Josep M^a VILAJOSANA,
Las razones de la pena,
Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 183 pp.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES
Universidad de Guanajuato, México

Palabras clave: penas, retribucionismo, utilitarismo, determinismo, equilibrio reflexivo
Keywords: punishment, retributionism, utilitarianism, determinism, reflective equilibrium

En este libro de amena claridad Josep María Vilajosana nos introduce en uno de los tópicos más interesantes para la filosofía del Derecho: las justificaciones de la pena. Escrito en el modo típicamente analítico, el profesor de la Universidad Pompeu Fabra va desgranando las posiciones teóricas desarrolladas con aquella finalidad. *Las razones de la pena* se compone de nueve breves capítulos articulados en base a un método definido; las distintas propuestas sobre la justificación de la pena; las implicaciones que la noción de libre albedrío –y, sobre todo, su ausencia– tiene para la anterior empresa y concluye ensayando una vía de conciliación entre las propuestas mencionadas. En mi opinión, estamos ante un trabajo muy bien logrado puesto que nos introduce de manera sencilla en cuestiones complejas, tanto desde el punto de vista moral como político, además de intercalar sobriamente su estructura general con ejemplos iluminadores. En lo sucesivo procederé de conformidad con la propia estructura del libro: en primer lugar, me referiré al método, luego daré un repaso a las razones de la pena y concluiré con el problema del libre albedrío así como con un comentario a la propuesta de conciliación del autor.

Es conocido que la filosofía o, mejor, el método analítico se caracteriza por la precisión conceptual que pone énfasis en el lenguaje, la claridad de pensamiento, la coherencia, la argumentación, etc. En esta misma línea, para Vilajosana el análisis filosófico descansa “en su capacidad de ofrecer una

concepción de nuestra red conceptual en determinado campo que pueda explicar nuestras intuiciones conceptuales”; intuiciones entendidas, y esto es relevante, no de forma irracional sino en tanto “ideas que tenemos de una determinada cuestión antes de haberlas sometido a una reflexión ordenada, sistemática y coherente” (p. 21). Ello explica su preferencia por el método del equilibrio reflexivo rawlsiano toda vez que permite aplicar un test de coherencia a diversas creencias abstractas *prima facie* contradictorias que se patentizan al abordar alguna cuestión. En una suerte de ir y venir reflexivo, la finalidad de dicho método no es otra sino encontrar un esquema o “reconstrucción” donde intuiciones conceptuales se ajusten entre sí de la mejor manera posible. En el caso del libro que nos ocupa, básicamente, el autor aplica tal método para analizar argumentos normativos sobre la práctica de imponer penas; para comparar las distintas teorías sobre sus justificaciones disponibles y, por último, para proponer un “ajuste” entre aquellas. Su reconstrucción gira en torno a lo que denomina “lógica interna” de la pena; compuesta por su determinación, su modalidad y el sujeto pasivo (pp. 22-3).

La imposición institucional de penas es, sin género de dudas, uno de los rasgos distintivos del Estado contemporáneo. Y aunque con el paso del tiempo se han ido conquistando garantías, límites o derechos en esa práctica, no es menos cierto que el Derecho Penal en general, y la imposición de sanciones en particular, reviste, como se nos recuerda con L. Ferrajoli, una “intrínseca brutalidad”. Ahora, ¿qué entiende Vilajosana por pena? Retomando una definición de H. L. A. Hart nos dice: “pena es un acto que ocasiona un daño, impuesto como consecuencia del incumplimiento de una norma jurídica, que se inflige al responsable del incumplimiento, es administrado intencionalmente por seres humanos distintos a la víctima, y cuya imposición y regulación vienen determinadas por el sistema jurídico, cuyas normas han sido incumplidas” (pág. 17). En la definición del profesor de Oxford, además de la nota del carácter institucionalizado y de su aplicación a cargo de un tercero imparcial, ocupan un lugar central las normas jurídicas –reglas *stricto sensu* en la teoría contemporánea de la norma jurídica–. Las reglas, debemos destacar, son indispensables para dar cumplimiento a los conocidos principios de estricta legalidad o taxatividad en materia penal¹. Dicho esto, repasemos las cinco justificaciones identificadas por el autor.

¹ Pero véase: J. J. MORESO, “Principio de legalidad y causas de justificación. (Sobre el alcance de la taxatividad), *Doxa*, núm. 24, 2011, pp. 525-546.

En primer lugar tenemos el *retribucionismo*. Orientada hacia el pasado, esta justificación se fija en la idea de que la pena es el precio que el delincuente tiene que pagar por sus actos, ni más ni menos –“ojo por ojo, diente por diente”, como reza la cita bíblica–. Existe otra justificación referida al desequilibrio social vinculado al principio hartiano del *fair play*. Aquí es el incumplimiento de las normas en beneficio propio, faltando a su deber de reciprocidad con quienes sí las cumplen y violentando con ello el equilibrio social, lo que justifica la imposición. El retribucionismo se basa en la premisa fundamental de que los seres humanos somos responsables de nuestros actos; o, lo que es lo mismo, que podemos actuar de manera distinta. Por tanto, sólo puede ser sancionado desde esta perspectiva aquél que haya cometido un acto tipificado como delito. Esta justificación se caracteriza, asimismo, por defender los principios de igualdad y proporcionalidad para su determinación. No obstante, el autor apunta algunos problemas para satisfacer a cabalidad esos principios (¿es proporcionado “marcar” a violadores en serie?; ¿qué pena debe imponerse al delito de falsificación de documentos?). Otra cuestión interesante de este capítulo, que Vilajosana retoma de R. Nozick, son las diferencias que nos ayudan a distinguir entre retribucionismo y simple venganza. La venganza, efectivamente, es algo que quizá esté inscrito en nuestra concepción llana de justicia; pero ello no significa que esté justificada, mucho menos que se equipare al retribucionismo. Los argumentos brindados en esta parte nos ayudan a comprender el porqué (p. 38 y ss.).

Las teorías de la *prevención*, en su vertiente especial –dirigida al infractor– y general –dirigida a la sociedad en su conjunto–, se abordan en el siguiente capítulo. La finalidad de la pena desde este punto de vista es *disuadir* la comisión de nuevos delitos, por lo que la mirada aquí está puesta en el futuro. Se hace notar, con el grueso de la doctrina, que si el objetivo de la pena está fuera de sí misma podría imponerse por razones utilitarias, es decir, imponerse inclusive contra aquellos que no hayan cometido acto delictivo alguno, siempre que ello contribuya a la consecución del fin mencionado. Múltiples son los factores que inciden para la eventual efectividad de la disuasión: la dureza del castigo, la certeza de que la pena se aplicará así como la celeridad en la imposición del mismo. El cálculo o probabilidad de ser sancionado –o mejor, la *percepción* que tenga el potencial delincuente–, relacionada con la aversión al riesgo, es lo que lleva al autor a sostener que se disuadirá más con penas pequeñas pero de aplicación segura que con penas grandes que sólo se aplicasen ocasionalmente. Se dedica una parte de este

capítulo a analizar la importancia del principio de dignidad humana para la imposición de las penas o a preguntarse si es posible imponer penas a inocentes². Señala Vilajosana que desde esta perspectiva no es necesaria una defensa de los principios de igualdad o proporcionalidad sino que, por el contrario, bien podría defenderse desde sus premisas la imposición de penas más duras. La modalidad de la pena, asimismo, también tiene que ser desagradable en el coste que le supone al autor infligir las normas para que ello sea susceptible de incidir en su conducta futura. Finalmente, y por lo que hace al sujeto pasivo, esta posición no se compromete necesariamente con la sanción al sujeto responsable pues bien podría justificarse la sanción a un inocente, incluso a sabiendas de que lo es (pp. 64-5).

Otra de las justificaciones de la pena tiene que ver con *incapacitar* y aislar al delincuente. Lo fundamental es privarle de la oportunidad de que vuelva a cometer futuros crímenes protegiendo a la sociedad en su conjunto –si bien es cierto que en ocasiones se olvida que el recluso puede seguir causando daño a sus compañeros o cometiendo delitos desde el centro penitenciario, como sucede en Latinoamérica–. La incapacitación puede ir desde la ya aludida reclusión, pasando por la mutilación de miembros hasta la pena de muerte. Acompaña a este punto de vista una presunción de que aquella persona que ha delinquido es muy probable que reincida en su conducta. En los Estados Unidos³, por ejemplo, este enfoque tiene cierto predicamento y se ha querido relacionar causalmente la disminución de índices delictivos con la promulgación de leyes parcialmente inocuizantes (del tipo “*three strikes and you are out*”). Sin embargo, explica Vilajosana que la disminución no se debió a ello sino a “una disminución en la franja de edad proclive a cometer delitos que sucedió durante el periodo que va desde los años de 1990 a finales del año 2010” (pág. 68). Por lo que hace a la determinación de la pena, debe decirse que aquí no se precisa que el entorno sea desagradable pues la finalidad de la pena podría cumplirse recluyendo al infractor en entornos paradisíacos.

² Advierte nuestro autor que si la pena tiene entre sus rasgos definitorios “infligir un daño al responsable de la vulneración de una norma jurídica”, entonces cuando se castiga a un inocente se hace una cosa distinta a la imposición de una pena. Dicho en otros términos *la penalización del inocente será una imposibilidad lógica*, como lo sería sostener la existencia de un soltero casado (p. 57).

³ Algunos datos sobre reincidencia en Estados Unidos pueden verse en el reporte: *Recidivism of Prisoners Released in 30 States in 2005: Patterns from 2005 to 2010*, US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, (abril de 2014). Visible en: <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/rprts05p0510.pdf> [última consulta 13/03/2016].

cos. Asimismo, si la posibilidad de reincidir es relevante, desde este punto de vista pueden revestir importancia estudios genéticos.

La pena como medio para *rehabilitar* al delincuente es la cuarta justificación expuesta. El centro de atención y preocupación recae en el delincuente así como en tratar de indagar en las causas o factores –sean biológicos, psicológicos o sociales– que expliquen su actuar. Ahora bien, ¿qué tan legítimo resulta centrarnos en modificar el proceder de alguien a fin de que tenga una vida más digna y exitosa? ¿No supone ello una suerte de perfeccionismo moral? El profesor catalán dedica parte de este capítulo a sostener que esta justificación no se basa en el perfeccionismo o en el elitismo moral; pero sí en un paternalismo justificado en la medida en que se trata a las personas como incompetentes básicos con un fin benevolente (p. 78 y ss). Puede apreciarse entonces que el delincuente es considerado un enfermo que necesita tratamiento, con la esperanza de que, una vez se haya “sanado”, pueda reincorporarse a la sociedad sin causar mal a nadie. Y precisamente por eso se hace difícil fijar la pena desde esta perspectiva puesto que, por un lado, no todas las personas reaccionan de igual forma al tratamiento –lo que podría dar lugar a su indeterminación– y, por otro, no sería un juez sino un psicólogo, médico o sociólogo quien estaría en mejores condiciones de hacerlo. Los más grandes escollos tienen que ver con el sujeto pasivo puesto que se precisa conceptualmente que *todos sean* susceptibles de recibir un tratamiento eficaz, lo que podría quedar desmentido en casos como los de violadores compulsivos; o incluso presentar problemas con la legitimidad del propio tratamiento: ¿aceptaríamos como remedio eficaz la castración química en esos mismos casos?

La *justicia restaurativa* o reparadora como “proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas en un delito resuelven de manera colectiva la forma de tratar sus consecuencias inmediatas y sus repercusiones futuras” (pág. 105), es la última justificación analizada. Esta perspectiva supone una revuelta contra la “neutralización de la víctima”, así como un severa crítica a los fines y prácticas tradicionales de imposición de la pena al considerarlos “deshonestos al declarar sus intenciones”, “brutales”, por no decir que son un rotundo fracaso. La centralidad en el proceso aquí, por tanto, la pasa a ocupar la víctima frente al delincuente. Vilajosana señala que pueden encontrarse tres tesis que fundamentan esta posición así como tres modelos de la misma. En el primer supuesto, las tesis civilizatoria, comunitarista y del discurso moral; en el segundo, los modelos del encuentro, reparador o trans-

formador (p. 108 y ss.). Esta perspectiva se ha mostrado particularmente útil en el caso de la justicia para adolescentes; delitos menores entre adultos o, inclusive delitos graves en determinadas condiciones; así como delitos cometidos por personas jurídico-colectivas. Por lo que hace a la modalidad de la pena, la justicia restaurativa se enfrenta a la imparcialidad pues su determinación depende del acuerdo deliberado entre partes (comunidad incluida) además de contraponerse al retribucionismo. Aquí la finalidad no es infligir un mal. La posibilidad de la pena está supeditada a la capacidad de perdonar de la víctima como de la buena disposición del delincuente.

Una de las partes más interesantes del libro es cuando Vilajosana hace frente al desafío del determinismo. Un sujeto pasivo responsable es, en efecto, el presupuesto necesario de la imposición de todo castigo; pero ¿somos realmente “responsables” de nuestros actos? Una idea central para la filosofía moral es la de responsabilidad. De ella dependen conceptos tales como mérito, reproche, elogio o culpa. Pues bien, existe un cuerpo de doctrina asociado al “determinismo”, o a la negación del libre albedrío, que va desde la literatura mitológica para la que los individuos no éramos sino “juguetes” en manos de unos dioses vanidosos o caprichosos; o bien, desde el campo de la física, que sostiene que el universo está determinado causalmente desde su origen. Nada puede ser de otra manera. Lo que sucede forma parte de un guión abocado fatalmente a cumplirse. Si no está a nuestro alcance hacer otra cosa que lo que de hecho hacemos, ¿tiene sentido asignar culpa a alguien? El autor nos invita en el capítulo séptimo (pág. 125 y ss.) a pensar qué pasaría si descubriéramos que los delincuentes poseen características genéticas particulares que los *predisponen* a la comisión de actos violentos; o que pensemos en quienes sostienen que condiciones socioeconómicas predisponen la conducta antisocial o la delincuencia. ¿Podríamos considerarlos merecedores de castigo, en el primer caso? ¿No supondría, en el caso de los marginados socialmente, que éstos merecen ser castigados en menor medida que los más favorecidos? Pero las consecuencias que tendría el determinismo, más que devastadoras, incluso, nos parecen ajenas a nuestras prácticas sociales. La vía “compatibilista” adoptada por el autor de *Las razones de la pena* toma parte de la verdad tanto del determinismo como del libre albedrío.

Retomando un argumento de P. Strawson en *Freedom and Resentment*, Vilajosana sostiene que nuestras actitudes de gratitud o resentimiento, o la que Strawson llama “actitud objetiva”, son las que sostienen nuestros impulsos de asignar responsabilidad, y por tanto retribuir o censurar por sus actos,

a las personas (p. 137). En el primer caso, se trata de “actitudes participativas”, esto es, reacciones que tenemos cuando entramos en contacto con otros agentes; materializadas al recibir la buena voluntad o ayuda de una persona o al ser heridos o dañados, respectivamente. En el segundo de los casos, la reacción es la que se deriva cuando tratamos con personas psicológicamente anormales, donde las reacciones anteriormente descritas no parecen apropiadas: podemos verles –dice Vilajosana– como objeto de estrategia social o de tratamiento, quizás, pero no como personas que producen en nosotros las reacciones propias del compromiso y participación mutua (pág. 138). El núcleo del argumento de Strawson es que si fuese verdadero el determinismo miraríamos a todas las personas desde el punto de vista “objetivo”. Sin embargo, es casi imposible –incluso ahondando en un mayor conocimiento de nosotros mismos– que nos reconozcamos en nuestras relaciones humanas sin la actitud participativa señalada (p. 139). No podemos concebirnos sin un cierto “sentido de justicia”.

Por último, ¿podemos compatibilizar todas las intuiciones presentes en nuestra práctica de imponer penas con sus distintas finalidades? A esta pregunta dedica el autor la parte final de su trabajo (pág. 143 y ss). Las incompatibilidades parecen manifiestas; sobre todo, si pensamos en el retribucionismo y otras propuestas de justificación. Con todo, existen varias estrategias conciliatorias. En primer lugar, se destaca el carácter también normativo, y no meramente causal, de la relación entre víctima y delincuente, entre lo que el primero siente y debe sentir. Si tenemos presente lo anterior, la distancia entre el retribucionismo y la justicia restaurativa se reduce puesto que –por ese componente normativo– debemos preguntarnos sobre lo que tenemos que hacer para restaurar aquella relación o para compensar el daño causado. Hay procesos de justicia restaurativa que, en definitiva, pueden ser vistos como ejemplos de lo que las penas deben ser. En segundo lugar, señala Vilajosana la idea de “pirámide regulatoria” propuesta por J. Braithwaite, según la cual el sistema penal debe asemejarse a una pirámide en cuya base se encuentre la aplicación de medidas restaurativas hasta llegar a la incapacitación o encarcelamiento para delincuentes recalcitrantes (p. 148). Adviértase que no se *uniformiza* ni tampoco se *jerarquiza* el tratamiento sino que deja a la mano el amplio abanico de penas y sus posibilidades. Sin embargo, esta propuesta adolece del inconveniente de dejar de lado el aspecto retribucionista que difícilmente podemos separar de nuestras intuiciones.

En el caso de retribucionismo y las propuestas disuasorias de corte utilitarista la conciliación se ha intentado bien a través del merecimiento limitado por la utilidad (*v. gr.* el juez debe respetar los principios de proporcionalidad e igualdad, a menos que exista un intolerable incremento en la delincuencia); o bien, por una visión utilitarista limitada por el merecimiento (*v. gr.* prevalece la utilidad de la sanción a menos que el resultado sea intolerablemente injusto desde el punto de vista retributivo). Interesante es la aplicación de la teoría de J. Rawls para ofrecer una retribución en la distribución sin utilitarismo. Desde los postulados rawlsianos, nos dice Vilajosana, es posible preferir un tipo especial de sociedad donde se castigue a las personas correctas e impere el principio de culpabilidad vía elección racional. En este caso el fundamento no es ni utilitarista ni retribucionista (p. 159 y ss). La aplicación del equilibrio reflexivo en la obra del profesor de la Pompeu Fabra, finalmente, nos ofrece un cuadro bastante completo y sugerente sobre la viabilidad de compatibilizar algunas de nuestras intuiciones en esta materia; así como la imposibilidad, en otros casos, de sostener lo anterior en puntos particulares. Por ello podemos concluir que quien se acerque a este “pequeño-gran” libro encontrará una guía sólida para entender la complejidad que se esconde tras la práctica de imponer penas –así como en los fines que perseguimos– en nuestras sociedades. Y ello, en sí mismo, ya es motivo de agradecimiento.

FRANCISCO M. MORA SIFUENTES
Universidad de Guanajuato, México
e-mail: fm.mora@ugto.mx