

## EL ROL DEL MERECEIMIENTO EN *A THEORY OF JUSTICE*. ¿TIENE RAWLS UNA TEORÍA DEL CASTIGO PENAL?

On the role of desert in *A Theory of Justice*.  
Does Rawls have a theory of criminal punishment?

Javier Gallego Saade\*

**Resumen:** El artículo describe el estado de la discusión sobre la teoría de justificación de la práctica punitiva estatal que es posible desarrollar a partir de la obra de filosofía política de John Rawls. El autor explora una propuesta que intenta situar un auténtico estándar de justicia penal en la obra de Rawls, junto al clásico estándar de justicia política distributiva. En segundo lugar, discute acerca de los fundamentos de filosofía moral de cierta crítica a la propuesta comentada. Por último, a modo de conclusión, desarrolla brevemente la relación entre filosofía política (teoría de la justicia) y justificación de la práctica punitiva (teoría de la pena) a propósito de la discusión contemporánea comentada.

**Palabras clave:** teoría de la justicia – teoría de la pena – merecimiento – liberalismo.

**Abstract:** The article deals with the discussion around the theory of justification of the punitive practice that may be developed on the basis of John Rawls' work of political philosophy. It explores a proposal that places an authentic standard of criminal justice in Rawls's work, along with the classic standard of political distributive justice. Secondly, it discusses the foundations of moral philosophy of a certain critique to the mentioned proposal. Finally it briefly develops the relationship between political philosophy (theory of justice) and the justification of the punitive practice (theory of punishment) as part of the contemporary debate about these matters.

**Keywords:** theory of justice – theory of punishment – desert – liberalism.

### 1. La difícil relación entre el merecimiento y la teoría liberal de la justicia

*A Theory of Justice* es un libro que desarrolla una versión ideal de la vida social, a través de una comprensión de la justicia como el valor primordial que debe guiar nuestras acciones en sociedad y el funcionamiento de las instituciones. Y, aunque no siempre se note, no gira únicamente en torno al concepto de justicia distributiva, sino también en la idea de justicia como una guía para nuestras acciones, en el sentido propio de una teoría de la psicología y de la obligación

---

\* Egresado de Derecho, Universidad de Chile. Agradezco a Renato Garín, Juan Pablo Mañalich y Joaquín Vásquez sus comentarios, y a la profesora María Inés Horvitz por su exhaustiva revisión editorial. Correo electrónico: javierg.saade@gmail.com

moral.<sup>1</sup> En este trabajo nos interesa, en principio –más adelante esta cuestión se someterá a un análisis más profundo– el aporte de Rawls a la teoría política liberal referido a su desarrollo de una concepción moderna de la justicia distributiva, entendida como un criterio de rectitud del funcionamiento de las instituciones de la vida social o en comunidad.

Lo que nos interesa destacar aquí del proyecto de Rawls, en cuanto al fundamento del así llamado principio de la diferencia, es la concepción de la relación entre sujeto-instituciones que dicho principio, o más bien, la lógica detrás de su fundamentación, favorece. Como se sabe, que el principio de la diferencia (y así también el de igualdad de libertades) se derive de modo lógico a partir de ciertos supuestos que operan en una situación hipotética (denominada “posición original”) en la que se asume, entre otras cosas, igualdad de condiciones y ausencia de móviles egoístas, ha llevado a la comunidad académica a discutir sobre este principio como una auténtica manifestación del ideal igualitarista.<sup>2</sup> Este puede ser un interesante punto de partida para el análisis que llevaremos a cabo. Desde ya debe notarse que, definido el principio de la diferencia y desarrollado su ámbito de aplicación, se nos presenta –de modo intuitivo– como una manifestación o expresión clara del ideal igualitarista. En efecto, al tratarse de un principio que justifica desigualdades sociales y económicas sólo en la medida en que ello permita beneficiar a los menos aventajados y al mismo tiempo se acompañe de un esquema de posiciones y oportunidades abiertas para todos en igualdad de oportunidades muestra que la justicia (“como equidad”, aunque por ahora dejamos de lado esta propiedad) opera como correctivo de las diferencias que se producen entre quienes conviven en cierta comunidad política, por el hecho de que éstas (que les permiten a algunos lograr mejores posiciones sociales y económicas que a otros) provienen en último término de rasgos que se distribuyen de modo arbitrario (mayores capacidades, inteligencia, posiciones sociales, etc.).

El mejor modo de hacer comprensible el principio de la diferencia es asociándolo a una apuesta justa, o bien a una apuesta realizada bajo condiciones justas. Si las condiciones son justas, entonces el resultado es (por una cuestión de lógica) siempre justo, o al menos nadie puede reclamar respecto del resultado.<sup>3</sup> La circunstancia de que el resultado de la operación sea justo bajo estas condiciones es una cuestión sabida, no amerita mayor análisis, y sus consecuencias han sido ampliamente discutidas en el foro académico. Lo interesante es la idea de que quedan excluidas las reclamaciones que los partícipes de la operación puedan

---

<sup>1</sup> En general, Scanlon, T.M., “Rawls’ Theory of Justice”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 121, N° 5, 1973.

<sup>2</sup> Discusiones sobre Rawls como un igualitarista pueden verse en Arneson, R., “Against Rawlsian Equality of Opportunity”, *Philosophical Studies*, Vol. 93, N° 1, 1999, y en Scheffler, S., “What is Egalitarianism?” *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 31, N° 1, 2003.

<sup>3</sup> Scanlon, *op. cit.*, p. 1056. De modo célebre Rawls ha asociado la justicia distributiva, vista desde la perspectiva de su principio de la diferencia, con lo que él mismo denomina “justicia procedimental perfecta”. Lo explica en Rawls, J., *A Theory of Justice*, Revised Edition, Harvard University Press, 1999, p. 74.

realizar respecto del resultado de ésta, si es el caso que conocen las condiciones de antemano, están acordadas por todos, y son justas. Aquí es donde, se puede decir, Rawls decide (para proveer de mayor sustento al ideal igualitarista, dirán algunos) favorecer una versión radical de la concepción de la justicia como criterio institucional, es decir, que opera en la dimensión institucional. En efecto, el hecho de que nadie pueda reclamar respecto de lo que tiene y lo que no tiene en la comunidad política en la que le tocó vivir no sólo constituye una forma de mirar la relación sujeto-instituciones a través de los ojos de la justicia distributiva rawlsiana, sino que (también) es una auténtica y necesaria consecuencia de la plena operatividad del estándar de justicia para las instituciones (que se halla) fundamentado en el principio de la diferencia. Si a esto se suma que la justicia funciona como correctivo de desigualdades originadas en la distribución desigual y arbitraria de atributos naturales, entonces completamos el mapa en lo que dice relación con la concepción del sujeto y del rol del merecimiento en el esquema de Rawls.

En este sentido, una reclamación respecto de lo que *x* tiene o no tiene en sociedad se presenta, en último término, como una reclamación referida a lo que *x* merece (o no) tener en sociedad. En la versión radical de esta cuestión, Rawls despoja a los sujetos de la autoridad para hacer este tipo de reclamaciones en base a la idea de merecimiento, para situar el foco central en la pregunta por la justicia (distributiva) *para las instituciones*. Tal es la importancia de esta cuestión para Rawls, que se encarga de resolverla en un (célebre) pasaje temprano de *A Theory of Justice* (en adelante “TJ”) (parágrafo 17) donde el autor afirma:

*We do not deserve our place in the distribution of native endowments, any more than we deserve our initial starting place in society. That we deserve the superior character that enables us to make the effort to cultivate our abilities is also problematic; for such character depends in good part upon fortunate family and social circumstances in early life for which we can claim no credit.<sup>4</sup>*

Con esta aproximación a la cuestión del merecimiento, podemos postular como hipótesis de trabajo, respondiendo de algún modo a la pregunta que plantea el título de este artículo, que la *idea* de merecimiento no juega ningún rol en la teoría política de Rawls. Si se consideran los propósitos del principio de la diferencia, esto es, por un lado, compensar a quienes por circunstancias arbitrarias han quedado en desventaja respecto del resto y, por otro, servir de fundamento para un sistema económico cuyas instituciones funcionen, y (ambos fines) se comprendan como arreglos recíprocos para el beneficio mutuo (lo que se denomina la dimensión de compensación y fraternidad del principio de la diferencia, respectivamente), es fácil comprender la razón del rechazo, por parte de Rawls, a cualquier principio o fundamento basado en la idea de merecimiento.

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 89.

Lo que Rawls ofrece son principios que, primero, nos entregan la mayor libertad posible para participar en el diseño de las instituciones políticas, y hacer lo mejor posible con nuestros atributos naturales para ganar dinero y escalar la pirámide socioeconómica de la sociedad. Si es el caso que ciertas personas tienen mayores expectativas de realización en la sociedad, ya sea por haber nacido portando ciertos atributos naturales (por ejemplo, una mayor inteligencia o capacidad física para convertirse en destacados científicos o atletas de categoría mundial, respectivamente), o bien por haber nacido en el seno de una familia de una clase socioeconómica favorecida, entonces lo mejor que se puede hacer, en tanto sociedad que se dice “justa” y “cooperativa”, es permitir la mayor potenciación posible de dichos dones, pero estableciendo un sistema (por ejemplo, un mecanismo de recaudación de tributos por parte del Estado) que compense a los más desaventajados por su posición, al mismo tiempo que se mantienen abiertas las oportunidades para que cualquiera, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza o condición socioeconómica, pueda acceder al mejor estándar de vida posible, con su condición y habilidades desarrolladas al máximo.

Como se aprecia, entonces, lo último que necesita un miembro de una comunidad es que alguien le diga que “merece” el lugar en el que se encuentra. Esto vale tanto para que el está arriba como para el que está abajo. Quien ha nacido en el seno de una familia pobre no puede decirse que “merezca” dicha condición. Pero, por otro lado, tampoco puede decirse que el hijo de un exitoso empresario “merece” haber llegado a la posición de gerente de la empresa de su padre. Todavía más, y en esto se muestra la radicalidad de la propuesta de Rawls, aunque un sujeto resultase ser exitoso en cualquier actividad que hubiese decidido realizar, de cualquier modo se podrían rastrear las bases de su éxito en las condiciones socioeconómicas en las que nació, o bien en la inteligencia que heredó, o incluso en su apariencia física. Esto es, siempre se pueden hallar las bases del éxito en un rasgo o característica arbitraria, es decir, inmerecida, del sujeto. Lo mismo (puede predicarse) respecto del que está en la base de la pirámide socioeconómica de una sociedad. Es esto lo que parecen decir ciertos comentaristas de Rawls cuando afirman que en su concepción hay una nítida oposición entre justicia y merecimiento.

Ahora bien, ciertamente se puede discutir la coherencia de este planteamiento, en términos del uso cotidiano de los conceptos, en la relación excluyente entre justicia y merecimiento. Parece sensato pensar que sólo tiene sentido hablar de “lo justo” –en el sentido de “dar a cada uno lo suyo”–, si se trata de darle a cada uno lo que merece (estatus) que lo dota de un título legítimo para reclamarlo.<sup>5</sup> Más adelante se observará que esta intuición será crucial para proponer una concepción alternativa de la relación entre ambos principios.

---

<sup>5</sup> Sobre esto Steinberger, P.J., “Justice and desert in Rawls”, *The Journal of Politics*, Vol. 44, N° 4, 1982.

No quisiera insistir demasiado en este punto, excepto en lo que dice relación con la concepción de la sociedad que favorece esta relación de exclusión entre justicia y merecimiento. A propósito de ello sugiero imaginar que el Estado pudiera hablarle al ciudadano, y dirigirse en particular a un individuo situado en la base de la pirámide. ¿Qué se expresaría en un diálogo hipotético entre el Estado y este ciudadano en relación a sus expectativas? Primero, al notar que el sujeto ha nacido en un hogar pobre, y que es integrante de una familia pobre, el Estado le haría saber: “Tú no mereces esto. Esto es producto del azar”. Luego pondría un montón de servicios públicos a su disposición, lo bonificaría si obtiene buenos resultados en sus estudios, y le ofrecería becas para acceder a la educación superior. Luego de esta oferta de oportunidades, el Estado le vuelve a hablar al ciudadano: “Es mi deber darte todas estas cosas, pero no las mereces, y no puedes reclamarlas como si las merecieras”.<sup>6</sup> Al final, a nuestro sujeto le va bien en la universidad; con mucho empeño logra buenos resultados, obtiene becas para seguir estudios posteriores en el extranjero y algunos años después logra un buen puesto de trabajo y un sueldo razonable que le permite satisfacer todas sus necesidades y generar nuevas expectativas de desarrollo. Habiendo escalado la pirámide, el Estado se vuelve a manifestar y le recuerda que ninguna de esas recompensas es merecida, en el sentido estricto del concepto, ni siquiera en relación al esfuerzo realizado para llegar hasta allí. Desde esta perspectiva (a partir de esta historia), parece ser que el Estado trata a sus ciudadanos de un modo demasiado paternalista, en un sentido particular.

Esta postura poco amigable se convirtió con el tiempo en un problema que tuvieron que enfrentar (en Estados Unidos y en Chile también, ciertamente) las políticas públicas de inspiración liberal en la década de los 80, lapso en el que se produjo una suerte de *gap* o brecha entre la filosofía política liberal (que proveía el sustento teórico a estas políticas públicas) y la aplicación práctica por medio de diseños políticos y económicos de sus principios. Así lo notó, entre otros, Samuel Scheffler, quien en un artículo publicado a principios de la década de los 90,<sup>7</sup> evidenció que los programas de asistencia social de inspiración liberal “habían sido acusados de reducir el papel de la responsabilidad individual al obligar a la sociedad a asumir el costo de mantener las necesidades más urgentes de sus miembros más pobres”.<sup>8</sup> Estas políticas –se alega– creaban una clase de ciudadanos permanentemente dependientes de beneficios sociales incapaces de asumir una responsabilidad para mejorar su condición personal.<sup>9</sup> Por otro lado, respecto del fenómeno del quebrantamiento de normas penales en una sociedad,

<sup>6</sup> Eso no significa que no podamos “reclamar al Estado” que en el diseño de sus instituciones satisfaga el estándar de justicia distributiva del modo en que los dos principios de justicia rawlsianos le “imponen” dicho deber.

<sup>7</sup> Scheffler, S., “Responsibility, reactive attitudes, and liberalism in philosophy and politics”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 21, N° 4, 1992.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>9</sup> Un interesante análisis al respecto (apuntando a economías socialdemócratas y a la producción de ciudadanos dependientes y poco productivos) en Novak, M., “La crisis de la socialdemocracia”, *Estudios Públicos*, 74, Centro de Estudios Públicos, Santiago, Chile, 1999.

el liberalismo parecía apoyar, argumenta el autor, una política criminal que ponía un énfasis importante en las causas sociales del comportamiento delictivo antes que preocuparse por cada individuo en particular y por su responsabilidad individual.<sup>10</sup> Este punto se explica mejor apuntando a una concepción *fenoménica* del delito alojada en el inconsciente colectivo que asocia este fenómeno a una clase de personas que tienden a su ejecución.

El último es un aspecto del liberalismo que ha recibido extenso tratamiento (crítico) en la literatura filosófico-política contemporánea. De algún modo las así llamadas críticas ‘libertaria’ y ‘comunitarista’, concentradas en la concepción del sujeto que favorecía el proyecto rawlsiano, se preocuparon en su momento de las nefastas consecuencias que tiene para una concepción del ‘yo’ el que ésta se presente desvinculada de los actos por los cuales puede ese ‘yo’ asumir alguna responsabilidad, o respecto de los cuales se puede predicar merecimiento. Sin embargo, lo que interesa aquí es otro aspecto del problema: lo que se refiere a la relación sujeto-instituciones en abstracto, y algunas cuestiones particulares de la misma.

Samuel Scheffler nota a este respecto que algunos filósofos liberales se han declarado, de modo explícito, simpatizantes con aquella concepción de las instituciones que destaca o resalta su “expresivismo” o su llamada “función expresiva”. Tratándose de la institución del castigo penal, desde la célebre contribución de Joel Feinberg,<sup>11</sup> se ha hecho un lugar común destacar la así llamada función expresiva del castigo penal. Ella contiene lo que P.F. Strawson denominó actitudes reactivas, esto es, aquellas que reconocen en el otro un sujeto capaz de asumir responsabilidad por sus actos, lo que hace posible un juicio de reproche que condena el quebrantamiento de normas o la provocación de un daño injusto.<sup>12</sup> Sin embargo, si un liberal-rawlsiano insiste en negarle cualquier rol a la idea de merecimiento, entonces parece estarle cerrando la puerta a muchas otras posibilidades de reconocimiento intersubjetivo por medio de la atribución mutua o intersubjetiva de responsabilidad. Parece ser entonces que asumir el “expresivismo” de las instituciones (entre ellas el derecho penal) y al mismo tiempo negar el rol del merecimiento resulta ser contradictorio o insostenible.

Algo similar sostuvo Bonnie Honig en un artículo publicado un año después de la contribución de Scheffler, y que resulta destacable por ser también

---

<sup>10</sup> Scheffler, cit. (1992), p. 302.

<sup>11</sup> Me refiero a su trabajo Feinberg, J., “The expressive function of punishment”, en del mismo *‘Doing & Deserving’*, Princeton: Princeton University Press, 1970. Sobre esto véase Harcourt, B.E., “Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and the Expressive Function of Punishment”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 5, N° 1. Symposium: The Moral Limits of the Criminal Law, 2001.

<sup>12</sup> Scheffler, cit. (1992), p. 313.

una de las primeras contribuciones que abordan la cuestión del castigo penal inmerso en TJ.<sup>13</sup>

Honig pretendió mostrar que, en el diseño rawlsiano, el fenómeno del delito era exógeno o extrasistémico. Esto, porque el principio de la diferencia, proyectado como un principio de solidaridad, obliga a tratar al menos favorecido como una carga que estamos obligados a asumir dado que se trata de una desventaja en último término arbitraria, mientras que cuando se trata del delincuente –de quien se predica un carácter perverso–<sup>14</sup> ya no estamos dispuestos a sumarlo a la “repartición de la torta”, pues se trata de un individuo que ha puesto en peligro la condición misma de posibilidad de dicha repartición. El fenómeno es extrasistémico porque no tiene nada que ver con la justicia distributiva, es decir, con la repartición de la torta, aquí se trata más bien, en palabras de Rawls, de la sujeción a estándares morales básicos de comportamiento. Volveré sobre este punto más adelante.

Por ahora cabe destacar –a propósito de estas dos contribuciones– el estado de la cuestión en el debate sobre la práctica punitiva a partir de la TJ de Rawls. Sólo un par de artículos publicados en la década de los 90 enfrentaban de modo más o menos directo el asunto, aunque sólo en el ámbito de la filosofía política angloparlante, porque en relación a la teoría de la pena, como disciplina particular, no es exagerado decir que las discusiones más sobresalientes ignoraron la mayor parte del tiempo a Rawls, y en particular a TJ. Esto se explica porque, por mucho tiempo, el debate ha enfrentado a dos grandes bloques: el utilitarismo-consecuencialista y el retribucionismo-deontológico. De este modo, cuando sí se tomaba en cuenta a Rawls en ese debate, era para traer al foro su temprana contribución en el célebre artículo titulado *Two concepts of rules* –el cual nada tiene que ver con su desempeño teórico posterior– y para presentarlo como la mejor defensa de una concepción utilitarista de la pena, orientada a la prevención.<sup>15</sup> Por ello era muy difícil que, aun después de los 70, alguien tomara en cuenta de modo serio TJ para efectos de ofrecer o invitar a una discusión sobre la teoría de la pena con que el proyecto filosófico allí desarrollado parecía comprometerlos. De nuevo, ello se explica porque el utilitarismo tenía a los retribucionistas completamente ocupados, y no era posible concentrarse en una teoría que se proyectaba principalmente como una reacción contra el dominio casi indiscutido del utilitarismo y que usaría la lógica del contractualismo para hacerle frente. Pues, cuando los retribucionistas pensaban en contractualismo, después de todo, lo asociaban más bien a su versión clásica, que suele favorecer una concepción de la pena orientada a la prevención.

---

<sup>13</sup> Honig, B., “Rawls on politics and punishment”, *Political Research Quarterly*, Vol. 46, N° 1, 1993.

<sup>14</sup> Rawls, *op. cit.*, p. 277 (“a propensity to commit such acts [quebrantamiento de normas de comportamiento penales] is a mark of bad character, and in a just society legal punishments will only fall upon those who display these faults”).

<sup>15</sup> Véase Matravers, M., *Justice and Punishment. The rationale of coercion*, Oxford University Press, 2000, pp. 17 y ss.

Entonces, en la década de los 90, con este par de artículos sobresalientes, la cuestión de la teoría de la pena de la TJ comenzó a controvertirse directamente, aunque de un modo muy desfavorable. No sería sino hasta el fin de la década de los 90 cuando la cuestión volvería a ocupar un lugar central en el foro académico, gracias a un artículo del mismo Scheffler, publicado en 2000,<sup>16</sup> en el que recupera las inquietudes planteadas en su trabajo de 1992, esta vez para formular de modo concreto una defensa a una concepción de la práctica punitiva en términos estrictamente rawlsianos, o al menos compatible con sus planteamientos. Procedo a continuación a explicar su propuesta. Más adelante se evaluarán brevemente algunos supuestos teóricos sobre los que parece descansar la propuesta, y hacia el final se ofrecerá, a modo de conclusión, algún análisis más general sobre la relación entre filosofía política y teoría de la práctica punitiva.

## **2.- La propuesta: sobre la convivencia de los estándares de justicia distributiva y retributiva en el proyecto de Rawls**

El punto de partida de Scheffler es el reconocimiento del carácter ejemplificador que supuestamente resultaría ser la teoría expuesta en TJ en torno a la posición del liberalismo contemporáneo frente a la cuestión del merecimiento en general. La idea central parece ser que la teoría de la justicia de Rawls –al preocuparse fundamentalmente por asentar la mejor versión del procedimiento racional de generación y funcionamiento, en cierta configuración institucional, de dos principios de justicia cuya función es proveer un criterio de reconocimiento de casos y formas de distribución justa de aquello que se produce en una sociedad– deja de lado o desconoce la importancia que tiene en una sociedad, en procesos ciertamente distributivos, la idea de merecimiento *moral*, o preinstitucional.<sup>17</sup> Ello es así porque, en el caso de existir alguna concepción de lo que los ciudadanos ‘merecen’ en concreto, cuando se trata de la distribución de lo que en una sociedad se produce, aquel estándar resulta ser más bien equiparado a la idea de expectativas institucionales legítimas.

Si es el caso que Rawls no niega que la *idea* de merecimiento juegue un rol relevante en su teoría, sino que más bien la reduce a una base de reclamación puramente institucional, entonces la consecuencia de este reduccionismo debe ser analizada para proceder a proponer la operatividad de un estándar de justicia paralelo a la distributiva que sirva de base de justificación de la práctica punitiva estatal. Para ello Scheffler se propone presentar como la mejor versión de un concepto de merecimiento (preinstitucional) aquél que desarrolla Joel Feinberg,<sup>18</sup> quien además despliega una verdadera taxonomía de formas de merecimiento en

---

<sup>16</sup> Scheffler, S., “Justice and desert in liberal theory”, *California Law Review*, Vol. 88, N° 3, 2000.

<sup>17</sup> Scheffler (2000) p. 965.

<sup>18</sup> Feinberg, J., “Justice and personal desert”, en del mismo, *Doing and deserving*, Princeton University Press, 1970.

distintos contextos. Como punto de partida del análisis, Feinberg propone una concepción del merecimiento de tipo individualista. Sostiene que un juicio de merecimiento como el que encontramos en formulaciones del tipo ‘ $x$  merece  $p$ ’ implica un predicado respecto de  $x$  en virtud del cual se sostiene que merece  $p$ . El contenido de dicho predicado (es decir, la naturaleza de la característica de  $x$  en virtud de la cual sostenemos que merece  $p$ ) definirá formas distintas de tratamiento merecido. Feinberg menciona al menos cinco: merecimiento de un premio, de un grado o calificación, de una recompensa o castigo, de un reproche, y por último de una compensación.<sup>19</sup>

En la segunda sección de su trabajo Scheffler reproduce gran parte de las categorías que ofrece Feinberg en su artículo.<sup>20</sup> Sin embargo, la idea crucial y que conservará en la sección siguiente, es la de merecimiento como un “concepto moral” y, como tal, independiente y anterior a las instituciones públicas (podríamos agregar a cualquier configuración institucional).<sup>21</sup> Según Scheffler, el contraste entre una teoría del merecimiento como concepto moral pre-institucional y una teoría como aquella que Rawls parece defender, de un merecimiento o bien puramente institucional o reemplazable por meras reclamaciones de expectativas legítimas institucionalmente configuradas, revela al menos cuatro importantes objeciones dirigidas a esta última concepción.<sup>22</sup> En primer lugar, a través de las formas de atribución de un juicio de merecimiento descritas por Feinberg es posible observar una distinción crucial entre juicios de mérito y juicios de titularidad institucional. Esta distinción es, obviamente, el centro del problema. Por esta razón, argumenta Scheffler, el primer problema que el contraste revela es precisamente el colapso de dicha distinción. En segundo lugar, dado que el único estándar de merecimiento en un modelo rawlsiano es institucional, es difícil dejar de ver el problema que se genera cuando el estándar de justicia distributiva es insatisfecho de modo estructural o sistemático. Por lo pronto, el problema se revela como una contradicción para el criterio de merecimiento institucional. En tercer lugar, se puede argumentar que esta concepción deja de ver un punto central que desde Aristóteles constituye la esencia de la justicia distributiva: dar a cada uno lo suyo (agregamos, independientemente de la configuración institucional, ciertamente contingente, de cierta sociedad en algún tiempo dado). Por último, Scheffler está dispuesto a aceptar que esta concepción parece ciega ante el papel discursivo que en nuestras prácticas juegan expresiones propias de relaciones interpersonales tales como las de resentimiento y gratitud.

Estas cuatro objeciones constituyen el bloque que, asentado en el inconsciente colectivo de la comunidad académica durante los últimos treinta o cuarenta años, lleva estampado el título del escepticismo frente al liberalismo,

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>20</sup> Scheffler (2000), pp. 969-971.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 969.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 972.

precisamente por su –supuesta– defensa a una concepción puramente institucional del merecimiento.

Cuando llega el momento de explorar el libro de Rawls, Scheffler se encuentra con el gran problema. Aquél que Bonnie Honig destacaría en la primera línea de su artículo dedicado a la teoría de la pena en Rawls: no hay más de cinco páginas (en gran parte distribuidas en apenas tres secciones) dedicadas a este tema en TJ.<sup>23</sup> Con esto se quiere decir que no son más de cinco páginas las que Rawls dedica al derecho penal y en las que hace referencia a éste como disciplina o como práctica estatal. Entre estas secciones, la 17 (ya mencionada) se dedica a resaltar la tendencia de la teoría hacia el igualitarismo, indagando en el sentido de explorar la importancia que tiene para la protección y prioridad de la igualdad de la libertad la promoción de una equitativa ‘igualdad de oportunidades’, tanto formal como sustantiva.<sup>24</sup> Como ya se indicara, en una sección de esta naturaleza resulta crucial negar cualquier rol que una concepción moral del merecimiento pueda jugar en la determinación del esquema distributivo.

El segundo párrafo al que Scheffler pone atención, el párrafo 48, es mucho más explícito, pues precisamente en el título opone las expectativas legítimas al merecimiento moral. Al mismo tiempo es uno de los pocos que hace mención específica a la práctica punitiva estatal, precisamente para oponer el estándar de justicia distributivo (del que trata el libro) del retributivo, que rige para la imposición de sanciones penales. Dos cuestiones parecen centrales de este párrafo. La primera no es ampliamente desarrollada por Scheffler, y con razón, puesto que da pie para una devastadora crítica contra la posibilidad de una teoría de la justificación de la pena rawlsiana comprometida con el ideal de reconocimiento moral mutuo, la que fuera desarrollada por Honig en el artículo, ya mencionado, publicado años antes que el trabajo de Scheffler y que no obstante éste no se preocupa de mencionar. Rawls afirma en el 48:

*In a well-ordered society there would be no need for the penal law except insofar as the assurance problem made it necessary.*<sup>25</sup>

Ahora bien, la cita fuera de contexto puede llevarnos a errar sobre algunos puntos. Esto pues, si se considera la afirmación aislada, entonces no contamos con el aparato conceptual que el mismo Rawls provee en el párrafo 38 (omitido por Scheffler) donde parece desplegar una justificación prevencionista de la pena, cuestión a la que ya tendremos oportunidad de referirnos. Por lo pronto, y antes de mencionar la segunda idea central para Scheffler, contenida en el párrafo 48, la crítica de Honig merece comentario.

---

<sup>23</sup> Honig, B., “Rawls on politics and punishment”, p. 99.

<sup>24</sup> Rawls, J., *A Theory of Justice*, pp. 86-93.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 277.

Centrada principalmente en la observación que hace Rawls casi al final del párrafo 48 –donde presenta al derecho punitivo estatal como la institucionalización de deberes morales básicos,<sup>26</sup> y por tanto como una institución no necesariamente opuesta a la estructura que permite la satisfacción del estándar de justicia distributiva sino más bien completamente diferente– concluyendo (siguiendo en esto a Hart y Feinberg) que el ideal de una sociedad es la ausencia de derecho penal, y por tanto que el quebrantamiento de un estándar de comportamiento tematizado penalmente es la muestra de un “carácter perverso”, Honig sostiene que, en el esquema rawlsiano, no hay espacio alguno para el *reconocimiento* del individuo que decide contravenir una norma de comportamiento tematizada penalmente. Esto es lo que se denomina “el desafío de Nietzsche”, por cuanto se muestra como una situación análoga a la que el autor alemán describe en *On the Genealogy of Morals* imaginando una sociedad tan magnánima que es capaz de superar la necesidad de justicia (de operatividad de un criterio de corrección) y dar lugar a la misericordia. En el caso de Rawls –señala Honig– la sociedad ideal que se imagina no necesita hacer uso del castigo penal, no porque posea un magnánimo sentido de la misericordia, sino porque sus arreglos sociales-institucionales no lo permiten.<sup>27</sup> Para comprender la razón de la remisión al desafío de Nietzsche es necesario poner nuestra atención nuevamente en el supuesto carácter puramente institucional del merecimiento en TJ. Según Honig, el punto del merecimiento puramente institucional muestra de modo radical la atribución de carácter que hacemos cuando nos referimos a otros situados en una posición tal que consideramos vulneradora de algún estándar o expectativa. Si hacemos referencia a sujetos cuya personalidad los incapacita para –por ejemplo– tener un empleo y proveer de los medios para mantenerse a sí mismos y a su familia, entonces estamos desautorizados para efectuar una atribución de responsabilidad. En esto radica todo el punto de privar de todo rol a la idea de merecimiento, pues nos lleva fácilmente a tener que considerar las cualidades naturalmente (arbitrariamente) distribuidas preinstitucionalmente (lo que antes denominamos la dimensión fuerte de la cuestión del merecimiento).

Sin embargo, Honig observa que la cuestión es radicalmente distinta cuando se trata de hacer referencia al “carácter perverso” de un sujeto que ha decidido contravenir una norma de comportamiento tematizada penalmente. En este caso la autora sostiene que, para Rawls, no hay un requisito de merecimiento que deba ser satisfecho, con lo que se hace parte del bloque escéptico ante la posibilidad de que el merecimiento juegue cualquier rol en la teoría de la justicia. Así, para Honig, los ciudadanos en la sociedad rawlsiana estarán dispuestos a asumir la carga de individuos incapaces de producir, pues los arreglos institucionales-distributivos se encargarán de ellos, mas no estarán en la misma disposición si se trata de sujetos que muestran el “carácter perverso” propio de quien vulnera un estándar de acuerdo razonable.<sup>28</sup> En este sentido, la

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 276.

<sup>27</sup> Honig, *op.cit.*, pp. 110 y ss.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 112.

vulnerabilidad económica es un fenómeno endógeno al sistema, mientras que el quebrantamiento de estándares de comportamiento es exógeno.<sup>29</sup> La conclusión importante que se sigue de esto en el terreno de la pregunta por el reconocimiento del sujeto de una sanción penal es análoga a la que se sigue de aceptar los postulados de la ya célebre “doctrina” del ‘Derecho Penal del enemigo’: al castigar, demonizamos al otro por el hecho de portar un mal carácter antecedente.<sup>30</sup> Lo notable de la aproximación de Honig es que, dado el carácter supuestamente exógeno del fenómeno del delito,<sup>31</sup> no parece necesario restringir las consecuencias teóricas que pueda tener el hincapié en la calidad antecedente del carácter perverso. Esto se demuestra, según Honig, en la recuperación que haría Rawls de la idea de ‘valor moral’ (*moral worth*) como criterio de reconocimiento de la propiedad de la ejecución de la sanción penal, claro está, metajustificada por la apelación al carácter perverso como fenómeno exógeno.<sup>32</sup> Las preguntas más obvias son: ¿puede Honig en su interpretación de Rawls dar ese paso? ¿A qué se refiere la autora cuando hace uso del concepto *moral worth*? ¿Existe un sustituto para dicho concepto?

La(s) última(s) pregunta(s) provoca(n) el mismo nivel de perplejidad en otro artículo, cuyo autor es Eugene Mills, en el cual el argumento rawlsiano es desglosado en una serie de premisas. Una de ellas se formula como sigue:

(3): El concepto de justicia distributiva no se puede analizar en términos de merecimiento moral.

Parece ser ésta la premisa básica de trabajo con que se han identificado los principales conflictos teóricos aquí tratados. Lo importante de esta operación de desglose es que la conclusión “el merecimiento moral no restringe a la justicia distributiva” es posible porque introduce la premisa (3) a un razonamiento que se inicia con esta otra:

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 115 y 118.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 121. Sobre el así llamado Derecho Penal del enemigo puede resultar provechoso consultar la extensa recopilación de ensayos de habla hispana hecha por Canció Meliá en Meliá, C. y Gómez-Jara, *Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión*. Madrid, Edisofer. 2006.

<sup>31</sup> Una cuestión interesante que a este respecto puede plantearse pero que excede el espacio de este trabajo y su tópico, es la carencia de un principio de comunidad en general, como crítica formulada a la teoría de la justicia rawlsiana, en términos de la configuración de la estructura básica. En este sentido podría plantearse que el fenómeno del delito es ajeno a las instituciones porque no es contemplado por la estructura básica de la sociedad. Quien desee elaborar la tesis me parece deberá consultar de modo obligado como punto de partida a Cohen, G.A., “Why not socialism?”, en Broadbent, E. (ed.) *Democratic equality: What went wrong?*, University of Toronto Press, Toronto, 2001. Sobre la crítica de Cohen a Rawls en lo que respecta a la configuración de la estructura básica fundamental, Scheffler, S., “Is the basic structure basic?”, en Synowich C. (ed.), *The Egalitarian Conscience: Essays in honour of G.A. Cohen*, Oxford, 2006.

<sup>32</sup> Honig, *op. cit.*, pp. 119-120.

(1): Ser moralmente merecedor incluye el concepto de tenencia de un fuerte sentido de justicia distributiva.<sup>33</sup>

La razón de (3) consiste en que en la idea misma de justicia distributiva se incluye la de merecimiento moral, por lo que el estándar no puede observarse a sí mismo en esos términos. La pregunta de Mills, autor del artículo, tiene que ver con la plausibilidad de plantear que, en vista de la necesidad de mostrar que la justicia retributiva responde a los individuos que cometen delitos usando el lenguaje del merecimiento, se haga necesario hacer operativa una premisa del tipo (1) exclusiva para la justicia retributiva.<sup>34</sup> Según Mills, una premisa tal (la denomina 1R) presentará un atractivo intuitivo innegable. En efecto, se corresponde con nuestra comprensión actual del principio de culpabilidad jurídico-penal.<sup>35</sup> El contenido de la crítica, entonces, se traduce en que la atribución de calidad moral a un sujeto presupone un sentido de la justicia (distributivo), mientras que la ejecución de una pena sobre el mismo sujeto no requiere dicho sentido de la justicia (retributivo).<sup>36</sup> Sobre esto se volverá más adelante.

Por lo pronto, es importante ser estricto con el tratamiento rawlsiano de la idea de valor moral puesto que de ese modo podemos controvertir la propiedad de (1). De partida, el respeto a un valor intrínseco de los individuos no es tarea del procedimiento contractual hipotético. Es cierto que Rawls identifica este valor intrínseco con la tenencia del sentido de la justicia, mas es enfático en señalar que su expresión no ocurre sino una vez que los principios de justicia distributiva están asentados, de modo tal que no es tarea de estos principios honrar dicho valor.<sup>37</sup> Más bien, al contrario, la operatividad de los principios de justicia en la estructura básica posibilita las condiciones para el cultivo y expresión del sentido de la justicia, como un deseo racional de contribuir a la preservación del orden establecido.<sup>38</sup> Crucial para comprender la distancia que existe entre la operatividad del estándar y el cultivo del sentido de la justicia es el hecho de que Rawls evite el tratamiento definitivo de la idea hasta el penúltimo parágrafo del libro,<sup>39</sup> en la sección dedicada a la inteligencia del concepto de persona rawlsiano, y de conciencia cooperativa en torno a una concepción racional de lo bueno.

Ahora bien, vistas así las cosas, es obvio que la plausibilidad de la crítica de Mills a Scheffler dependerá de que se manifieste el cultivo del sentido de la justicia del mismo modo en la dimensión retributiva. La conclusión dependerá del momento en que ocurra la adopción del estándar en el procedimiento general.

---

<sup>33</sup> Mills, E., "Scheffler on Rawls, Justice and Desert", *Law and Philosophy*, Vol. 23, N°3, 2004, pp. 263-264.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 265.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 266.

<sup>37</sup> Rawls, *op. cit.*, p. 275.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 382 y ss.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 496 y ss.

Quisiera insistir en que se volverá sobre esto más adelante y que, en todo caso, no se estará en condiciones de explorar el problema sin haber previamente interiorizado la propuesta de convivencia de los estándares que hace Scheffler. De modo tal que a continuación se procede a ello, considerando la importancia tanto del párrafo 17 como del 48 (al menos el último párrafo). Combinar ambas ideas resultará en el desarrollo de una tesis respecto de la aproximación liberal a la cuestión del merecimiento en general, y en particular respecto del mismo como exigencia de la imposición de sanciones penales justas.

La tesis liberal se compone, según Scheffler, de los siguientes tres elementos: primero, en la esfera de la justicia distributiva, las reclamaciones basadas en la idea de merecimiento son entendidas más bien como reclamaciones de legítima titularidad en base al esquema distributivo establecido. Segundo, se sigue de lo anterior que no existe un criterio preinstitucional (Scheffler introducirá aquí la noción *prejusticial*, es decir, anterior al espacio o esfera de validez del estándar de justicia) de merecimiento sobre el cual los individuos puedan basar sus reclamaciones. Tercero, en lo que dice relación con el estándar de justicia retributiva (mencionado en la comparación hecha con el estándar distributivo en el párrafo 48), la teoría liberal estándar toma una postura radicalmente diferente (en estricto rigor, asimétrica). Cuando se trata del estándar de justicia retributiva que subyace a la práctica punitiva estatal, el sistema considera el acto particular que los sujetos ejecutan y que los hace merecedores de una sanción penal. El requisito de merecimiento, entonces, se reserva para justificar la ejecución de sanciones penales donde el estándar de justicia es retributivo.<sup>40</sup> Naturalmente, el lector de Scheffler exigirá en este punto, con razón, un sustento mayor que provea, en algún sentido, de consistencia lógica a la teoría liberal en general (que para Scheffler aquí ya no es dependiente del programa rawlsiano en específico),<sup>41</sup> si es el caso que sustenta esta asimetría en el tratamiento del merecimiento entre dos estándares de justicia. Scheffler provee dicho sustento en la sección quinta de su artículo, explicando la naturaleza de la asimetría.

Según Scheffler, la asimetría se explica porque el modo en que opera el concepto de merecimiento en ambos estándares de justicia es asimétrico, en lo concerniente a la manera en que cada estándar sirve como criterio de corrección de acciones o eventos particulares en que se ven involucrados ciudadanos de un Estado. Así, una reclamación de merecimiento personal, del tipo que se realiza cuando corresponde irrogar o imponer una pena a un individuo, necesariamente se muestra (en tanto criterio de corrección operativo) *individualista*. Mientras que, por otro lado, el modo de operar del estándar de justicia distributiva respecto de las reclamaciones de titularidad legítima de los individuos, es *holístico*.<sup>42</sup> Esto significa que el sentido de una expresión en la forma de “en el caso *p* opera el estándar de justicia *x*” depende, si es el caso que *p* se refiere al quebrantamiento de una norma

---

<sup>40</sup> Scheffler (2000), pp. 978-979.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 979.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp. 983 y ss.

de comportamiento tematizada penalmente, de que la consideración de la operatividad de  $x$  (justicia retributiva) haga alusión nada más que a la condición personal del agente, en virtud del conjunto de reglas contingente (normas secundarias penales) que se haya determinado para atender a dicha condición. Por otro lado, si es el caso que  $p$  se refiere a cierto arreglo institucional de distribución de la producción (por ejemplo, la aplicación de alguna regla propia del derecho tributario), entonces el sentido de la expresión depende de que la consideración de la operatividad de  $x$  (justicia distributiva) atienda a la estructura básica de la sociedad en general, desatendiendo la condición personal de cualquier agente involucrado. De este modo, la pregunta por la rectitud de una operación de distribución siempre atiende al funcionamiento del sistema general de distribución, puesto que la igualdad de condiciones de los individuos a quienes el sistema favorece está, o bien presupuesta, o bien es condición de posibilidad del funcionamiento del sistema, y no se introduce en cuestionamientos ulteriores. Por contraste, explica Scheffler, la referencia del estándar de justicia retributiva no considera los presupuestos de validez del estándar de justicia distributiva, esto es, escasez relativa y demanda de recursos.<sup>43</sup> Tanto la justificación de la institución de la sanción penal como su imposición en un caso particular son inmunes a la exigencia de estos presupuestos.

Hasta aquí resulta evidente que Scheffler no se ha propuesto vincular la versión estándar del liberalismo político, ni tampoco con alguna teoría de justificación de la pena en particular. En el último párrafo de la sección quinta aquí comentada, Scheffler describe a la teoría liberal –en nuestra opinión, de modo correcto– como neutral frente a esta cuestión, aunque nunca contraria al requerimiento básico de una consideración individualista a la hora de irrogar o imponer un castigo justo. Aquella defensa robusta de un criterio de corrección de un castigo justo se constituye precisamente en la razón del repudio de una consideración individualista en la dimensión distributiva. En esto radica la asimetría liberal frente a la cuestión del merecimiento.<sup>44</sup>

En algún sentido –y en esto la última sección del artículo es esclarecedora– la circunstancia de que hacia el final Scheffler generalice los postulados y los considere parte de toda versión plausible del liberalismo político, lo enfrenta algo mal situado a ciertas críticas que él mismo se dedica a exponer, fundamentalmente referidas a la pregunta por el merecimiento por un carácter perverso y la plausibilidad de sostener que Rawls carece en toda su teoría del aparato conceptual necesario para hablar de merecimiento en cualquier parte. Naturalmente, de la contrastación de los párrafos 17 y 48 con el concepto de merecimiento de Feinberg se sigue la estrechez del postulado del merecimiento como criterio individualista reservado para fundamentar el castigo penal. El mismo Scheffler

---

<sup>43</sup> En estos términos la justicia retributiva es deontológica, mientras que la distributiva –luego de un ejercicio mayor de fundamentación– mantiene una estructura teleológica. Garvin, L., “Retributive and Distributive Justice”, *The Journal of Philosophy*, Vol. 42, N° 10, 1945, pp. 270-277.

<sup>44</sup> Scheffler (2000), p. 987.

evita, hacia el final de su artículo, demasiadas referencias a la teoría de la justicia de Rawls, pues ya había mostrado que no era tanto su interés efectuar una exégesis de la obra (rawlsiana) como postular la plausibilidad de la generalización del argumento para cualquier versión del liberalismo. En esto ciertamente va por buen camino. Sin embargo, pareciera que todavía hay leña que cortar, y el argumento se puede robustecer para, primero, expandir el alcance del concepto de merecimiento, y segundo, vincular el ‘descubrimiento’ con la teoría general de la práctica punitiva estatal, entendida como un aparato centralizado de ejercicio de coerción al modo en que se desarrolla esta idea en el párrafo 38 (omitido por Scheffler). Ambos puntos estarán al servicio de una búsqueda por una metajustificación de la práctica punitiva, que contenga como principio rector el reconocimiento moral intersubjetivo por medio del funcionamiento de un mecanismo institucional.

### 3.- La matriz kantiana subyacente

Michael E. Rosen, profesor de filosofía política, publicó un artículo en respuesta a la tesis de Scheffler,<sup>45</sup> sumándose así a una seguidilla de trabajos que surgieron en la comunidad académica angloparlante como reacción a la propuesta. El artículo espera esclarecer ciertas interrogantes o problemas planteados por Scheffler y reinterpretar el rol que el merecimiento juega en la teoría de justicia política rawlsiana (a pesar de que sostiene que, en principio, la propuesta se aleja un tanto de lo que es posible derivar de una exégesis estricta de la obra de Rawls) para los efectos de sustentar una aproximación a la práctica punitiva que satisfaga la exigencia de reconocimiento moral al sujeto que es objeto de sanción penal.

La aproximación, puede afirmarse, es analítica. Esto, en la medida que comienza resaltando la importancia de evitar un compromiso fuerte con la distinción scheffleriana de dos conceptos de merecimiento, uno moral (o pre-institucional) y otro institucional (en este sentido es *des-ontologizante*). Según Rosen, con esto no se niega la existencia de algo así como un sustrato moral en la idea misma de merecimiento, sino más bien de lo que se trata es precisamente de reconocer un elemento subyacente al concepto de merecimiento en la forma en que éste es utilizado en nuestro lenguaje ordinario. A este respecto, la proposición del tipo “*x* merece *p*” involucra la demanda de alguna forma de trato que es debido a *x*, la que para Rosen tiene una naturaleza *moral*.<sup>46</sup> Prosigue el autor señalando que el espacio que en nuestro lenguaje ordinario ocupa el concepto de merecimiento es particularmente amplio, incorporándose muchas veces su uso tanto en reclamaciones de merecimiento propiamente tal como en reclamaciones de necesidad, sin proveer siempre una distinción nítida. Es el caso, por ejemplo, de su uso en expresiones del tipo ‘todo niño *merece* una educación’. Cuando hacemos referencia a un niño predicando de él o ella que merece tener una educación no

---

<sup>45</sup> Rosen, M., “Liberalism, desert and responsibility, a response to Samuel Scheffler”, *Philosophical Books*, 44: 118-124, 2003.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 120.

estamos –explica Rosen– presuponiendo ninguna cualidad particular en el niño que satisfaga algún estándar que haga apropiado el uso del concepto. Esta es, por tanto, una expresión propia de necesidad, no de merecimiento. Al emplear el concepto en sentencias proposicionales es necesario un compromiso con la presuposición de que existen ciertas cualidades personales (individualizadas) del sujeto respecto del cual se predica merecimiento y que hacen apropiado el uso.<sup>47</sup> A la condición del sujeto en virtud de la cual se hace la presuposición, Rosen la denomina ‘mérito’, y a esta comprensión del concepto la llama, por tanto, ‘merecimiento como mérito’.

Ahora bien, esta introspección en el concepto de merecimiento y sus aplicaciones sirve para ilustrar la particular radicalidad con la cual estamos comprometidos a tratarlo como un ‘estándar individualista’. Esto es, el modo en que entendamos (o podamos entender) correcta la satisfacción de una reclamación de necesidad (etiquetada en nuestro lenguaje ordinario como merecimiento) resulta ser independiente de eventuales reclamaciones contrapuestas elevadas por otros sujetos. No se atiende a posibles o eventuales reclamaciones contrapuestas, al menos no en la medida en que se fundamenta la rectitud del uso del concepto de merecimiento en estos casos.<sup>48</sup> Cuando se intenta reconocer una reclamación de merecimiento individualista –en este sentido– en la irrogación de una pena, Rosen cree que se está en la dimensión de un retribucionismo ‘radical’. En su visión, la ‘radicalidad’ de esta forma de justificación de la pena se explica por el anti-consecuencialismo en el manejo del merecimiento como condición de imposición de la pena. En sus palabras:

*The suggestion is that retributive desert should be detached from consequences entirely: that to follow desert is to return bad for bad in an appropriate measure.*<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 122. Aunque no se integra demasiado en el tratamiento de la justicia distributiva que hace Scheffler, Rosen parece estar de acuerdo con la redescipción de la misma como holística, en el sentido de que, al contrario de lo que ocurre con juicios sobre el merecimiento en reclamaciones de necesidad, cuando se trata de la satisfacción del estándar de justicia distributiva, la consideración de la configuración general (y contingente) de las instituciones de una sociedad resulta, al menos, moralmente relevante. Estaría de acuerdo en aceptar que el ejemplo de la educación en que se basa Rosen es algo desafortunado. Se trata precisamente de un caso en el que bien puede afirmarse que la rectitud de la satisfacción de la necesidad sí depende de la configuración institucional de la sociedad. Así, podría tratarse como un caso de reclamación individual por la satisfacción del estándar de justicia distributiva. Lo que explicaría la razón por la cual no puede dicha reclamación ser asimilada o comprendida disponiendo del lenguaje propio de los derechos subjetivos, que por el contrario suponen la posibilidad de reclamaciones en contra de pretensiones contrapuestas. Sobre esto Atria, F., *¿Existen derechos sociales?*, Discusiones, DOXA, N° 4, Alicante, 2004, en particular (usando como ejemplo la demanda de salud) pp. 45-46.

<sup>49</sup> Rosen, *idem*.

Antes de comentar la supuesta radicalización de alguna versión estándar del retribucionismo es necesario recordar dónde estamos situados. Se dijo antes que la propuesta de Scheffler, si bien deja el espacio preparado para introducir de modo coherente un estándar de justicia penal dentro del esquema institucional (y jurídico, ciertamente) de una sociedad que favorece el programa filosófico-político rawlsiano, y al mismo tiempo se mantiene neutral (como lo afirma hacia el final del artículo) respecto de la adopción concreta de una teoría monista de la justificación de la sanción penal,<sup>50</sup> todo ello resulta fuertemente dependiente del rol concreto que le corresponde jugar (al menos en términos de su capacidad de rendimiento conceptual) al merecimiento –subyacente, se podría postular, a los principios de culpabilidad, personalidad y humanidad de las penas– como condición de imposición de una pena justa. Y ello reproduce el problema a nivel de filosofía política. Pues como todo teórico del derecho penal sabe (al menos en la tradición continental), la interminable discusión entre quienes sostienen teorías monistas de la pena incompatibles entre sí o entre quienes sostienen teorías mixtas criticadas por los monistas pasa por zanjar la disputa relativa a la naturaleza de aquellos principios que se sostienen sobre la lógica del merecimiento –culpabilidad, personalidad, humanidad– como principios que, o bien restringen al aparato coercitivo estructuralmente apreciado, o bien lo constituyen en razón de su función.

Rosen se propone mostrar que el concepto mismo de merecimiento puede ser revisado –asumiendo como premisa de trabajo la propuesta de Scheffler– con consecuencias ulteriores para la aproximación al problema de la justificación del derecho penal. Sin embargo, el primer paso que da en esa línea lo muestra como un filósofo político hablando de derecho penal, no siempre consciente de las consecuencias de sus dichos o de su entorno. Siempre que éste es el caso (o bien si se trata de un jurista de derecho penal angloamericano) se provee un esquema explicativo de los problemas pertinentes con total desconocimiento de los avances en dicho campo provenientes de la tradición continental.<sup>51</sup> Mostrar que algún resultado favorable hacia una mejor comprensión de la práctica punitiva estatal, esto es, como una práctica que debe y puede posibilitar el reconocimiento mutuo, pueda obtenerse desde una aproximación filosófico-política es en parte la tarea de este artículo (al menos por vía de exponer a Scheffler, pues en parte es también su pretensión). Desde ya parece ser que el modo de tratar la cuestión por parte de Rosen no le hace ningún favor a dicha tarea. Sin embargo, no es necesario apresurarse, por lo que se sugiere avanzar.

---

<sup>50</sup> Me parece que de la última sección del artículo de Scheffler se desprende claramente esta posición neutral. La interpretación contraria (postulando así una relación de identidad entre estándar de justicia retributiva y justificación retributiva de la pena) se encuentra, por ejemplo, en Mañalich, J., “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* 108, primavera 2007, nota 261.

<sup>51</sup> Hay claras excepciones. Ejemplos en todo caso de aproximaciones de filosofía política que parecen sufrir de un déficit de este tipo pueden encontrarse en Day, J.P., “Retributive Punishment”, *Mind*, New Series, Vol. 87, N° 348, 1978, pp. 498-516, Ellis, A., “A deterrence theory of punishment”, *The Philosophical quarterly*, Vol. 53, N° 212, 2003, pp. 337-351, Shafer-Landau, R., “The failure of retributivism”, *Philosophical Studies*, Vol. 82, N° 3, 1996, pp. 289-316.

La –algo irritante, por cierto– presentación del retribucionismo radicalizado como desconsiderado por las consecuencias sólo parece tener como propósito la producción de un contexto propicio para afirmar que una teoría de este tipo se encuentra ausente en Rawls.<sup>52</sup> En ello pareciera existir un acuerdo generalizado. Este encuentra su asidero no ya en el parágrafo 48 de TJ, que resultó crucial tanto para Scheffler –de modo de apoyar su tesis de la asimetría formalmente, es decir, en la letra misma de la obra– como para Honig –para enfatizar que la mención al carácter perverso en dicho parágrafo muestra el fenómeno del delito como exógeno y no concebido por el sistema institucional– sino en el parágrafo 38 referido al imperio del derecho.<sup>53</sup> En este parágrafo se encuentra la mención crucial al principio de la responsabilidad, no fundado en la idea de que la pena es primariamente retributiva, sino que en una concepción del derecho como un sistema que permite la coordinación de acciones sobre la base de acuerdos razonables pero susceptibles de quebrantamiento. Para Rosen, la responsabilidad *fundamenta* el merecimiento. Como tal, constituye la exigencia de reconocimiento de la autonomía y valor moral de las personas que comparten en una comunidad política. Ésta, dice Rosen, es una aproximación paradigmáticamente kantiana, de modo que es justo atribuir a Rawls la asunción de dicha concepción en lo que dice relación con el fundamento del derecho penal en una teoría de la justicia política.<sup>54</sup> Esta es la base de la tesis de Rosen que lo aleja de Scheffler: no hay en Rawls la asunción de ninguna concepción particular de merecimiento, ni institucional, ni moral, ni como mérito.<sup>55</sup> La base de su adopción del principio de justicia retributiva se encuentra en la exposición que hace del concepto de derecho en el parágrafo 38, en la cual se muestra eminentemente kantiano.

La tesis se deja ver como un interesante complemento a la propuesta de Scheffler, con el valor agregado de sostenerse sobre la base de la misma obra rawlsiana. Su capacidad de rendimiento, no obstante, dependerá de lo que pueda significar ‘eminentemente kantiano’ y si dicha propiedad es atribuible a Rawls sin más en el ámbito de la teoría de la pena.<sup>56</sup> Para avanzar en este punto, se propone como la mejor versión de la teoría de la pena kantiana, al menos compatible con los términos del parágrafo 38 de TJ, aquella que sugiere Jeffrie Murphy en su *Kant’s theory of criminal punishment*. A continuación se procede a revisar dicha tesis, y

---

<sup>52</sup> Rosen, *op. cit.*, p. 123.

<sup>53</sup> Rawls, *op. cit.*, pp. 206 y ss.

<sup>54</sup> Rosen, *op. cit.*, pp. 123-124.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>56</sup> Puesto que, en materia de filosofía política y moral, la atribución parece estar asentada. Véase a este respecto una propuesta para depurar esta asimilación en el terreno de la filosofía moral, desde una perspectiva particularmente crítica, Budde, K., “Rawls on Kant: Is Rawls a Kantian or Kant a Rawlsian?” *European Journal of Political Theory*, 2007, pp. 339-358.

a exponer sus resultados (refinados) como la mejor versión posible de resolución del problema de justificación de la práctica punitiva estatal.<sup>57</sup>

En *Kant's Theory of criminal punishment*,<sup>58</sup> Murphy enfatiza la pertenencia de Kant a la tradición contractualista.<sup>59</sup> Utilizando la idea de coordinación como filtro, tanto nuestras dimensiones morales como políticas pueden mirarse bajo dicha luz y entenderse como instancias de intercambio e interacción necesitadas de un aparato central que permita la coordinación. De esta manera es posible interpretar el imperativo del derecho kantiano –en virtud del cual “el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio

---

<sup>57</sup> En una conversación sobre el tema, el profesor Rosen me comentó el origen de la tesis presentada en este artículo y apuntó a la elaboración de la idea de atribución de responsabilidad por medio de la práctica del reproche de T.M. Scanlon. Por esta razón consideré incluir en este trabajo un análisis detallado de la propuesta scanloniana como posible interpretación. Finalmente deseché dicha posibilidad, lo que da origen a esta nota al pie. La razón principal apunta a la extensión del análisis, que da para un trabajo monográfico propio. Una segunda razón apunta a que el programa de Scanlon en materia de reproche y atribución de responsabilidad, siguiendo la línea post-strawsoniana para efectos de considerar la importancia del fenómeno expresivo en nuestras actitudes y relaciones intersubjetivas (o interpersonales), se aleja demasiado de la necesidad de Scheffler de reencontrar a los liberales con el concepto de merecimiento preinstitucional. Scanlon negará a lo largo de todo su trabajo dedicado al tema que las expresiones de reproche y atribución de responsabilidad tengan alguna relación con la idea de merecimiento. Su perspectiva en este punto es radicalmente strawsoniana: una expresión de reproche está lejos de requerir asentarse en la idea de merecimiento; no puede, tampoco, implicar que el sujeto deba de modo colateral o correspondiente sufrir un mal sensible (Veáse a este respecto Scanlon, T.M., *Moral dimensions, Permissibility, Meaning, Blame*, Belknap Press, Harvard, 2008, p. 188. Una perspectiva contraria, en virtud de la cual la expresión de reproche conlleva ella misma o supone el sufrimiento de quien es objeto de ésta, puede verse en R.A. Duff cuando explica: "Blame, like punishment, is intended to induce suffering in an alleged offender for an alleged offence [so] blame is clearly meant to be unpleasant", Duff, R.A., *Trials and punishments*, Cambridge University Press, 1986, p. 41 [énfasis añadido]). Éste será de hecho el punto de Scheffler en las primeras páginas de *Responsibility, Reactive Attitudes and Liberalism in Philosophy and Politics* donde dirigirá una crítica directa a Scanlon señalándolo como un (o uno de esos) liberal(es) con el deber de tomar partido respecto de la cuestión del merecimiento en el Derecho penal, dado que asume y simpatiza (como muchos otros liberales) con la idea feinbergeriana de la función expresiva del castigo penal. Podríamos decir que Scanlon responde presentando su particular concepción de la práctica punitiva en *Punishment and the rule of law*, donde se mantiene firme respecto al hecho de que uno de los principales atributos que debe reunir una explicación del castigo penal desde su perspectiva –que él denomina ‘equidad en su imposición’ (*fairness*), y lo desarrolla como un principio de provee razones a los ciudadanos para exigir cierto desempeño del sistema de administración de justicia penal– no responde a una noción (preinstitucional al menos) de merecimiento (p. 224). Hacia el final de dicho artículo se encuentra la peculiar construcción de la justificación de la pena scanloniana (p. 231). Cabe mencionar que el aparato conceptual de filosofía moral que aporta este autor será adoptado por Matravers para desarrollar un concepto de delito particular (Matravers, *op. cit.*, pp. 253-256).

<sup>58</sup> Murphy, J., “Kant’s Theory of criminal punishment” en del mismo, *Retribution, Justice and Therapy, Essays in the Philosophy of Law*, Reidel Publishing, 1979, pp. 82-92.

<sup>59</sup> “Cuasi-contractualista” en los términos de Murphy, en “Three mistakes about retributivism”, en, del mismo, *Retribution, Justice and Therapy, Essays in the Philosophy of Law*, Reidel Publishing, 1979, p. 77 (nota 1).

del otro según una ley universal de la libertad”-<sup>60</sup> como la demanda de un sacrificio por parte de todos los individuos que entran en una comunidad política a cambio del goce de la libertad del estado civil. Dado que, como es propio de una concepción contractualista de la comunidad política, los individuos conservan en algún sentido intacta su naturaleza racional-instrumental,<sup>61</sup> la aptitud de las normas jurídicas para permitir el goce completo de la libertad instrumental de todos es precaria. Como contrapartida a la aceptación de esta precariedad, el sacrificio generalizado da origen a una expectativa de comportamiento que se traduce en una demanda de compensación ante el quebrantamiento de los términos del acuerdo hipotético, para evitar el goce desequilibrado de aquel que, quebrantando los términos, gana por partida doble.<sup>62</sup> De este modo se generaliza un estándar de justicia particular. Dado que dicho estándar –que subyace de algún modo a las reclamaciones a que están autorizados los miembros de una comunidad ante el quebrantamiento de los términos por un particular– busca que todos se mantengan dentro del marco del acuerdo razonable, ha recibido en la comunidad académica el nombre de ‘juego limpio’ (del inglés *fair play*).<sup>63 64</sup>

Asentada en la comunidad académica esta doctrina de justificación de la práctica punitiva estatal, ella ha dado origen a una gran cantidad de artículos y libros dedicados a exponerla, contrastarla con otras versiones y desarrollar críticas específicamente dirigidas en su contra. Uno de ellos, notable por la influencia que en su elaboración ejerció el mismo Jeffrie Murphy,<sup>65</sup> la presenta como una teoría cuyo sustrato es una concepción de la sociedad entendida como una empresa cooperativa asegurada mediante la coerción estatal, donde es posible reconocer la relación directa que existe entre el goce de los beneficios que entrega la

<sup>60</sup> Kant, I., *Metafísica de las Costumbres* (trad. Adela Cortina, Jesus Conill), Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 39.

<sup>61</sup> Lo que imposibilita fundamentar una moral en términos contractualistas. Véase desde ya Mackie, J.L., *Ética: la invención de lo bueno y lo malo* (traducción: Tomás Fernández), Madrid, Gedisa, 2000, pp. 119-140. Tugendhat, E., *Lecciones de Ética* (trad. Luis Román R.), Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 70-73.

<sup>62</sup> Desde esta perspectiva del panorama contractualista, quien viola los términos de un acuerdo razonable se comporta como un *free rider* y en algún sentido (en especial si se considera desde la perspectiva de la teoría económica) manifiesta, antes que un déficit de racionalidad, un exceso de la misma en términos estratégicos. Desde otra perspectiva, planteando la posibilidad de una tematización moral de las relaciones intersubjetivas en el panorama contractualista, el *free rider* se corresponde más bien con el ‘necio’ hobbesiano y manifiesta con su comportamiento una forma particular de déficit, que lo excluye de la comunidad y de la participación con aquellos que sospechan de la disposición al quebrantamiento de los acuerdos razonables que manifiesta el sujeto. En ambos casos, pero en particular en este último escenario, resulta relevante entender el acuerdo hipotético como el fundamento de la mantención de expectativas de comportamiento recíprocas. Sobre esto Gauthier, D., *La moral por acuerdo* (traducción: Alcira Bixio), Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 218 y ss.

<sup>63</sup> La expresión *fair*, sin directa traducción al castellano, debe entenderse cercana a la idea de equidad.

<sup>64</sup> Desde ya fundamental Matravers, *op. cit.*, pp. 52 -73.

<sup>65</sup> Dagger, R., “Playing fair with punishment”, *Ethics*, Vol. 103, N° 3, 1993, pp. 473-488. Así lo declara el autor en la primera nota al pie.

constitución de una comunidad política (y moral) y la mantención de la cooperación.<sup>66</sup> De esto se sigue que el modo de comprender a la teoría como proveyendo las bases para hacer operativo el estándar de justicia retributiva es poniendo el énfasis en una concepción de la justicia como equidad, donde un desconocimiento de las bases del acuerdo razonable genera un desequilibrio insostenible y debe ser reparado —es decir, el equilibrio debe ser restablecido— mediante la irrogación de una pena.<sup>67</sup>

Ahora bien, ¿puede afirmarse sin más que Rawls se comporta como un kantiano cuando le corresponde manifestarse respecto de la justificación de la práctica punitiva estatal? Sin duda es posible; empero, la cuestión depende, por un lado, del manejo de la interpretación que se ofrezca de la teoría de Kant, y por otro, de la posibilidad de adaptar dicha tesis a los términos de TJ.

Sobre lo primero, Sharon Byrd ha planteado de modo célebre que en Kant, una instancia previa al quebrantamiento de la norma está determinada por la amenaza mediante una pena, de modo de contrarrestar la motivación del individuo contraria al interés general, lo que se explica por el papel central que en el tránsito al estado jurídico (es decir, la constitución de la comunidad política) juega el derecho a coaccionar a aquellos que vulneren el espectro de libertad instrumental de otros.<sup>68</sup> En el momento de la ejecución de la sanción en respuesta a la contravención de la norma, juega un papel central el reconocimiento individual de la libertad del sujeto como agente moralmente responsable, lo que lo protege contra interferencias estatales orientadas a la obtención de beneficios sociales.<sup>69</sup> Esta presentación diluye el debate de teorías monistas (poniendo la atención en una posible concepción dualista de la función del poder punitivo estatal a partir de Kant) y permite poner o situar la pregunta por la justicia en el foco central de la discusión. Pero, ¿qué ocurre con la justicia y el merecimiento en Kant?

Una interesante presentación de la conexión entre la idea bruta (moral) de merecimiento y su configuración institucional para el derecho penal en Kant se encuentra en un artículo de Thomas E. Hill.<sup>70</sup> Hill se manifiesta preocupado por la cuestión ontológica del merecimiento. Esto parece que lo aleja desde ya de la propuesta más bien analítica de Rosen. La cuestión es menos obvia mirando de cerca el artículo de Rosen, que en ningún momento parece adoptar una versión kantiana del merecimiento, o de la responsabilidad *como* merecimiento. Sólo parece

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 474.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 476. Desde ya, la historia así contada nos abre un espacio para preguntarnos por la plausibilidad de postular la adopción de dicho estándar de modo racional por las partes en el procedimiento contractualista hipotético rawlsiano. Véase Dolovich, S., “Legitimate Punishment in Liberal Democracy”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 7:307, 2004, en particular pp. 378 y ss.

<sup>68</sup> Byrd, B.S., “Kant’s theory of punishment: deterrence in its threat, retribution in its execution”, *Law and Philosophy*, Vol. 8, N° 2, 1989, pp. 185-187.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>70</sup> Hill, Th., “Kant on wrongdoing, desert and punishment”, *Law and Philosophy*, Vol. 18, N° 4, 1999, pp. 407-441.

reconocer, en la línea de Kant, la importancia del respeto por la autonomía de los miembros de una comunidad política, idea impregnada en la obra de Rawls y hecha explícita en el párrafo 38. Hill, por su parte, distingue dos versiones de la ‘tesis del merecimiento’, una práctica y otra no práctica. Si seguimos la primera, entonces aceptamos la posibilidad de vincularnos con otros por medio del lenguaje del merecimiento, en el sentido de que la idea misma de merecimiento motiva la acción y motiva, asimismo, a exigir que en nuestra convivencia con otros individuos dicho principio se respete. Si se sigue la versión no práctica, la verdad del merecimiento no nos compromete con la necesidad de honrarlo y verlo manifestado. Según Hill, Kant sigue la versión práctica cuando se trata del reproche moral por conductas incorrectas, mas no es del mismo modo claro si Kant sigue la misma concepción del merecimiento cuando se trata del castigo penal. Lo que resulta crucial del análisis que Hill ofrece de la teoría moral y jurídica de Kant es la distinción entre la propiedad moral (ontológica) del merecimiento (o del juicio de merecimiento), que en abstracto es posible apreciar cuando se afirma que quien quebranta una norma de comportamiento *merece* (en sentido moral) sufrir un castigo y, por otra parte, el juicio particular de merecimiento en concreto, dependiente de juicios previos relativos al sistema de administración de justicia (su funcionamiento bajo estándares de *fairness*).<sup>71</sup>

La interpretación de la teoría de justificación de la práctica punitiva (madura) de Kant, que Hill favorece, se basa en los postulados brevemente expuestos precedentemente y que Byrd utilizó para conectar la justificación del castigo como institución particular con la idea de la coerción como elemento fundamental e íntimamente vinculado a la protección de la libertad como objetivo de la instauración de un sistema jurídico. Esto es, una teoría que, primero, distingue normas de comportamiento dirigidas a ciudadanos y normas de sanción dirigidas a funcionarios, y segundo, que postula una función primariamente preventiva de las normas penales, y secundariamente retributiva.<sup>72</sup>

Ahora bien, en lo que atinge a la segunda cuestión que es necesario resolver para poder afirmar que la teoría de la pena de TJ (el estándar de justicia retributiva que de algún modo es posible situar allí) es una que, en lo sustancial, se basa en presupuestos kantianos, se puede afirmar lo siguiente, siguiendo a Sharon Dolovich en su extenso y exhaustivo análisis de la teoría de la pena de Rawls.<sup>73</sup> Dicha autora señala que la perspectiva relevante al momento de decidir el mejor mecanismo para desplegar el poder coactivo que monopoliza el aparato estatal es la de las partes que deliberan en la posición original. Estando ellas en conocimiento del hecho que, primero, existe un margen de error esperable en la disposición del poder coactivo y sancionatorio por el Estado; segundo, en tanto ciudadanos y seres humanos (no ya partes deliberantes), los sujetos son

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 425.

<sup>72</sup> *Ibid.*, pp. 429 y ss.

<sup>73</sup> Dolovich, S., “Legitimate Punishment in Liberal Democracy”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 7:307, 2004.

conscientes de ciertas limitaciones a su juicio y capacidad de deliberación racional preagencial, y tercero, dada la distribución (esencialmente) injusta de los bienes en una sociedad, es esperable una diferencia proporcional en términos de la capacidad de sometimiento a las normas de comportamiento,<sup>74</sup> entonces es esperable (o más bien, es racional) que las partes desarrollen (en tanto ciudadanos) una capacidad de autocomprensión como potenciales destinatarios de sanciones penales.<sup>75</sup>

Ahora bien, lo interesante de la oferta de Dolovich es que concluye que de lo anterior (de los tres factores o elementos mencionados) se sigue, primero, un compromiso con la idea de que los destinatarios de sanciones penales deben ser declarados *responsables*, y segundo, que ello vincula de modo coherente el trabajo más general de Rawls, que se sostiene sobre una matriz kantiana, con la teoría de la pena de Kant, que para estos efectos –y aquí lo más relevante– no resiste una categorización rígida, ya sea como teoría de justificación de tipo prevencionista o bien retribucionista.<sup>76</sup>

La búsqueda por un espacio en la teoría de Rawls para introducir la célebre exigencia, originalmente kantiana, de reconocimiento *moral* en la imposición de penas, comienza a dejar de lado (y el artículo de Dolovich, al menos en lo comentado aquí, es un ejemplo de ello) la parte relativa a los “fines” que en TJ se desarrolla, y se queda únicamente con la parte relativa a la “teoría”, es decir, a la parte ideal o estrictamente teórica, del proyecto. De alguna forma, la propuesta de Scheffler se atasca en el mismo problema, así como la de Rosen, pero por razones distintas. Scheffler, por asumir que a partir de una modificación de nuestra comprensión del concepto de merecimiento se puede introducir un espacio de plena operatividad de un estándar de justicia penal sin hacerse cargo de su uso, o su aprehensión por parte de los destinatarios de la práctica y de las normas respecto de las cuales el estándar opera (en eso consiste la crítica de Mills tratada más arriba). Y Rosen, porque al intentar, en el sentido opuesto, poner el énfasis en la exigencia originalmente kantiana de reconocimiento moral, asume enfrentando con poco desarrollo (no así Dolovich) que la teoría política de Rawls es (en abstracto) compatible con la de Kant en la dimensión de la justificación de la práctica punitiva.

Ahora bien, ante la duda, es necesario esclarecer ciertas cuestiones. Es improbable que nos encontremos demasiado lejos de los términos del párrafo 38 de TJ. Es posible que estemos lejos del punto que ya se ha constituido en una preocupación central (y ya se ha reconocido como un móvil del trabajo de Scheffler) del presente análisis, que dio origen a la necesidad por una respuesta (propiamente) liberal ante la reclamación u observación más obvia: el

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 319.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 320.

<sup>76</sup> *Ibid.*, pp. 320-321. Más adelante la autora termina sosteniendo que si algo puede decirse de la teoría de la pena de Rawls es que es un ejemplo de lo que se denomina “teoría mixta” de justificación de la pena.

individualismo propio de esta doctrina política nos impide reconocernos mutuamente como agentes morales. ¿No es eso precisamente lo que ocurre con el *fair play*? El infractor de la norma de comportamiento es tratado como un *free rider*, como un aprovechador, como un maximizador absoluto de su deseo de autoconservación. Esto parece derrotar nuestras posibilidades de autocomprensión como una auténtica comunidad moral basada en la confianza y respeto mutuo. Esta será la razón por la cual ciertos autores abandonarán el *fair play* como respuesta satisfactoria ante el desafío y optarán en vez por postular un constructivismo moral subyacente a toda teoría de la pena.<sup>77</sup>

Del mismo modo que el lector se pregunta lo anterior, con razón también se cuestiona, ¿no estamos demasiado lejos de la tesis de Scheffler? Pues todo el punto (al parecer) de responder al desafío (del liberalismo) era mostrar que el programa liberal tenía las aptitudes para atender a la calidad de cada sujeto mediante el acto de hacerlo merecedor de una sanción penal estatal. Asumiendo la redescipción de dicha respuesta introduciendo la noción de responsabilidad y reconocimiento de la autonomía individual al parecer se ha vuelto al principio, al introducir la necesidad (como problema) de institucionalización de esta operación de reconocimiento por medio del orden coercitivo coordinador de interacciones sociales.

La cuestión no necesita ser tratada como un regreso a los inicios. Lo que ocurre es que hay una posibilidad teórica que conserva tanto el requisito kantiano de reconocimiento individual como la concepción del Derecho como un orden coercitivo coordinador de interacciones sociales, y añade a ello una concepción de la persona (del agente) que encaja con el sustento básico de la propuesta scheffleriana, que hasta ahora se mantiene en la oscuridad. Se trata de una propuesta relativamente reciente y enmarcada en la tradición continental, y por tanto ignorada por casi la totalidad de la comunidad académica angloamericana, lo que a todas luces resulta particularmente desafortunado en este caso. Es por ello que quisiera comenzar a concluir estas páginas exponiendo las ideas centrales de esta propuesta, esperando de este modo contribuir a un eventual acercamiento entre estas dos tradiciones en la interrelación entre justicia política y teoría de la pena.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Por ejemplo, Matravers, *op. cit.*, pp. 240 y ss.

<sup>78</sup> En la tradición continental, en particular en la alemana, la discusión (en particular la segunda mitad del S. XX) giraba en gran parte en torno a la distinción entre consecuencias político-criminales esperables de la ejecución (también de la amenaza e imposición) de sanciones penales, por una parte, y la necesidad de imposición de un límite ético, en la forma de una auténtica expresión de reproche, a dicha práctica. La cuestión de la relación entre las condiciones de justicia y condiciones de imposición de una sanción penal “justa” (en el sentido de ser admisible desde el punto de vista ético habiendo satisfecho las exigencias político-criminales pertinentes) no se planteaba, salvo algunas excepciones.

Urs Kindhäuser, en *Personalidad, Culpabilidad y Retribución*<sup>79</sup> introducirá una formulación de aquello que es moral o racionalmente exigible de la práctica punitiva estatal, la que resultará crucial como complemento a la propuesta scheffleriana. El giro consiste en robustecer la idea de merecimiento individual vinculándolo al principio de culpabilidad, a través del reconocimiento del acto del individuo particular que contraviene una norma de comportamiento como un acto ‘expresivo’ de un déficit particular. En los términos de Kindhäuser, la ‘expresividad’ de la contravención o infracción de la norma se traduce en una lesión al sentido de la justicia (*sense of justice*) –en términos rawlsianos–<sup>80</sup>, el cual, para el autor, está de modo esencial vinculado al concepto de persona éticamente responsable, en el sentido kantiano.<sup>81</sup> En esto se hace partícipe de la tradición

---

<sup>79</sup> Kindhäuser, U., “Personalidad, Culpabilidad y Retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”, en Kindhäuser y Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Ara, Lima, 2009.

<sup>80</sup> En una temprana contribución de Rawls, previa a la primera edición de su magna obra, desarrolla la idea de sentido de la justicia como la condición, en primer lugar, del reconocimiento de una comunidad en la que sus miembros se deben los unos a los otros un trato sometido a un estándar de justicia, y en segundo lugar, como la condición a su vez, que posibilita una serie de sentimientos y reacciones tematizables moralmente (de indignación, resentimiento, etc.) y otra serie de instituciones sociales, entre ellas la amistad. En esta contribución, por lo tanto, el sentido de la justicia parece funcionar de modo prescriptivo y normativo (antes que puramente descriptivo, por ejemplo) por un lado, y aparece como condición de la posibilidad de reconocimiento intersubjetivo como personas morales. El hecho de que en esta contribución Rawls introduzca una breve explicación del procedimiento mediante el cual se generan los principios de justicia sirve como base para delinear los contornos de su propuesta constructivista, que funciona adscribiendo a los ciudadanos la capacidad de tener y de cultivar el sentido de la justicia, en una dimensión que resulta independiente, o más bien, cuya fuerza moral es independiente de la racionalidad de que están dotados los principios de justicia y el procedimiento en virtud del cual se deducen. El cultivo del sentido de justicia se manifiesta únicamente en nuestra relación mutua y con las instituciones, y mantiene una relación directa con la atribución de una mayor o menor justicia como equidad al funcionamiento o desempeño de las instituciones que nos regulan. El resto del artículo se dedica a explorar los orígenes del sentido de la justicia en la constitución moral misma de los individuos, sobre la base de una construcción psicológica. Rawls, J., “The sense of justice”, *The Philosophical Review*, Vol. 72, N° 3, 1963, pp. 281-305. El uso que hace Kindhäuser de la noción rawlsiana deja de ver ciertos aspectos importantes como aquellos que he reconocido en esta nota al pie. Me parece evidente que un estudio detenido del rol que juegan las instituciones en nuestra vida social a partir de un análisis del concepto de sentido de la justicia resulta crucial para fortalecer la perspectiva de la práctica punitiva que aquí se favorece. Algo sobre la concepción que parece seguir Kindhäuser en el artículo comentado en relación al sentido de la justicia se menciona en la nota siguiente.

<sup>81</sup> El vínculo no necesita hacerse fuera de la teoría rawlsiana misma. Pues es aquí (en la idea de sentido de la justicia) donde se vinculan de modo crucial por un lado la pregunta por los principios de justicia que requerimos aplicar o considerar al momento de diseñar nuestras instituciones políticas y jurídicas, y por otro la cuestión del reconocimiento intersubjetivo como personas moralmente responsables, que se atribuyen mutuamente la capacidad de guiar su comportamiento de modo tal que se preserven los principios de justicia o al menos la idea de la justicia enfrascada en la institucionalidad. Por eso, como explica Dennett: “No se presupone la moralidad de las partes en la posición original. Esto significa que la derivación de la norma no nos da, en sí misma, ninguna respuesta a las preguntas de cuándo y por qué tenemos el derecho de hacer *moralmente* responsables a las personas por la desviación de esta norma.”, y antes: “nuestros fundamentos para considerar a

contractualista que vincula a Rawls y Kant, a partir de la cual el mutuo reconocimiento es posible en tanto se trata de un reconocimiento entre partes contratantes, que por el hecho de integrarse en dicho proceso renuncian a la libertad de coaccionar de la que antes gozaban.<sup>82</sup> Al tratar el delito culpable como la lesión del sentido de la justicia (en general), Kindhäuser está esclareciendo la perplejidad que nos dejara Mills con su crítica a la propuesta scheffleriana. La respuesta de Kindhäuser sería de este modo categórica: resulta irrelevante si el estándar de justicia retributiva basado en el merecimiento se incluye antes o después de la posibilidad de cultivar nuestro valor moral mediante la expresión de nuestro sentido de justicia. En la medida en que actuamos en conformidad con las normas, expresamos dicho sentido. Sin embargo, no es sino hasta la infracción de normas de comportamiento que se aprecia con claridad el sentido y la importancia del acuerdo razonable y hasta qué punto éste se sostiene sobre la expresión y cultivo de un sentido de justicia (de modo) sistemático. Ahora bien, en algún momento el autor parece postular una dependencia de la operatividad del estándar de justicia retributiva en la justicia de las normas de comportamiento,<sup>83</sup> cuestión

---

la entidad como persona incluyen nuestra capacidad para verla regida por los principios de justicia”. Es decir, los miembros de una sociedad que satisface o pretende la satisfacción del estándar de justicia distributiva siguiendo los principios que se derivan de la posición original tienen la posibilidad de atribuirse mutuamente la capacidad y el deseo de cultivar dichos principios como condición de la interacción y convivencia justa, esto es, a su vez condición necesaria del reconocimiento intersubjetivo como personas morales, o en los términos de Dennett: “De la misma forma en que la verdad y la consistencia son normas para la creencia, y la sinceridad es la norma para la expresión, así, si Rawls está en lo correcto, la justicia, como él la define, es la norma para las interacciones interpersonales.”, Dennett, D., *Condiciones de la cualidad de la persona*, (traducción: Lorena Murillo), UNAM, México, 1989, pp. 30-31. Reconozco que esta aproximación se encuentra sujeta a diversas objeciones, no relacionadas con la pregunta por la justificación de la pena en TJ, sino referidas a la coherencia del proyecto mismo, en este caso, a la coherencia de la relación entre la parte (podríamos decir) “idealista” con la parte que desarrolla una concepción moral del sujeto y de sus capacidades propiamente morales, en el proyecto de TJ. En particular me refiero a la pregunta por la justificación de la inclusión de una sección (la sección sobre los ‘fines’ de TJ) necesitada de una disección en lo que respecta a la concepción del bien (primero delgada, luego más robusta, luego derechamente denominada ‘sentido de justicia’) atribuida a los individuos que (en la sección sobre la ‘teoría’) son capaces de derivar los principios de justicia a partir de una regresión mental hipotética. La explicación (recurrente en los dos últimos capítulos de TJ) que nos remite a la cuestión de la estabilidad puede producir –en lo que respecta a la vinculación de esta cuestión con la pregunta por la justificación de la pena, que se hará más adelante en el trabajo– una suerte de regreso al infinito. Espero que el lector pueda notar la razón de esto, y en todo caso desde ya confieso que no puedo hacerme cargo de la cuestión aquí. Sugiero al lector como un desarrollo de extrema utilidad del vínculo entre esta capacidad moral y la parte teórica, Scanlon, T.M., “Rawls’ Theory of Justice” (nota 1), pp. 1028 - 1034.

<sup>82</sup> Kindhäuser, U., *op. cit.*, p. 27.

<sup>83</sup> Aquí es menester detenerse brevemente para calificar la naturaleza de la proposición que predica justicia respecto de las normas de comportamiento. Me parece que a la luz de un trabajo posterior del autor que aparecerá adelante citado (“La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”) resulta evidente que el predicado hace alusión al criterio de rectitud que se puede derivar de la observancia de reglas procedimentales que favorecen el ideal democrático en el proceso de formulación de normas jurídicas. Con esto pretendo despejar ciertas dudas que pueden

apta para generar alguna perplejidad. Quisiera aquí interpretar dicha afirmación sosteniendo que ella sólo tiene lugar para enfatizar la cuestión planteada justo antes, y que de este modo resulta vinculada con lo que se afirma después, que resulta de una relevancia mucho mayor, a saber, que la lesión del sentido de la justicia es expresiva de una inhumanidad por parte del autor que produce una indignación insoportable en el resto de los miembros de la comunidad.<sup>84</sup> Las normas de comportamiento y la amenaza de pena son necesarias, podríamos

---

surgir a partir de interpretaciones alternativas de dicho predicado que hacen referencia a la dimensión de validez del estándar de justicia distributiva, aprovechando (entonces) la tradición contractualista en la que se inserta Kindhäuser para robustecer cierta concepción del modelo del *fair play* en virtud de la cual la justicia (retributiva) en la imposición de sanciones penales, dado que viene a restaurar el balance alterado con el injusto, depende de la justicia (distributiva) previa, o más bien, de la satisfacción del estándar de justicia distributiva. Desde ya, y apelando a la intuición, la asociación es absurda, pues las dimensiones de validez de los estándares son distintos. El estándar de justicia distributiva nunca está, por así decirlo, satisfecho; es por definición imperfecto, y requiere del constante trabajo de las instituciones políticas para su perfeccionamiento. La cuestión es particularmente sensible a la luz de la tesis que ha sido objeto de comentario en este trabajo, y sin embargo por motivos de espacio no le he podido dedicar mayor inspección. En todo caso, pueden consultarse desde ya aproximaciones a la cuestión en algunos trabajos ya citados. Así Matravers, *op. cit.*, pp. 266-267, sostiene, en clave constructivista, que una sociedad caracterizada por presentar casos de injusticia distributiva no puede castigar penalmente, sino sólo coaccionar. Es decir, el castigo penal pierde su función expresiva. Por su parte, Dagger, *op. cit.*, pp. 476-477, considera que el problema de la injusticia distributiva ocupa un lugar primordial entre las críticas que se pueden formular al modelo del *fair play* precisamente por su asunción de un equilibrio distributivo previo al delito que es alterado. Para un análisis interesante relativo a problemas de discriminación racial, desigualdad de oportunidades (donde la cuestión de la satisfacción del estándar distributivo cobra relevancia desde una óptica igualitarista) y criminalidad, intentando aplicar el modelo rawlsiano como herramienta de análisis, Shelby, Th., “Justice, Deviance and the dark ghetto”, *Philosophy and Public Affairs* 35, N° 2, 2007. En todo caso, mucho antes de que Scheffler postulara la convivencia de los estándares de justicia bajo un *framework* institucional-liberal, Wojciech Sadurski ya se había dedicado a la resolución del problema a que da origen la convivencia, considerando la necesidad de introducir un principio de legitimación o de justificación de la práctica punitiva que no fuera simplemente la restauración del balance (en términos distributivos) puesto que de ese modo se enreda en el problema que lo lleva a sufrir un déficit de legitimidad moral o de justificación allí donde no existe ningún balance material (estándar distributivo satisfecho) previo a la situación de alteración que se produce con el injusto, considerando que no está la misma práctica punitiva en condiciones de reparar dicho defecto previo (problema que, como se sabe, no tiene el estándar de justicia correctiva que impera en el derecho de daños. Para el derecho de daños la satisfacción del estándar de justicia se produce con la restauración material del estado de cosas alterado con la agencia negligente de un individuo; la condición previa (de balance o des-balance) es irrelevante para determinar quién y a qué está obligado cada cual). La propuesta de Sadurski consiste en presentar el ideal liberal de protección de la autonomía (que excluye intervenciones o tematizaciones penales paternalistas o moralistas) como el principio legitimador que está ausente en una propuesta de *fair play*; así evita los problemas mencionados, o más bien los reemplaza, con una nueva agenda de complicaciones, no ya relativa a la pregunta por la legitimación en sentido político, sino en relación a la cuestión de la legitimidad material en sentido jurídico (político). Sadurski, W., “Theory of punishment, social justice, and liberal neutrality”, *Law and Philosophy*, Vol. 7, N° 3, 1988-1989, pp. 351-373.

<sup>84</sup> Kindhäuser, “Personalidad, Culpabilidad y Retribución”, p. 33.

afirmar, porque en caso contrario podría ocurrir que, carentes de un criterio evaluativo de rectitud o estándar de justicia, nos tratásemos sistemáticamente de un modo tal expresivo de injusticia y, por tanto, de una inhumanidad indignante.<sup>85</sup>

La teoría de la pena de Kindhäuser se presenta de este modo, como una renovación de la propuesta kantiana, en dos grandes sentidos. En primer lugar, como ya se afirmara más arriba, y como ya queda claro con el papel crucial que juega la idea de sentido de la justicia, Kindhäuser se hace parte de la tradición contractualista desde Kant hasta Rawls, en el sentido de que adopta como aparato conceptual básico la asunción de la precariedad de la eficacia de las normas de comportamiento,<sup>86</sup> siguiendo la línea interpretativa de la teoría kantiana de la pena de Murphy. En segundo lugar, en otro trabajo el autor hace suya la idea de que la legitimidad en la imposición de la sanción penal depende del reconocimiento de la autonomía de los sujetos coaccionados en tanto legisladores en el proceso de formulación de las normas de comportamiento que restringen su esfera de libertad instrumental. Así, Kindhäuser formula una distinción entre una autonomía propiamente legisladora, denominada ‘pública’, y otra autonomía, denominada ‘privada’, que es aquella que reconocemos a todos los agentes libres en tanto capaces de decidir cursos de acción racionales.<sup>87</sup> El panorama no es sino una reformulación de la condición de ejecución de la sanción penal que Kant habría de sostener sobre la base de la distinción entre la razón jurídico-legisladora (*homo noumenon*) que impone la pena sobre el agente en concreto y lo somete de ese modo a la norma (*homo phaenomenon*).<sup>88</sup>

Para el lector que acaba de percatarse de esta asimilación, el resultado previsto es obvio: la formulación de una teoría de la pena orientada a la retribución, en consonancia con la interpretación dominante de la filosofía del derecho kantiana. Si es el caso estará el lector errado. Para Kindhäuser, la pena cumple una función preventiva que integra a los individuos y los insta a expresar el sentido de la justicia, y les provee de una razón para estimar inconveniente la infracción de normas de comportamiento.<sup>89</sup> De modo posterior, es decir, sólo

---

<sup>85</sup> Más adelante ello se constituirá en un criterio de legitimación material de normas penales. Véase *Ibid.*, p. 36.

<sup>86</sup> *Ibid.*, pp. 21-23. Discutiendo el dilema del prisionero y el problema del *free rider* que son presupuestos básicos de análisis de toda teoría contractualista.

<sup>87</sup> Kindhäuser, U., “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, en Kindhäuser y Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Ara, Lima, 2009, p. 100.

<sup>88</sup> Kant, *op. cit.*, p. 171.

<sup>89</sup> La concepción de la práctica punitiva estatal de Kindhäuser profita de la teoría del derecho vinculada estrechamente a la teoría del razonamiento práctico. Para Kindhäuser (o más bien para nosotros, en el intento de comprender a cabalidad su tesis) resulta crucial entender a las normas jurídicas como razones para la acción. En lo que aquí nos interesa, y a modo de apoyo de la perspectiva de la práctica punitiva que en este trabajo se favorece, puede resultar interesante volver a revisar la magna obra sobre Derecho y razonamiento práctico, donde el artífice de esta concepción, Joseph Raz, terminará concluyendo que, al momento de hacer operativa la construcción llevada adelante en los primeros capítulos de su *Practical Reason and Norms*, observando

cuando el contramotivo ha sido infructuoso, la pena cumple una función retributiva.<sup>90</sup>

Que la teoría de la pena presentada se muestre acorde en sus líneas generales a los postulados de la filosofía del derecho de Kant resulta sintomático del hecho de que (aunque Kindhäuser mismo no lo note) la interpretación correcta de su filosofía jurídico-penal resulta en la postulación de un fundamento del castigo penal orientado a la prevención, pero que cumple funciones retributivas en su imposición.<sup>91</sup>

Sobre esto ya se ha comentado suficiente. Es momento de mirar la discusión más general en la que esta breve búsqueda nos ha situado. A ello me dedico en el próximo apartado.

#### 4.- Justicia política y teoría de la pena: La discusión contemporánea

Hace ya más de veinte años, Stanley Brubaker intentó proveer una respuesta a la pregunta: ¿puede un liberal castigar penalmente de modo consistente? Teniendo como referente un liberalismo político más bien clásico (de inspiración contractualista), el autor concluye que la respuesta debe ser negativa puesto que, en primer lugar, la pena supone una expresión de reproche, en la forma de una manifestación de ira justa. Un liberal –se sostiene– es incapaz de considerar la ira dentro de su aparato conceptual para justificar instituciones tanto propiamente políticas como jurídicas, pues éste se elimina mediante la supresión, a su vez, de la dimensión propiamente conflictiva de las relaciones intersubjetivas en una

---

el funcionamiento concreto de sistemas jurídicos, se hace necesario tratar el hecho de la sanción (como respaldo de la norma jurídica) como una razón auxiliar de primer orden, íntimamente vinculada a la razón operativa (excluyente) –y de primer orden también– que encontramos en la norma misma. Esta es una importante aseveración y sus consecuencias no pueden dejar de considerarse, aunque el mismo Raz finalmente avance tratando de superar el aparente problema en que queda una teoría del Derecho que se acerca de este modo al modelo imperativista. Raz, J., *Practical reason and norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 161.

<sup>90</sup> Kindhäuser, U., “Personalidad, Culpabilidad y Retribución”, *cit.*, p. 33.

<sup>91</sup> La importancia de destacar esta línea de interpretación no pasa por mostrar a Kant como un teórico de la pena mixto. De hecho lo es, mas no es lo relevante, o bien no es la única conclusión que el liberar debe extraer para efectos de construir su respuesta al desafío del retribucionismo. Lo relevante no es que el resultado sea siempre una teoría mixta de la pena, sino más bien el hecho de que ello precisamente muestra hasta qué punto es relevante el debate monista en torno a la justificación de la pena. Sostengo que el liberal, siguiendo a Scheffler y permitiéndose insertar allí a Kant, debe ser capaz de mostrar que la práctica punitiva estatal, como otra instancia que posibilita nuestro reconocimiento mutuo, como agentes morales y responsables, excede el espacio lógico del debate monista, lo supera. En esto el contractualismo tiene la ventaja: no se trata de mostrar simpatía con la idea de que los principios de culpabilidad, humanidad y personalidad son constitutivos a la práctica (punitiva estatal) en vez de ser meros limitantes, sino que se trata de comprender que la práctica en sí es constitutiva a nuestra condición política (nuestra constitución como comunidad política).

comunidad política. En segundo lugar, la orientación individualista de la versión estándar del liberalismo impide considerar el aspecto esencial de la pena que afecta, más bien, a la comunidad como un todo. En tercer lugar, se sostiene que el liberal, siguiendo principios fundamentales de la teoría del daño de Mills, refinada por Feinberg, es ciego ante la función de expresión de resentimiento de la pena, que evidentemente excede los contornos de la pena en términos ontológicos, usualmente definida como la irrogación de un mal sensible (en la tradición liberal) para efectos de prevenir una restricción de libertad instrumental o daño causado a terceros. Por último, y llegando ya a la idea fundamental, el liberal estándar evita referencias al carácter de un ser humano, en términos de un compromiso con las acciones que definen y revelan sus vicios y virtudes. Esta consideración, se sostiene, es central para comprender el papel que en una comunidad política juega el derecho punitivo estatal.<sup>92</sup>

En la actualidad, el referente más importante de filosofía política de inspiración liberal (al igual que en el tiempo en que Brubaker escribe y al cual se dirige el comentario) sigue siendo John Rawls.

En estas páginas se ha intentado proveer algún acercamiento a una discusión perdida en el último tiempo en el foro académico: la de la justificación de la práctica punitiva estatal desde la perspectiva de la justicia política, en particular, la teoría de la justicia liberal en el diseño rawlsiano. La primera sección del artículo introdujo de modo puramente descriptivo lo que llamamos el estado de la cuestión, esto es, el estado en el cual, al menos desde la publicación de la edición original de TJ y hasta fines de los 90, se tendía a caracterizar el proyecto rawlsiano cuando se hacía referencia a la pregunta por la justificación de la pena. Se utilizó como pauta la contribución de Scheffler, que despertó un interés crítico en la filosofía política angloparlante por esta cuestión, al reconocer la contradicción en que se encontraba, a fines del siglo XX, la política de inspiración liberal en relación a sus fundamentos teóricos, en términos generales, y la teoría de justificación del castigo penal y su matriz teórica de inspiración liberal, en particular (haciendo referencia a autores específicos, como por ejemplo T.M. Scanlon). La segunda sección es optimista, como lo es el intento, del mismo Scheffler, de abrir un espacio de discusión respecto del proyecto de Rawls, para hacer extensivo un argumento general, relativo a la teoría política liberal en abstracto, en virtud del cual, desde una elaboración propia de una matriz de filosofía analítica, en torno al concepto de merecimiento (del que depende la *justificabilidad* de una institución como el derecho punitivo) que pone el acento en su carácter maleable o flexible, es posible mostrar la posible convivencia, coherente, entre un estándar de justicia distributiva holístico, y uno de justicia retributiva individualista, subyacente a la justificación del derecho punitivo. La tercera sección es más bien crítica, y pretendía trabajar sobre las posibles consecuencias de abrir una puerta como ésta. A partir de una propuesta concreta

---

<sup>92</sup> Brubaker, Stanley, “Can liberals punish?”, *The American Political Science Review*, Vol. 8, N° 3, 1988, p. 825.

(la del profesor Rosen) se llenaron algunos vacíos (intencionales o no) de la propuesta de Scheffler y se indagó algo más en la cuestión de la teoría concreta de justificación del poder punitivo que es posible construir a partir del proyecto de TJ. Se trabajó sobre la base de su similitud, al menos en la parte teórica de la contribución, con el proyecto idealista kantiano, y se desarrollaron algunas consecuencias de dicha analogía. Se acudió finalmente a una propuesta teórica de la tradición dogmática del derecho penal continental para postular un posible vínculo entre la concepción moral del sujeto que se elabora en TJ (que no se desarrolla sino hacia el final del libro, en la sección sobre los ‘fines’) para proponer una concepción articulada y de cierta forma sofisticada, que se encuentre en sintonía con interpretaciones contemporáneas de la teoría kantiana de la práctica punitiva y de la comunidad política.

Dicho lo anterior, el artículo pretende llenar de algún modo el vacío que la propuesta de Scheffler (del 2000) hizo evidente. En todo caso, el fin del S. XX y la transición al S. XXI importan un cambio en este sentido. Se introduce una creciente preocupación por reconocer que la pregunta por la justificación de la práctica punitiva se resuelve de mejor modo una vez que se acepta que se trata de una pregunta propiamente filosófico-política. Las preguntas que siguen son: ¿Implica el reconocimiento de la importancia de la disciplina filosófico-política para la disciplina jurídico-penal que esta última además tiene un sustrato filosófico-moral? ¿Se pueden distinguir estas tres disciplinas?

Un ejemplo del cambio de paradigma se aprecia (en el foro académico angloparlante, al menos) con la publicación de *Justice and Punishment* del profesor M. Matravers<sup>93</sup>. En este trabajo, el autor reconoce (en sus palabras y en la introducción al libro) que en la actualidad:

*La filosofía del derecho penal puede de modo razonable reclamar su espacio como subdisciplina separada de la filosofía moral y política, y de hecho, así es como se la ha tratado. En parte mi argumento es que esta separación de la teoría del castigo penal de las preocupaciones más amplias de la filosofía moral y política resulta dañina para ambas.*<sup>94</sup>

Ahora bien, ¿por qué vincular la filosofía del derecho penal con la teoría moral o política es necesario?, ¿desde cuándo es preocupación de la teoría moral o política la cuestión del castigo penal? Según nuestro autor:

*[T]eorías recientes de la justicia se han concentrado en su mayoría en la justicia distributiva y han excluido a la justicia retributiva o a la correctiva. En efecto, el concepto ‘justicia’ tal y como se usa en la literatura se ha prácticamente convertido en sinónimo de ‘justicia distributiva’. Y sin embargo el derecho a castigar, y el rol del castigo penal como una cuestión o pregunta crucial a tratar*

---

<sup>93</sup> Matravers, M., *Justice and Punishment. The rationale of coercion*, Oxford University Press, 2000.

<sup>94</sup> Matravers, *cit.*, p. 1 (la traducción es nuestra).

*para una comprensión del Estado y de la legitimidad política, fueron tratadas alguna vez como preocupaciones centrales de la filosofía política [hace referencia aquí al espacio que ocupa el castigo penal en las teorías de Hobbes, Locke y Rousseau]. La pregunta entonces aparece ¿Por qué la justicia distributiva se ha separado de la justicia retributiva? Mi tesis es que esta separación se explica porque la teoría de la justicia contemporánea es incapaz de explicar la relación entre justicia y moral, considerada ampliamente.*<sup>95</sup>

En estas páginas se ha intentado contribuir al cambio de paradigma en la pregunta por la justificación de la práctica punitiva, por medio de un breve análisis de la propuesta de Scheffler, novedosa en estos términos, y parte de las críticas surgidas como inmediata reacción a la tesis expuesta en su trabajo. En principio, la discusión no se integra en el debate propiamente jurídico-penal entre teorías monistas de justificación (prevencionismo contra retribucionismo) y sin embargo sobre la marcha –en particular considerando el desafío impuesto al liberalismo a partir de la exigencia de reconocimiento *moral* por medio de la imposición de sanciones penales, que deja ver tanto el artículo de Scheffler como la descripción del escenario que Brubaker hace arriba comentado– se revela en parte la importancia de hacer frente a la pregunta planteada.

En efecto, la importancia de volver a revisar la obra fundamental de John Rawls para efectos de llevar adelante una búsqueda por un espacio argumentativo favorable hacia una concepción de la pena que permita el reconocimiento *moral* por medio de la satisfacción del requerimiento de merecimiento, pasa por hacer frente, desde la esquina liberal, a la visión que tradicionalmente compromete a dicha doctrina política con cierta concepción monista de la justificación de la pena favorable a la prevención, y expuesta a los conocidos reparos que hacen visible los riesgos de instrumentalización de los sujetos de la sanción penal. No es necesaria referencia a ninguna obra particular a este respecto, pues tanto la propuesta prevencionista como su crítica son conocidas. Sin embargo, para una mejor comprensión de la tesis que en este trabajo se desarrolla de modo sucinto, puede resultar útil despojarse de aquella común asociación entre doctrinas políticas liberales con fundamentos prevencionistas de la pena, por un lado, y doctrinas comunitaristas (o bien, no liberales) con fundamentos retribucionistas, por el otro.<sup>96</sup> No es necesario ser liberal para ser prevencionista, ni comunitarista para ser retribucionista.<sup>97</sup> Claro está, en algún sentido, esta sería la conclusión favorable al

---

<sup>95</sup> *Ibíd.*, p. 2.

<sup>96</sup> En todo caso, puede resultar provechoso buscar tanto una aproximación favorable a dicha conexión como una clara exposición de las distintas teorías de justificación de la práctica punitiva estatal en Alcácer G., Rafael, *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, primera edición, Universidad Externado de Colombia, 2004; en particular, pp. 31-152 para una exposición de las distintas teorías de justificación y pp. 152-238 para un contraste entre doctrinas políticas y su asociación con teorías de la pena.

<sup>97</sup> Muestra de ello es la exposición de los argumentos que un retribucionista podría consistentemente sostener, propios de un liberalismo moralista en Moore, Michael, *Placing Blame*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 661 y ss.

liberalismo político, puesto que importaría precisamente la disociación con aquella teoría monista usualmente vinculada al deterioro general de la fundamentación moral de la práctica punitiva estatal. En ese sentido estricto, la presuposición pide un principio (*begs the question*).

No obstante, lo que en definitiva interesa, respecto del cambio de paradigma en esta discusión, es la atención puesta, por parte de la teoría de justificación de la pena orientada a la retribución, en la exigencia de un aparato conceptual sólido de filosofía moral para efectos de proveer una respuesta satisfactoria a la pregunta por la justificación de la institución penal. En *Justice and Punishment* se desarrollan todo tipo de concepciones de la moral como posibles candidatas para servir de matriz subyacente a una teoría de la justicia penal. Aquí no se tiene tal pretensión. Simplemente nos interesa terminar con un par de metarreflexiones sobre la relación entre la moral como dimensión de regulación del comportamiento intersubjetivo y la filosofía política, como disciplina que intenta explicar la manera en que los individuos (ciudadanos) se relacionan con las instituciones políticas. Si la teoría de la pena necesita un sustrato filosófico-político por tratarse de una institución estatal, y además reclama el apoyo de un aparato conceptual de filosofía moral que pueda explicar satisfactoriamente el modo en que el funcionamiento de esta institución política reconoce la dignidad de los ciudadanos, entonces claramente esta institución particular se encuentra en el medio. Pero, ¿de qué forma?

La primera metarreflexión tiene que apuntar directamente al retribucionismo como estrategia de justificación. No puede negarse que esta perspectiva, al apoyarse –como bien lo explica J.L.Mackie en el capítulo de su libro *Persons and Values*<sup>98</sup> dedicado al principio de retribución como principio moral– en ciertas intuiciones morales que parecen ser básicas y fundamentales, y de algún modo arraigadas en nuestras prácticas sociales expresivas, lleva la ventaja al presentarse como la versión institucionalizada de dichas intuiciones o principios morales. La cuestión así presentada se muestra como una instancia propicia para analizar el alcance y la capacidad de rendimiento de tal vinculación teórica entre cierto aparato conceptual de filosofía moral, por un lado, y uno de filosofía política por el otro. Claro está, que esto se muestre como una instancia propicia depende del convencimiento de que la problematización de la justificación de la práctica punitiva ocurre –o se resuelve de mejor modo– en sede de filosofía política.

Antes se mencionaba la preocupación del profesor Matravers frente a la incapacidad de la filosofía política contemporánea de desvincularse de la tematización filosófico-moral. Ante la agresiva expansión del retribucionismo, la pregunta y la preocupación vuelven a surgir. La pregunta es la siguiente: ¿está el retribucionismo en condiciones de aprovechar el hallazgo de los dos ámbitos que interactúan en la pregunta por la teoría de la pena? La respuesta preliminar es negativa, sobre todo si se consideran versiones contemporáneas de esta teoría de

---

<sup>98</sup> Mackie, J.L., *Persons and Values*, Vol. II, Oxford University Press, Oxford, 2002.

justificación descendientes del retribucionismo “dialéctico” de Hegel, que desconoce la separación entre la dimensión de la facticidad y la dimensión de la normatividad para su cabal comprensión y entonces imposibilita el proyecto kantiano de Kindhäuser: una crítica ética de las instituciones jurídicas, sólo es posible desde la perspectiva del positivismo jurídico contemporáneo. La propuesta misma de Mackie –quien plantea la diferenciación entre distintos estadios en los que se desarrollan primero emociones en sentido estricto, que luego devienen en emociones morales, para terminar en un proceso de institucionalización por parte de la sociedad, de modo de favorecer el esquema cooperativo que hace la convivencia social posible– se encuentra en algún sentido clausurada operativamente, o al menos sujeta a diversas objeciones, considerando la variedad de aparatos conceptuales de los que depende la tesis.

La importancia del hallazgo se acrecienta si consideramos que, en contra del liberalismo, se alega constantemente desde el hegelianismo una desatención a la condición del sujeto vinculado a las instituciones (de un modo tal que le permite su desarrollo como persona moral).<sup>99</sup> En el debate académico angloparlante contemporáneo hay en la actualidad un espacio de discusión precisamente dedicado a desentrañar la relación e interacción entre la dimensión filosófico-moral y la política. Un retribucionista debería hacerse cargo de esta interrelación si pretende ser consistente con su hallazgo.

Una propuesta reciente del profesor T.M. Scanlon puede arrojar alguna luz en este ámbito,<sup>100</sup> para esclarecer la interrelación, no para favorecer al retribucionismo. Según este autor, el punto central de la filosofía política, o su objeto de discusión, parece ser el estudio de las actitudes que los individuos asumen frente al desempeño de instituciones. Así como existen reglas que tematizan nuestras prácticas de atribución de responsabilidad y expresión de reproche, es posible formular reglas que se refieran al modo en que nos referimos a las instituciones, como instituciones justas, injustas, legítimas o ilegítimas. De nuevo, tal y como la mejor comprensión del objeto de la filosofía moral pone la atención en la pretensión humana de justificación de nuestras acciones apoyadas en razones, la pregunta por la moral de las instituciones –el objeto de la teoría de la práctica punitiva, al extrapolar la expresión de reproche y otras actitudes tematizadas moralmente al ámbito institucional-estatal– pone la atención en la *justificabilidad* de las mismas, frente a los individuos. La relación entre la dimensión institucional y la intersubjetiva se tematiza, entonces, del siguiente modo: si es que existe alguna conclusión moral que se pueda obtener del fenómeno institucional respecto a lo que debemos hacer o cómo debemos comportarnos y tratarnos, esa conclusión va a ser dependiente de sí, sobre la base del sentido común y la capacidad crítica, creemos que la institución en cuestión es justa (entendiendo al

---

<sup>99</sup> Stillman, P., “Hegel’s idea of punishment”, *Journal of the History of Philosophy*, Vol. 14, N° 2, 1976, p. 180.

<sup>100</sup> Scanlon, T.M., *Individual morality and the morality of institutions*, manuscrito de ponencia presentada en el Safra Center for Ethics, Harvard University, septiembre, 2010.

derecho, y con ello al derecho penal, como una institución en este sentido). Si es el caso, entonces adquirimos lo que Joseph Raz llamaría una “actitud crítica práctica”, aquí entendida como el deber de comprometernos con la institución, lo mismo que Rawls denominó “deber natural de justicia”.

En la asunción de una actitud crítica frente al desempeño de la institución, entran en consideración las así llamadas “desventajas del castigo” de Douglas Husak, en particular los costos de implementación del sistema.<sup>101</sup> Lo que para Mackie aparece como un problema en la tarea de justificar el retribucionismo positivo, para un teórico de la práctica punitiva comprometido con el hallazgo del retribucionismo y con el descubrimiento de una dimensión reflexiva y crítica del rol de la institución del derecho (penal), la cuestión se revela más bien como un necesario compromiso, por ejemplo, con un principio de oportunidad extrapolado desde el foro del derecho procesal penal. Resulta difícil imaginar a un retribucionista contemporáneo (continental o angloparlante) que necesite negar la plausibilidad de dicha extrapolación.

Para la dimensión de la intersubjetividad la cuestión es distinta, y esto es otra cosa que el retribucionismo es incapaz de ver; que existen diferentes dimensiones de la vida social apoyadas en diversas teorías que las explican. En esta segunda dimensión, la teoría de la pena de Kindhäuser se revela como el verdadero y más potente homenaje a Rawls: el quebrantamiento de una norma de comportamiento se muestra como una lesión al sentido de justicia. Ese sentido lo compartimos en la dimensión intersubjetiva, donde el trato individual es posible, en oposición a la dimensión donde damos cumplimiento a nuestro deber natural de justicia, donde la cuestión es respecto de cada uno de nosotros frente a las instituciones, y se muestra entonces en algún sentido holística. Sólo en una de esas dimensiones la institución es capaz de darnos un tratamiento bajo consideraciones puramente individuales, es decir, una pena justa, proporcional, y sobre todo, merecida.

---

<sup>101</sup> La propuesta del profesor Douglas Husak se enmarca en línea propia de quien no asume el debate monista pertinente, en el sentido de que, al presentar su propuesta de un ‘retribucionismo *holístico*’, el autor está siendo irrespetuoso con la categoría (teoría retributiva) al menos para los estándares continentales. Pero esa falta de respeto en la marcha aparece completamente justificada en razón de que si otro fuera el caso no podría Husak decir lo que quiere decir: esto es, que el valor de satisfacer una exigencia de merecimiento negativo debe ser tal que permita enfrentar lo que Husak llama las ‘desventajas del castigo’ (*drawbacks of punishment*), a saber: los costos del sistema de justicia penal, las posibilidades de error en el proceso de tematización penal y en la individualización infractor de la norma, y por último el riesgo de abuso de la autoridad [Husak D., “Holistic Retributivism”, *California Law Review*, Vol. 88 N° 3, 2000]. El artículo es una respuesta a Scheffler. Sin embargo, consiste en una reformulación de una tesis ya elaborada anteriormente por el autor en Husak, D., “Why punish the deserving?”, *Nous*, Vol. 26, N° 4, 1992, pp. 447-464, donde se plantea la disolución de la distinción entre una lógica de retribución y una de distribución, y que (en contra de la teoría de la pena de Hart y de lo que podría en 1992 haberse extraído de Rawls) de ello se sigue que una pregunta por la ejecución de una sanción penal justa encierra siempre una pregunta de distribución. La respuesta de Scheffler al segundo artículo de Husak (que alcanza a ser incluida en la versión del artículo de Scheffler que aquí se comenta) puede verse en Scheffler (2000), nota 73.

## BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ALCACER, G.R., *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ❖ ARNESON, R., “Against Rawlsian Equality of Opportunity”, *Philosophical Studies*, Vol. 93, N° 1, 1999.
- ❖ ATRIA, F., “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones, DOXA*, N° 4, Alicante, 2004.
- ❖ BUDDE, K., “Rawls on Kant: Is Rawls a Kantian or Kant a Rawlsian?” *European Journal of Political Theory*, 2007.
- ❖ BRUBAKER, S., “Can Liberals Punish?” *The American Political Science Review*, Vol. 82, N° 3 (Sep., 1988).
- ❖ BYRD, B.S., “Kant’s theory of punishment: deterrence in its threat, retribution in its execution”, *Law and Philosophy*, Vol. 8, N° 2, 1989.
- ❖ COHEN, G.A., “Why not socialism?” en Broadbent, E. (ed.) *Democratic equality: What went wrong?*, University of Toronto Press, Toronto, 2001.
- ❖ DAGGER, R., “Playing fair with punishment”, *Ethics*, Vol. 103, N° 3, 1993.
- ❖ DENNETT, D., *Condiciones de la cualidad de la persona* (traducción: Lorena Murillo), UNAM, México, 1989.
- ❖ DOLOVICH, S., “Legitimate Punishment in Liberal Democracy”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 7:307, 2004.
- ❖ DUFF, R.A., *Trials and punishments*, Cambridge University Press, 1986.
- ❖ FEINBERG J., *Doing and Deserving*, Princeton University Press, 1970.
- ❖ GARCIA, J.L.A., “Two concepts of desert”, *Law and Philosophy* 5, 1986.
- ❖ GARVIN, L., “Retributive and Distributive Justice”, *The Journal of Philosophy*, Vol. 42, N° 10, 1945.
- ❖ GAUTHIER, D., *La moral por acuerdo* (traducción: Alcira Bixio), Barcelona, Gedisa, 2000.
- ❖ HILL, T., “Kant on wrongdoing, desert and punishment”, *Law and Philosophy*, Vol. 18, N° 4, 1999.
- ❖ HONIG, B., “Rawls on politics and punishment”, *Political Research Quarterly*, Vol 46, N° 1, 1993.
- ❖ HUSAK, D., “Why punish the deserving?” *Nous*, Vol. 26, N° 4, 1992.  
 \_\_\_\_\_ “Holistic Retributivism”, *California Law Review*, Vol. 88 N° 3, 2000.
- ❖ KANT, I., *Metafísica de las Costumbres* (trad. Adela Cortina, Jesús Conill), Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- ❖ KINDHÄUSER, U., “Personalidad, Culpabilidad y Retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”, en Kindhäuser y Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Ara, Lima, 2009.  
 \_\_\_\_\_ “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, en Kindhäuser y Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Ara, Lima, 2009.
- ❖ MACKIE, J.L., *Ética: la invención de lo bueno y lo malo* (traducción: Tomás Fernández), Madrid, Gedisa, 2000.  
 \_\_\_\_\_ *Persons and Values*, Vol. II, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- ❖ MATRAVERS, M., *Justice and Punishment. The rationale of coercion*, Oxford University Press, 2000.
- ❖ MELIA, C. y GOMEZ-JARA, *Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión*. Madrid, Edisofer. 2006.
- ❖ MILLS, E., “Scheffler on Rawls, Justice and Desert”, *Law and Philosophy*, Vol. 23, N° 3, 2004.
- ❖ MOORE, M., *Placing Blame*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

- ❖ MURPHY, J., *Retribution, Justice and Therapy, Essays in the Philosophy of Law*, Reidel Publishing, 1979.
- ❖ NOVAK, M., “La crisis de la socialdemocracia”, *Estudios Públicos*, 74, Centro de Estudios Públicos, Santiago, Chile, 1999.
- ❖ RAWLS, J., “The sense of justice”, *The Philosophical Review*, Vol. 72, N° 3, 1963.  
\_\_\_\_\_*A Theory of Justice*, revised edition, Belknap Press, Harvard, 1999.
- ❖ RAZ, J., *Practical reason and norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- ❖ ROSEN, M., “Liberalism, desert and responsibility, a response to Samuel Scheffler”, *Philosophical Books*, 2003.
- ❖ SADURSKI, W., “Theory of punishment, social justice, and liberal neutrality”, *Law and Philosophy*, Vol. 7, N° 3, 1988-1989.
- ❖ SCANLON, T.M., “Rawls’ Theory of Justice”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 121, N° 5, 1973.
- ❖ \_\_\_\_\_ “Punishment and the rule of law”, en del mismo, *The difficulty of tolerance: Essays in Political Philosophy*, Cambridge University Press, 2003.
- ❖ \_\_\_\_\_ *Moral dimensions, Permissibility, Meaning, Blame*, Belknap Press, Harvard, 2008.  
\_\_\_\_\_ *Individual morality and the morality of institutions*, manuscrito de ponencia presentada en el Safra Center for Ethics, Harvard University, septiembre, 2010.
- ❖ SCHEFFLER, S., “Responsibility, Reactive Attitudes and Liberalism in Philosophy and Politics”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 21, N° 4, 1992.  
\_\_\_\_\_ “Justice and desert in liberal theory”, *California Law Review*, Vol. 88, N° 3, 2000.  
\_\_\_\_\_ “What is Egalitarianism?” *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 31, N° 1, 2003.  
\_\_\_\_\_ “Is the basic structure basic?” en Sypnowich C. (ed.) *The Egalitarian Conscience: Essays in honour of G.A. Cohen*, Oxford, 2006.
- ❖ SHELBY, Th., “Justice, Deviance and the dark ghetto”, *Philosophy and Public Affairs* 35, N° 2, 2007.
- ❖ STEINBERGER, P.J., “Justice and Desert in Rawls”, *The Journal of Politics*, Vol. 44, N° 4, 1982.
- ❖ STILLMAN, P., “Hegel’s idea of punishment”, *Journal of the History of Philosophy*, Vol. 14, N° 2, 1976.
- ❖ TUGENDHAT, E., *Lecciones de Ética* (trad. Luis Román R.), Barcelona, Gedisa, 1997.