

ZELAYA, Juan Rodrigo: “Recensión: Erin Kelly (2018): *The limits of blame* (Oxford University Press). 185 páginas”.

*Polít. Crim.* Vol. 17, Nº 33 (Julio 2022), Rec. 1, pp. 423-431

[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2022/07/Vol17N33R1.pdf>]

**Recensión: Erin Kelly (2018): *The limits of blame* (Oxford University Press). 185 páginas**

**Review: Erin Kelly (2018): *The limits of blame* (Oxford University Press). 185 pages.**

Juan Rodrigo Zelaya  
Universidad de Congreso

[juanzel@gmail.com](mailto:juanzel@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0003-1730-2876>

Fecha de recepción: 01/03/2022.

Fecha de aceptación: 25/05/2022.

## Introducción

“*The limits of blame*” (en adelante, TLOB) es una obra profunda que traza un discurso fluido entre la literatura filosófica moral y penal; y, además, reconstruye con agudeza la realidad de la práctica penal y su impacto en la vida cotidiana de las personas sobre las que opera. En esta obra, Kelly propone una teoría consecuencialista del castigo que aporte a la racionalización ese sistema y, en ese afán, encuentra en las teorías retribucionistas —en particular en aquellas que consideran al castigo una forma de reproche— el adversario ideal sobre el cual construir su propuesta. La obra defiende tres tesis fuertes: (a) una explicativa: el derecho penal *en acción* no es realmente retributivo; (b) una normativa en favor de una moral no retributiva; y (c) otra normativa en favor de un derecho penal preventivo, moderado y modesto en sus funciones, circunscriptas a la reducción de daños y a la protección de derechos a través de la disuasión de los infractores.

### 1. Las tres tesis de *The limits of blame*

La primera tesis está desarrollada centralmente en los capítulos 1 y 4. En el primero, Kelly argumenta que el derecho penal no es verdaderamente retributivo, en tanto castiga agentes que no son moralmente merecedores de él. Para ello resalta algunas diferencias entre el funcionamiento de la moral y del derecho penal. Por un lado, destaca que la moral guía la conducta ofreciendo razones morales, supone competencia moral y es sensible a dificultades volitivas; el derecho penal, en cambio, guía la conducta mediante amenazas de sanción, no exige competencia moral y es insensible a las dificultades volitivas del agente. Por otro lado, mientras la moral considera estados mentales reales, el derecho penal atribuye *mens rea* basado en estándares de conducta. Finalmente, el concepto jurídico de evitabilidad (*avodiability*) es sustancialmente más débil que el moral, pues no considera —o solo lo hace en circunstancias extremas— la posibilidad de comprender la ley, la naturaleza y daño de sus actos, la impulsividad, inmadurez y problemas mentales del agente. En el capítulo 4, agrega una diferencia más: la naturaleza optativa del reproche moral no encaja con la forma

coercitiva del derecho penal, y esa diferencia de naturaleza obedece al carácter privado del primero y público del segundo.<sup>1</sup>

Los capítulos 2 y 3 desarrollan la tesis en favor de una moral no retributiva, según la cual nuestros reproches morales deberían ser más sensibles a las dificultades de las personas.<sup>2</sup> Para ello, critica el paralelismo entre reproches y elogios y las concepciones kantianas de la racionalidad, y sugiere comprender la competencia moral no como la posibilidad satisfacer deberes, sino como la probabilidad de satisfacer expectativas morales. Es moralmente competente, así, aquel de quien podemos esperar razonable que actúe correctamente. Esta comprensión de la competencia moral repercute tanto en la moral como en el derecho penal. En este último, en tanto las dificultades epistémicas para acreditar la competencia moral en un proceso penal ofrecen mayores razones para desvincular responsabilidad penal y culpabilidad moral.<sup>3</sup> En el plano moral, torna inseguras nuestras prácticas de reproche, lo cual favorece una noción más empática que retributiva de la moralidad, que considere las dificultades de algunas personas para cumplir las normas morales.<sup>4</sup> Esta moral no retributiva se asienta sobre cuatro ejes desarrollados en el tercer capítulo: (a) el reproche como respuesta disponible —no obligatoria— a partir de un juicio de merecimiento; (b) la relevancia de las dificultades producto del contexto social e historia de vida;<sup>5</sup> (c) las excusas morales como obstáculos para la motivación moral que inhiben el reproche y abren espacio a respuestas no punitivas; y (d) mayor modestia en nuestros juicios morales.<sup>6</sup>

Finalmente, la propuesta consecuencialista para la justificación del castigo construye sus cimientos sobre críticas normativas al retribucionismo. Esta parte de la obra discurre entre los capítulos 5 y 6. En el capítulo 5, TLOB plantea dos críticas teóricas al retribucionismo. La primera: el hecho de que alguien sea moralmente culpable no nos da razones para castigarlo penalmente. La segunda: la condena moral a través del Estado es problemática porque puede afectar la autonomía moral de las personas afectadas para decidir cómo manejan sus relaciones personales. Las víctimas, en su idea, deberían tener libertad para decidir si reprochar, perdonar o adoptar otra respuesta moral disponible.<sup>7</sup>

El capítulo 6 plantea críticas situadas en el contexto de nuestras sociedades. Por un lado, que el retribucionismo no puede justificar el castigo en contextos de profunda desigualdad, porque es difícil sostener que las personas socialmente excluidas son moralmente competentes, y porque esa exclusión —sobre todo cuando es causada por el Estado— desafía la legitimidad moral del Estado para el reproche.<sup>8</sup> Por otro, Kelly acusa al retribucionismo de generar políticas moralizantes y punitivas —como las de *ley y orden* y *lucha contra las drogas*—, que han legitimado una cultura despiadada del castigo que no disminuye las tasas

---

<sup>1</sup> KELLY (2018), pp. 115-117.

<sup>2</sup> KELLY (2018), p. 51.

<sup>3</sup> KELLY (2018), pp. 67-68.

<sup>4</sup> KELLY (2018), pp. 69-70.

<sup>5</sup> KELLY (2018), pp. 90-96.

<sup>6</sup> KELLY (2018), pp. 97-98.

<sup>7</sup> KELLY (2018), pp. 105-108.

<sup>8</sup> KELLY (2018), pp. 159-170.

delictivas<sup>9</sup> —que incluso ha servido de sostén teórico de la pena de muerte<sup>10</sup>— y han derivado en un derecho penal selectivo sobre la población más vulnerable en contextos de injusticia estructural.

En su lugar, TLOB propone una justificación del castigo basada en el respeto y la protección de derechos mediante un *principio de reducción de daños*: solo está justificada la criminalización y el castigo cuando, de ese modo, se prevenga, reduzca y remedie daños de la forma menos objetable. Esto se logra a través de un mecanismo de disuasión especial hacia el infractor, pero no individualmente, sino considerándolo parte del grupo de infractores de ese tipo de delitos. La severidad del delito y del castigo, así, se miden de acuerdo a lo que sea eficaz para que los infractores promedio del tipo de delito en cuestión no reincidan o lo hagan en menor medida, más allá de que presenten pronósticos diferentes de reincidencia. Esta justificación, dice Kelly, tiene varias ventajas: trata al infractor como agente racional, pues no lo instrumentaliza sino que le ofrece incentivos;<sup>11</sup> reconoce límites de proporcionalidad;<sup>12</sup> al estar restringido a quienes contaron con *oportunidad razonable de evitarlo* —considerando capacidades de una persona mínimamente racional—, el castigo es consecuencia de la conducta del infractor;<sup>13</sup> y no sería una teoría utilitaria porque no busca maximizar la utilidad social sino proteger derechos.<sup>14</sup>

Finalmente, Kelly aclara que esta justificación es incompatible con un derecho penal que condena moralmente —con sesgos raciales y manipulando los sentimientos públicos sobre la inseguridad. Por el contrario, reconoce los efectos devastadores de la prisión, sus altos costos y sus bajas ganancias en términos de disuasión;<sup>15</sup> *justifica* pero no *exige* el castigo de los culpables;<sup>16</sup> y por ello requiere de menos reproche y castigo y más respeto por quienes cometen delitos.<sup>17</sup> En cuanto al castigo en contextos de extrema desigualdad, TLOB reconoce que la autoridad para castigar se ve parcialmente deslegitimada.<sup>18</sup> Sin embargo, a diferencia de las justificaciones retributivas, podría justificarse el castigo por razones de reducción de daños, únicamente frente a actos moralmente incorrectos —no meramente prohibidos—, de forma restringida, respetando derechos humanos<sup>19</sup> y acompañándolo de una indemnización por los daños injustamente sufridos.<sup>20</sup>

---

<sup>9</sup> KELLY (2018), pp. 170-172.

<sup>10</sup> KELLY (2018), pp. 178-179.

<sup>11</sup> KELLY (2018), pp. 129-132.

<sup>12</sup> KELLY (2018), pp. 122 y 131.

<sup>13</sup> KELLY (2018), pp. 132-136.

<sup>14</sup> KELLY (2018), pp. 140-142.

<sup>15</sup> KELLY (2018), p. 143.

<sup>16</sup> KELLY (2018), p. 144.

<sup>17</sup> KELLY (2018), pp. 146-147.

<sup>18</sup> KELLY (2018), pp. 170-173.

<sup>19</sup> KELLY (2018), p. 174.

<sup>20</sup> KELLY (2018), pp. 175-177.

## 2. Consideraciones críticas

### 2.1. Los aspectos valiosos

Quisiera comenzar destacando tres aspectos valiosos de la obra reseñada. En primer lugar, ella logra mostrar la relevancia de los problemas filosóficos políticos y morales que rodean al derecho penal para pensar cuestiones concretas del sistema de justicia penal de cada día. Así, su reconstrucción situada en una cultura moral, judicial y política concreta permite generar un interesante diálogo entre la literatura empírica que refleja la selectividad y desigualdad del sistema penal norteamericano y las discusiones sobre responsabilidad moral y penal. En segundo lugar, TLOB encuentra campo fértil para agudizar un debate pendiente sobre la relación entre el reproche moral y penal, presente en la discusión filosófica contemporánea, pero en pocas ocasiones bajo la lupa de un análisis tan pormenorizado, que transita por los conceptos de agencia, racionalidad y competencia hasta las nociones de responsabilidad, reproche y castigo en cada una de las esferas.

Finalmente, se trata de una obra que visibiliza la sobrecriminalización, la selectividad — racial, étnica, social y de clase—, la exacerbación de los discursos punitivos y la construcción de ciudadanos de segunda categoría que caracteriza al derecho penal de nuestras sociedades profundamente desiguales. A partir de allí, nos exige discutir justificaciones normativas sin idealizar institutos del derecho penal, sino considerándolos situados en esos contextos. Kelly nos invita a no mirar para el costado cuando discutimos teoría penal: justificar el castigo estatal no es justificar una institución abstracta e idealizada, sino una institución concreta que, hoy en día, tiene esas características.

Sobre esos puntos destacados, me gustaría detenerme en lo que resta de este trabajo en algunos aspectos que encuentro discutibles respecto de las tesis defendidas a lo largo de TLOB.

### 2.2. El problema de la reconstrucción de la práctica

Luego de su reconstrucción de la práctica penal, Kelly llega a la conclusión de que *el derecho penal suele castigar agentes moralmente no responsables*, y de esa afirmación extrae una segunda conclusión: el derecho penal no es *de hecho una práctica retributiva*. Esa idea, entiendo, puede ser pasible de, al menos, tres objeciones.

La primera se refiere directamente a su contenido. Tengo algunas diferencias respecto a la disociación entre moral y derecho penal que Kelly identifica. Kelly valora que la moral considera las dificultades de motivación moral mientras que el derecho no lo hace. Creo, sin embargo, que esa distinción no está tan clara, y que así como la moral no siempre atiende la motivación, el derecho penal no siempre la ignora. Es usual, por ejemplo, que reprochemos moralmente un comentario antisemita, aun cuando reconozcamos en el emisor una influencia de su contexto familiar para pensar de ese modo. Su condicionamiento externo, en tal caso, es irrelevante para nuestros reproches morales. A la inversa, el derecho penal, en ocasiones,

atenúa un castigo considerando el contexto sociocultural del infractor, siendo sensible así a ese tipo de dificultades<sup>21</sup>.

En relación a las dificultades epistémicas del derecho penal para detectar el fuero interno del agente, creo que este es un obstáculo al que también nos enfrentamos en el plano moral. Ni en moral ni en derecho penal podemos saber con certeza lo que ocurre en la cabeza de alguien, sino que podemos ser sensibles a lo que reflejan sus actitudes, y a partir de allí atribuir normativamente ese estado mental tomando criterios construidos socialmente. Por supuesto, esa atribución es sensible a lo que refleja el agente en sus actos, pero el límite epistémico estará presente siempre en ambos campos, con diferencias de grados. Del mismo modo, creo que la referencia al carácter obligatorio del castigo estatal no es propia del retribucionismo, sino de algunas versiones de éste. Que el retribucionismo vea un valor en el castigo no significa que éste deba aplicarse frente a toda incorrección culpable. De hecho, el derecho penal positivo suele renunciar al castigo en determinadas situaciones por razones procesales, de política criminal o incluso por cuestiones prácticas.

Mi impresión general es que las diferencias que marca Kelly se explican en que su reconstrucción de la responsabilidad moral y penal involucra sus propias preferencias valorativas, es decir, depende de lo que Kelly considera deseable en la moral y en el derecho penal. Esto se refleja particularmente en su idea de que el derecho penal, a veces, castiga agentes que no son moralmente competentes. Esa crítica tiene sentido solo si se acepta el concepto robusto de la moralidad propuesto por Kelly, pero bajo otro marco teórico —como la racionalidad mínima kantiana que ella critica— ese desfasaje no existe. Esa reconstrucción, al partir de premisas que suponen una tarea justificativa previa, pierde potencial explicativo para diferenciar las prácticas.

El segundo problema se refiere a la forma de entender al retribucionismo. Aun si la afirmación fuera cierta, ella no mostraría que el derecho penal no reprocha al ofensor, sino que no lo reprocha *moralmente*. En este sentido, no todo retribucionista concibe al castigo como un reproche moral. Aunque haya versiones que sí lo hacen, otras justifican el castigo en el merecimiento de condena del ofensor, pero ese merecimiento de condena puede ser no—moral. De ese modo, perdería peso la objeción del desajuste entre uno y otro en los criterios de atribución de responsabilidad. Este matiz es ignorado en TLOB y, por ello, se asume que la inexistencia de reproche moral en el derecho penal conduce a que este último no sea retributivo.

El tercer problema tiene que ver con la consecuencia que se extraen de la premisa. Aun si el derecho penal castigara a quienes no merecen censura —ni moral ni de otro tipo— lo que lo hace retributivo es *su pretensión de hacerlo*. Una práctica es retributiva si justifica el reproche en el *merecimiento*. El argumento de Kelly no conduce a afirmar que el derecho penal no es retributivo, sino que esa retribución *no está justificada normativamente*, es decir, que es *inapropiada*. El castigo puede ser retributivo y, al mismo tiempo, inapropiado, tanto si sus reglas conducen a castigar inocentes como si hay un mal uso de las reglas que deriva en el castigo a un inocente. En ambos casos, si el castigo se impone *por el merecimiento*, será

---

21 En este sentido, el art. 41 inc. 2 del Código Penal Argentino.

*descriptivamente* retributivo aunque sea *normativamente* no justificado. De hecho, cuando Kelly acusa al retribucionismo de generar un derecho penal draconiano en términos de castigo, no está haciendo otra cosa que reconociendo la *existencia* de un derecho penal retributivo, no justificada *normativamente*.

En fin, creo que la reconstrucción de Kelly no refleja una diferencia en la práctica retributiva moral y penal, sino que los criterios penales para evaluar el merecimiento necesitan algún tipo de reforma para hacerlos más acordes a las realidades que juzgan.

### 2.3. Consideración crítica del juicio al retribucionismo

En cuanto a la crítica al retribucionismo y la propuesta consecuencialista, tengo la impresión general de que TLOB realiza una lectura poco solidaria del retribucionismo. Por un lado, revisándolo en su versión más dura —asimilándolo a una reproducción contemporánea de la ley del talión—, y por otro, atribuyéndole el lugar de causante de todos los males del sistema de justicia penal.

TLOB asocia al retribucionismo con un punitivismo insensible a los factores contextuales al delito. Por el contrario, creo que el retribucionismo no necesariamente padece de esa insensibilidad, sino que ello dependerá del contenido que se asigne a la idea de merecimiento. Retribucionistas como Antony Duff consideran la selectividad del sistema penal y los factores externos que influyen en el delito como relevantes en términos de merecimiento<sup>22</sup>. De hecho, la propia autora plantea que una tesis retribucionista tiene problemas para justificar la legitimidad del Estado para castigar en contextos de injusticia extrema bajo una justificación retribucionista. Ese reconocimiento muestra que el retribucionismo es sensible a la injusticia social, y lo que ella ve como un problema —la imposibilidad de justificar esas situaciones— yo las veo como una exigencia seria de legitimidad del Estado que parte de una premisa retribucionista.

Por otro lado, la crítica en el sentido de que el retribucionismo, al condenar al ofensor, se involucraría en las relaciones personales entre él y la víctima, presupone un concepto individual y emotivo de reproche, pero no considera su posibilidad entre grupos y sin estar mediado por emociones<sup>23</sup>. Bajo esta versión del reproche, una teoría retribucionista puede explicar por qué la condena pública del ofensor no busca reemplazar a un individuo afectado o modificar sus relaciones, sino emitir una condenación pública en nombre de la comunidad. Esto exige, por supuesto, que las instituciones sean el resultado de un proceso legítimo de producción normativa y de enjuiciamiento.

Finalmente, es posible discutir la relación que traza TLOB entre retribucionismo y sobrecriminalización. Kelly argumenta sólidamente lo severo, inhumano y selectivo del sistema penal norteamericano, pero no respalda del mismo modo que esa realidad sea producto del retribucionismo. Por el contrario, podría argumentarse que políticas como las de *ley y orden*, *guerra contra las drogas*, *three strikes*, o la propia pena de muerte, pueden

---

<sup>22</sup> DUFF (2015), *passim*; DUFF (2001), *passim*.

<sup>23</sup> Entiende de este modo al reproche, SMITH (2013), *passim*.

respaldarse —si es que no lo están efectivamente— con argumentos sobre todo consecuencialistas y peligrosistas más que por argumentos vinculados a la retribución.

#### **2.4. Sobre el principio de reducción de daños**

Ya en el plano de la propuesta, creo que TLOB nos ofrece una justificación sofisticada y precisa del castigo, que conoce las posibles objeciones y construye desde ese lugar con la prolijidad necesaria para evitarlas. De ese modo, evita las objeciones tradicionales al consecuencialismo, pero pagando por ello un costo demasiado alto.

En términos teóricos, es problemático en términos de respeto al principio de culpabilidad por el hecho considerar al infractor *parte de un grupo*, y aplicar un castigo teniendo en cuenta lo necesario para disuadir a los *miembros de ese grupo*. De esa manera, no se responsabiliza a la persona exclusivamente por su acto, sino solidariamente por daños causados por otras, a la vez que se la hace garante de la política criminal de la comunidad. En segundo lugar, creo TLOB, al no distinguir entre justificación y efectividad del castigo —porque hace depender lo primero de lo segundo—, se enfrenta al problema de la contingencia: dado el carácter contingente de lo eficaz, el tipo de castigos al que conduce este enfoque —según la autora, menos duros— dependerá del contexto en que se aplique, de modo tal que cuando una mayor punición ofrezca mejores resultados en términos de disuasión, deberíamos intensificar nuestros castigos.

En términos prácticos, encuentro dificultoso implementar políticas públicas bajo este esquema: deberíamos contar con un método que nos permita medir el “daño social del total del tipo de delito en cuestión” y el “castigo necesario para que sea eficaz en términos de disuasión”. Pero para que tal mecanismo exista debemos contar con una forma universal u homogénea para llegar a valorar el daño global producido por el tipo de delito en cuestión. Al ser prácticamente imposible implementar un sistema de esas características, la justificación consecuencialista de Kelly se presta para un uso retórico del daño social provocado por el delito que no distaría mucho de aquello que ella observa problemático en el retribucionismo.

Finalmente, no están del todo clara los fundamentos de la solución de Kelly al problema de la injusticia social. En particular, no queda claro por qué cuando no la configuración institucional no se adecua a estándares democráticos mínimos, el Estado retiene el derecho a castigar delitos que constituyen incorrecciones morales, pero no conductas que solo están legalmente prohibidas. Ella no explica de dónde surge que el castigo necesita democracia para algunos delitos pero no para otro, ni tampoco por qué el Estado tiene autoridad para castigar delitos graves si sus instituciones son ilegítimas. ¿Por qué deberíamos confiar en él en ese caso? ¿Por qué dejar algo tan sensible como el castigo (aun merecido) en manos de un agente opresor?

#### **Conclusiones**

Creo que el valor principal de TLOB es la presentación de un panorama amplio y genuino de la realidad de nuestros sistemas penales occidentales, pero también de la desconexión entre

ZELAYA, Juan Rodrigo: “Recensión: Erin Kelly (2018): The limits of blame (Oxford University Press). 185 páginas”.

buena parte de la teoría penal y lo que realmente ocurre en esos sistemas puestos *en acción*. En ese sentido, marca un sendero tanto de contenido como metodológico para continuar profundizando. Sobre una coincidencia en el diagnóstico, tengo serias dudas tanto en la atribución de ese panorama oscuro al surgimiento de las teorías retribucionistas como en las posibles mejoras mediante un paradigma consecuencialista. En todo caso, la obra de Kelly es una invitación a seguir pensando las tensiones entre el derecho penal *ideal* y el *real*, y las alternativas a los serios problemas de legitimidad que generan la selectividad, la sobrecriminalización, la exclusión y el hiperpunitivismo en sociedades desiguales.

### **Bibliografía consultada**

- DUFF, Antony. (2001): *Punishment, communication and community* (Oxford, Oxford University Press).
- DUFF, Antony. (2015): “«Tal vez yo sea culpable, pero ustedes no pueden juzgarme». El estoppel y otros impedimentos para el juicio”, en: DUFF, Antony, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores), pp. 71-97.
- KELLY, Erin. (2018): *The limits of blame*. (Oxford, Oxford University Press).
- SMITH, Angela. (2013): “Moral blame and moral protest”, en: TOGNAZZINI, Neil; COATES, Justin (ed.), *Blame. Its nature and norms* (Oxford, Oxford University Press), pp. 27-48.