



La justificación de la pena

Leo Zaibert
Union College, New York
zaibertl@union.edu

Resumen

La aproximación tradicional al problema de la justificación de la pena adolece de una exagerada estrechez axiológica. La preocupación central ha siempre girado en torno a si la pena en esta o aquella ocasión es permitida o no. No hay duda de que este es un problema importante, pero no es el único problema. Penas que es permisible imponer pueden ser indecentes o repugnantes – y el análisis de estas importantes características es imposible dentro de la estrecha aproximación tradicional.

Palabras clave

Pena, retribucionismo, consecuencialismo, axiología, normatividad, ética.

Justification of punishment

Abstract

The traditional approach to the problem of the justification of punishment suffers from an exaggerated axiological narrowness. The central concern has always surrounded the question as to whether or not a certain punishment is permissible. There is no doubt that this is an important problem, although it is not the only problem. Punishments that we may be permitted in inflicting can also be indecent or repugnant – and the analysis of these important characteristics is impossible from the perspective afforded by the overly narrow traditional approach.

Keywords

Punishment, Retributivism, Consequentialism, Axiology, Normativity, Ethics.

1. La pena y sus justificaciones tradicionales

La pena, por definición, supone algún malestar, algún dolor, alguna privación, algún pesar –supone, en fin, algún tipo de sufrimiento, en sentido lato– para el penado. Por supuesto, puede ocurrir que la prisión, por ejemplo, no represente ningún tipo de sufrimiento para algún penado; pero en la gran mayoría de los casos las penas no sólo suponen, en teoría, este sufrimiento, sino que lo acarrea efectivamente en la práctica. (Qué hacer en aquellos casos en los que la “pena” no resulta en lo absoluto desagradable para el condenado constituye un problema esencialmente político: calibrar las penas muy específicamente puede resultar engorroso en virtud de las implicaciones iliberales –de hecho, Orwellianas– de tal proyecto.)

Independientemente de las vicisitudes relativas a si el sufrimiento que la pena supone en teoría se materializa en la práctica, resulta obvio que la tarea justificativa con respecto a la pena es en cualquier caso ardua. No es sencillo explicar porqué puede el Estado estar justificado para causar sufrimiento a persona alguna. No hay duda de que el hecho de que el penado ha cometido un crimen facilita dicha justificación, pero tampoco hay duda que esta facilitación es meramente parcial. Es por ello que el problema de la justificación de la pena –después de siglos de debate– continua siendo activamente debatido.

En esencia, históricamente el debate ha enfrentado a dos corrientes de pensamiento. Por un lado encontramos a los “consecuencialistas”, quienes consideran que la pena se encuentra justificada cuando la misma supone la reducción de sufrimiento aguas abajo. Es decir, si bien el sufrimiento que la pena acarrea, como tal, es evidentemente algo lamentable, hacer sufrir al penado a cambio de evitar mucho sufrimiento, del penado mismo pero mucho más potencialmente de cualquier inocente miembro de la comunidad, dicho contrapeso inclina la balanza, y en efecto justifica la pena. Ejemplos tradicionales de las consecuencias que la pena potencialmente acarrea incluyen la prevención, y ésta es a su vez el resultado de la disuasión (es de suponer que tanto el penado mismo, como la población en general, temen la pena, y no querrían actuar de manera tal que se hiciesen merecedores de la misma); de la incapacitación (el penado, en virtud de la pena, se encuentra por un tiempo inhabilitado para cometer delitos –excepto con respecto a sus compañeros de prisión); de la educación (en el sentido de que la pena en sí misma constituye una enseñanza, tanto para el penado como para la población en general: el estado, a través de la pena, comunica mensajes pertinentes con respecto a los valores de la sociedad). Por el otro lado encontramos a los retribucionistas, quienes consideran que la pena está justificada en cuanto es merecida. El penado ha hecho algo que lo hace merecedor de la pena, y esto es, en algunas versiones de esta teoría, suficiente para la justa aplicación de la pena. El retribucionista no está en lo absoluto opuesto a las consideraciones preventivas que preocupan a los consecuencialistas, es sólo que no considera que ellas sean cruciales a la hora de justificar la pena. Si la pena que se inflige por merecida además resulta que contribuye a la prevención del delito, pues mejor aún; pero si la pena es merecida, ha de aplicarse incluso si no previene delitos futuros.

En virtud de los aspectos atractivos en ambas corrientes de pensamiento, no ha de sorprender que considerable energía haya sido puesta al servicio de buscar alguna manera de combinar coherentemente ambas corrientes. Sin embargo, esta búsqueda ha sido infructuosa. Las teorías eclécticas han resultado un fracaso: algunos resultados satisfacen a los consecuencialistas pero no a los retribucionistas, mientras que otros satisfacen a los retribucionistas, pero no a los



consecuencialistas¹. Aunque este fracaso ha sido a veces estruendoso, no debería de sorprender a nadie. En cierto sentido ésta no es más que una manifestación del mismo tipo de fracaso común a nivel de las teorías éticas generales, en donde resulta sumamente difícil combinar los aspectos atractivos del utilitarismo con los aspectos atractivos de la deontología. Es decir, a pesar de que sintamos atracción por aspectos pertenecientes a cada una de estas teorías generales, combinar coherentemente estos aspectos es sumamente difícil. Más aún, así como al nivel de teorías éticas generales ha habido un cierto renacer de las éticas de la virtud –como modo de superar el binario debate entre el utilitarismo y la deontología–, también en el ámbito de la justificación de la pena ha habido un “giro aretaico”, aún cuando los proponentes de este giro en materia penal han hecho énfasis en aspectos relativos a la culpabilidad (por ejemplo: sugiriendo que debemos atender a estados mentales de los defendidos no tradicionales), y no tanto con respecto a la materia relativa a la justificación de la pena en particular.

2. Complicaciones (y reformulación) del debate tradicional

Es conveniente aclarar algo acerca de la relación entre los debates éticos en general y los debates particulares sobre la justificación de la pena. Tradicionalmente se ha sugerido que el retribucionismo es, en cuanto a la justificación de la pena, la posición obligada para adherentes de la deontología como posición ética general, y que el consecuencialismo, a su vez, no es más que la posición que, en cuanto a la justificación de la pena, los utilitaristas se ven obligados a adoptar. Sin negar que estas correlaciones en efecto recogen atinadamente ciertas tendencias y semejanzas, es importante acotar que se puede ser utilitarista a nivel general y retribucionista en cuanto a la justificación de la pena, y se puede ser también deontológico a nivel general y consecuencialista en cuanto a la justificación de la pena.

148

Una vez hecha esta acotación, de inmediato surge un problema adicional: se ha tornado cada vez más difícil establecer cuál es la diferencia entre el retribucionismo y el consecuencialismo. Por supuesto, el germen de la distinción es claramente discernible en lo ya dicho: al retribucionista le interesa determinar si el penado merece la pena, mientras que al consecuencialista le interesa determinar las posibles consecuencias positivas de ejecutar la pena. Pero ya que puede haber retribucionistas a quienes les interese elementos diferentes al merecimiento, y también “consecuencialistas” a quienes les interese el merecimiento, la distinción a veces puede tornarse turbia. Pero el mero hecho de que haya expresado cierto escepticismo acerca de la posibilidad de que el “consecuencialista” reconozca al merecimiento como un elemento a tomar en cuenta a los efectos de la justificación de la pena apunta hacia una manera relativamente clara de establecer la distinción que nos ocupa.

El camino que nos lleva hacia una distinción clara entre retribucionismo y consecuencialismo pasa por advertir acerca de los embrujos de una de las variantes espurias de eclecticismo. La variante en cuestión fue hecha famosa, de manera más o menos simultánea, por Anthony Quinton y por John Rawls², y fue luego en esencia repetida por muchos otros autores. La versión de Quinton es quizás la más clara, y será la que usaré como ejemplo. Quinton sugirió que en realidad nunca ha habido una oposición entre el consecuencialismo y el retribucionismo, pues, en rigor, el retribucionismo jamás ha debido entenderse como una posición ética (o normativa). Para Quinton, el retribucionismo no es más que la insistencia en que la pena sólo

¹ Véanse las referencias en Leo Zaibert (2006), especialmente pp. 10-15.

² Véase Rawls (2001) y Quinton (1954).

puede considerarse para el culpable: es una tesis semántica o lógica. Por ello, en su opinión, el retribucionismo puede –o más bien deb– coexistir con consideraciones consecuencialistas: cuando deliberamos acerca de si alguna pena ha de ser ejecutada, en primera instancia la pregunta invita a una respuesta retributiva (¿es la persona efectivamente culpable?) pero en segunda instancia, la pregunta invita a una respuesta esencialmente consecuencialista (¿cuáles son las consecuencias positivas de castigar a una persona?). Obviamente, dudo que exista un retribucionista que se sienta reflejado en semejante caricaturesca descripción de su posición: insistiría, por supuesto, en que su posición es normativa, y no meramente semántica o lógica.

Aún dejando de lado esta errónea estrategia, resulta sin embargo claro que existe una asimetría entre el ecumenismo del retribucionismo y lo restrictivo del consecuencialismo. En esto, más que en ninguna otra consideración, radica la diferencia esencial entre ambas aproximaciones. El retribucionista reconoce que muchas cosas pueden ser importantes a los efectos de justificar la pena; no cabe duda de que el retribucionista presta especial atención al merecimiento, pero éste no es más que un elemento entre (potencialmente) muchos otros. En contraste, el consecuencialista, sorprendentemente, se niega a aceptar que el merecimiento posee importancia alguna. Al consecuencialista lo motiva una sola consideración: la reducción del sufrimiento en el mundo: en tanto la pena supone sufrimiento, la única manera en la que el consecuencialista puede tolerarla es si la misma tiende a reducir más sufrimiento del que ella misma acarrea. En otras palabras, la incesante preocupación por disminuir el sufrimiento le impide al consecuencialista reconocer el valor de cualquier otra consideración.

Aunque el diagnóstico relativo a la estrechez axiológica del consecuencialismo ofrece una valiosa contribución –esto es, permitirnos distinguir de manera clara las dos justificaciones tradicionales– sus implicaciones van todavía más allá. Aún cuando evidentemente menos que el consecuencialismo, el retribucionismo también se muestra algo deficiente en cuanto a la importancia de un análisis verdaderamente rico en términos axiológicos. Ciertamente, como hemos visto, el retribucionismo admite al menos un elemento que el consecuencialismo rechaza: el merecimiento. Pero esto no es suficientemente; desde otro punto de vista, desde un punto de vista metodológico, el retribucionismo es casi tan culpable como el consecuencialismo de una suerte de miopía axiológica. En otras palabras: es la aproximación jurídico-filosófica tradicional al difícilísimo problema de la justificación de la pena –bien sea retribucionista, consecuencialista, o ecléctica– la que manifiesta esta miopía.

La miopía consiste en asumir que el problema estriba simplemente en establecer en qué casos la pena está justificada –y en asumir que la justificación es un asunto relativamente unidimensional (y, por ende, relativamente sencillo)–. En esencia, decir que tal o cual conducta se encuentra justificada, significa decir que tal conducta es permitida; y decir que tal o cual conducta es injustificada, significa decir que la misma está prohibida. Con respecto a la pena, entonces, los debates tradicionales versan sobre cuándo (y por qué) es o no permisible imponer la pena.

3. La necesidad de una expansión axiológica

No hay duda de que la elucidación de cuándo y por qué la pena es permisible es un importantísimo asunto. Tanto así que podría entonces el lector quizás albergar cierto escepticismo acerca de mis motivos para referirme al enfoque tradicional como “miope”. Pero no hace falta escudriñar demasiado para entender mis razones. El hecho de que la preocupación tradicional sea –como en efecto es– importante, no



menoscaba la existencia de otros valores que también son importantes. Y es en virtud de su indiferencia con respecto a estos otros valores, en virtud de su obsesivo énfasis en la binaria distinción entre lo permitido y lo no permitido, que sugiero que la aproximación jurídico-filosófica tradicional es miope.

Resulta útil comparar esta miopía con lo que sucede en otras áreas más generales de investigación normativa. Por ejemplo, en materia de filosofía política, aun Rawls –cuyo interés por el problema de la justicia es innegable– reconoce abiertamente que la justicia es la “virtud *primera* de las instituciones sociales”: dejando en claro que obviamente existen otras virtudes. De hecho, inmediatamente después de afirmar la primacía de la justicia, Rawls establece una analogía con respecto al rol de la “verdad en los sistemas de pensamiento” (Rawls, 1999: 3). Pues así como en la evaluación de sistemas de pensamiento, la elegancia, la belleza y la profundidad (por mencionar algunos otros) son valores que coexisten con el de la verdad –e incluso que pueden en algún caso u otro ser aún más importante que ésta– valores diferentes al de la justicia coexisten en el análisis completo de las instituciones políticas. Más aún, como bien apunta Adam Swift, “la cosa se pone interesante” precisamente cuando el valor de la justicia y alguno de estos otros valores entran en conflicto (Swift, 2006: 19). Swift nos recuerda la escena final de la versión cinematográfica de *El tercer hombre* de Graham Greene, en la que Orson Welles compara a Suiza y a la Florencia de los Borgia: mientras que Florencia era salvaje y violenta, sin mayor justicia social, sin embargo nos legó el renacimiento. Suiza, en contraste, era pacífica y fundamentalmente justa, y lo que nos legó fue el Reloj Cucú. No es necesario adoptar posiciones románticas estridentes y sugerir que la justicia es un valor menor; quizás es, como afirma Rawls, el más importante de los valores, lo único que hace falta es reconocer que no es el *único* valor.

En el campo de la filosofía moral, el pluralismo axiológico es aún más evidente. Muy pocos piensan que la ética ha de modelarse siguiendo las líneas de una lógica deóntica, en la que fáciles dicotomías modales solucionan (o evaporan) los problemas: evidentemente, si algo está prohibido, quiere decir que no está permitido, si algo no está prohibido, quiere decir que está permitido, etc. La ética es mucho más compleja, y nos obliga a confrontar problemas de sumamente difícil resolución, problemas que van al meollo mismo del sentido de la vida. De nuevo: no es que las relaciones lógicas entre lo permitido y lo prohibido no tengan importancia, es sólo que no son lo único que importa. Aún quienes se niegan a reconocer mucha variedad en el ámbito de los valores éticos propiamente dichos, no suelen negar que los valores éticos pueden entrar en conflicto con otros valores, como los valores estéticos, por ejemplo, y que no está en lo absoluto claro que los valores éticos deban siempre imponerse en estos conflictos.

En notorio contraste, las aproximaciones tradicionales a la justificación de la pena se han asemejado, en lo que respecta a su pobreza axiológica, a la lógica deóntica: si esto o aquello ocurre (si la pena es merecida, o si promete ser preventiva, o si transmite tal o cual mensaje, etc.) entonces la pena debe ser impuesta, si esto o aquello no ocurre, pues entonces no debe ser impuesta. Quizás la mas extrema manifestación de esta pobreza axiológica viene dada por la importación del sumamente popular modelo de los “trolley problems” (los problemas del mal menor) a la discusión de la justificación de la pena. Pues así como hay casos en los que lo éticamente correcto es matar a una persona inocente para salvar a 5 (o a 50, o a 500, etc.), a veces debemos imponer penas, a los efectos de salvar a personas inocentes. Este gambito en efecto combina la pobreza axiológica que he ya diagnosticado con algunos de los bien estudiados excesos tradicionales del utilitarismo: en efecto convirtiendo al problema de la justificación de la pena en

una ocasión para desplegar una particularmente miope versión del consecuencialismo.

Allen Wood comenta sobre la reacción que una galardonada novelista (sin credenciales filosóficas) tuvo al momento de enterarse de la existencia de estos “trolley problems”. Exageradamente, sin duda, pero también con más justificación de la que podría pensarse de buenas a primeras, Dorothy Allison expresó su opinión con respecto a que el mero hecho de contestar las preguntas generadas por este tipo de ejercicio intelectual es, en sí mismo, inmoral (Wood, 2013: 66 y ss.). La “inmoralidad” estriba, en su opinión, en aceptar entablar conversaciones éticas en contextos tan problemáticamente escuetos; la vida real es sumamente compleja –y compleja en maneras que este tipo de escenarios son incapaces de capturar-.

Dos tipos de complejidad, en particular, merecen ser mencionados. Por una parte tenemos la complejidad concerniente a la inmensa cantidad de detalles acerca de los participantes en este tipo de situaciones. A los efectos de asegurarnos que el caso es útil como ejercicio intelectual, debemos abstraer todo tipo de detalles (pues todos son “irrelevantes”) respecto a las cosas que han hecho o dejado de hacer los participantes en estas historias –y esta abstracción cubre tanto a las víctimas (potenciales y actuales) como a los perpetradores-. El valor de las vidas humanas no es cuantificable de manera sencilla (si es que acaso de manera alguna). Pero por otra parte este tipo de aproximación es demasiado limitada en el sentido de que evita la investigación en cuanto a cómo los participantes –especialmente los perpetradores– han de sentirse *después* de haber hecho lo que suponen hacer. Es de evidente importancia normativa conocer cómo se siente alguien después de sacrificar a una persona a los fines de salvar a otras; cómo se siente ese alguien, esto es, aún si está justificado en haber hecho lo que hizo. Este tipo de consideraciones nos permiten hacer juicios acerca de la catadura moral de las personas, de su consistencia, de su decencia, y de su “integridad”, para usar el concepto que en este contexto hizo famoso Bernard Williams³.

Lo mismo es cierto en el caso de la pena: demasiadas aproximaciones al tema son, normativamente hablando, terriblemente restrictivas. Ciertas penas pueden ser simultáneamente justificadas y repugnantes. Un gobierno que inflige ciertas penas –aún si las mismas están justificadas– puede ser un gobierno con pobre catadura moral, con poca consistencia, decencia e integridad. Estas características no son meras irrelevancias que podemos echar a un lado (y la única manera de tomarlas en serio es encarar el difícil problema de la justificación de la pena con un horizonte axiológico más amplio). Es probable, además, que tomar estas consideraciones más en serio de lo que hemos solido, facilite avances considerables en nuestros esfuerzos por esbozar una teoría acerca de la justificación de la pena que no adolezca de las fallas habituales.

Bibliografía

- QUINTON, A. (1954), “On Punishment”, *Analysis*, 14, pp. 133-142.
 RAWLS, J. (1999), *A Theory of Justice* (revised edition), Harvard University Press, Cambridge, MA..
 RAWLS, J. (2001), “Two Concepts of Rules”. En: FREEMAN, S. (ed.), *John Rawls: Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, Ma., pp. 20-46.
 SWIFT, A. (2006), *Political Philosophy: A Beginners' Guide for Students and Politicians*, Polity Press, Cambridge.

³ Véase Williams (1973), 108 ff., y *passim*.



- WILLIAMS, B. (1973), "Integrity". En: SMART, J.J.C and WILLIAMS, B., *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 108-118.
- WOOD, A. (2013), "Humanity as and End in Itself". En: PARFIT, D., *On What Matters*, Vol. II, Oxford University Press, Oxford, pp. 58-82.
- ZAIBERT, L. (2006), *Punishment and Retribution*, Aldershot: Ashgate.