quienes han delinquido. Sin embargo, los

enfoques retribucionistas continúan siendo perspectivas que ponen el acento en la responsabilidad individual. Aun cuando dicha responsabilidad se ponga en diálogo con lo colectivo —por ejemplo, para aminorar el reproche que se dirige a una persona a quien su propia comunidad le ha fallado—, la atención sigue estando volcada en si el individuo merece o no un reproche que dé lugar al castigo. Dicho merecimiento podrá adquirir un tono edificante (articulado en primera persona puede llevar a la autorevisión y al crecimiento personal), pero persisten las dudas respecto a si dicho criterio, articulado desde las instituciones, es el más adecuado para la distribución de la justicia o, si acaso, no resulta revictimizador, en tanto que parece ignorar las condiciones objetivas de opresión. La pregunta por la medida en la que podemos afirmar que una persona merece un reproche por su acción, sigue sostenida en muchas incertidumbres respecto al peso de factores externos e internos en la conducta de las personas.

La libertad de acción, uno de los presupuestos de la responsabilidad penal, ha recibido numerosos embates por parte de los enfoques críticos. Presuponer que una persona, sin importar sus circunstancias, puede optar sin mayores dificultades por el rumbo de acción exigido por la norma puede llevar a desdibujar la influencia de las violencias estructurales que atraviesan nuestras comunidades jurídico-políticas. La crítica social del castigo, como indica Wirts, ha argumentado que el crimen tiene su origen en defectos morales de la propia sociedad y no en los defectos concretos del individuo —a quien, sin embargo, se le responsabiliza por entero—, como la aporofobia, el racismo, la pobreza y la exclusión en general.

La visibilización de la injusticia social ha llegado a animar las protestas públicas y el

discurso popular sobre la actuación policial y el encarcelamiento masivo, especialmente en las últimas décadas.<sup>85</sup> Los críticos sociales advierten que la práctica del castigo no puede abordar el problema de la criminalidad porque los castigos —y la justicia penal en general— continúan funcionando en una lógica individual, por lo que no pueden dar cuenta del entramado de condiciones y desigualdades de nuestras actuales comunidades.

En este sentido, el castigo tiene el enorme desafío de comprender mejor las disparidades que derivan de pertenecer a determinados colectivos históricamente afectados, y las consecuencias que esto tiene sobre el funcionamiento del sistema de justicia penal y el fenómeno criminal. Para ello, según Lauritsen y Sampson, es necesario seguir investigando sobre los vínculos entre la delincuencia, la justicia penal y la situación de los grupos minoritarios, las diferencias que estos suponen en la victimización y la delincuencia, el papel que desempeñan las sanciones formales en la acumulación de desventajas a lo largo de la vida de las personas, así como la medida en que las guerras del crimen se libran de forma desproporcionada contra ciertos colectivos.<sup>86</sup> Así, por ejemplo, en Estados Unidos se ha incorporado al debate del castigo la perspectiva de grupos castigados como las personas afroamericanas, hispanos, mujeres o personas en condición de pobreza.<sup>87</sup> Las prácticas

de castigo actuales son selectivas y cumplen una función, principalmente, de inhabilitación. En el mundo de habla hispana hay ya numerosos trabajos que, desde el punto de vista sociológico y criminológico,<sup>88</sup> muestran la contextualización regional de las personas que delinquen y las dinámicas sociales dentro de las prisiones y en torno a ellas.<sup>89</sup>

Tomar conciencia y hacerse cargo de las injusticias de nuestras sociedades implica que el castigo también deba repensarse en lógica del tejido social. Al respecto, el paradigma del perdón ha ido avanzando como un marco normativo con enorme potencial para pensar en las implicaciones de los conflictos sociales que dan lugar al delito más allá de la imposición de la pena. Por ejemplo, repensando el papel de valores como la compasión en una concepción del castigo como el retribucionismo que insiste en que corresponde dar al delincuente lo que merece o la plausibilidad de transformar el sistema de justicia penal por un sistema basado en la restauración.<sup>90</sup>

<sup>85</sup> Amelia Wirts, “Is Crime Caused...”, *op. cit.*, p. 76.

<sup>86</sup> Janet Lauritsen y Robert J. Sampson, “Minorities, Crime, and Criminal Justice”, En Michael Torny, *The Handbook of Crime and Punishment*, Nueva York: Oxford University Press, 1998, pp. 78 y 79.

<sup>87</sup> Gertrude Ezorsky, *Philosophical Perspectives*

*on Punishment*, Nueva York: State University of New York, 2015.

<sup>88</sup> De los más representativos de las Criminologías del sur, por ejemplo, Máximo Sozzo, *Prisons, Inmates and Governance in Latin America*, Cham: Palgrave, 2022.

<sup>89</sup> Como muestra de los muchos trabajos que subrayan las particularidades de la realidad penitenciaria del mundo latinoamericano, Rocío Lorca, Diego Rochow y Violeta Purán, “Extrema indiferencia: La población extranjera en las cárceles chilenas”, España: *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 2, No. 2, 2022, pp. 328-353.

<sup>90</sup> David Dolinko, “Some Naive Thoughts About Justice and Mercy”, Ohio: *Ohio State Journal of Criminal Law*, No. 4, 2007, pp. 349-360.



#### 4.2. Encarcelamiento masivo

La discusión sobre el castigo no debe confundirse con la discusión sobre la prisión. Sin embargo, aunque en ocasiones los teóricos del castigo insistan en mantener ambos temas separados, su relación es evidente. En gran medida, el tema del castigo sigue siendo objeto de preocupación debido a las injusticias que suceden dentro del encarcelamiento.

Si bien no es posible establecer una relación de causalidad entre las teorías del castigo y el uso de la pena de prisión, es innegable que la cárcel sigue siendo el escenario donde se ponen de manifiesto las ideas que los individuos poseen sobre la pena. En general, es en este nivel donde se evidencian las contradicciones de nuestras sociedades y la falta de herramientas teóricas que nos permitan sistematizar y afrontar el problema del castigo. Así, por ejemplo, todo Estado de derecho que utiliza prácticas de castigo inhabilitantes como la prisión pretende distanciarse de la idea de venganza. Sin embargo, con frecuencia nos encontramos con discursos que están en lo cierto en la evaluación de la situación sobre quién es el ofensor, el mal que ha ocasionado y lo mucho que merece un castigo, pero que, desde esa certeza, reducen la justicia a la satisfacción de ver que el delincuente sufre. Como indica Zaibert, no hay espacio en nuestro paisaje mental para lamentar el hecho de estar infligiendo sufrimiento por merecido que sea. Parecemos incapaces de captar la sutileza moral y de percibir la tragedia, o al menos los elementos trágicos de muchas situaciones.<sup>91</sup>

Probablemente esta situación tendría que ser el primer paso para avanzar en dirección a una reflexión más situada sobre el castigo. Aunque insistamos en utilizar palabras neutralizadoras e insistamos en que no tenemos prisiones, sino centros de readaptación social, que no tenemos castigos, sino sanciones penales que privan al individuo de un bien, es innegable que nuestras instituciones producen un dolor inmenso a quienes están allí alojados —a veces sin siquiera haber determinado su culpabilidad. Sea cual sea la teoría del castigo que nos resulte más justificada, ¿sabemos realmente cuánto dolor o sufrimiento estamos infligiendo en nombre del castigo? Autores como Christie insisten en la necesidad de hacer una genuina evaluación del volumen y de las condiciones de vida de las personas que están en prisión: “¿cuándo es suficiente? ¿Y cuándo se ha pasado el límite de lo suficiente? ¿Cuál es el límite de las sociedades modernas? ¿Cuándo la población carcelaria de un país ha alcanzado un nivel donde al menos nuestra intuición dice que esto está mal, completamente mal, que es inaceptable? ¿Y cuándo las condiciones de vida están por debajo de toda dignidad?”.<sup>92</sup>

Dentro de los distintos factores que influyen en las dinámicas humanas, parece difícil negar, por incómodo que resulte, que la humanidad encuentra un cierto placer en castigar. Sin embargo, este placer ha cambiado de carácter con el paso del tiempo. Aunque ha desaparecido el placer de la vista del público, esto no necesariamente debe interpretarse como una indicación de que el

91 Leo Zaibert, “Punishment, Revenge, and the Nature of Moral Philosophy”, En Paula Satne y Krisanna Scheiter, *Conflict and Resolution:*

*The Ethics of Forgiveness, Revenge, and Punishment*, Suiza: Springer, 2022, pp. 109 y 110.

92 Nils Christie, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 153.

placer como tal desapareció, sino más bien de que la experiencia del público cambió de carácter. De acuerdo con Hörnqvist, el dolor pareció desaparecer del castigo cuando la celda de la prisión sustituyó a la horca, y el dolor ya no era tangible ni fácilmente observable —no había miembros rotos, ni sangre, ni gritos audibles ni agonía visible.<sup>93</sup> No obstante, ese dolor persiste. Sabemos que está allí, pero lo disfrutamos en privado o simplemente lo ignoramos. Ese ápice de crueldad al que parecemos ser proclives no es una condena —es viable reencausar nuestras pasiones oscuras—, pero sí una advertencia para pensar los límites del dolor.

### 4.3. El castigo en el mundo latino

La sistematización de las propuestas justificatorias aquí anotadas responde a la discusión del mundo anglosajón. Con ello no pretendo decir que no hay teóricos del castigo preocupados por el tema del castigo en nuestro contexto, sino que, en su mayoría, lo que hacemos es mirar la escena anglosajona para intentar dar cuenta de nuestra realidad. No creo que sea posible afirmar una realidad común a los países del mundo latino, pero sí que se dan ciertas condiciones para construir algo parecido a lo que señala Atienza respecto a la posibilidad de construir una filosofía del derecho del mundo latino. Este proyecto, siguiendo con el autor, solo tiene sentido bajo ciertas condiciones: se requiere poder afirmar una cultura jurídica más o menos homogénea, con sistemas jurídicos y lenguas afines, y con una tradición de pensamiento

jurídico similar; es necesario mantener la vocación universal —no localista y cerrada; ha de existir una comunidad iusfilosófica con rasgos de identidad que toma conciencia de los problemas más apremiantes de esa comunidad.<sup>94</sup>

En este sentido, el debate *regional* sobre el castigo tendría que aceptar que, al menos en el discurso, no hemos avanzado mucho respecto del modelo de inhabilitación y de rehabilitación. No obstante, la violencia estructural que nos atraviesa recrudece el sentimiento de indignación y, con ello, a veces el ánimo de venganza, exigiendo mano dura por parte del Estado, lo cual se traduce en la demanda de castigos severos y en el aumento del sufrimiento penal.

Para dar muestra de ello, no hace falta más que echar un vistazo a los datos de cualquiera de nuestros países. Por ejemplo, en México, la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública<sup>95</sup> estimó 22.1 millones de víctimas de delitos mayores de 18 años en 2022 y una tasa de 28,701 delitos por cada 100,000 habitantes. Sin embargo, solo 10.9% de estos delitos fueron denunciados, y solo 69.3% de las denuncias derivaron en una investigación penal. De esta manera, hablamos de una tasa de impunidad —considerando delitos no denunciados, denuncias sin seguimiento e investigaciones infructuosas— de aproximadamente 92.4%. Al tiempo, la población penitenciaria es de más de 226,077 personas

<sup>93</sup> Magnus Hörnqvist, *The Pleasure of Punishment*, Nueva York: Routledge, 2021.

<sup>94</sup> Manuel Atienza Rodríguez, *Filosofía del Derecho y transformación Social*, Madrid: Trotta, 2017, p. 87.

<sup>95</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía, México, 2023. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2023/>

y solo 110, 954 personan cuentan con sentencia definitiva.<sup>96</sup>

Los datos anteriores corresponden, nuevamente, a la práctica del castigo de prisión, pero son una muestra de que los problemas del mundo latino no son exactamente los mismos de otros contextos en los que, por lo menos, existen instituciones con capacidades y fortalezas para tomarse en serio la impartición de castigos.<sup>97</sup> Nuestra agenda de problemas no puede ser la misma porque nuestra realidad es distinta. La anomia social, la incapacidad del sistema de justicia, los costos de la impunidad, el avance del populismo punitivo y, en general, la falta de oportunidades son factores acentuados en el contexto latino que deben ser incorporados a la reflexión normativa sobre el castigo para cuestionar un modelo imperante que insiste en que la prisión es una práctica concreta de castigo que se aplica a quienes lo merecen, en el ánimo de ofrecerles oportunidades de rehabilitación y reinserción.

En el mundo latino sigue siendo muy necesario revisar críticamente el paradigma de la prevención y pensar en alternativas, quizás ante el temor que supone reconocer que nuestras pretensiones preventivistas y de rehabilitación son demasiado endeblés<sup>98</sup>. En

este sentido, hay muchos autores del mundo latino, por ejemplo, Nino,<sup>99</sup> Malamud Gotti,<sup>100</sup> Gargarella,<sup>101</sup> Silva Sánchez,<sup>102</sup> Beade,<sup>103</sup> Ferrante,<sup>104</sup> Cigüela,<sup>105</sup> Ortíz de Urbina,<sup>106</sup> Vi-

---

“¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental”, En Raúl Carnavall, (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., Montevideo, Buenos Aires, 2017, pp. 419-444.

99 Cfr. Carlos Nino, *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Astrea, 1980.

100 Cfr. Jaime Malamud, *Crímenes de Estado. Dilemas de la justicia*, Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

101 Cfr. Roberto Gargarella, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del Derecho penal*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

102 Cfr. Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 2001.

103 Cfr. Gustavo Beade, *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Madrid: Marcial Pons, 2017.

104 Cfr. Marcelo Ferrante, *Filosofía y Derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc, 2013.

105 Cfr. Javier Cigüela Sola, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.

106 Cfr. Íñigo Ortíz de Urbina Gimeno, *La excusa del positivismo: la presunta superación del positivismo y el formalismo por la dogmática penal contemporánea*, Madrid: Editorial Civitas, 2007.

---

96 *Idem.*

97 Aunado a los períodos de inestabilidad política severos en los que el derecho penal ha sido captado por el poder político y en los que, posteriormente, ha jugado un papel central en los procesos de justicia transicional. Sobre esto último, en el caso chileno, recientemente Juan Pablo Mañalich Raffo, *Derecho penal y terrorismo de Estado*, Santiago de Chile: Roneo, 2023.

98 Al respecto, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno,

lajosana,<sup>107</sup> Lorca,<sup>108</sup> Zysman,<sup>109</sup> Rodríguez Horcajo,<sup>110</sup> Mañalich,<sup>111</sup> Pérez Barberá,<sup>112</sup> entre muchos otros —que están colmando esa laguna, construyendo una aproximación a los fundamentos del castigo desde un lugar distinto y con ánimos de renovación y mejora de nuestras prácticas.

## 5. Reflexiones finales

A lo largo de estas páginas he ofrecido a la persona lectora un recorrido sistemático por las principales ideas normativas que conforman la reflexión sobre el castigo y las prácticas que lo materializan. En este recorrido también he hecho explícita su incompletitud, y la importancia de que la reflexión normativa camine de manera paralela a la realidad social de la justicia penal.

En las ciencias sociales y las humanidades es frecuente la denuncia de la enorme

brecha existente entre la realidad y la idealidad. También es habitual el cuestionamiento de que el deber ser no logra seguir el ritmo de las dinámicas sociales, encubriendo las estructuras de opresión que hay en nuestras comunidades. Sin embargo, la dimensión normativa es necesaria para la denuncia de la injusticia y para fundamentar las transformaciones que van sucediendo en las instituciones. De ahí que uno de los primeros pasos sea tener muy presente porque se trata de una cuestión de ética práctica que no puede aceptarse de manera acrítica y de una institución que sucede en un contexto del ejercicio del poder específico. Asimismo, tener presente las distintas concepciones del castigo que han intentado responder a estos desafíos justificatorios es indispensable para comprender por qué unos determinados modelos se han instalado en las realidades penales de nuestras comunidades por un período de tiempo, de manera más o menos acentuada en algunos territorios.

En definitiva, en estas páginas he intentado aportar al diálogo sobre el castigo algunas ideas que han acompañado su proceso de adaptación en nuestras comunidades contemporáneas. El castigo es una de las prácticas más controversiales y difícilmente compatibles con el marco de derechos y principios sobre los que se han construido las actuales democracias. Entender cómo ha sucedido este proceso y los intentos de su fundamentación resulta fundamental para cuestionar su corrección y para exigir la transformación de nuestras prácticas penales.

<sup>107</sup> Cfr. Josep Vilajosana Rubio, *Las razones...*, op. cit.

<sup>108</sup> Rocío Lorca Ferreccio, “Extrema pobreza y poder penal”, En *Derecho y pobreza*, Madrid: Marcial Pons, 2021, pp. 221-243.

<sup>109</sup> Cfr. Diego Zysman, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

<sup>110</sup> Cfr. Daniel Rodríguez Horcajo, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid: Marcial Pons, 2016.

<sup>111</sup> Cfr. Juan Pablo Mañalich Raffo, op. cit.

<sup>112</sup> Cfr. Gabriel Pérez Barberá, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación Deontológica de la pena como institución”, Barcelona: *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, No. 4, 2014, pp. 1-44.

## 6. Bibliografía

- ALEMANY GARCÍA, Macario, “Paternalismo”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid: Universidad Carlos III, No. 12, pp. 199-209, 2017. [HTTPS://E-REVISTAS.UC3M.ES/INDEX.PHP/EUNOM/ARTICLE/VIEW/3652/2236](https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/ARTICLE/VIEW/3652/2236)
- ALLEN, Francis, *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, Nueva York: Yale University Press, 1981.
- ALTMAN, Matthew, *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, Suiza: Springer, Suiza, 2023.
- ALTMAN, Matthew, *A Theory of Legal Punishment: Deterrence, Retribution, and the Aims of State*, Nueva York: Routledge, 2021.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación Social*, Madrid: Trotta, 2017.
- BEADE, Gustavo A., *Suerte moral, castigo y comunidad. Un análisis de la relevancia moral de la suerte en el resultado*, Madrid: Marcial Pons, 2017.
- BECCARIA, Cesare, *De los Delitos y las Penas*, Madrid: Trotta, 2011.
- BENNETT, Christopher, *The Apology Ritual. A Philosophical Theory of Punishment*, Nueva York: Cambridge University Press, 2008.
- BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford: Clarendon Press, 2000.
- BOONIN, David, *The Problem of Punishment*, Nueva York: Cambridge University Press, 2008.
- BRINK, David O., “Consequentialism, the Separateness of Persons, and Aggregation”, En Portmore, Douglas, *The Oxford Handbook of Consequentialism*, Nueva York: Oxford University Press, pp. 291-314, 2020.
- BROOKS, Thom, *Punishment. A Critical Introduction*, Nueva York: Routledge, 2021.
- BYRD, Sharon, “Kant’s Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution”, *Law and Philosophy*, Vol. 8, No. 2, pp. 151-200, 1989, <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/kants-theory-punishment-deterrence-its-threat-retribution-its>
- Camps, Victoria, “Principios, consecuencias y virtudes”, *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, España: Universidad de Murcia, No. 27, 2002, pp. 63-72, <https://revistas.um.es/daimon/article/view/12201>
- CHRISTIE, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- CIGÜELA, SOLA, JAVIER, “Injusticia social y Derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo”, España: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 42, pp. 389-411, 2019.
- CIGÜELA SOLA, Javier, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- DARWALL, Stephen, “Normativity”, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, 2024, REP Online, [HTTPS://WWW.REP.ROUTLEDGE.COM/ARTICLES/THEMATIC/NORMATIVITY/V-1](https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/normativity/v-1)
- DOLINKO, David, “Some Naive Thoughts About Justice and Mercy”, Ohio: *Ohio State Journal of Criminal Law*, No. 4, pp. 349-360, 2007.
- DUFF, Antony, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.
- DUFF, Antony, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Portland: Hart Publishing, 2007.
- DUFF, Antony, *Punishment, communication and community*, Oxford: Oxford University Press, 2001.
- EZORSKY, Gertrude, *Philosophical Perspectives on Punishment*, Nueva York: State University of New York, 2015.

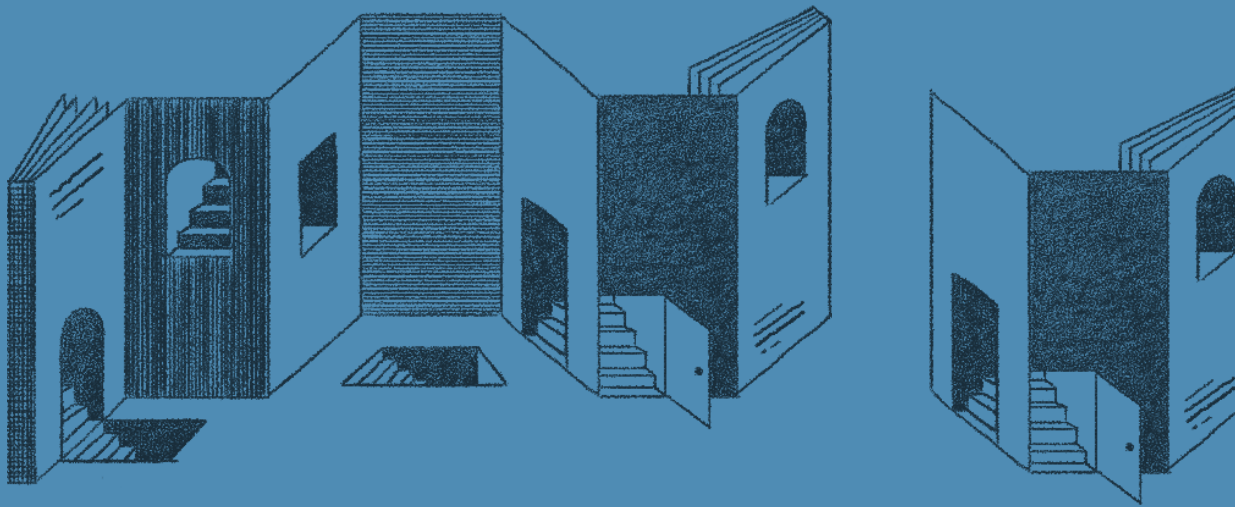
- FEINBERG, Joel, *Doing and Deserving*, Londres: Princeton University Press, 1970.
- FEINBERG, Joel, "The Expressive Function of Punishment", *The Monist*, Nueva York: University Oxford, No. 49, pp. 397-423, 1965.
- FERRAJOLI, Luigi, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del Derecho penal*, Madrid: Trotta, 2018.
- FERRANTE, Marcelo, *Filosofía y Derecho penal*, Buenos Aires: Ad-hoc, 2013.
- FEUERBACH, Anselm, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FINNIS, John, "Retribution: Punishment's Formative Aim", *Journal Articles*, 44 Am J. Juris 91, pp. 91-103, 1999.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*, Madrid: Siglo XXI, 2022.
- GARGARELLA, Roberto, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del Derecho penal*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Buenos Aires: Siglo XXI, 1999.
- GOLASH, Deirdre, *The Case Against Punishment. Retribution, Crime Prevention, and the Law*, Nueva York: New York University Press, 2005.
- GÓMEZ LANZ, Javier, "La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales", Barcelona: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, No. 3, pp. 1-32, 2018.
- HART, Herbert, *El concepto del Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- HART, Herbert, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HAMPTON, Jean, "The Moral Education Theory of Punishment", *Philosophy & Public Affairs*, No. 13, pp. 208-238, 1984.
- HEGEL, Friedrich, *Principios de la filosofía del derecho*, Madrid: Edhasa, 2005.
- HERNÁNDEZ MARCOS, Maximiliano, "La actualidad del Kant penalista. Un balance crítico", en Orden, Rafael Navarro, Juan Manuel y Rovira, Rogelio (eds.), *Kant en nuestro tiempo: las realidades en que habitamos*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2016, pp. 253-270, 2016.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Madrid: Editora nacional, 1979.
- HOLMGREN, Margaret, *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal*, Madrid: Avarigani, 2014.
- HÖRLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Santiago de Chile: Olejnik, 2023.
- HÖRNQVIST, Magnus, *The Pleasure of Punishment*, Nueva York: Routledge, 2021.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, México, 2023. <https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2023/> y <https://www.inegi.org.mx/programas/cns-pef/2023/>
- JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos, 2016.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona: Ariel, 1999.
- LAURITSEN, Janet y SAMPSON, Robert J., "Minorities, Crime, and Criminal Justice", En Michael Torny, *The Handbook of Crime and Punishment*, Nueva York: Oxford University Press, pp. 58-84, 1998.
- LORCA FERRECCIO, Rocío, DIEGO ROCHOW Y VIOLETA PURÁN, "Extrema indiferencia: La población extranjera en las cárceles chilenas", España: *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 2, No. 2, pp. 328-353, 2022.

- LORCA FERRECCIO, Rocío, “Extrema pobreza y poder penal”, En *Derecho y pobreza*, Madrid: Marcial Pons, pp. 221-243, 2021.
- MACCORMICK, Neil y GARLAND, David, “Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish”, En Andrew Ashworth, *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford: Oxford University Press, pp. 11-29, 1998.
- MALAMUD GOTI, Jaime, *Crímenes de Estado. Dilemas de la justicia*, Buenos Aires: Hammurabi, 2015.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Derecho penal y terrorismo de Estado*, Santiago de Chile: Roneo, 2023.
- MATHIENSEN, Thomas, *Juicio a la prisión*. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- MIETHE, Terance D. y LU, Hong, *Punishment. A Comparative Historical Perspective*, Nueva York: Cambridge University Press, 2005.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad y otros escritos*, Madrid: Ministerio del trabajo y seguridad social, 1991.
- MONTERO, Federico, “Concepto y justificación en una teoría integral de la pena”, Santiago de Chile: *Poli. Crim.*, Vol. 17, No. 34, pp. 819-855, 2022.
- MOORE, Michael S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 2010.
- MORRIS, Herbert, *On Guilt and Innocence. Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, Los Ángeles: University of California Press, 1976.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘Derecho penal del enemigo’”, En Guillermo Portilla, *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid: Ediciones Akal, pp. 167-185, 2005.
- NAVA TOVAR, Alejandro, *Filosofía política de la pena. Una lectura acerca de los fundamentos filosóficos de la pena estatal*, Ciudad de México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2023.
- NAYFELD, Nicolas, *Moral Pluralism and the Complexity of Punishment. The Penal Philosophy of H. L. A. Hart*, Nueva York: Routledge, 2023.
- NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho penal. Los escritos de Carlos S. Nino*, Buenos Aires: Editorial Gedisa, 2008.
- NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Astrea, 1980.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental”, En Raúl Carnevall, (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Estudios y Debates en Derecho Penal dirigida por Silva Sánchez, J. M., Montevideo, Buenos Aires, 2017, pp. 419-444.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, *La excusa del positivismo: la presunta superación del positivismo y el formalismo por la dogmática penal contemporánea*, Madrid: Editorial Civitas, 2007.
- PAWLIK, Michael, “Pena o combate de peligros. Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena”, Barcelona: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, No. 4, pp. 1-43, 2011.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, Barcelona: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, No. 4, 2014, pp. 1-44.
- PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, “Las teorías del castigo rehabilitadoras: una reconside-

- ración crítica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, España: Universidad de Salamanca, No. 37, pp. 281-306, 2021.
- PORTMORE, Douglas, *The Oxford Handbook of Consequentialism*, Nueva York: Oxford University Press, 2020.
- SCHMILL O., Ulises, “El debate sobre Mitilene: una interpretación”, *Revista Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, No. 4, pp. 203-245, 1987.
- RACHELS, James, *Introducción a la filosofía moral*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- RACHELS, James, “Punishment and Desert”, En LAFOLLETTE, Hugh, *Ethics in Practice*, Oxford: Basil Blackwell, pp. 470-479, 1997.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Nueva York: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, John, “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, Estados Unidos: Duke University Press, No. 64, pp. 3-32, 1955.
- ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, “Pena (Teoría De La)”, *Eunomía. Revista En Cultura De La Legalidad*, n.º 16, pp. 219-232, 2019. Doi:10.20318/eunomia.2019.4701
- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid: Marcial Pons, 2016.
- ROSS, Alf, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Los Ángeles: University of California Press, 1975.
- ROXIN, Claus, *La Evolución De La Política Criminal, El Derecho Penal y El Proceso Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Instituciones y Derecho”, *InDret Penal*, No. 4, pp. 1-3, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret Penal*, No. 2, pp. 1-15, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 2001.
- SOZZO, Máximo, *Prisons, Inmates and Governance in Latin America*, Cham: Palgrave, 2022.
- TADROS, Victor, *The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*, Nueva York: Oxford University Press, 2011.
- TORRES ORTEGA, Ilse, “Concepto y concepciones del castigo”, España: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 41, pp. 155-180, 2019.
- TORRES ORTEGA, Ilse, *Sobre la fundamentación del castigo. Las teorías de Alf Ross, H. L. A. Hart y Carlos Santiago Nino*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.
- TSAI, Lily L., *When People Want Punishment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- TURNER, Stephen, *Explaining the normative*, Cambridge: Polity Press, 2010.
- WILLIAMS, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Abingdon: Routledge, 2006.
- WIRTS, Amelia, “Is Crime Caused by Illness, Immorality, or Injustice? Theories of Punishment in the Twentieth and Early Twenty-First Century”, En ALTMAN, Matthew, *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, Ellensburg: Central Washington University, 2023, pp. 75-97.
- WORLD PRISON BRIEF, 2024. Disponible en: [https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_prison\\_population\\_list\\_14th\\_edition.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_14th_edition.pdf)



- VIDAURRI ARECHIGA, Manuel, “Las teorías de la pena”, *Estudios jurídico-penales*, México: Universidad de Guanajuato, pp. 79-125, 1997.
- VILAJOSANA RUBIO, Josep, *Las razones de la pena*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- VON HIRSCH, Andrew, “The ‘Desert’ Model for Sentencing: Its Influence, Prospects, and Alternatives”, *Estados Unidos: Social Research*, Vol. 74, No. 2, pp. 413-434, 2007.
- VON HIRSCH, Andrew, “Proportionality in the Philosophy of Punishment”, *Crime and Justice*, Chicago: The University of Chicago Press, No. 16, pp. 55-199, 298.
- ZAIBERT, Leo, “Punishment, Revenge, and the Nature of Moral Philosophy”, En SATNE, Paula y SCHEITER, Krisanna, *Conflict and Resolution: The Ethics of Forgiveness, Revenge, and Punishment*, Suiza: Springer, pp. 101- 117, 2022.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*. Madrid: Marcial Pons, 2013.



- Universidad de Huelva • Universidad de Salamanca •
- Universidad Pablo de Olavide • Universidad de Castilla-La Mancha •
- Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal •



**FGR**  
FISCALÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CENSOS PENALES

INACIPE  
**49**  
AÑOS  
1976 • 2025