

H. L. A. HART

**CASTIGO
Y
RESPONSABILIDAD**
Ensayos de filosofía del Derecho

Introducción de
John Gardner

Traducido por
Jacobo Barja de Quiroga
León García-Comendador Alonso

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2019

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
AGRADECIMIENTOS	9
PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN	11
PREFACIO	13
NOTA DE LA SEGUNDA IMPRESIÓN	15
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I. PROLEGÓMENOS A LOS PRINCIPIOS DEL CASTIGO	45
CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD LEGAL Y EXCUSAS	65
CAPÍTULO III. EL ASESINATO Y LOS PRINCIPIOS DEL CASTIGO: IN- GLATERRA Y LOS ESTADOS UNIDOS	85
CAPÍTULO IV. ACTOS DE VOLUNTAD Y DE RESPONSABILIDAD	111
CAPÍTULO V. INTENCIÓN Y CASTIGO	129
CAPÍTULO VI. NEGLIGENCIA, <i>MENS REA</i> Y RESPONSABILIDAD CRI- MINAL	145
CAPÍTULO VII. CASTIGO Y ELIMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ..	161
CAPÍTULO VIII. CAMBIANDO EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD ...	181
CAPÍTULO IX. <i>POSTSCRIPT</i>: RESPONSABILIDAD Y RETRIBUCIÓN	199
NOTAS	219
APÉNDICE. CONTINUACIÓN DEL ANÁLISIS DE LA <i>MURDER ACT</i> DE 1965 Y DE LAS ESTADÍSTICAS DE ASESINATO DEL PERIODO 1957 A 1968, DE INGLATERRA Y LOS ESTADOS UNIDOS	251
ÍNDICE ONOMÁSTICO	259

AGRADECIMIENTOS

Con la excepción de la Introducción y parte del capítulo IX, todos los ensayos de este libro se habían publicado anteriormente y se reimprimen ahora con mínimas alteraciones. Las Notas de las páginas 238 a 267, con la excepción de la nota sobre la teoría de la responsabilidad objetiva de Holmes, en las páginas 242 a 244 y la nota sobre la responsabilidad de las páginas 264 y 265, no se habían publicado anteriormente.

El capítulo I, «Prolegómenos a los principios del castigo» se entregó como discurso presidencial en la *Aristotelian Society* el 19 de octubre de 1959 y se reimprimió con permiso del editor. El capítulo II, «Responsabilidad legal y excusas», procede de las actas del Primer Anuario del *New York Institute of Philosophy*, de 9 y 10 de febrero de 1957, se publicó en *Determinism and Freedom* (1958) editado por Sidney Hook, y se volvió a imprimir con permiso de la Editorial, en *New York University Press*. El capítulo III, «El asesinato y los principios del castigo: Inglaterra y los Estados Unidos», se volvió a imprimir con permiso especial de la *Northwestern University Law Review*, copyright © 1958 por la *Northwestern University School of Law*, vol. 52, núm. 4. El capítulo IV, «Actos de voluntad y responsabilidad», se volvió a imprimir de las *Jubilee Lectures of the Faculty of Law, University of Sheffield* (1960), editado por O. R. Marshall, mediante permiso de los editores Stevens and Sons y la *Faculty of Law, University of Sheffield*. El capítulo V, «Intención y castigo», se ha reimpresso procedente de la *Oxford Review* núm. 4, febrero 1967, con permiso del editor. El capítulo VI, «Negligencia, *mens rea* y responsabilidad criminal» se volvió a imprimir a partir de *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961), editado por A. G. Guest, con permiso del editor y de la editorial, *Oxford University Press*. El capítulo VII, «El castigo y la eliminación de la responsabilidad», se entregó como conferencia del *Hobhouse Memorial Trust* el 16 de mayo de 1961 en el *King's College* de Londres y se volvió a imprimir con permiso de *Athlone Press*, que lo publicó en 1962, y de la *London School of Economics*. El capítulo VIII, «Cambiando el concepto de responsabilidad», es una de las dos conferencias Lionel Cohen entregadas en la *Hebrew University*, Jerusalén, en 1964, fue publicado en *The Morality of the Criminal Law* (1965) y es reimpresso con permiso de la *Magnes Press* y la *Oxford University Press*. La primera parte del capítulo IX, sobre la responsabilidad fue publicado en la *Law Quarterly Review* (1967), vol. 83, y se ha reimpresso con el permiso del editor. La nota de las páginas 242-244 sobre la Teoría de Holmes de la responsabilidad objetiva, se ha reimpresso procedente de *The New York Review of Books*, copyright © 1963 *The New York Review*, con permiso del editor.

PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Cuarenta años después, *Castigo y Responsabilidad* no ha perdido nada de su vitalidad y fuerza. El libro sigue siendo una lectura esencial para los estudiantes de Teoría del Derecho, Política, Ética, Criminología y Derecho Penal. Se cita constantemente por estudiosos de todos estos campos. Después de numerosas reimpresiones *ad hoc*, John Louth y Alex Flach de la OUP* me sugirieron que una nueva edición podría ser un tributo adecuado en el aniversario de lo que se podía considerar como el trabajo más brillante de Hart. Para esta nueva edición, el libro ha seguido una composición de acuerdo a los criterios contemporáneos, con un diseño más consistente. Algunos errores tipográficos se han eliminado y las citas se han hecho menos erráticas. El duro trabajo del equipo de producción de la OUP ha garantizado, sin embargo, que la paginación siga exactamente igual que antes. Mi principal contribución ha sido escribir una nueva introducción. Una idea para esta introducción era la de investigar el trabajo habido con posterioridad en este campo, ya sea desarrollando o reaccionando al pensamiento de Hart. Sin embargo, esto ha resultado impracticable. Hay un ingente montón de trabajo posterior en este campo, por filósofos, juristas y legisladores y, de forma directa o indirecta, todos han reaccionado o han desarrollado el pensamiento de Hart. Así pues, la introducción que sigue no es, en su mayor parte, una historia de la influencia del libro, sino un compromiso crítico con las principales ideas filosóficas que contiene, en el que el tenor de los debates intermedios se desvela solo incidentalmente. Al escribir esto, he estado enormemente ayudado por las reacciones de Timothy Macklem.

John GARDNER
University College
Oxford
Diciembre 2007

* OUP = Oxford University Press [N. de los T.].

PREFACIO

Estos nueve trabajos, escritos durante los últimos diez años, se han dispuesto en este libro, no en orden cronológico, sino prestando cierta atención a la similitud de la materia. Los capítulos I, II y III se relacionan en parte con la base lógica de la doctrina de la *mens rea*, aunque la razón principal por la que he reimpresso el trabajo que constituye el capítulo III es su relevancia, junto con el material legal y estadístico posterior, añadido en las Notas, para la discusión de la pena capital, que estará de nuevo a debate en este país, dado que el periodo de abolición garantizado por la *Murder Act* de 1965 termina en 1970. Los capítulos IV, V y VI tratan preferentemente del análisis de una condición específica de la responsabilidad criminal («actos de la voluntad», intención y negligencia). Los capítulos VII y VIII hacen frente a la alegación de que el Derecho penal podría y debería excluir de la responsabilidad las condiciones mentales. En el capítulo IX, traté de distinguir y relacionar los numerosos y desconcertantes significados de «responsabilidad» y «retribución».

A pesar de algunas peticiones al respecto, no he reimpresso aquí mi más precoz incursión en este campo: «The Ascription of Responsibility and Rights», publicada en los *Proceedings of the Aristotelian Society* (1948-1949). La razón para excluirlo es simplemente que los principales argumentos no me parecen que sean ya defendibles y que las principales críticas que se han hecho en los últimos años están justificadas¹.

Estoy profundamente en deuda con Mr. A. J. Baxter, que identificó y corrigió más citas y referencias inexactas y más errores gramaticales, de puntuación y estilo de los que pude tener en cuenta. Soy responsable de las que han subsistido. También agradezco a Miss Joan Watson su ayuda en la preparación de las Notas.

H. L. A. HART
University College
Oxford
1967

¹ Véase, por ejemplo, P. T. GEACH, «Ascriptivism», *Philosophical Review*, 69, 1960, p. 221, y G. PITCHER, «Hart on Action and Responsibility», *ibid.*, p. 266.

NOTA DE LA SEGUNDA IMPRESIÓN

En diciembre de 1969 ambas Cámaras del Parlamento aprobaron las resoluciones requeridas para evitar el vencimiento de la *Murder Act*, 1965. He aprovechado la oportunidad presentada para realizar una segunda impresión de estos ensayos para agregar un Apéndice sobre los principales argumentos estadísticos utilizados en los debates parlamentarios, y he añadido las estadísticas de Inglaterra, Gales y los Estados Unidos hasta 1968. También he corregido una serie de errores menores, principalmente en las Notas y he acomodado los cambios más importantes habidos en la ley desde la primera impresión.

H. L. A. HART
Oxford, enero 1970

INTRODUCCIÓN

John GARDNER

1. CRIMEN Y CASTIGO

¿De qué sirve el castigo penal? ¿Cómo ayuda a hacer del mundo un lugar mejor? El castigo penal, y más generalmente el sistema de justicia penal que lo hace posible, requiere una enorme inversión de dinero, tiempo y energía. Tiene altos costos y muchos damnificados. Si el sistema debe ser justificado, debe haber beneficios que lo compensen. Es mejor que sepamos cuáles son y determinar si son suficientes. Ese simple pensamiento impregna *Castigo y responsabilidad* (*Punishment and Responsibility*), y anima el ensayo más ampliamente recordado del libro, «Prolegómenos a los principios del castigo» (capítulo I)¹.

Dicho de esta manera, se puede afirmar que el pensamiento de Hart no solo es simple, sino que no tiene controversia. Cualquier acción o práctica que tenga costos —¿y cuál no?— necesita pagar sus beneficios compensatorios, o bien no puede ser defendida. La pregunta espinosa es: ¿Qué se considera un beneficio compensatorio? Hart piensa que una reducción en los crímenes futuros² destaca como un beneficio compensatorio del castigo penal (p. 8 y *passim*). Las medidas punitivas legales pueden contribuir a esta reducción de varias maneras: mediante la disuasión, la educación pública, la incapacitación, la rehabilitación, etc. Sin embargo, piensa Hart que el beneficio relevante radica en el número de los futuros ilícitos que, gracias al sistema, nunca serán cometidos. El trabajo de demostrar cuánto beneficio hay en el sistema se traslada en gran medida a los investigadores empíricos que están en posición de comparar los ilícitos no cometidos que pueden atribuirse de manera creíble a las medidas

¹ Los capítulos entre paréntesis y los números de página se refieren a *Punishment and Responsibility* y son válidos tanto para la primera (1968) como para la segunda (2008) edición.

² HART utiliza otras expresiones («infracciones», «infracciones de las normas», etc.) para evitar lo que considera ser excesivamente moralista sobre los «criminales» y sus cognados. Sus palabras preferidas tienen unas connotaciones excesivamente legalísticas. Véase la sección 7, más adelante, para la discusión del enfoque de HART sobre el castigo por la ley.

punitivas en cuestión. Esta explicación de Hart pone el énfasis en las estadísticas relativas a los efectos de la pena de muerte en «Asesinato y los principios de castigo» (capítulo III)³. Piensa Hart que la pena de muerte por asesinato solo puede justificarse cuando (*inter alia*) debido a su utilización no se cometen un número suficiente de asesinatos o, en cualquier caso, un número suficiente de males graves.

Pero, ¿qué pasa con los males que ya se han cometido? ¿Es también un beneficio compensatorio del sistema de justicia penal el que, gracias a su existencia, los criminales cuyos males ya son un *fait accompli* (hecho consumado) sufran⁴ por sus males? Es sabido que Hart piensa que no. Para él el sufrimiento del criminal castigado, aunque sea culpable, siempre es un costo y nunca un beneficio del sistema de justicia penal. De hecho, el sufrimiento del criminal castigado es el costo más alarmante del castigo penal, el que crea la mayor carga de justificación para aquellos que creen que el sistema debe ser mantenido. En este punto, como en varios otros, Hart parte del utilitarismo clásico de Jeremy Bentham. Contrariamente a una visión vulgar «retributiva», que Hart ve claramente como bárbara, no hay nada intrínsecamente atractivo en cualquier tipo de sufrimiento, incluso cuando es impuesto punitivamente y, por ello, cualquier invocación genuina que se encuentre en un sistema para imponer tal sufrimiento debe ser una invocación instrumental. Debe basarse en cualquiera de las consecuencias ventajosas del sufrimiento (incluida la evitación del sufrimiento posterior), no en el propio sufrimiento.

Su enfoque, ampliamente utilitarista, para justificar el castigo, en ocasiones, se denomina «mirada hacia adelante» en contraste con el punto de vista retributivo «con mirada hacia atrás». Hart dibuja el contraste en estos mismos términos en «Castigo y la eliminación de la responsabilidad» (capítulo VII en la p. 160). Pero ya podemos ver que de alguna manera los términos son engañosos. Todas las justificaciones del castigo, en verdad las justificaciones de cualquier cosa, son una mirada hacia adelante en el sentido de que explican cómo la cosa justificada promete hacer del mundo un lugar mejor, o al menos evitar que empeore. El rasgo especial de la visión retributiva no es que atente a este axioma. Si fuera así, el punto de vista retributivo sería fácil (o mucho más fácil de lo que Hart lo encuentra) descartarlo como irracional. La característica especial de la visión retributiva, más bien, es que encuentra algún valor intrínseco —no meramente instrumental— en cierto tipo de sufrimiento, esto es, en el sufrimiento que se merece.

La única característica del punto de vista de mirada hacia atrás es una característica subsidiaria. Se trata de un punto de vista específicamente retributivo sobre lo que hace merecido el sufrimiento. Desde el punto de vista retributivo, el sufrimiento es merecido en la medida en que (y solo en la medida en

³ También en el apéndice (pp. 268 y ss.) que HART añadió para la reimpresión de 1970.

⁴ Estrictamente hablando, el sufrimiento o la privación (p. ej., de dinero o de tiempo) puede infligirse punitivamente. Los dos a menudo coinciden, pero no es necesario que lo hagan. Véase J. D. MABBOTT, «Professor Flew on Punishment», *Philosophy*, 30, 1955, pp. 256-265, esp. pp. 257-258. Para salvar las palabras se usará «sufrimiento» para significar «sufrimiento y privación». Al hacerlo, no pretendo negar que la distinción entre sufrimiento punitivo y privación punitiva se pueda considerar moralmente «significativa». MABBOTT, por ejemplo, felicita a las sociedades occidentales modernas por haber reemplazado en gran medida el sufrimiento punitivo con la privación punitiva (las felicitaciones, si no ingenuas, resultaron ser groseramente prematuras).

que?)⁵ se soporta por los culpables en proporción a (¿y con fundamento en?)⁶ su culpa, donde la «culpa» designa la relación que un criminal tiene o tuvo con el mal que ya cometió. Este sufrimiento de los culpables es un bien que debe ser perseguido, incluso aunque cualquier otro sufrimiento sea un mal que deba ser evitado⁷. Podemos ver aquí un sentido en el que los retribucionistas son consecuencialistas en el que simplemente caminan al estilo de los utilitaristas clásicos, y un sentido en el que no lo son. Son consecuencialistas, como los utilitaristas clásicos, en que identifican una utilidad que debe ser perseguida, quizá incluso *ceteris paribus* maximizada. En este caso, es la utilidad del sufrimiento de los culpables (que los utilitaristas clásicos consideran, como cualquier otro sufrimiento, como un mal que debe evitarse). Por otra parte, no son consecuencialistas, a diferencia de los utilitaristas clásicos, en que esta utilidad no puede identificarse de una manera enteramente independiente de la acción. Para identificar cierto sufrimiento como sufrimiento de los culpables y, por tanto, como una utilidad retributiva, uno siempre debe identificar el mal ya cometido en relación con el cual el criminal es culpable⁸. Por supuesto, el mal en cuestión podría ser un mal con fundamentos utilitarios (o más ampliamente instrumentales). No tiene que ser un mal intrínseco. La cuestión de qué hace que la acción sea en

⁵ Una característica opcional para considerar: no hay otra manera de merecer el sufrimiento. Tal vez las personas con malos caracteres también merecen sufrir, y el sufrimiento que merecen no se agota en lo que merecen *qua* culpables criminales, y mucho menos por lo que merecen como castigo por sus culpas. Véase Thomas HURKA, «Desert: Individualistic and Holistic», en S OLSARETTI (ed.), *Desert and Justice*, 2003. Esto nos recuerda que la lógica del abandono no define el castigo como la única cosa indeseable que uno podría merecer. Además de un castigo, también se puede merecer una mala reputación, una caída en desgracia, una advertencia severa, etc. No hay una respuesta retribucionista diferente a la pregunta de cuándo estas diversas cosas podrían ser merecidas. La pregunta a la que responde el retribucionismo es a la pregunta de cuándo uno merece *sufrir* y la respuesta retributiva es «en proporción a la culpa de uno como un criminal». El retribucionista estricto está inclinado a agregar «y solo en proporción a la culpa de uno como un malhechor». Para una defensa excelente de la diversidad de los abandonos, mostrando hasta qué punto el retribucionismo procede de tener un monopolio, véase Fred FELDMAN, «Desert: Reconsideration of Some Received Wisdom», *Mind*, 104, 1995, pp. 63-77.

⁶ Otra característica opcional para considerar: el sufrimiento es merecedor, y por tanto intrínsecamente bueno, solo si es deliberadamente impuesto por alguien sobre la base de la culpabilidad del criminal; en otras palabras, solo si se inflige a los culpables como un castigo. Este estrecho retribucionismo, a diferencia de su contraparte más amplia, no atribuye valor intrínseco al sufrimiento que se impone fortuitamente a los criminales culpables en los casos de la llamada «justicia poética» o del sufrimiento que «llevan sobre sí mismos» sin la intervención de un castigador. Puesto que la disputa de HART con el retribucionismo se extiende a estas variantes estrechas y amplias por igual, y puesto que las dos tienen implicaciones indistinguibles para la justificación del castigo, la distinción entre los dos no nos interesará aquí. Cuando hablo del bien del «sufrimiento del culpable» quiero decir para cubrir ambas opciones: tanto el bien del sufrimiento del culpable (amplio) como el del sufrimiento punitivamente (estrecho) del culpable. Sobre esta distinción véase Lawrence H. DAVIS, «They Deserve to Suffer», *Análisis*, 32, 1972, pp. 136-140; También Robert NOZICK, *Philosophical Explanations*, 1981, pp. 369 y ss.

⁷ Aquí estoy explicando (aunque reformulando) los tres rasgos que HART enumera como características de la «teoría retributiva» en «Postscript: Responsibility and Retribution» (capítulo IX) en la p. 231. Las tres características según las interpreto: el sufrimiento debe recaer sobre un criminal; el sufrimiento debe ser proporcional a la culpa del criminal; el sufrimiento (o su imposición) es intrínsecamente bueno si se cumplen las dos condiciones anteriores. Algunos «retribucionistas deontológicos» se resisten a la formulación del «bien intrínseco», y de hecho a cualquier formulación en términos de «bueno». Para una crítica excelente de esta resistencia, véase Michael MOORE, «Justifying Retributivism», *Israel Law Review*, 27, 1993, pp. 15-49. Para más información sobre la deontología, véase a continuación (texto en la nota 15).

⁸ Recordemos que, según los retribucionistas estrictos (véase nota y más arriba), también hay que identificar una segunda acción humana para identificar el bien relevante, es decir, la acción de la persona que deliberadamente impone el sufrimiento (el castigador).

primer lugar un mal está fuera de cuestión. La cuestión es que el sufrimiento es redimido —vuelto de malo a bueno— por su relación con la comisión de un mal.

A pesar de la formulación engañosa del capítulo VII, entonces, el desacuerdo de Hart con los retribucionistas no es sobre si la defensa del castigo criminal debe enfocarse (con sus palabras) en «la futura utilidad que podamos hacer a la sociedad, incluyendo al criminal» (p. 159). Por supuesto que se debe. El retribucionista está de acuerdo. El desacuerdo es sobre lo que debe considerarse como una utilidad futura relevante. Como deja claro en el capítulo I (p. ej., p. 9), Hart considera perfectamente *inteligible* citar el sufrimiento de los culpables como un «objetivo general que justifica» el sistema de justicia penal en su conjunto. Una sociedad podría perseguir e incluso tratar de maximizar ese sufrimiento como un bien intrínseco. La objeción de Hart para esta sociedad no es que no podamos dar sentido a su práctica. Su objeción es que su práctica es inmoral. La persecución del sufrimiento de los culpables como un bien intrínseco es inmoral porque considerada intrínsecamente (es decir, aparte de sus consecuencias) el sufrimiento es siempre y solo un mal.

2. LA RELEVANCIA DE LA CULPABILIDAD Y LA INOCENCIA

Esta actitud deja a Hart con el problema obvio, al que igualmente se enfrentó Bentham y muchos autores con sensibilidades morales similares, respecto a cómo la distinción entre culpabilidad e inocencia puede figurar en los sanos principios del castigo penal. ¿Qué hace que esta distinción sea relevante en la utilización del castigo si no es relevante para el valor o el desvalor intrínseco del sufrimiento que el castigo por su naturaleza implica?

Algunos escritores han respondido que el castigo por su naturaleza implica culpabilidad, tanto como sufrimiento. El «castigo de los inocentes», dicen, es un oxímoron⁹. En el capítulo I Hart etiqueta esto como argumento de «parada definicional», y le da poca importancia. Es cierto que, debido a la naturaleza del castigo, todo castigo se impone por un delito que, en el momento del castigo, ya ha sido cometido (p. 5)¹⁰. Pero alguien podría ser castigado por un supuesto delito con bastante más dureza que por un delito actual (muchos castigos son imputados en la creencia errónea de que se cometió un delito). Y aun cuando hay un verdadero mal, el castigo no tiene que ser infligido al criminal (la historia está llena de ejemplos de castigos vicarios y colectivos). Ni, cuando se castiga al criminal, se necesita que sea el criminal, o incluso se crea que lo es, un criminal culpable (el criminal puede ser excusado, y saber que es excusado, y aun así ser castigado). El castigo de los inocentes, en todos estos casos, puede ser inmoral, pero no es oximorónico.

De hecho —y este es el punto más importante enfatizado por Hart (pp. 5-6)— afirmando que el castigo de los inocentes es oximorónico está eludiendo, no respondiendo, la pregunta que se encuentra bajo investigación. Pues incluso si aceptamos que con arreglo a la lógica no puede haber castigo sin culpa, todavía queremos saber: ¿por qué debemos mantener una práctica, la práctica del cas-

⁹ El *Iocus classicus* del argumento (no citado por HART) es A. M. QUINTON, «On Punishment», *Analysis*, 14, 1954, pp. 512-517.

¹⁰ De nuevo, HART dice «ofensa». Véase nota 2 *supra*.

tigo, que tiene esta lógica peculiar? ¿Por qué no reemplazarlo, por ejemplo, con una práctica de detención obligatoria y tratamiento para los peligrosos, nunca pensando en su culpabilidad o inocencia? Es una condición de adecuación para cualquier defensa de la práctica del castigo el demostrar por qué la práctica del castigo, en la medida en que discrimina entre el culpable y el inocente en el cumplimiento del sufrimiento, es mejor que una práctica rival imaginable que reparte el sufrimiento independientemente de la culpabilidad y la inocencia, en lugar de centrarse exclusivamente en el valor instrumental del sufrimiento en, digamos, la prevención de los males futuros. El argumento «parada definicional» no cumple con este requisito de adecuación. Deja a aquellos que quieren defender el castigo como una forma de prevenir los males futuros, pero que quieren proteger a los inocentes en el proceso, impotentes contra aquellos, como Barbara Wootton, que dicen que el castigo es irracional precisamente debido a esta ansiedad especulativa acerca de la culpabilidad y la inocencia que provoca. Hart dedica gran parte de las «Concepciones cambiantes de la responsabilidad» (capítulo VIII) a defenderse del desafío de Wootton. Como él muestra, este desafío es una cuestión moral, que exige una respuesta moral, en el marco del cual la «parada definicional» es peor que inútil.

Hart también pone luz respecto de la solución que el propio Bentham ha propuesto, a saber, que la distinción entre culpabilidad e inocencia afecta directamente al valor instrumental del sufrimiento involucrado en el castigo. Los inocentes, dice Bentham, no pueden ser disuadidos. La respuesta de Hart es conocida y decisiva. Para concluir desde el hecho de que los inocentes no pueden ser disuadidos por las amenazas del castigo, que el castigo de los inocentes no puede contribuir a la disuasión de los demás es un «espectacular *non sequitur*» de la cita de Bentham (p. 19, repetido en pp. 43 y 77).

No hay que rescatar a Bentham de esta objeción. Más prometedora y de mayor efecto probatorio, sin embargo, es la famosa opinión de John Rawls de que la distinción entre culpa e inocencia puede tener indirectamente el valor instrumental del sufrimiento punitivo¹¹. Para justificar el castigo de una persona en particular por un mal en particular, dice Rawls, necesitamos proceder en dos etapas. Primero, necesitamos establecer que el castigo ha sido impuesto de acuerdo con las reglas de la práctica del castigo. Luego es necesario justificar la práctica del castigo. Señala Rawls que del hecho de que la justificación de la práctica es enteramente instrumental no se sigue que las reglas de la práctica requieran a sus usuarios la razón instrumental. De hecho, las reglas no necesitan mostrar ningún signo de su instrumentalidad y, tomadas una a una, pueden incluso desafiar la justificación instrumental. Porque tal vez solo cuando funcionen en combinación con las otras reglas de la práctica sea cuando estas reglas son rentables en la obtención de buenas consecuencias. Siendo así, no hay razón alguna para pensar que una regla retributiva o, más generalmente, una regla que imponga castigos distinguiendo entre los culpables de los inocentes, no podría ser una regla de una práctica completamente utilitaria del castigo, una práctica que en general tiene más utilidad que cualquier alternativa, cuando tenemos en cuenta la utilidad de las propias reglas y la utilidad de su combinación e interacción. La utilidad de las reglas puede incluir, por ejemplo, la utilidad de reducir la incertidumbre y la inseguridad que proviene de su uso.

¹¹ «Two Concepts of Rules», *Philosophical Review*, 64, 1955, pp. 4-13.

La utilidad de su combinación y la interacción puede incluir, por ejemplo, la utilidad de los controles y equilibrios o, más generalizadamente la división del trabajo, como entre diferentes tomadores de decisiones.

Hart no es ajeno a esta línea de pensamiento. Comparte la opinión de Rawls de que la justificación del castigo debe proceder en (al menos) dos etapas y, en particular, de que la cuestión de cómo justificar la práctica del castigo (Hart lo llama la cuestión del «objetivo general justificante») es distinta desde la cuestión de cómo deben aplicarse los castigos en la práctica (que Hart llama la cuestión de la «distribución»). Pero Hart no comparte el optimismo rawlsiano de que las reglas de la distribución, con su énfasis en la distinción entre culpabilidad e inocencia, pueden defenderse adecuadamente confiando en su contribución indirecta combinada con una justificación ampliamente utilitaria para la práctica en su conjunto. Curiosamente, la objeción de Hart a este punto de vista no es la estándar que se encuentra repetidamente en la literatura. La objeción estándar es que cualquier defensa ampliamente utilitaria de la regla contra el castigo de inocentes deja esa regla demasiado vulnerable a las exigencias marginales. Siempre se puede imaginar casos extremos en los que castigar a los inocentes traería más beneficios que los que traería de seguirse la regla, incluso teniendo en cuenta el valor de la regla misma y el valor de su combinación con otras reglas. Muchas personas, debido a esta posibilidad, rechazan la línea de pensamiento rawlsiana. Pero lejos de rechazarla, Hart se siente atraído por ella. No debemos insistir en mantener la regla contra el castigo de los inocentes pase lo que pase (p. 185). Debemos permitir que la regla sea a veces anulada. El problema, dice Hart, no es que las autorizaciones utilitarias indirectas se desautorizan. El problema es que cuando las autorizaciones utilitarias indirectas se desautorizan, solo se desautorizan como un sacrificio de utilidad (la utilidad de atenerse a las reglas de la práctica) por el motivo de una mayor utilidad (la utilidad de la acción *in extremis*). Nada que lamentar en este sacrificio, como tampoco hay nada que lamentar al convertir una cantidad menor de yogur en una cantidad mayor de yogurt cualitativamente idéntico. Mientras que, dice Hart, cuando rompemos la regla y castigamos a los inocentes, aunque justificadamente, deberíamos pensar que esto es un sacrificio de algo cualitativamente diferente. El precio que, en tales casos, debemos pagar no es simplemente otra cantidad de utilidad que es absorbida en el cálculo de la felicidad, sino una cantidad de otro valor, un valor competitivo que la línea de pensamiento rawlsiano que no consigue poner de manifiesto, pero que no puede dejar de lado.

Creo que aquí Hart pierde el punto principal de Rawls. Rawls discute el castigo principalmente con el fin de establecer una distinción entre dos maneras de pensar sobre las reglas (justificadas). Por un lado, las reglas son un mero compendio de lo que debe hacerse de acuerdo con el balance de las razones subyacentes y no son razones para hacer nada. Pero considerando lo que Rawls prefiere y defiende, las reglas suponen una diferencia racional. Son razones naturales para actuar¹² y, en ocasiones, pueden ser razones para hacer algo distinto de lo que se debería haber hecho de acuerdo con el balance de las razones subyacentes¹³. Si uno se adhiere al balance de las razones subyacentes

¹² El mismo HART había argumentado esto en *The Concept of Law*, 1961.

¹³ Las defensas posteriores y más detalladas de esta visión rawlsiana se encuentran en Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, 1975, y Frederick SCHAUER, *Playing by the Rules*, 1991, entre otras obras.

frente a una regla, es un precio racional a pagar por la adhesión, en el marco de un lamentable incumplimiento de la norma. Esto es cierto, hay que añadir, que incluso aunque todas las razones en juego en el conflicto, incluida la regla misma, deriven su fuerza del mismo valor, por ejemplo, el valor de evitar el sufrimiento. El arrepentimiento se hace racional, no por la existencia de valores independientes que no fueron atendidos, sino por la presencia de razones distintas con las que no se estuvo de acuerdo¹⁴. Incluso una interpretación de un solo valor del pensamiento práctico deja espacio lógico para el arrepentimiento racional una vez que tomamos en cuenta en la petición racional de perseguir tanto indirectamente ese valor único (a través de reglas), como directamente. Por supuesto, de esto no se sigue que Rawls logre asegurar con éxito la distinción culpa/inocencia, en su lugar apropiado en la práctica del castigo. Pero de esto, lo que sigue, es que Hart no tiene el argumento, que toma de sí mismo, por haber rechazado la estrategia rawlsiana.

Sea como fuere, su rechazo a la estrategia de Rawls lleva a Hart a abandonar la esperanza de que la práctica del castigo penal pueda ser defendida, en todos sus aspectos, como el instrumento de un solo valor único. En particular, el papel central de la distinción de culpabilidad/inocencia en la distribución del castigo penal no puede explicarse adecuadamente, concluye Hart, señalando (lo que considera) el objetivo general justificante de la práctica, es decir, la reducción de futuros males. En cambio, debe haber un segundo e independiente valor que resida en reservar el castigo para los culpables, un valor que puede concurrir con el objetivo general justificante del castigo. La técnica de Hart para erradicar este valor es investigar, brevemente en el capítulo I y luego con mucho mayor detalle en el resto del libro, lo que califica como la culpabilidad para el propósito del castigo penal.

En la sección 5 de esta Introducción discutiremos el enfoque de Hart en esta investigación. Por ahora, permítanme exponer sus principales conclusiones. Los culpables, a los efectos del castigo penal, son aquellos que «tuvieron, cuando actuaron, las capacidades normales, físicas y mentales, para hacer lo que la ley exige y abstenerse de lo que prohíbe, y una oportunidad justa para ejercer estas capacidades» (p. 152). Al incorporar este criterio de culpabilidad, dice Hart, la ley hace factible que las personas planifiquen o, más generalmente, tomen medidas para evitar violar la ley, y por tanto evitar castigos criminales. Aquellos a quienes la ley castiga son las mismas personas a las que ya ofrecía una manera justa de alejarse del castigo. Esto transforma el castigo penal, dice Hart, en un «método de control social que maximiza la libertad individual dentro del marco coercitivo de la ley» (p. 23). Así que aquí se encuentra el valor de la independencia que estamos buscando. El castigo penal está orientado, en su objetivo general justificante, a la minimización de los males futuros, mientras que al mismo tiempo está orientado, en su regla principal de distribución (o su regla principal de justicia, como Hart también frecuentemente lo etiqueta), a la maximización de la libertad. Por supuesto, las dos orientaciones a veces pueden estar en desacuerdo. Hart considera que los rendimientos de la segunda produce una restricción poderosa pero no absoluta en la búsqueda de la primera.

¹⁴ Véase Bernard WILLY, «Ethical Consistency, Proceedings of the Aristotelian Society» (Supp Vol.) 29, 1965, pp. 103-124.