

**Alan W. NORRIE, *Law, Ideology and Punishment*, Dordrecht, Kluwer, 1991, 222 páginas.**

En el prefacio del libro se nos anticipa que su tema es la filosofía retribucionista de la pena en su fase clásica y posterior. La incitación a tratar este tema le proviene al autor, según confiesa, de la perplejidad de comprobar cómo en pocos años la dirección liberal y clásica del pensamiento filosófico sobre la pena pasó de entenderse como perfectamente sobrepasada, a ser recuperada con fuerza.

En el capítulo primero se perfila el enfoque general del trabajo de Norrie. Ese enfoque será crítico y la crítica parte de que existen en el pensamiento liberal sobre la pena contradicciones insalvables que están en relación con las contradicciones presentes en la realidad social, capitalista, en la que y para la que ese pensamiento surge, pensamiento que es, por ello, calificado como «ideología histórica» (3).

En la crítica ideológica del pensamiento penal clásico Norrie destaca en el punto de partida un elemento crucial: «la importancia histórica de la forma ideológica del individuo abstracto y legal (jurídico)» (5), noción determinante en el derecho moderno y que no puede imaginarse sin la filosofía liberal que le sirve de base.

El efecto ideológico de formas legales como la de sujeto jurídico es criticado en primer lugar por Norrie sobre la base de las aportaciones anteriores de Foucault, Pashukanis y Neumann. Especialmente de Marx y Pashukanis toma el diagnóstico acerca de las dos contradicciones fundamentales del pensamiento jurídico: entre individuo abstracto e individuo concreto y entre derecho individual y poder social. El «individualismo jurídico» será el centro de los ataques del autor, como «ideología contradictoria» que oculta la realidad vital de los sujetos y de las relaciones sociales bajo la «absurda mistificación» del individuo consistente en presentarlo abstractamente como libre e igual. Así pues, dos son los elementos ideológicos que sirven para ocultar y mistificar la realidad: el individualismo jurídico y la idea de Estado de Derecho.

El capítulo segundo se dedica al pensamiento penal de Hobbes. La tesis de partida es que hay un vínculo entre las tesis retribucionistas y la idea liberal de la justicia penal, con su insistencia en la responsabilidad individual, y lo que se pretende demostrar en este capítulo es que las raíces de ese pensamiento jurídico individualista y retribucionista están en Hobbes, a quien califica como «el padre fundador de la moderna teoría de la pena» (16). La contradicción principal en Hobbes se daría entre su individualismo jurídico («su concepción del individuo como un ser abstracto, libre») y su materialismo o determinismo («su visión de los individuos como concretamente determinados por sus caracteres») (16). Es, por tanto, una manifestación de la antes mencionada contradicción, propia de la ideología jurídica liberal, entre individualismo abstracto e individuo concreto.

La cuestión básica al tratar de la justificación de la pena de Hobbes consistirá en preguntarse «de dónde le viene al soberano el derecho a penar a sus sujetos» (16-17). Al soberano sus derechos le vienen del pueblo, del consentimiento manifestado en el contrato social. Pero no cabe imaginar que nadie consienta en su propia punición, máxime si se trata de la pena de muerte, pues en todos opera un derecho previo al contrato social y que se mantiene después, que es el derecho a la autoconservación, que justifica incluso su resistencia ante el soberano que trata de castigarle. Por aquí llegaríamos a una contradicción fundamental en Hobbes: entre teoría de la soberanía y derecho de autopreservación: debido a éste, el derecho a castigar que forma parte de la soberanía no puede derivarse del consentimiento. Del consentimiento derivaría la necesidad de someterse al castigo, pero lo natural e irrenunciable es resistirse. Es la tensión insalvable entre «su doctrina del consentimiento humano y de la naturaleza humana» (25). En otros términos, una manifestación de la contradicción entre «una concepción jurídica del contrato social y una descripción naturalística del ser humano» (25).

En cuanto a la justificación de la pena, Norrie ve a Hobbes como precursor tanto de la teoría retribucionista como de la utilitarista. De la primera porque «en la raíz del contrato social está la clásica idea retribucionista del individuo calificado para el castigo por su propio acto legislativo previo. Para Hobbes el acto legislativo es el de un

pacto guiado por la razón, mientras que para Kant y Hegel la existencia actual del pacto es innecesaria dada la naturaleza del ser humano como ser racional. Pero en los tres casos el individuo establece un derecho para sí mismo y su castigo por el crimen es su "propio acto" retornando sobre él (...) La idea del consentimiento individual en el contrato social es la piedra fundacional del moderno retribucionismo» (32).

Pero Hobbes es también, como comúnmente se menciona, precursor de las teorías utilitaristas de la pena, lo que se acredita especialmente con sus consideraciones acerca de la posible utilidad social de castigar a un inocente, cosa que cuadra con el ilimitado poder atribuido al soberano para velar por el bien del colectivo social. Por tanto, la posición de Hobbes sobre el tema es calificada por Norrie como un «híbrido», cuya razón estriba en su contradictoria concepción de la individualidad humana: «Por una parte, Hobbes ve al hombre como individuo libre, capaz de establecer y consentir la institución de la pena. Por otra, Hobbes pinta al hombre como individuo determinado por las pasiones. Consecuentemente con esto último, es normal dibujar el derecho en términos de su habilidad para determinar la conducta mediante sanciones, como una institución utilitaria» (33). «El problema es que ver el estado y la pena bajo esta luz es negar que los individuos sean el tipo de personas que podrían libremente consentir la instauración de un soberano» (37).

El capítulo siguiente, tercero, se dedica al retribucionismo de Kant. Dos elementos de la filosofía kantiana son cruciales en este tema: su idea de la justicia penal como un absoluto moral y su posición acerca de la igual distribución de la pena con arreglo al «ius talionis». En cuanto al modo de ubicar el retribucionismo kantiano dentro de su filosofía moral general, Norrie rechaza su incardinación en la idea de un contrato social hipotético y se pronuncia por entender el retribucionismo como vinculado a la doctrina kantiana de la justicia del derecho y la coerción justa: la justicia afecta a la compatibilización de la libertad de uno con la de los demás según una legislación universal; la coerción es, en principio, un impedimento a esa libertad y, por tanto, injusta; pero la coerción estatal es impedimento de la libertad de alguien que ha impedido injustamente la libertad de otro y, por consiguiente, la coerción estatal es justa en cuanto realiza una doble negación: es impedimento de un impedimento de la libertad. Pero esta construcción kantiana, no debe, según Norrie, interpretarse en términos utilitarísticos de prevención. La clave estriba en los dos conceptos de libertad que aparecen cuando Kant dice que si un cierto uso de la libertad es contrario a la libertad acorde con el derecho universal, la coerción está justificada, en cuanto contrapesa un inicial uso abusivo de la libertad.

Habría por tanto una voluntad racional libre (*Wille*) y una voluntad sometida a las determinaciones causales y las inclinaciones (*Willkur*), en correspondencia con la doble dimensión del ser humano como «homo noumenon» y «homo phaenomenon». Pero en un punto la voluntad racional no es absolutamente libre: se hace libre porque necesariamente, en cuanto racional, sigue el imperativo categórico, el cual compele absolutamente a los seres racionales. Esa libertad racional significa autonomía en cuanto ausencia de determinaciones externas. Pero el derecho no se dirige a regular esa libertad racional, sino la del hombre fenoménico, aquellos comportamientos que están causalmente determinados, pero de los que no se excluye un componente de espontaneidad.

Sintetiza Norrie la cuestión diciendo que «mientras las normas jurídicas surten su efecto sobre los hombres a través de su naturaleza de seres sensibles sujetos a causas externas, su justificación metafísica deriva del derecho moral, que es un derecho de la humana razón y libertad. Las normas jurídicas afectan a la *Willkur*, pero provienen de la *Wille*» (50). Y de esa doble dimensión omnipresente participa también la pena como coerción: es «una concreta negación de la libertad fenoménica y una afirmación metafísica de la libertad moral» (51).

Estamos de nuevo ante un pensamiento en tensión debido al doble concepto de sujeto que maneja: el hombre como ser racional legisla para sí mismo como ser causalmente determinado, con lo que se reproduce la antítesis entre libertad y determinismo, sin resolverla. Hay, por tanto, un hiato entre teoría y praxis, que se manifiesta al preguntarse si la necesidad a que naturalmente estamos sometidos nos justifica y debe

exonerarnos de la pena, o si debemos someternos a ésta por ser seres racionales, aunque nuestra conducta esté determinada. Así formula Norrie la paradoja en que Kant incurriría: «en la medida en que los individuos son moralmente libres su castigo es justo, pero nunca necesario; en la medida en que están regidos por la necesidad natural, su castigo es necesario, pero nunca justo» (58).

El capítulo cuarto se dedica a Hegel. En el caso de Hegel se hace ineludible, según Norrie, comenzar por situar su pensamiento sobre la pena dentro del contexto general de su filosofía idealista y metafísica, evitando así las lecturas utilitaristas que de este pensamiento han hecho autores como Cooper. El dualismo kantiano de naturaleza y forma racional es superado por Hegel viendo en la naturaleza, y también en el derecho, un elemento de orden racional implícitamente presente y que la filosofía especulativa tiene que hacer explícito: lo que es racional es actual y lo que es actual es racional. Forma y contenido quedan así unidos, y no separados como en Kant.

En Hegel la justificación de la coerción y el castigo se muestran en el desarrollo de la idea a través de sus tres etapas de derecho abstracto, moral y vida ética. En el primer paso cada uno se ve a sí mismo como voluntad libre. Cuando, en un segundo paso, el individuo realiza intercambios, contratos, está reconociendo también la voluntad de los otros y asomándose al contenido universal de la voluntad, uniéndose así libertad individual y necesidad moral. En la negación de la voluntad que va unida a todo acto de coacción se reconoce un mal objetivo, pues toda voluntad que coacciona es auto-contradictoria, por negar aquel contenido universal de la libertad de que ella misma forma parte. «El crimen es una injuria o negación de una voluntad libre por una voluntad libre que actúa coactivamente; la coerción, como pena, es la injuria o negación de la voluntad libre que actúa coactivamente; coerción como pena, es, por ello, la negación de la negación» (75). Y esa negación del mal se justifica en razón del propio criminal, como su derecho a reconciliar su voluntad consigo misma, con sus contenidos universales que la hacen posible. Ese sería el contenido subjetivamente justo de la pena, al que se añade su contenido objetivamente justo como restauración del derecho en cuanto racional, la reconciliación del derecho consigo mismo.

El problema del hiato entre teoría y práctica de la pena reaparece aquí en nueva forma. La pena se justifica y es hasta un derecho del delincuente, cualquiera que sean las causas del delito y cualquiera que sea la voluntad real del delincuente, pues todo esto es irrelevante para la razón, razón de la que el delincuente participa en sus contenidos universales, lo sepa o no. El dualismo entre teoría y práctica se supera a costa de una nueva ruptura entre realidad empírica y realidad pensada.

Pero una segunda contradicción se destaca en Hegel cuando, al hablar de las penas con que castigar efectivamente cada concreto delito, deja ver la posibilidad de que el Estado tenga que optar por penas elevadas para protegerse a sí mismo. Hegel admite la posibilidad de que el Estado débil tenga que castigar duramente para protegerse, contrariamente al Estado fuerte, que puede permitirse mayor moderación en las penas. En ese momento, como dice Norrie, «el derecho del individuo deja de ser una exigencia absoluta» y se introducen consideraciones de razón de Estado como concesión a una realidad empírica, social y política, que Hegel había pretendido excluir del pensamiento filosófico y la racionalidad.

El quinto capítulo versa sobre la doctrina retribucionista del idealismo inglés (Green, Bradley, Bosanquet). Para Norrie, en estos autores culmina esa segunda contradicción que se acaba de mencionar en Hegel. El intento de compatibilizar el reconocimiento de los problemas y conflictos sociales con el retribucionismo penal desemboca aquí en una exaltación del Estado intervencionista y de la razón de Estado, lo cual no casa bien con la idea de derechos individuales como base del pensamiento retribucionista.

El análisis de tal pensamiento idealista comienza por T. H. Green. Se resalta cómo este autor diverge de Hegel cuando sostiene que ningún Estado anterior o de su tiempo ha realizado plenamente esa libertad de que Hegel habla, pero ve la historia de los Estados como un progreso hacia tal realización futura, para lo cual, para superar la contradicción entre individualismo libre y la realidad de las condiciones sociales, confía en

el desarrollo del Estado como una activa agencia de intervención (91). No se le escapa que esa intervención estatal de liberación moral conlleva también mayores interferencias sobre la libertad del individuo. Pero esta que se limita sería la voluntad egoísta que busca sólo el autointerés, mientras que la que se favorece por la acción estatal es la voluntad o libertad racional, fundamento último de toda voluntad, incluso de la voluntad individual. Con ello se pretende, de nuevo, legitimar la limitación de la voluntad individual sobre la base de la misma voluntad individual, pero en cuanto guiada por su contenido universal.

En Green se daría una combinación de las concepciones preventiva y retributiva de la pena. Por un lado, en él los derechos tienen un fundamento social, pues sólo en sociedad son posibles, y mediante la pena la sociedad trata de prevenir los atentados contra los derechos orientados al bien común. Sólo en cuanto que los derechos contribuyen al bien común y tienen en él su razón de existir, se justifica la pena como defensa de esos derechos y prevención contra su vulneración. Por tanto, el castigo penal es primariamente preventivo y disuasivo. Pero en ese castigo se contiene también un elemento retributivo, ya que ese reproche social que conlleva se apoya en la idea de que el criminal es capaz de tener conciencia del daño que realiza y de la obligación contra la que atenta, por lo que el castigo, aunque no se vea ya como un derecho originario del criminal, es algo que le es debido y que se le otorga en mérito a sus derechos.

La contradicción contenida en lo anterior, y que Norrie resalta, es cómo puede castigarse al criminal que no tiene conciencia del interés social contra el que atenta, o que deliberadamente no lo respeta, aduciendo que el castigo se debe a la potencial conciencia del criminal sobre los valores sociales que la pena defiende. La función preventiva de la pena y la base exclusivamente social de los derechos por referencia al bien común dejan abierta la cuestión de hasta qué punto subsiste un derecho individual (por ejemplo el derecho del inocente a no ser castigado). Como dice Norrie, si el bienestar social tiene siempre primacía, los derechos del individuo son siempre «precarios y secundarios», con lo que ya no cabe hablar del Estado como conciliador de los derechos individuales.

En suma, para Norrie, Green está más próximo al utilitarismo que al retribucionismo y en su obra la tensión principal, no resuelta, es entre libertad individual y poder estatal.

Esa superación de los soportes básicos del retribucionismo se acentúa en Bradley, quien en su segunda época entenderá que el castigo se justifica como retribución colectiva, como reacción del organismo moral frente al miembro rebelde, y llega a predicar la supremacía moral de la comunidad frente a sus miembros, con lo que hasta la inocencia del penado deja de ser un obstáculo insalvable a la hora de justificar el castigo. Postulados similarmente organicistas y autoritarios se contienen en Bosanquet, quien supera los límites que el retribucionismo establece al castigo en aras de datos subjetivos como la culpabilidad y establece que al hablar del castigo no nos referimos a una cuestión de psicología empírica, sino de «lógica social» (109). El retribucionismo queda convertido en «un principio social y colectivo de venganza» (110).

Según Norrie, la deformación de la tradición retribucionista que los idealistas ingleses llevan a cabo, especialmente al destruir la vinculación kantiana entre retribución y derechos individuales, es la causa de la posterior mala prensa del retribucionismo en Gran Bretaña.

En el capítulo siguiente se ocupa el autor del utilitarismo del siglo XX, a cuyo respecto la tensión fundamental se va a dar entre individualismo jurídico y poder estatal. Norrie toma aquí como autor más representativo a Ewing. Para éste la razón de ser de la pena es la educación moral de los ciudadanos. De ahí que, en principio, para Ewing esa función educativa y disuasoria sólo recae sobre actos realmente malos y sobre los autores que los ha cometido, pues en otro caso no iría asociado el castigo con la maldad del acto y su comisión. No se trata ya de retribuir un mal, sino de conseguir un efecto social mediante el castigo, el efecto de que no se comentan ciertos actos dañosos. Pero la cuestión que inmediatamente aparece es si no cabe cumplir la misma función de educación y disuasión castigando a un inocente (cuya inocencia, por ejemplo,

se oculte a la comunidad) o anticipándose a la comisión del delito y castigando al delincuente potencial. Queda así abierto el tema clave de «cómo asegurar los derechos individuales sobre la base de una doctrina general utilitarista» (125).

Analiza Norrie tentativas como las de Rawls, W. D. Ross, Mabbott o Hart para conciliar utilitarismo y retribucionismo asignándoles ámbitos distintos. Sirva como ejemplo el caso de Hart, para quien se ha de distinguir entre la justificación general de la pena, lo cual acaecerá en términos de utilidad social, y su modo de imposición, lo cual habrá de atenerse a principios retributivos de justicia. Pero en todos estos intentos, según Norrie, la concreta distribución de la pena queda sujeta a la justificación general del castigo en términos de utilidad social, lo cual deja abierta aún la duda sobre si no cabe que esa misma utilidad pida en algún caso que se deje sin sancionar al culpable o, más aún, que se pene al inocente.

En la crítica final, Norrie pone en relación las citadas referencias al bienestar colectivo y al interés general con la afirmación de Pashukanis de que tales referencias suelen servir de respaldo a los ordenamientos autoritarios. En esta clave de creciente autoritarismo y control social habría que entender, según Norrie, el progresivo abandono de los derechos individuales a la hora de justificar la pena, la crisis del retribucionismo en sus términos clásicos. El poder estatal acaba predominando sobre los derechos individuales, si bien ello sucede oculto bajo el lenguaje jurídico individualista y la «posse» liberal de los juristas.

El capítulo siguiente, titulado «individualismo jurídico, libertad individual y justicia criminal» se dedica a la forma más actual que toma la antítesis entre individualidad abstracta e individuo concreto en la filosofía penal, que se presenta ahora encarnada en la discusión entre libertad y determinismo. La tesis que el autor defenderá aquí será la de que pretender aunar ambos polos en la teoría equivale a tratar de conciliar lo inconciliable. El problema de partida es sencillo: si se admite que las conductas humanas están causadas, determinadas por condiciones externas a la voluntad del actor ¿cómo puede exigirse de éste responsabilidad penal individual por ellas?

Norrie expone primeramente varios intentos teóricos para evitar la contradicción entre determinismo y voluntad libre. Las tres primeras posiciones pueden calificarse como *soft determinism*, en la estela de Hume, y parten de que aun cuando el determinismo sea verdadero la responsabilidad penal está justificada sobre la base de la libre voluntad, por las siguientes razones: uno, la noción de elección individual; dos, la noción de capacidad de elegir; y tres, la idea de acción. El primer argumento se examina en cuanto sostenido por Hart. Para éste, «bajo el derecho, el individuo determina su propio futuro mediante sus elecciones, y esto es verdad tanto si sus elecciones están determinadas como si no» (144), y el derecho sólo exonera de responsabilidad cuando algo impide que la elección que antecede al comportamiento tenga lugar. Por tanto, para Hart la libertad no es libertad «contra-causal», la libertad «para actuar contra las causas que determinan el propio comportamiento, la libertad de elegir de modo distinto a como se hace; más bien es la habilidad para seguir los propios deseos, cualquiera que sean sus causas» (144). Esta postura de Hart es criticada por Norrie como incoherente, por ser contradictoria la idea de «elección determinada» y como conceptualmente confusa, ya que el concepto de elección supone no sólo que algo se elija, sino que se pueda elegir de otro modo.

También examina brevemente y critica Norrie las doctrinas compatibilistas de Glover y Michael Moore, que, allí donde Hart colocaba la idea de elección, sitúan, respectivamente, las de capacidad de elección o habilidad para realizar acciones, si bien cabe la misma crítica que se mencionaba frente a Hart, ya que tanto esa capacidad como esa habilidad (o la creencia de que en cada caso se poseen) pueden estar determinadas.

A continuación, Norrie se propone mostrar cómo los términos de la contradicción entre libre voluntad y determinismo se manifiestan no sólo en el debate teórico, sino en el derecho mismo, para lo que examina los eximentes admitidos por el derecho y el modo en que los jueces atenúan las penas. En cuanto a lo primero, ante eximentes como la *duress* (fuerza) se muestra que el derecho adopta también una perspectiva

compatibilista entre determinismo y libertad: allí donde hay *agency*, acto individual realizado como propio (exista o no una determinación de base en ese actuar), existe la responsabilidad penal, y cuando falta hay un eximente. Pero esta perspectiva compatibilista acaba de ser criticada por Norrie en sus manifestaciones teóricas.

Ante eximentes como los de error, accidente, *provocation* o *insanity*, el derecho entiende que una causa externa elimina la *agency*, por cuanto que excluye toda razón o intención del acto. Pero el problema se plantea con el eximente de *duress*, circunstancia en la que el autor actúa con «razón e intención» pero el derecho lo entiende de todas formas determinado. Es el único caso en que se entiende que esos componentes de la «*agency*, razón e intención», pueden caer también bajo alguna forma de determinación. Y aquí viene el problema: «¿si el derecho admite la “*duress*” como eximente de la conducta criminal, sobre la base de que el comportamiento racional e intencional está determinado, por qué pararse ahí? El determinista puede con toda legitimidad argumentar que no hay en principio diferencia entre una pistola apuntando a la cabeza y un sustrato socioeconómico insostenible» (156).

En la conclusión de este capítulo, Norrie ve tanto a los intentos teóricos como a las construcciones jurídicas que pretenden compatibilizar voluntad libre y determinismo como pretensiones de reconciliar una vez más la idea de autonomía individual con la admisión de la determinación social y contextual de la acción individual. Nuevamente la tensión entre individualismo jurídico abstracto e individualidad concreta. Lo que las doctrinas y construcciones reseñadas significan es, para Norrie, ideología. Las tesis teóricas tratan de reconciliar los derechos individuales con la utilidad social del castigo. Responden a nuevas necesidades de legitimación de una práctica jurídica que avanza. «La doctrina jurídica sigue tratando de explicar, racionalizar y justificar lo que los juristas prácticos hacen» (163). Ahora bien, ese respaldo ideológico, con sus antítesis y tensiones y su modo de pseudoresolverlas es necesario para que el derecho pueda existir con las estructuras con que lo entendemos. «El derecho —dice Norrie— tiene que *descontextualizar* la acción si se ha de atribuir responsabilidad a los individuos. Si mira por detrás de los individuos a las condiciones de existencia de éstos (...) se convierte en imposible e irrelevante castigar a los individuos. La circunstancia social y política se convertiría en el nivel relevante para la atribución de “responsabilidad”. Similarmente, la función ideal del derecho es el control de los individuos, entendidos como actores racionales, a través de su convicción, penalización y disuasión. Si los individuos no fueran vistos de esa manera abstracta, sino más bien situados en su contexto social, esta función se convertiría en fútil. La justicia no significaría entonces la convicción y disuasión de individuos responsables, sino la reforma de condiciones antisociales y criminógenas» (164-165). Aquí es donde ciertas alusiones a la justicia en la ideología jurídica se muestran como ficticias: «el derecho opera con una forma deshumanizada de individuo que ignora el contexto de la acción individual. Por ello, su pretensión de promover la justicia individual se esfuma» (165).

El octavo capítulo trata de la tensión entre individualismo jurídico y poder estatal en el razonamiento jurídico. Mediante el análisis de tres sentencias trata Norrie de demostrar cómo, pese a la pretensión de MacCormick de que el razonamiento jurídico es una rama del razonamiento práctico y es, por tanto, susceptible de racionalidad, a menudo los jueces soslayan la lógica o los criterios racionales de interpretación para imponer puntos de vista consecuencialistas que atienden ante todo a la conveniencia derivada de una cierta razón de Estado, en detrimento de los derechos individuales, que quedarían protegidos si los jueces operaran con la adecuada pureza técnica a la hora de interpretar y aplicar la norma expresada en lenguaje abstracto. Con ello no obtienen racionalidad para su proceder, sino que realizan una «racionalización» de prácticas contrarias al derecho individual y favorecedoras del poder estatal. Vista así, la doctrina legal aparece como ideología y no como forma del razonamiento práctico. Y así es como Norrie finaliza el capítulo con una crítica a la jurisprudencia analítica y al análisis legal tradicional, precisamente por su incapacidad para tomar en cuenta el contexto social y político del derecho. «Quedarse dentro del tradicional análisis racionalístico es ignorar las fundamentales contradicciones sociales e históricas en el corazón mismo del derecho» (188).

El último capítulo se dedica a «los límites de la ideología legal». Hace balance el autor de lo expuesto acerca de cómo el retribucionismo clásico se fue transformando en su contrario, el utilitarismo, a medida que las necesidades de la sociedad capitalista imponían una mayor intervención del Estado en los procesos sociales y sistemas no individualistas de control social. Desde esta óptica, la vuelta a Kant que se expresa en ciertos autores de las últimas décadas al hablar de la justificación de la pena, merece, según Norrie, una valoración doble. Por un lado, tiene un componente positivo, pues la vuelta a la idea de culpabilidad o de castigo como retribución merecida supone una reacción frente a los excesos o riesgos autoritarios y estatistas del utilitarismo y equivale a poner límites frente al Estado. Pero, por otro lado, «el intento de establecer un sistema justo de justificación penal en una sociedad injusta es una contradicción en los términos» (197). Las formas jurídicas poseen una virtualidad positiva, ligada a la defensa de los derechos individuales y la igualdad formal; pero sin la supresión de la injusticia social real, esas formas son sólo ideología ocultadora. El mismo carácter compartirá la filosofía de la pena que se quede en ese nivel y no busque la raíz social de los fenómenos que analiza. «La forma y el contenido jurídico permanecen en contradicción, de modo que todo intento de racionalización y legitimación sólo puede triunfar sobre la base del ocultamiento de la fundamental relación histórica entre la ideología individualista occidental de la pena y el subyacente carácter social de la criminalidad y el poder estatal» (202-203).

Juan Antonio GARCÍA AMADO