



Emociones retributivas y castigo

Retributive Emotions and Punishment

Ilse Carolina Torres Ortega

Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO)

Correo electrónico: torresilsse@iteso.mx

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5929-9137>

Resumen

El presente texto es un intento por reivindicar el papel de las emociones en decisiones jurídicas vinculadas con la determinación de castigos. Para ello, partiré de una literatura que atribuye una función evaluativo-cognitiva a las emociones y defenderé que estas constituyen indicios sobre aquello que valoramos socialmente, lo cual es de suma importancia para tomar decisiones a nivel sustantivo y de diseño en el sistema de justicia penal; y no, como a veces se sostiene, que las emociones deben ser depuradas del sistema, debido a su irracionalidad. Desde el presupuesto de la función cognitiva, la emoción es determinante de aquello que el sujeto valora. En este sentido, plantearé que las emociones apuntan a juicios de valor que conviene tener presentes, aunque, para ello, es necesario esclarecer: a) por una parte, cuáles de ellas resultan adecuadas y pueden constituir una guía fiable acerca del castigo, su incidencia y su severidad; y b) por otra parte, cuáles de ellas son inadecuadas, aunque, de hecho, estén operando como guías en la deliberación punitiva. Los



ARTÍCULO

castigos desempeñan un papel social que no solo está vinculado con la idea de prevención, sino con actitudes y emociones reactivas ante el daño que es provocado por la conducta criminal. Este trabajo es un esfuerzo por poner de manifiesto el potencial del estudio de las emociones en áreas del Derecho donde se las ha relegado e, incluso, presentado como obstáculos en la impartición de justicia.

Palabras Clave: Emociones, castigo, retribución, justicia, Derecho penal

Abstract

This article is a reflection on the role of emotions in legal decisions related to punishment determination. Drawing on a literature that attributes an evaluative-cognitive function to emotions, I will argue that emotions are cues about what we socially value, which is important for substantive and design-level decision making in the criminal justice system. In this sense, I will claim that emotions point to value judgements that are worth bearing in mind, although, to do so, it is necessary to clarify: a) on the one hand, which of them are appropriate and can be a reliable guide to punishment, its incidence and severity; and b) on the other hand, which of them are inappropriate, even if they are, in fact, operating as guides to punitive deliberation. Punishments play a social role that is not only linked to the idea of prevention, but also to reactive attitudes and emotions to the harm that is caused by criminal behavior. This paper is an effort to highlight the potential of the study of emotions in areas of law where they have been relegated and even presented as obstacles in the delivery of justice.



Keywords: *Emotions, Punishment, Retribution, Justice, Criminal Law*

“... aunque el alma esté unida a todo el cuerpo, sin embargo, hay en él una parte en la que ejerce sus funciones de forma más particular que en las demás. Habitualmente se cree que esa parte es el cerebro o, tal vez, el corazón: el cerebro, porque a él remiten los órganos de los sentidos; y el corazón porque las pasiones se sienten como en él. Pero, examinando la cosa con cuidado, me parece haber reconocido con evidencia que la parte del cuerpo en la que el alma ejerce inmediatamente sus funciones no es de ningún modo el corazón, ni tampoco todo el cerebro, sino solamente su parte más interna, que es cierta glándula muy pequeña, situada en el centro de su sustancia y suspendida de tal manera por encima del conducto por donde los espíritus de sus cavidades anteriores se comunican con los de la posterior, que los menores movimientos que se producen en ella influyen mucho para cambiar el curso de esos espíritus; y, recíprocamente, que los menores cambios que acontecen en el curso de los espíritus influyen mucho para cambiar los movimientos de esta glándula” (Descartes, Art., CXXXVI, A. T., XI, 429).

3

Introducción

Este texto pretende ser una exploración sobre el papel de las emociones en algunos reclamos sociales vinculados con la aplicación de castigos, así como su potencial en este ámbito. En términos estipulativos, entiéndase por castigos aquellas sanciones negativas que: (a) resultan de la acción u omisión de una persona que transgrede una norma jurídica que protege bienes especialmente valiosos; (b) son actos coercitivos administrados intencionalmente por una autoridad constituida por el sistema jurídico transgredido; (c) involucran una privación de bienes que son *prima facie* inalienables; y (d) poseen una pretensión de justificación que es especialmente fuerte por la relevancia de los bienes involucrados (Torres, 2020). Ahora bien, lo que hace del castigo una práctica moralmente cuestionable es el hecho de que autoriza a



ARTÍCULO

ciertas personas a infligir sufrimiento -privar de ciertos bienes- a otros. Dañar a alguien es algo moralmente proscrito, por lo que, en el caso del castigo, o se justifica como una excepción a este principio, o bien será simplemente un acto de fuerza. De ahí deriva la necesidad de su justificación, para lo cual, a lo largo de la historia, se han propuesto distintas concepciones del castigo que coexisten, dialogan y se disputan la fundamentación crítica y los principios guía de la práctica punitiva. Entre ellas, las más clásicas son el prevencionismo -cuya tesis genérica sería que la justificación del castigo recae en su capacidad de prevenir nuevos males- y el retribucionismo -cuya tesis genérica sería que la justificación del castigo es la retribución del mal cometido a través de otro mal, o la imposición de un mal porque este es merecido. Así, los antecedentes de la reflexión sobre el castigo dan cuenta de la presencia de ciertas emociones que subyacen a las reivindicaciones de justicia¹. Emociones como la indignación, la ira, la repulsión e incluso el odio, las cuales

4

¹ Por ejemplo, M. Nussbaum (2018), quien defiende la conveniencia de utilizar las tragedias griegas para el desarrollo de una educación sentimental, recurre a “Las Euménides” -la tercera obra de *La Orestíada*- para contrastar dos modelos de justicia que se construyen con base en la emoción de la ira: uno de ellos reproduce el ciclo de venganzas de sangre y el otro, el de la justicia política, permite transformar los sentimientos morales en la esfera personal y pública para construir el bienestar y la prosperidad general en el futuro. La *Orestíada* de Esquilo (2018) plantea la posibilidad de superar la concepción de la justicia basada en la venganza, a partir de una serie de asesinatos en la estirpe de los Tantálidas que desemboca en el matricidio llevado a cabo por Orestes. Cada nuevo asesinato derivaba en una nueva venganza de sangre como exigencia de justicia, hasta que en “Las Euménides” se delibera sobre la justicia o injusticia del matricidio, planteándose la posibilidad de que la justicia no consista necesariamente en devolver el mal al enemigo. “La *Orestíada* –obra compuesta por tres tragedias (Agamenón, Coéforas y Euménides)–, constituye un excepcional ejercicio de ‘imaginación literaria’, en el cual Esquilo plantea la posibilidad de una sociedad alternativa (democrática) construida sobre un nuevo concepto de justicia (*dikè*) como superación del ‘dilema trágico’ radicado en la venganza, en el paradigma de la ‘ley del talión’” (Talavera, 2015, p. 211).



ARTÍCULO

suelen manifestarse en nosotros cuando hemos sufrido un daño o cuando sabemos del daño que sufren nuestros semejantes, parecen llevarnos a exigir medidas tendentes a retornar el mal ocasionado a quien lo ha causado o, al menos, a visibilizar y a respaldar el desprecio que nos merece ese mal y su actor.

Estas emociones que identificaré como “retributivas” -aludiendo a la concepción antes mencionada-, tradicionalmente han sido despreciadas, caracterizadas como síntomas de una barbarie primitiva -no propias del ideal civilizatorio- y, en definitiva, irracionales. El Derecho penal ilustrado se construye bajo la aserción de que el castigo ha de ser racional, en la medida en que esta racionalidad constituye un límite al ejercicio despótico del poder. Sin embargo, sin renunciar al espíritu de la ilustración, la perspectiva de las emociones puede arrojar luz sobre grandes interrogantes que persisten en esta materia. Y es que las emociones, desde su dimensión explicativa, ponen de manifiesto valores fundamentados que pueden orientar la conformación del sistema de justicia penal y, con ello, el entendimiento y el propósito del castigo. Sin embargo, para ello es necesario desvincular la concepción de las emociones de esa visión que las descalifica y las reduce a meras pulsiones desbordadas que, en el ámbito del castigo, se orientan a la búsqueda de la venganza.

Para sostener lo anterior, a continuación, la reflexión se divide en dos grandes apartados. El primero de ellos se compone de lo que identifiqué como el *castigo racional*, en el que intentaré dar cuenta de cómo la construcción del Derecho penal moderno ha privilegiado la tradición consecuencialista en materia ética -el prevencionismo- como fundamento del castigo y de la construcción del sistema de



ARTÍCULO

justicia penal. Esto ha favorecido que en nuestra tradición jurídico-penal el retribucionismo haya sido relegado, aunque en décadas recientes esta teoría ha resurgido (especialmente en la tradición del *Common Law*) con un discurso que poco tiene que ver con la venganza y que apela a la responsabilidad de agencia y a la moralidad del merecimiento de la sanción ante la comisión indebida de un mal.

El segundo apartado, denominado *el castigo emocional*, retoma algunas de las ideas clásicas asociadas al retribucionismo, consideradas producto de las pasiones que despierta el delito y que llevan a desear el mal al delincuente. El temor a la venganza llevada a cabo por propia mano también constituye una de las ideas fundantes del Derecho penal. La razón de ser de este ámbito consiste en monopolizar la coacción para, de esta manera, desincentivar ejercicios de venganza particulares. Estas ideas tradicionales son revisadas críticamente, sosteniendo que, más allá del deseo de venganza, hay algunas emociones retributivas que están justificadas y que no deberían ser ignoradas.

La necesidad de repensar el proyecto de justicia penal se vuelve especialmente necesario en un entorno como el nuestro, donde, aunque el sistema de justicia expresamente aparezca alineado al prevencionismo, la opinión pública alimenta una versión retributiva poco esclarecida, donde el fantasma del populismo ronda incansablemente, exigiendo incrementar y endurecer el castigo ante aquellas conductas que consideramos perjudiciales. Atravesamos una época de descrédito del Derecho penal. No solo parece cada día más cuestionable la razón de ser de los castigos, sino que hay dudas justificadas sobre su eficacia disuasoria. También ha perdido legitimidad la propia instancia del juicio, por lo que se buscan alternativas



que eviten la necesidad de afrontar el abrumador y sinuoso proceso ante los tribunales. La insatisfacción que sentimos por nuestro sistema de justicia penal es tan grande que genera sendas paradojas; quizá la más alarmante sea que ante la extendida impunidad nuestras exigencias suelen consistir en aumentar el catálogo de delitos y endurecer los castigos.

Finalmente, sostendré que las emociones pueden constituir indicios sobre los valores que estimamos socialmente y que ello tiene un enorme potencial para el castigo y las instituciones penales. Desde el presupuesto de la función cognitiva, la emoción es determinante de aquello que el sujeto valora. En este sentido, plantearé que las emociones apuntan a juicios de valor sobre los cuales es necesario esclarecer: a) por una parte, cuáles de ellas resultan adecuadas y pueden constituir una guía fiable acerca del castigo, su incidencia y su severidad; y b) por otra parte, cuáles de ellas son inadecuadas, aunque, de hecho, estén operando como guías en la deliberación pública.

El castigo racional

Prácticamente desde el ascenso de la razón ilustrada en el s. XVIII han existido voces críticas respecto a su aparente indolencia². Una razón que es abstracta, desencarnada

² Estoy pensando en el caso paradigmático de las exclusiones del movimiento codificador y constitucional de finales del s. XVIII: "El sujeto ideal del primer constitucionalismo no podía ser universal, porque los modos de comprensión de la sociedad, sus referencias culturales, no habían cambiado todavía. Así que la frase «todos los hombres» no abarcaba en realidad a todos los hombres, sino aquellos que podían aspirar al goce de los derechos por su posición social. Las exclusiones de tipo sexual, racial y económico anularon la declamada pretensión universalista, para dejar claro que



ARTÍCULO

y desinteresada no puede emplearse para resolver las cuestiones humanas, ya que somos justamente lo contrario. Para muchos asuntos propiamente humanos -por ejemplo, la ética, el ejercicio de la razón práctica- se precisa una razón plenamente humana, la cual solo puede ser interesada y sentimental (Cortina, 2000, p. 20).

Por supuesto, esta es una forma muy restringida de entender un tema tan complejo como el de la razón, uno de los problemas por antonomasia de la filosofía. Por ello, con el ánimo de partir de algunas precisiones, me limito a dar cuenta de la diferencia que propone Jesús Mosterín entre la racionalidad -que sería la racionalidad científica- y el racionalismo. Mientras que el racionalismo implica una confianza excesiva en la infalibilidad de la razón, la racionalidad no, sino que involucra siempre la duda y la desconfianza en la razón. La racionalidad, por cierto, no implica la afirmación de que hay un único y universal método científico que es válido y aplicable para todas las áreas: “a lo que la racionalidad nos anima es a no ser dogmáticos, a proceder por ensayo y error, a buscar la metodología que mejor funcione en cada caso. En efecto, esa es la estrategia que optimiza nuestra probabilidad de avanzar y acertar” (Mosterín, 2013, p. 70). Ahora bien, continuando con este autor, la racionalidad no es una facultad del ser humano, sino un método: “... se predica de nuestras creencias y opiniones, por un lado, y de nuestras decisiones, acciones y conductas, por otro. Llamemos racionalidad teórica a la que se predica de creencias y opiniones, y racionalidad práctica, a la que se predica de decisiones, acciones y conductas” (Mosterín, 1973, p. 458).

el nuevo sujeto constitucional se modelaba como un varón libre, propietario y cabeza de familia” (Llamosas, 2020, p. 72).



Estas precisiones son relevantes para sostener lo siguiente: el “espíritu” de la ilustración, aquel que perdura en el tiempo y que no es conveniente olvidar tiene que ver con esa racionalidad teórica y práctica que apunta a una actitud crítica y autocrítica, reflexiva, poco dogmática, y que exige fundamentos para nuestras creencias y acciones. También habrá que ser conscientes de que hay un racionalismo que desdibuja los factores humanos y que termina por presentar situaciones y sujetos que, al menor contraste con la realidad, se desmoronan. El castigo racional, en estos términos, puede ser visto desde una perspectiva que requiere de un ejercicio fuerte de fundamentación, tanto de la razón de ser de la institución en general como de la hipótesis acusatoria que da lugar al juicio. Desde otra perspectiva, sin embargo, el castigo simplemente será una institución imperecedera en la historia de la humanidad que, pese a sus manifiestas contrariedades, es incuestionable: confiamos en que se trata de un instrumento que combate el crimen y que permite la realización de la justicia.

La tradición ilustrada en el Derecho penal

En la doctrina jurídica se considera que el Derecho penal moderno se inaugura con el movimiento reformista, el cual cuestionó la corrección de prácticas de castigo notoriamente infamantes y lastimosas para el cuerpo, así como la facultad ilimitada del soberano para hacer sufrir a sus súbditos por motivos caprichosos. Tal y como señala M. Foucault:



ARTÍCULO

La protesta contra los suplicios se encuentra por doquier en la segunda mitad del siglo XVIII: entre los filósofos y los teóricos del derecho; entre juristas, curiales y parlamentarios; en los Cuadernos de quejas y en los legisladores de las asambleas. Hay que castigar de otro modo: deshacer ese enfrentamiento físico del soberano con el condenado; desenlazar ese cuerpo a cuerpo, que se desarrolla entre la venganza del príncipe y la cólera contenida del pueblo, por intermedio del ajusticiado y del verdugo (2002, p. 67).

Como es bien conocido, Foucault objeta que, en efecto, se haya encontrado esa otra forma de castigar, y pone en duda que se hayan dejado atrás las penas odiosas, controvirtiendo la supuesta benignidad de nuestros actuales castigos. Pero antes de avanzar hacia esta dirección crítica, me interesa insistir en los elementos centrales del Derecho penal moderno.

10

El ideario de la ilustración pretendía embestir la tiranía y la arbitrariedad en el ejercicio del poder. En este sentido, un castigo -una pena- debía responder a una razón intersubjetivamente aceptable y no solo a la voluntad del poderoso. La legitimidad de un castigo -de la autorización para imponer castigos- ya no podía encontrar su fuente en la mera autoridad, sino que apuntaba a una validez de tipo sustantivo, a una fundamentación ética, así como a un objetivo epistemológico -el proceso como búsqueda de la verdad material sobre el hecho delictivo. El gran legado de la ilustración en occidente fue la ruptura con la mera apelación a la autoridad y a la tradición como fuentes de legitimidad. Así, se consolidó la democracia y, particularmente, la democracia constitucional, como fuente de legitimidad del ejercicio del poder político (Atienza, 2006). Con ello se constituye el



ARTÍCULO

ideario del modelo del Estado de Derecho que se separa del modelo legalista: las instituciones, las decisiones y las normas jurídicas, entendidas como simples preferencias de quien detenta el poder, no son razones justificantes del ejercicio del mismo. Tal y como señala L. Ferrajoli, se considera un mérito del pensamiento penal ilustrado el reconocimiento de los nexos entre garantismo, convencionalismo legal y cognoscitividad jurisdiccional, de un lado, y entre despotismo, sustancialismo extralegal y decisionismo valorativo, de otro (1995, p. 46).

El ensayo de C. Beccaria *De los delitos y las penas* es, quizá, la obra más representativa de este momento en el ámbito penal. De acuerdo con este autor, el fundamento del Derecho penal consiste en la necesidad de defender el depósito de lo público de las usurpaciones particulares. De acuerdo con la tradición contractualista, Beccaria argumenta que la necesidad llevó a los seres humanos a ceder parte de su libertad, colocando en el público depósito la mínima porción posible, la indispensable para inducir a los demás a defenderlo. En este orden de ideas, es la suma de esas mínimas porciones posibles la que forma el derecho a castigar y todo lo que exceda es abuso y se aleja de la justicia (Beccaria, 2011, p. 113). El daño a la sociedad es la única medida del delito, no la calidad moral del agente, ni su intención o emotividad. Las personas renuncian a sus exigencias particulares de justicia para confiar en el poder estatal. Los castigos, para ser legítimos, deben ser necesarios para prevenir que se cometan delitos en general y para prevenir que, aun cometiéndose, no se dañen los bienes más preciados de los seres humanos:

El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni eliminar un delito ya cometido. ¿Puede un cuerpo político, que, lejos de obrar por pasión,



ARTÍCULO

es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, albergar esta inútil crueldad, instrumento del furor y del fanatismo o de los débiles tiranos? ¿Acaso los gritos de un infeliz reclaman del tiempo sin retorno las acciones ya consumadas? El fin pues no es otro que impedir que el delincuente cause nuevos daños a sus conciudadanos y disuadir a los demás de hacer lo que él hizo. Por tanto, las penas y el método de infligirlas deben ser elegidos de modo que, guardada la proporción, produzca una impresión más eficaz y más duradera en los ánimos de los hombres, y menos atormentadora del cuerpo del reo (Beccaria, 2011, p. 151).

De esta forma, la razón de las penas se construye desde el consecuencialismo que, aplicado al castigo, refiere que el acto de castigar está justificado moralmente porque a través de este se evita un mal mayor. Así, el castigo siempre cuenta como un mal y lo razonable es que ese mal sea infligido porque a través de él se obtiene un estado de cosas que se considera benéfico para la sociedad en su conjunto (Bentham, 1996, p. 158). Esto impone una serie de límites para el ejercicio del poder punitivo (principio de legalidad, presunción de inocencia, debido proceso, etc.), pero también para la sociedad: la violencia legítima será solo la que provenga del Estado, el cual castiga para prevenir y no para satisfacer los ánimos de las víctimas, reales o potenciales.

En síntesis, el prevenciónismo clásico se caracteriza por sostener que el acto de autoridad consistente en *penar* solo puede fundamentarse en la *necesidad* de la pena para obtener determinados beneficios sociales. El castigo (y también el delito) debe reservarse para prevenir los costes individuales y sociales más graves. El



castigo ha de concebirse siempre como un costo cuyo fin es la prevención de conductas dañinas³. Por ello, un castigo justo es aquel que resulta ser un medio eficaz para prevenir el delito, sea disuadiendo o reformando a los individuos (prevención general y especial, positiva y negativa⁴).

Las penas orientadas al mero hacer sufrir y los procesos que, lejos de una finalidad epistemológica, buscan satisfacer los vicios y la futilidad de la autoridad o de las mayorías, se condenaron como irracionales, propios del despotismo que pretendía dejarse atrás.

13

La marginación del retribucionismo

Con el apartado anterior he intentado dar cuenta de una parte de la historia del Derecho penal que llevó a vincular la justificación prevencionista con los ideales civilizatorios de la racionalidad y con el modelo de Estado de Derecho que siguiera

³ Tal y como indican Cid Moline y Moreso: "En el marco del conjunto de instituciones jurídicas de un Estado, los utilitaristas se han planteado la cuestión de cuando es correcto recurrir, para garantizar tales bienes a un instrumento consistente en imponer sanciones (privaciones de bienes) particularmente graves (por disminuir en buena medida la felicidad de los hombres), como por ejemplo las sanciones que privan de libertad de movimiento a las personas, a quienes realicen comportamientos de particular gravedad (por disminuir la felicidad de quienes los sufren). Podemos llamar Derecho penal a tal instrumento. Un utilitarista deberá sostener que es moralmente correcto recurrir al Derecho penal cuando este es el mejor instrumento de entre los posibles para aumentar la felicidad colectiva" (1991, p. 60).

⁴ En términos muy generales, la prevención general se refiere al efecto disuasorio que tiene el castigo en la sociedad en general; será negativa cuando conmina a los miembros de la comunidad a no cometer determinadas conductas y será positiva cuando les invita a seguir el Derecho. La prevención especial tiene que ver con los efectos disuasorios que tiene el castigo sobre la persona que ya ha cometido un delito; será negativa cuando evita que vuelva a delinquir y positiva cuando le lleva a respetar el contenido de las normas.



ARTÍCULO

la mayoría de Estados en Occidente. El retribucionismo, por su parte, fue asociado a aquello que buscaba superarse: a la venganza privada y a la brutalidad de las penas físicas propias de un pensamiento tosco y primitivo, así como a procesos judiciales subjetivos y arbitrarios, sin garantías penales ni procesales. Mientras que el prevencionismo ofrecía la oportunidad de mirar hacia adelante -al progreso del futuro-, el retribucionismo significaba el estancamiento en el pasado; el castigo por el castigo, ya que la conducta delictiva se encuentra consumada y nada puede hacerse para remediar un mal que ya sucedió. De nuevo, las palabras de Ferrajoli son ilustrativas sobre esta idea: “el Derecho penal resulta así definido y justificado como alternativa a la guerra, es decir, como minimización de la violencia y de la arbitrariedad, tanto de las ofensas constitutivas del delito, como de las reacciones informales y excesivas que se producirían a falta de esa previsión. *Ne cives ad arma veniant...* (2018, p. 34).

14

Con ello, no pretendo insinuar que el retribucionismo no esté vinculado al auge de la razón en el ámbito penal; esa afirmación sería del todo incorrecta. Como ahora explicaré, el retribucionismo liberal precisamente reivindica el castigo como confirmación de los valores de la razón, fundamentándose en la dignidad del ser humano como ser racional, y como exigencia de justicia ideal reclamada por la razón. Sin embargo, el retribucionismo también tiene una historia que le vincula con un modelo de justicia basado en la venganza. Es esta identificación la que lo opone a los valores de su tiempo, representando los ánimos volátiles, caprichosos y arbitrarios de los individuos. Tal y como señala Mir Puig, en congruencia con las aspiraciones de construcción de un modelo de Estado social y democrático de



ARTÍCULO

Derecho, la pena ha de tener una misión política de regulación activa de la vida en común, protegiendo los bienes de las personas. Esto “supone la necesidad de conferir a la pena la *función de prevención* de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin *retribución*, la infracción del orden jurídico” (1994, p. 44).

El retribucionismo, de inspiración deontológica, no es una teoría homogénea⁵, pero su versión más conocida -la que se opone al consecuencialismo en materia ética- se configura a partir de las ideas de I. Kant y de F. Hegel. Ha sido, sin embargo, la concepción kantiana la que mayor influencia ha tenido en el curso de las teorías retribucionistas -también llamadas teorías absolutas en la dogmática penal. Kant subrayó que el castigo nunca podía servir “simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido” (Kant, 1989, pp. 166 y 167). Se trata, entonces, de evitar que alguien sea castigado por razones de mera utilidad. Con la fundamentación deontológica, entonces, un castigo no puede justificarse por las consecuencias de su aplicación, puesto que esto envuelve el riesgo de que las personas seamos instrumentalizadas. Esto es, se defiende la inviolabilidad de la persona ante el beneficio colectivo. El énfasis en la dignidad humana, además,

⁵ Autores como Ferrajoli distinguen el retribucionismo en esta dimensión ética de otras dimensiones: Dentro de las doctrinas de la pena como retribución se identifican aquellas que poseen una impronta católica, configurando el castigo como retribución divina; las que confieren al castigo el valor de un correlativo o de una retribución ética dirigida a reestablecer el orden jurídico-moral transgredido; y las que conciben al castigo como una retribución jurídica o reafirmación del Derecho, al haber sido violado por el delito (Ferrajoli, 2018, p. 155).



implica que la única razón moralmente aceptable para castigar a una persona consiste en que haya cometido una transgresión, en su culpabilidad moral. La culpabilidad del ofensor también se configura como la medida de su pena, puesto que el mal que supone el castigo debe ser, de alguna forma, proporcional al mal que se ha causado.

No obstante, desde mediados del siglo XX, especialmente en la escena angloamericana, hubo un renovado interés por el castigo penal, lo que llevó a una nueva exploración del retribucionismo. En la literatura se identifica este momento como el renacimiento del retribucionismo, en el cual se buscó desplazar la idea de que el mal se paga con el mal por una tesis de mayor calado moral: el sufrimiento cuando es merecido no es un mal; es moralmente adecuado. Bajo esta perspectiva, la decisión de castigar debe sostenerse en el merecimiento personal, al igual que la cantidad de castigo a recibir; de esta forma se respeta la dignidad humana y la autonomía individual del que ha delinquido. El merecimiento se constituye, así como condición necesaria y suficiente para castigar. La culpabilidad moral respecto al acto violatorio de las normas deriva en ese merecimiento, el cual autoriza a la autoridad a castigar, pero también convierte en un deber su imposición.

El castigo *emocional*

El modelo de retribucionismo clásico, de acuerdo con Jerónimo Betegón tendría, entonces, las siguientes características: (a) La única razón moralmente aceptable para castigar a una persona consiste en que haya cometido una transgresión, entendiéndose con ello que la culpabilidad moral del agente ofensor es una



ARTÍCULO

condición necesaria y suficiente para un castigo justificado. Y (b) la única razón moralmente aceptable para castigar a una persona de una determinada manera y con una determinada intensidad reside en que el castigo sea proporcional a la ofensa (Betegón, 1992, p. 115).

Por su parte, el retribucionismo revisado, mantiene la relevancia de la culpabilidad del agente, pero subraya que esta culpabilidad no solo autoriza la imposición de un mal proporcional al que ha sido causado, sino que hace que este mal sea merecido; esto es, intrínsecamente moralmente bueno. La afirmación de que el castigo se impone al delincuente porque razonablemente lo merece - corrección moral- es distinta de la afirmación de que el mal se paga con el mal y de que ello deviene en un bien: objetivamente hay una acción que genera reproche y que merece una reacción por parte del Estado, incluso si con ello no se consigue otro beneficio. M. Moore (1997), un autor abiertamente retribucionista, indica que esta posición suele identificarse con ideas equivocadas, lo cual ha derivado en la mala fama del retribucionismo en buena parte del mundo. Entre estas ideas inexactas se encuentran las siguientes: que el castigo consiste en una medida específica –como la ley del talión (ojo por ojo)– o en un tipo de castigo –como la pena de muerte–; que defiende que el castigo se realiza para satisfacer el deseo de venganza de las víctimas; que sostiene que a través del castigo deben quedar satisfechas las preferencias de todos los ciudadanos (no solo de las víctimas); o que el castigo está justificado porque sin él los ciudadanos vengativos intentarían hacer justicia con sus propias manos. Una teoría retribucionista bien entendida, según este autor, sostendría que un castigo puede legítimamente imponerse porque, y solo porque,



ARTÍCULO

los transgresores de una norma lo merecen. La responsabilidad moral respecto a un acto violatorio determina que un individuo merece un castigo, y esto es suficiente no solo para dar lugar al derecho a castigar, sino que impone el deber de castigar (Moore, 1997, pp. 88-91).

Ahora bien, lo que pretendo sostener con lo anterior es que esta revisión del retribucionismo ha permitido colocar sobre la mesa de discusión algunas intuiciones que no parecen ser “irracionales” y que coinciden con algunos de los postulados de este grupo de teorías. Cuando el retribucionismo pretende ganar terreno con la tesis de que compartimos una intuición ética básica respecto a que la suma de dos males da como resultado un bien, se preguntan autores como C. Nino “¿qué sino el resentimiento y el deseo de venganza explica esta preferencia por un estado del mundo en que los males se multiplican, sin atender a la posibilidad de algún efecto benéfico para alguien?” (2001, p. 429). Sin embargo, como también advierte este autor, dejando a un lado esta controversial tesis, el marco del retribucionismo satisface varias convicciones intuitivas de justicia; por ejemplo, la exclusión del castigo al inocente (al exigir la culpabilidad), la demanda de que solo se castiguen acciones voluntarias, la determinación de penas más severas para los actos más graves o la posibilidad de reprochar y castigar con mayor severidad una acción intencional que una negligente.

Así, cuando nos alejamos de la mística de la suma de males, afirmando que un individuo se hace merecedor de un mal porque ha llevado a cabo un daño se reivindica la injusticia del acto que constituye el delito. De esta forma, el mal del castigo no deriva solo de razones de utilidad -que por supuesto deben estar



ARTÍCULO

presentes-, sino del reconocimiento de que el daño sufrido no debería haber sucedido. El delincuente ha tomado algo que le era indebido, ha traicionado en un sentido profundo la idea de comunidad. Las expectativas de la vida en sociedad incluyen las de esperar que el otro me trate con respeto y consideración; no las de esperar que el otro dañe mis bienes o mi integridad. En este sentido, parece justo decir que el resentimiento que sentimos por quienes dañan y nos dañan está justificado, puesto que tiene una base material (el daño), al tiempo que sucede en un contexto donde lo razonable es esperar que eso no suceda.

En este sentido, P. Strawson (1995) ha señalado cómo las actitudes e intenciones que otros adoptan frente a nosotros nos afectan y tienen una considerable repercusión en nuestros sentimientos y reacciones; en definitiva, que en la vida social tiene una enorme relevancia que las acciones de los otros reflejen hacia nosotros actitudes de buena voluntad, afecto o estima, por un lado, o desprecio, indiferencia o malevolencia, por otro. “Las actitudes reactivas personales descansan sobre, y reflejan, una expectativa y una demanda de manifestación de un cierto grado de buena voluntad y compromiso por parte de los demás seres humanos hacia nosotros mismos; o cuando menos, descansan sobre la expectativa y la demanda de que no se manifestará mala voluntad activa ni desinterés o indiferencia” (1995, p. 54).

Así, los seres humanos en nuestras relaciones con los demás adoptamos distintas reacciones, lo que implica que, ante actos que dan lugar a delitos, se generan actitudes reactivas de resentimiento. Y lo más importante, ese resentimiento no parece ser producto del deseo de venganza, de la efervescencia de un sentimiento



ARTÍCULO

desbordado. Por el contrario, se muestra como una reacción bastante razonable, algo esperable en una comunidad donde nos asumimos como agentes prácticos, responsables de nuestros propios actos y, por tanto, con capacidad para deliberar sobre la corrección o incorrección de nuestra conducta.

Lo que pretendo sugerir es que, en esta especie de depuración de la irracionalidad en el Derecho penal, hay quizás algunas consideraciones valiosas sobre la retribución que se han despreciado, siendo posible reivindicarlas a través de la perspectiva de las emociones. La propuesta consiste en revisar si es viable una concepción del castigo que, sin deshacerse de los aspectos positivos de ambos grupos de teorías, sea más *emocional*, en el sentido de considerar a los ciudadanos como algo más que potenciales vengadores o potenciales delincuentes autointeresados, y sin presuponer un modelo de individuo razonable del que solo cabe esperar que confíe y deposite en la función preventiva del estado su vivencia en torno al crimen. Así, pese a lo que se sugiere con el título de este apartado, este castigo emocional no implicaría renunciar a las pretensiones de la racionalidad y devolvernos a una etapa pre-ilustrada del Derecho penal o a la lógica de la guerra, sino intentar comprender de mejor manera qué es lo que motiva a los seres humanos. En palabras de M. Nussbaum “una nación justa tiene que tratar de comprender las raíces de las malas conductas humanas” (2014, p. 198)

20

Justicia y retribución

Si además de resaltar la necesidad de lograr la disminución o eliminación de los delitos se subraya el mal intrínseco de la conducta cometida, entonces ese mal



ARTÍCULO

adquiere relevancia moral, cobrando importancia la víctima que lo ha padecido y la comunidad en general. De nuevo, no pretendo insinuar que bajo el modelo tradicional estas sean irrelevantes, sino que se ha favorecido una cierta desconfianza hacia su capacidad de participación en el debate público sobre el castigo, debido, en gran medida, al temor de que sean arrastradas por sus “pasiones particulares”. Un Estado que determinara su actuar por las exigencias de las mayorías y de las víctimas, estaría cediendo a presiones parciales y colocando en una situación de desventaja a quien es la parte más débil en un proceso penal o en la ejecución de la sentencia.

Ahora bien, pensar en la víctima no solo como la parte pasiva del delito, sino como aquella persona que padeció un mal de manera indebida o en la comunidad que ha visto defraudadas las condiciones del contrato social, no significa que el castigo pase a ser el vehículo de satisfacción de los deseos de venganza o de los más bajos instintos de los individuos. Una visión como esta, en realidad, parte de una concepción del ser humano en sociedad bastante pesimista. Las funciones vinculadas a la práctica jurídica derivan del tipo de dinámica que se establece entre los individuos, que, en general, oscila entre la necesidad de cooperar unos con otros (debido a los intereses que tenemos en común) y el inevitable surgimiento de conflictos (debido a los intereses personales, concepciones acerca de lo bueno y lo correcto, etcétera). Así, los seres humanos compartimos algunas condiciones que hacen que la cooperación sea tanto posible como necesaria. J. Rawls, por ejemplo,



ARTÍCULO

divide estas condiciones –que él llama circunstancias de la justicia⁶– en objetivas y subjetivas. Las objetivas hacen referencia a circunstancias como el coexistir en un territorio geográfico determinado, nuestra semejanza en cuanto a capacidades físicas y mentales, nuestra vulnerabilidad a los ataques de terceros, o la escasez moderada de recursos para satisfacer todos los intereses. Por otro lado, las circunstancias subjetivas, tienen que ver con las particularidades de los sujetos, como el poseer intereses y fines distintos, la dificultad de identificarse con intereses ajenos, o las carencias en cuanto al conocimiento y juicio (Rawls, 1999, pp. 109 y 110).

Esto quiere decir que los individuos quizá no seamos ángeles ni demonios y que tal vez la exigencia de visibilizar el daño sufrido y esperar una reacción no sea necesariamente un acto malévolo de venganza. Como señala J. García Amado, la venganza privada se encuentra excluida de nuestros ordenamientos jurídicos, pero, además, ella misma es considerada un delito. Si se espera algún tipo de compensación por el daño que se ha recibido, la víctima normalmente debe recurrir a la vía de la responsabilidad civil, y no al ámbito penal. No obstante, tiene sentido preguntarse si la pena no tiene también la función de otorgar una forma de

22

⁶ Este análisis, a su vez, está basado en las ideas de Hume contenidas en el tercer volumen de Tratado de la naturaleza humana. Aquí expone lo siguiente: “De todos los animales que pueblan el globo, no existe otro con quien la naturaleza haya parecido ser más cruel, a primera vista, que con el hombre, dadas las innumerables carencias y necesidades de que la naturaleza le ha provisto y los limitados medios que le proporciona para la satisfacción de estas necesidades... Sólo reuniéndose en sociedad es capaz de suplir sus defectos y llegar a ser igual a las demás criaturas, y aún de adquirir superioridad sobre ellas. Mediante la sociedad, todas sus debilidades se ven compensadas, y, aunque en esa situación se multipliquen por momentos sus necesidades, con todo aumenta aún más su capacidad, dejándole de todo punto más satisfecho y feliz de lo que podría haber sido de permanecer en su condición salvaje y solitaria” (Hume, 1981, pp. 709 y 710).



ARTÍCULO

satisfacción moral a la víctima, preguntarse si es realmente reprochable que la víctima desee que el delincuente pague por la maldad de su acción (García Amado, 2019, p. 332).

Es posible que las respuestas a estos interrogantes solo puedan realizarse desde el conocimiento de aquello que motiva al sujeto. Si el reclamo de la víctima o de la comunidad deriva de la indignación que le hace sentir el saberse afectada de manera injustificada o si su satisfacción es resultado de saber que la impunidad no prevalecerá, se tratará de emociones bien encausadas que harán efectivos los valores del ordenamiento. En cambio, la situación es muy distinta si el reclamo es consecuencia de una emoción como el asco o la repugnancia hacia ciertos sectores sociales estigmatizados como productores del crimen. De acuerdo con Nussbaum, el asco proyectivo:

23

... se siente por un grupo de seres humanos separados conceptualmente del grupo dominante y clasificados como inferiores por su (presunta) animalidad más acusada. Se atribuye a los miembros de este grupo las propiedades de los objetos primarios de la repugnancia: sucios, grasientos, que huelen mal. Se los asocia con los fluidos sexuales, los excrementos y la descomposición. Son representados con rasgos cuasi animales, como si ocuparan una zona fronteriza lo verdaderamente humano (relacionado con aquello que consigue trascender el cuerpo y sus sustancias) y lo que definitivamente no lo es (p. 223).



Emociones como la antes descrita encubren juicios de valor negativos respecto a las personas que favorecen la exclusión y que resultan sumamente peligrosas para la posibilidad de una comunidad democrática.

Emociones retributivas

Hablar sobre emociones no es algo sencillo. Si bien los estudios sobre emociones tienden a promover la interdisciplina, es una realidad que los enfoques en torno a ellas varían en función de las herramientas metodológicas y el tipo de análisis que se realiza desde ciertos ámbitos del conocimiento. Pese a esa diversidad, parece que todos los enfoques tienen en común la reivindicación de la vida emocional para comprender la autopercepción y la conducta humana, así como las dinámicas de grupos. Marina Ariza señala que el “giro afectivo” sucedido en distintas disciplinas que se han abocado al intento colectivo por recuperar al actor sintiente y la afectividad, ha derivado en “... una posición crítica frente a la construcción discursiva de los significados sociales y apuesta a recuperar el cuerpo y la afectividad como elementos preconscientes, preindividuales o procesuales, con la potencialidad de afectar y ser afectados, de actuar y conectarse...” (2016, p. 8).

En este trabajo mi aproximación a las emociones es filosófica. De acuerdo con González Lagier (2009), en este ámbito, las teorías sobre las emociones más relevantes son aquellas que conciben a las emociones (1) como sensaciones -las emociones se identifican con su componente fenomenológico o *qualia* y tienen una versión psicológica y una fisiológica-, (2) como conductas -comportamientos emocionales en sus versiones del conductismo psicológico y del filosófico-, (3) como rituales mágicos -las emociones como una vía de adaptación o transformación del



ARTÍCULO

mundo del sujeto- y (4) la concepción cognitivo-evaluativa de las emociones -las emociones son juicios, creencias o evaluaciones. Estas concepciones, a su vez, pueden ser agrupadas en dos grandes tradiciones: la mecanicista y la evaluativa o cognitiva. La tradición mecanicista (incluyendo a las teorías de la sensación y las conductistas) tiene una influencia cartesiana considerable y, en general, atribuye a las emociones los siguientes rasgos: son fuerzas que experimentamos, pasiones sobre cosas que nos ocurren y ante las cuales somos sujetos pasivos; siguen sus propias leyes por lo que son incontrolables, producto de la naturaleza innata del ser humano; escapan del ámbito de la razón y entorpecen el razonamiento correcto; son fuerzas ciegas que nos empujan a actuar; dan explicaciones mecánicas-causales de la conducta; deben ser explicadas en términos causales, no en razones; y pueden ir asociadas a creencias, pero estas no forman parte de la emoción. Por su parte, la tradición evaluativa sostiene que las emociones tienen los siguientes rasgos: implican juicios de objetos o situaciones, siendo esa evaluación lo que las activa; tienen un contenido, son intencionales; el juicio puede estar justificado o no, lo que hace que la emoción esté justificada o no; pueden ofrecer explicaciones teleológicas de las acciones; y son susceptibles de educación (González Lagier, 2009, pp. 50-52).

25

M. Nussbaum, la autora de la que antes he hablado y a cuya postura alinee mis reflexiones, se adscribe a esta última tradición, por lo que su análisis sobre las emociones está dirigido a mostrar la función cognitivo-evaluativa de las mismas. Desde esta perspectiva, las emociones permiten iluminar un rasgo normativo que a menudo es descuidado: el carácter moral de las personas. Pensar en las emociones, tal y como señala G. Lariguet, permite no solo enfocarse en los principios éticos y



ARTÍCULO

políticos abstractos de justicia, sino también plantearse cómo dotarlos de eficacia a través de la motivación para actuar: “no es importante solo *volver inteligible o comprensible* por un frío ejercicio intelectual la importancia social de la justicia como principio; es preciso *quererla*. Y para quererla, para tenerla como objeto conativo, es preciso exponer un temple emocional peculiar; una disposición adecuada para actuar en cierta forma correcta-; forma alentada también por una educación adecuada” (Lariguet, 2015, p. 96). Las emociones tienen un papel determinante, entonces, en la aspiración de tener sociedades justas. Al tiempo, así como habría emociones con el potencial de motivar conductas que se corresponden a principios tan relevantes en nuestras comunidades como el de igualdad o la libertad - emociones como el amor, la gratitud o la compasión-, también habría emociones riesgosas para su realización -por ejemplo, el miedo, el odio, la envidia, el asco.

26

La idea, entonces, es que si tenemos un ideal regulativo respecto a cómo deben ser nuestras comunidades -igualitarias, inclusivas, respetuosas de la autonomía y de la dignidad humana, etc.-, necesitamos prestar atención al entramado emocional de las personas, para que este sea uno que facilite la interiorización de estos valores y los lleven a actuar en consecuencia con ellos. Las emociones son un dispositivo que tenemos para acceder a los valores, como respuesta inteligente a la percepción del valor; esto es, no solo son el combustible que impulsa el mecanismo psicológico de la criatura racional, sino que son parte del propio raciocinio de la criatura (Nussbaum, 2008, pp. 21-23).

De acuerdo con Nussbaum (2008), la estructura cognitivo-evaluativa de las emociones estaría determinada por tres componentes: (1) la idea de valoración



ARTÍCULO

cognitiva -las emociones informan sobre lo que es valioso para el individuo-, (2) la idea del propio florecimiento -la emoción se corresponde a la idea de la vida buena de cada persona, de sus objetivos y fines más relevantes- y (3) la relevancia de los objetos externos -la emoción registra la sensación de vulnerabilidad y control imperfecto. Sin embargo, esta concepción no es ingenua, por lo que no presupone a un individuo que siempre es consciente de sus emociones y las evaluaciones que subyacen a ellas. En los seres humanos, así como hay disposiciones hacia el bien -entiéndase aquí simplemente el no dañar a otros, cooperar con ellos y tratarles con dignidad-, pero también hacia el mal; de ahí la relevancia de educar las emociones⁷.

En este sentido, las emociones se conciben como estados mentales del agente -hechos psicológicos con propiedades de consciencia, *qualia*, contenido mental o proposicional, subjetividad y capacidad de causar estados físicos (González Lagier, 2009 y 2020)- que constituyen motivos y que, por tanto, en un área como el Derecho corresponde entender y conocer en tanto que dotan de sentido a las acciones u omisiones de las personas. Estos motivos, vistos como razones explicativas de la acción, aun cuando forman parte de la personalidad de un individuo, no quiere decir que sean rasgos inalterables. Precisamente una característica de la agencia es la

⁷ Tal y como señala Lidia de Tienda: “el objetivo de Nussbaum es posibilitar la integración de las emociones en una teoría de la justicia que pueda dar respuesta a urgentes problemas de justicia no resueltos y determinar la importancia de su participación directa en los procesos de deliberación pública. De este modo, la autora propone el método que bautiza como *equilibrio perceptivo*, que se configura como una forma novedosa de articular un mecanismo de aplicación, basado en el “método del silogismo práctico” aristotélico, para la deliberación pública que además otorga a las emociones un papel destacado en el proceso de desvelamiento de los juicios éticos” (de Tienda, 2015, p. 6).



ARTÍCULO

posibilidad –y también el deber– de revisar si nuestras creencias y evaluaciones son racionales, en el sentido de si están o no justificadas⁸.

De ahí la invitación a revisar si algunas emociones como la ira, el resentimiento, la indignación, la cólera –normalmente asociadas a la tradición retribucionista– pueden llegar a estar justificadas y ser adecuadas en algunas situaciones. Y es que emociones como las antes nombradas pueden llegar a ser respuestas adecuadas a las situaciones de injusticia y a los abusos más graves. Buscar extinguir la ira, por ejemplo, implicaría deshacerse de una fuerza principal para la justicia social y la defensa del oprimido (Nussbaum, 2008, p. 437).

En el caso del castigo, estas emociones impulsan el interés de que el delincuente sea castigado sin que ello desemboque en la venganza privada; de hecho, lo ideal es que estas emociones sean canalizadas por medio del sistema de justicia penal y que ello contribuya a la propia legitimidad del sistema. La demanda de un juicio y, en su caso, de un castigo jurídico es una forma de reconocimiento de la importancia que tienen los bienes afectados por el crimen. En este sentido, requerimos de esas emociones retributivas para la añoranza de justicia, y para

⁸ En este sentido, González Lagier señala que «la irracionalidad de una creencia puede deberse *a*) a la ausencia de razones suficientes para creer (creencias dogmáticas); *b*) a que se derive a partir de una creencia a su vez injustificada, y *c*) a que se base en una presunción y regla de fiabilidad inadecuada» (2009, p. 111). Evidentemente, el entramado de estados mentales es complejo y se mezclan creencias racionales e irracionales; parafraseando un ejemplo que aporta el mismo autor, en el caso de una persona con sentimientos machistas, el odio que siente por X tiene su origen no solo en la creencia de que X es de un determinado género (la cual puede ser una creencia justificada), sino también en determinadas creencias y juicios sobre ese género y sobre las diferencias de género en general (las cuales no están justificadas) (2009, p. 112).



ARTÍCULO

revindicar la relevancia de nuestra persona y de nuestros bienes y, por supuesto, de los demás miembros de la comunidad.

Como indica González Lagier, aunque emociones como las antes señaladas suelen ser identificadas como “negativas”, como si de manera abstracta siempre resultaran perjudiciales para los individuos o para la vida social, la propuesta de la perspectiva cognitiva es que cualquier emoción puede ser adecuada o inadecuada según ciertas circunstancias. Una emoción será adecuada cuando se base en creencias justificadas o cuando exista congruencia entre el tipo de creencia y el tipo de emoción; también será adecuada una emoción que tenga sentido a la luz de los objetivos del sujeto. En este último sentido, emociones como la ira o el odio serán inadecuadas cuando convierten a la venganza en el único objetivo del sujeto: “son emociones que nos pueden parecer irracionales porque tienen consecuencias destructivas, invasivas, desplazan objetivos relevantes de cualquier plan de vida razonable y llevan al sujeto a realizar acciones insensatas” (González Lagier, 2020, p. 83).

La ira, por ejemplo, tendría una dimensión que la convierte en una emoción central en las dinámicas sociales, cercana a la protesta contra la injusticia, pero también tiene una dimensión que la presenta como una amenaza para la vida en sociedad. La idea de venganza o retribución, como señala Nussbaum, forma parte conceptual de la ira, ya que esta incluye un deseo de que las cosas resulten mal para el infractor en una manera que se imagina como una venganza por la ofensa: que obtenga su merecido (2018, p. 49). La ira entendida en este modo, sin embargo, es normativamente problemática si nos lleva a pensar que el sufrimiento del ofensor



restituye lo que fue dañado o si nos lleva a prestar excesiva atención a la disminución del estatus del ofensor. Sin embargo, la ira es necesaria como indicador de que se ha llevado a cabo una falta y para poder tratar al delincuente como agente responsable de sus actos; es necesaria para proteger la propia dignidad cuando somos dañados; y es importante como fuente de motivación para movilizarse hacia el futuro y combatir la injusticia (2018, p. 71-74).

Conclusiones. El potencial del enfoque sobre emociones

En estas páginas he intentado mostrar cómo el propio recorrido del castigo en el ámbito penal ha llevado a identificar a las teorías retribucionistas sobre su fundamentación con ciertas emociones consideradas “negativas” para los propósitos del proyecto civilizatorio. Todo aquello que sucediera en la esfera más íntima del individuo no podía considerarse fiable, por lo que las instituciones debían recortar lo más posible los espacios de discrecionalidad. Los estados mentales, entre ellos las emociones, representaban esa subjetividad arbitraria, ya que no era posible dar cuenta de ellos en términos racionales y convertirlos en razones justificativas. Esto apunta, por supuesto, a la típica oposición entre razón y emoción; mientras la primera representaba el esfuerzo de los seres humanos por justificar sus creencias y acciones, la segunda representaba la mera efervescencia, el impulso ciego de la naturaleza humana. A esto subyace, claro está, una concepción del ser humano que afirma su tendencia a la vileza cuando se siente atacado. El individuo guiado únicamente por sus pasiones ante el crimen tiende a la venganza en la búsqueda de



ARTÍCULO

algún tipo de compensación mística, por lo que representa el desenfreno, la vuelta al estado de naturaleza.

La venganza suele ser asociada a emociones negativas como la ira o el odio, emociones que se consideran móviles peligrosos en tanto que pueden desencadenar nuevos males. Lo reprochable de la venganza es que con frecuencia resulta excesiva y cíclica; en este caso, las emociones que la impulsan estarían jugando un papel cuestionable, un papel que alimenta la injusticia. Y es que, cuando el mal del castigo da lugar a otro mal, es incuestionable que ese segundo mal no compensa materialmente nada; es un hecho que por más sufrimiento que padezca el procesado o el reo esto no transformará el estatus del daño.

31

Ahora bien, más allá de la suma de dos males, no hay que olvidar que el ámbito penal está reservado para las conductas que nos resultan más indeseables y reprochables. Y para respaldar estas valoraciones requerimos de las emociones. Las conductas contempladas como delitos deben despertar en nosotros una profunda decepción, un rechazo absoluto, la indignación ante el mal que envuelven y ante la impotencia de no poder revertirlo. Lo mismo puede decirse respecto a la proporcionalidad. Las personas tenemos la sensación de que los castigos escalados a la gravedad de los delitos son más justos que los castigos que no lo son⁹. Las

⁹ Desde una perspectiva utilitaria, una pena puede ser desproporcionada (o excesiva) de dos formas distintas e independientes que se corresponden con los principios de proporcionalidad de los fines-beneficios y de los medios alternativos: 1) los costes y cargas de la pena (o los costes y cargas añadidos, en comparación con una pena menor) pueden superar los beneficios probables (o los beneficios añadidos) producidos por la pena; o 2) la pena puede ser desproporcionada (es decir, innecesaria y, por lo tanto, excesiva) en comparación con otros medios menos costosos o menos gravosos para lograr los mismos objetivos (Frase, 2008, p. 43).



ARTÍCULO

desviaciones a la proporcionalidad -castigos que implican un daño mayor que el que fue ocasionado o un daño considerablemente menor- requieren ser justificadas (Von Hirsch, 1992, p. 56). Nótese que aquí estas emociones están desempeñando un papel muy distinto de la mera exigencia de un mal para el ofensor.

Una sociedad que emocionalmente coincide con el sustrato del Derecho penal tiene mayores posibilidades de éxito que uno que mantiene al margen los estados mentales de las personas, condenándolos como equivocados e irracionales. Si el Derecho se centra en contener esas emociones, está ignorando el presupuesto de su proyecto fundamentador. La práctica del castigo no puede ser justa en abstracto, sino que ha de atender a las condiciones reales en las que se desarrolla. Esto es, tenemos la necesidad de reivindicar la diversidad de las vivencias del crimen.

Actualmente se ha visibilizado y denunciado el peso de los estereotipos de delincuente o de víctima en la percepción social y en la autopercepción, pero dicha denuncia no parece estar abarcando la dimensión emocional -esto es, estereotipos sobre lo que sienten y motiva a unos y a otras. Presuponer cómo debería sentirse una víctima puede dar lugar a estereotipos que desestiman su intervención en el proceso penal o que generan expectativas respecto a cómo deberían comportarse en el proceso; por ejemplo, esperar que siempre estén dispuestas a perdonar o demandarles que lleven a cabo procesos de negociación. Es entendible y moralmente irreprochable que en ciertas circunstancias las víctimas elijan el castigo para el ofensor. Esperar que haya siempre una respuesta pacífica ante el delito puede interferir en las valoraciones de los sujetos en torno al crimen: “algunos ofensores no tienen la habilidad, ni se atreverían a mirar a la víctima a los ojos, mucho menos



ARTÍCULO

a pedir perdón; entran en pánico y prefieren un proceso en un tribunal impersonal. Por otra parte, algunas víctimas tampoco considerarán la reconciliación; prefieren que el ofensor sea castigado. En ambos casos comienza un proceso penal (Christie, 2004, p. 120). En definitiva, aún tenemos un largo camino por recorrer en lo que corresponde a la comprensión del crimen y a las motivaciones que llevan a unos a cometer un daño en perjuicio de otros y a demandar castigos proporcionales para dichos daños.

Bibliografía

Ariza, M. (2016). "La sociología de las emociones como plataforma para la investigación social" en *Emociones, afectos y sociología. Diálogos desde la investigación social y la interdisciplina*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, pp. 7-34.

Atienza, M. (2006): *El Derecho como argumentación*. Editorial Ariel. Barcelona, España.

Aristóteles (1999). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Editorial Trotta.

Bentham, J. (1996). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press

Betegón, J. (1992). *La Justificación Del Castigo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Cid Moliné, J. y MORESO, J. (1991). "Derecho penal y filosofía analítica" en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo XLIV, Fascículo 1, pp. 143-178.



ARTÍCULO

- Christie, N. (2004). *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cortina, A. (2000), *Ética mínima*, sexta edición, Madrid: Editorial Tecnos.
- Descartes, R. (1997). *Las pasiones del alma*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Esquilo (2019). *La Orestíada*. Versión de Luis García Montero. Barcelona: Tusquets editores.
- Ferrajoli, L. (2018) *El paradigma garantista" Filosofía crítica del Derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- Frase, R. (2008). "Limiting Excessive Prison Sentences Under Federal and State Constitutions" en *Journal of Constitutional Law*, vol. 11:1, pp. 39-72.
- García Amado, J. (2019). "Retribución y justificación del castigo penal" en *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, pp. 323-340
- González Lagier, D. (2020) *Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales*. Lima: Palestra editores.
- González Lagier, D. (2009). *Emociones, responsabilidad y derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Hume, D. (1998). *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid: Tecnos.
- Kant, I. (1989), *La Metafísica De Las Costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos.



ARTÍCULO

Lariguet, G. (2015). “Un estudio crítico de *Political Emotions* de Martha Nussbaum” en *CRÍTICA. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 17, no. 141, pp. 95-118.

Llamosas, E. (2020). “Las desigualdades jurídicas: de naturales a invisibles, entre el Antiguo Régimen y la codificación” en *Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

Mir Puig, S. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.

Mosterín, J. (2013). *Ciencia, filosofía y racionalidad*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Mosterín, J. (1973). “El Concepto de Racionalidad” en *Teorema: Revista internacional de filosofía*, 3 (4), pp. 455–480.

Moore, M. (1997). *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford: Clarendon Press.

Nino, C. (2001). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Nussbaum, M. (2018). *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad y justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica

Nussbaum, M. (2014) *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Barcelona: Ediciones Paidós.

Nussbaum, M. (2008). *Paisajes del pensamiento: la inteligencia de las emociones*. Barcelona: Paidós Ibérica.

Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*. The Belknap Press of Harvard University Press, Estados Unidos de América.



ARTÍCULO

Strawson, P. (1995). *Libertad y resentimiento y otros ensayos*. Barcelona: Ediciones Paidós.

Talavera, P. (2015). “Una aproximación literaria a la relación entre la justicia y el derecho” en *Anamorphosis–Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 1, n. 2, pp. 207-244.

Tienda Palop, L. (2015). “El papel de las emociones y la literatura en la deliberación pública: la figura del equilibrio perceptivo de Martha C. Nussbaum”. *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, 191 (773): a241.

Torres, I. (2020). *Sobre la fundamentación del castigo. Las teorías de Alf Ross, H. L. A. Hart y Carlos Santiago Nino*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Von Hirsch, A. (1992). “Proportionality in the Philosophy of Punishment” en *Crime and Justice*, vol. 16, pp. 55-98.