

ANUARIO

Nº33 · 2017

**Sobre las razones de la
pena. Respuesta a mis
críticos**

Páginas 109-132

SOBRE LAS RAZONES DE LA PENA. RESPUESTA A MIS CRÍTICOS

Josep Maria Vilajosana.

Doctor en Derecho.

Catedrático de Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España.

josep.vilajosana@upf.edu

RESUMEN

En mi libro *Las razones de la pena* presento panorámicamente las ideas centrales que estructuran las teorías de justificación de la pena. Esto mediante un análisis interno de cada una de ellas, junto con la contextualización de sus implicancias en nuestra sociedad y la revisión de las propuestas eclécticas de las mismas. En este contexto, desde sus ámbitos disciplinares, cuatro académicos han elegido distintos aspectos del panorama presentado para profundizar en aspectos concretos de mis propuestas y desde allí elaborar críticas a ellas. Así, en el presente trabajo respondo a estas críticas, las cuales están vinculadas específicamente con: (I) la justicia restaurativa y el proceso penal continental; (II) la tensión entre determinismo y el libre albedrío; (III) la justificación del castigo en el ámbito tributario; y (IV) el método en dogmática y teoría del derecho.

PALABRAS CLAVE

Razones de la pena – justicia restaurativa – determinismo y libre albedrío – penas tributarias – método jurídico

ON THE REASONS OF PUNISHMENT. IN ANSWER TO MY CRITICS

ABSTRACT

In my book *Las razones de la pena*, I panoramically expose the central ideas that build the theories of justification of punishment. This, through an internal analysis of each theory, along with the contextualization of their implications in our society and the revisions of the eclectic proposals of them. In this context, four academics, in accordance with their fields, have chosen different aspects of the perspective addressed in order to deepen some specific points of my proposals and, from there, develop critiques. In this way, in the following work, I respond to those critiques, which are basically linked to: (I) restorative justice and the process of continental criminal proceeding; (II) the tension between determinism and free will; (III) the justification of punishment in the area of taxation; and (IV) the method in legal dogmatic and theory of law.

KEYWORDS

The reasons of punishment – restorative justice – determinism and free will – tax penalty – legal method

Introducción

INTRODUCCIÓN

Pocas veces tiene uno la ocasión de participar en un debate cuyo objeto sea un libro suyo. Esta circunstancia por sí sola bastaría para agradecer a los dioses que me hayan concedido esa oportunidad. Pero como barrunto que ellos deben de estar muy ocupados en otros menesteres más acuciantes que este, el agradecimiento lo hago extensivo a algunos seres mortales.

En primer lugar, doy las gracias a los organizadores del coloquio *Autores abogan por sus libros*, en especial al siempre tenaz Sebastián Agüero-SanJuan, por haber creído que *Las razones de la pena* podía ser un buen título para empezar esa saga que espero sea larga y fructífera (Vilajosana, 2015). La idea bien se lo merece. En segundo lugar, agradezco a Juan Sebastián Vera Sánchez, Sebastián Figueroa Rubio, Patricia Toledo Zúñiga y Sebastián Agüero-San Juan, por haber accedido a participar en esta confrontación de ideas. Sus lecturas atentas y sus observaciones, siempre sugerentes, no solo me han permitido reflexionar algo más sobre los límites de mi trabajo, sino que me han ayudado a ver conexiones de este con cuestiones que ni siquiera me había planteado. En definitiva, me han permitido aprender, que es de lo que se trata.

En lo que sigue haré algunos comentarios por separado a cada uno de los intervinientes, siguiendo el mismo orden en el que se desarrolló el debate que mantuvimos a distancia.

I. SOBRE JUSTICIA RESTAURATIVA. RESPUESTA A JUAN SEBASTIÁN VERA

El trabajo de Vera, tal como yo lo entiendo, va destinado a mostrar que en lo que él llama proceso penal tradicional ya podían atisbarse elementos de los que ahora se entienden como característicos del movimiento de la llamada “justicia restaurativa o reparadora”. Podría decirse, de manera expeditiva, que lo que sostiene el autor es que el invento (la justicia restaurativa) no es tan nuevo como algunos lo pintan.

A continuación voy a concentrar mi atención en dos ideas que aparecen en el texto de Vera y que me parecen significativas de su posición. La primera, consiste en sostener que, a diferencia de lo que parecen sugerir las teorías restaurativas, no es cierto que la víctima del delito haya quedado desplazada en el sistema penal tradicional. Este sistema ya preveía intervenciones significativas de las víctimas en los procesos penales. Esto mostraría, según Vera, que un elemento tan característico de la justicia restaurativa se halla ya en el sistema penal tradicional. La segunda idea es la tesis según la cual ciertos elementos del proceso tradicional servían para la realización de ideales restaurativos.

1. Las razones de la intervención de la víctima en el proceso penal

Vaya por delante que me parecen muy interesantes los comentarios que Juan Sebastián Vera dedica a este tema. Tiene razón al decir que la víctima del delito no ha desaparecido del todo en el proceso penal tradicional, con lo cual afirmaciones muy rotundas al respecto, que se pueden hallar en algunos defensores de la justicia restaurativa y que yo recojo en el libro, deberían ser matizadas. Ahora bien, albergo serias dudas de que tales intervenciones de las víctimas, por el solo hecho de serlo, comporten *necesariamente* una dimensión restaurativa de la pena, que es lo que se pretende demostrar.

Para poner de relieve lo que quiero decir habría que partir, lógicamente, de algún acuerdo acerca de en qué consiste el modelo restaurativo de la pena. Cabe la posibilidad de que alguien hiciera que la intervención de la víctima fuese, simplemente por definición, muestra de que estamos frente a un modelo penal con una dimensión restaurativa. Sin embargo, cancelar las discusiones académicas por el expeditivo método de las definiciones estipulativas no parece muy prometedor, puesto que precisamente impide el debate.

En cambio, si uno comprueba las definiciones al uso de la justicia restaurativa, y que yo me limito a recoger en el libro, puede comprobarse que, sí, entre los rasgos definitorios de la misma está la intervención de la víctima, pero enmarcada dentro de un determinado proceso y con una finalidad determinada. Lo característico de la justicia restaurativa es, por un lado, el *proceso* empleado una vez se ha cometido un delito y, por otro,

la finalidad que se intenta alcanzar con ese proceso, que no es otro que resolver en la medida de lo posible el *problema social* que el delito cometido ha suscitado. Una de las definiciones más citadas, mencionada también en el libro, es la de Marshall: “La justicia restaurativa es un 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” (1996: 5).

De ahí que el énfasis se ponga en alcanzar un acuerdo entre infractor y víctima (y la comunidad relevante, en su caso). Pero me parece importante subrayar que son las *virtudes* asociadas a este procedimiento las que quieren potenciar los defensores de la justicia restaurativa. Esas virtudes, tal como comento en el libro, son el arrepentimiento del infractor y el perdón por parte de la víctima (y/o de la comunidad). Así, se resolvería el problema social que los defensores de esta visión asumen que hay detrás de todo delito. Este aspecto, que me parece el relevante para lo que estamos discutiendo, está ausente de la mayor parte de los ejemplos de intervención de la víctima en los procesos penales tradicionales que, aunque muy interesantes, ofrece Vera.

Un ejemplo que, al respecto, trae a colación el autor son las medidas que se toman en el proceso penal tradicional para evitar la llamada victimización secundaria, es decir, aquella que se produce a raíz de la sobreexposición a la que se puede someter a la víctima si esta tiene que declarar en diferentes momentos del proceso frente a su presunto agresor, algo que es especialmente perturbador cuando se trata de víctimas menores de edad. Estos serían casos, según Vera, de medidas que “presentan una justificación predominantemente restaurativa que, a su vez, conviven actualmente en modelos de justicia tradicional”. Pensar que en estos casos tales medidas se toman en beneficio de la víctima para protegerla, me parece muy sensato. Lo que no me resulta tan claro es que únicamente porque sean medidas de protección de la víctima pasen a ser, sin más, medidas que se justifican por razones restaurativas. Veamos por qué.

Si aceptamos la definición estándar de justicia restaurativa que antes he recordado, no parece que estas medidas encajen en ese modelo. La intervención de la víctima en estos casos no altera el proceso, porque no

está previsto que la misma se lleve a cabo con el fin de llegar a ningún acuerdo; no supone ningún cambio en el proceso que conduzca a “resolver de manera colectiva” las consecuencias del delito, como diría Marshall. Por otro lado, están ausentes las virtudes de las que antes hablé y que son las propias de un modelo de justicia restaurativa: con la protección de la víctima en estos supuestos no se persigue ni que ella perdone al infractor ni que este se arrepienta, con lo que no aparece ni por asomo la menor intención de resolver el problema social que pueda haber causado el delito ni sus consecuencias en relación con la víctima o la comunidad.

Así, pues, para saber si una determinada previsión de intervención de la víctima supone o no la introducción de una medida restaurativa en el proceso penal, es necesario acudir a las *razones* que la justifican. En este caso, al menos, la justificación de la intervención protegida de la víctima no parece ampararse en razones restaurativas. Por ello, cabe concluir que no toda intervención de la víctima de un delito en el proceso penal supone la introducción en el mismo de una medida de carácter restaurativo. Podríamos expresarlo de este modo: la intervención destacada de la víctima en el proceso penal es una condición necesaria para que pueda hablarse de dimensión restaurativa del mismo, pero no suficiente. Una muestra de ello es el caso que acabamos de analizar, pero también el que veremos en el siguiente apartado.

2. La realización de ideales restaurativos en el proceso penal tradicional

La segunda cuestión que quería analizar de la posición de Vera es la tesis según la cual ciertos elementos del proceso tradicional pueden servir para la realización de ideales restaurativos. Por eso, los elementos estructurales del proceso penal tradicional no son, podría decirse, ontológicamente retributivos. Estoy de acuerdo con que el proceso penal tradicional no es homogéneo en cuanto a su justificación y que esta no es solo retributiva. Tal como nos llega a nuestros días, el modelo penal no es puro, sino que constituye una amalgama en la que se mezclan, de manera no demasiado armoniosa, las distintas justificaciones de la pena. Esta es precisamente la tesis central de mi libro. Ahora bien, de nuevo, debo decir que algunos

supuestos que se traen a colación por parte de Vera, para mostrar esa presencia de ideales restaurativos en el proceso penal tradicional, no me resultan demasiado convincentes.

Tomemos, por ejemplo, el supuesto de los testimonios de la víctima como única prueba de cargo. Según Vera, que se acepte, en muchas ocasiones, el simple testimonio de la víctima como única prueba inculpatória en aquellos casos en los que el delito no ha dejado huellas físicas rastreables, revelaría que la respuesta que da el sistema penal se fundamenta en “una preocupación social implícita por la protección de la víctima”. Ello, a su vez, demostraría que en el proceso penal tradicional está presente esa dimensión restaurativa que andamos buscando.

No obstante, a mí no me parece que con este ejemplo se pueda llegar a esa conclusión. No veo en qué altera, esta importancia dada al testimonio de la víctima en un proceso penal tradicional, la *razón* por la que se impone la pena. Como he dicho antes, para comprobar si una medida es restaurativa o de cualquier otro tipo, hay que acudir a las razones que la justifican. Está claro que las razones no tienen por qué ser únicas y obedecer a la misma lógica. Esta es justamente una de las tesis centrales de mi libro: en los sistemas penales contemporáneos nos encontramos con razones diversas para justificar la pena y, en muchas ocasiones, tales razones entran en conflicto porque obedecen a lógicas muy distintas. Por ello, he sostenido que resulta muy difícil alcanzar una teoría justificativa que sea sensible a cada uno de los objetivos que se pueden perseguir con la pena, a pesar de que cada uno de ellos tiene tras de sí intuiciones que muchas personas razonables pueden compartir.

Pero en el caso que nos ocupa, esa intervención “privilegiada” de la víctima en el proceso penal tradicional no tiene por qué justificarse necesariamente con apelaciones a la justicia restaurativa; puede justificarse, sin mayores problemas, mediante razones propias de la prevención general y especial. Por eso, una justificación alternativa a la que propone Vera respecto a esta intervención tan relevante de la víctima es, precisamente, que un determinado tipo de delitos, normalmente generadores de una enorme alarma social, no quede impune por el solo hecho de que únicamente se cuenta con el testimonio de la víctima como prueba inculpatória. Si quedaran impunes,

supondría, dentro de la lógica propia de la pena como disuasión, un estímulo para que quien cometió el delito reincidiera y para que quien se lo estuviera pensando tuviera un obstáculo menos que añadir al cálculo de costes y beneficios característico de esta posición. De nuevo, no hallamos aquí ni rastro de intervención de la víctima para llegar a acuerdos, ni fomento de las virtudes que las medidas restaurativas pretenden promover.

II. SOBRE DETERMINISMO. RESPUESTA A SEBASTIÁN FIGUEROA

Sebastián Figueroa centra su análisis crítico en el capítulo VII de mi libro. Ese capítulo está destinado a mostrar las dificultades que puede generar, en la justificación de la pena, el hecho que el determinismo fuera verdadero. Como se comprenderá, entrar a fondo en una discusión sobre un tema de tanta complejidad, como es el clásico debate entre los partidarios del determinismo y quienes defienden la posibilidad del libre albedrío, supondría una temeridad de mi parte. Ni está dentro de mis posibilidades ni haría justicia a tantos y tantos autores de mucha mayor talla intelectual que yo, que han participado en esa controversia desde distintas perspectivas y con intereses cognoscitivos o normativos muy diversos.

Dicho esto, sin embargo, hay que añadir que si se pretende decir algo significativo acerca de la justificación de la pena es necesario aludir al problema que plantea la posibilidad de que no seamos tan libres como podemos creer. Y eso ha sido así en cualquier momento histórico. Pero actualmente, además, se han producido avances muy significativos tanto en los estudios neuronales (que hasta épocas muy recientes simplemente habían sido considerados como mecanismos de caja negra: se sabe lo que entra en el cerebro y lo que sale, pero no lo que sucede en su interior), como en los estudios sociales, que llevan a que el clásico tema del libre albedrío/determinismo cobre nuevos bríos y debamos tomarlo de nuevo en consideración en el ámbito que nos ocupa.

Debido a lo complicado del asunto es muy de agradecer que Figueroa haya hecho un análisis tan concienzudo de lo que se dice en mi libro al respecto y que haya formulado sus tesis con gran claridad. De hecho, uno de sus

objetivos es “hacer explícitos algunos supuestos y distinciones que no siempre se encuentran claramente establecidos en la obra de Vilajosana”. Una vez hallados estos supuestos implícitos, el autor pretende mostrar, también, que “sus conexiones con ciertas conclusiones son objeto de disputa”. Este objetivo, claramente constructivo, merece un segundo agradecimiento, puesto que puede contribuir a mejorar lo dicho en mi trabajo.

1. Determinismo absoluto y determinismo del caso concreto

Una de esas distinciones que, según Figueroa, se hallarían implícitas en el capítulo VII de mi libro es la que diferenciaría entre un determinismo absoluto y un determinismo del caso concreto. El determinismo absoluto, según Figueroa, “surge cuando asumimos que el mundo está causalmente clausurado”. De acuerdo con él, este sería el tipo de determinismo que tendría en mente Strawson cuando asume que, de ser verdaderos, conceptos tales como obligación y responsabilidad no se podrían justificar.

Sería también el tipo de determinismo que yo estaría presuponiendo cuando analizo la tesis de la incompatibilidad entre el libre albedrío y el determinismo causal. Según Figueroa, sin embargo, cuando en mi libro esta tensión se vincula al problema de la justificación de la pena, “Vilajosana parece olvidar que está hablando del determinismo absoluto (i.e. de un problema generalizado que afecta a todos por igual) y empieza a considerar variables” que podrían llevar más bien a pensar en otro tipo de determinismo, que Figueroa llama “del caso concreto”. En este segundo supuesto, serían relevantes “los antecedentes de cada caso y la distinción entre personas normales y no normales (...) adquiere relevancia”. Amparado en esta supuesta ambigüedad de la expresión “determinismo”, se da a entender que yo estaría admitiendo la posibilidad de que, en determinadas circunstancias (determinismo del caso concreto), podría estar justificada la pena, mientras que, en cambio, no lo podría estar en ningún caso si aceptamos la verdad del determinismo absoluto.

Sobre esta crítica de Figueroa, tengo que decir que la distinción en la que se basa (determinismo absoluto y determinismo del caso concreto) no creo que tenga el alcance que él le da, o, al menos, no es el alcance que yo he querido darle, ni explícita ni implícitamente. En consecuencia,

tampoco creo que sea una fuente de confusión no haberla explicitado, ni estoy introduciendo de rondón supuestos de justificación de la pena porque escaparían al escrutinio de un supuesto determinismo del caso concreto que, en cambio, serían contrarios al determinismo absoluto. Para ver por qué esto es así, hay que empezar por el contexto en el que supuestamente aparecerían estos dos tipos de determinismo en mi libro.

Uno de los lugares en los que se daría pie a esta distinción encubierta se basaría en esta cita:

En los supuestos en los que la conducta de un individuo está enormemente condicionada por las características socioeconómicas del entorno en que vive, es posible que no admitamos un determinismo completo (como el que parecen dar por descontado ciertos científicos con respecto a los condicionantes genéticos), pero al menos habrá que reconocer algún tipo de impacto en nuestra concepción de la justificación de la pena.

Se añade a continuación, y como inicio del apartado siguiente del texto: “Si dejamos de lado el determinismo absoluto en estos casos...” (Vilajosana, 2015: 132).

El contexto en el que aparecen estas citas es el de la explicación de ciertas posiciones, como la llamada escuela de Chicago, de la primera mitad del siglo XX, que toma en consideración factores socioeconómicos de un modo casi determinista. En ese contexto, y después de haber explicado las visiones deterministas que se dan desde la biología o la neurociencia contemporáneas, me limito a subrayar el hecho (no a dar mi opinión) de que la visión determinista del comportamiento humano está mucho más extendida entre los científicos en los campos biológico y neuronal, que en el de los científicos sociales. Pero, a pesar de esto, también hay acuerdo entre estos últimos en relación con que algún tipo de influencia tienen los factores socioeconómicos en el comportamiento humano. Por supuesto, esto es una *explicación* del comportamiento y nuestra pregunta es acerca de su *justificación*, por lo que no es directamente relevante hallar esas explicaciones, sean completas o parciales, para traspasar sin matices adicionales sus conclusiones al ámbito de la justificación de la pena. La

justificación tiene que ver con las actitudes interpersonales que tenemos los seres humanos en sociedad y no de la explicación determinista o cuasi determinista de nuestras acciones, como veremos a renglón seguido.

Otra referencia que le sirve a Figueroa para mostrar que la citada distinción está implícita en mi libro se halla en la página 139, en la que puede leerse:

Como diría Strawson, una objetividad sostenida en la actitud interpersonal, y el aislamiento humano que ello comportaría, no parece que sea algo de lo que seamos capaces en la práctica los seres humanos, incluso aunque hubiera alguna verdad general que le sirviera de fundamento teórico. Pero, además, cuando de hecho adoptamos semejante actitud en un caso particular, el que hagamos tal cosa no es consecuencia de una convicción teórica que podríamos denominar ‘determinismo del caso concreto’, sino una consecuencia de que, por razones diferentes en diferentes casos, abandonamos nuestras actitudes interpersonales ordinarias (Vilajosana, 2015: 132)

Sobre la posición de Strawson he de referirme en el apartado siguiente. Por ahora, baste decir que en la cita transcrita, tanto la idea que en ella se expresa como la terminología relativa al determinismo del caso concreto, son de Strawson. Lo que nos viene a decir este autor es que una convicción teórica, como puede ser la de que el determinismo es verdadero, no es capaz, por sí misma, de modificar nuestras relaciones interpersonales, con las consiguientes atribuciones de reproche frente a quien nos hace daño “intencionadamente” y de agradecimiento ante la generosidad “voluntaria”. Tal como entiendo a Strawson, no está diciendo que hay un determinismo del caso concreto frente a un determinismo “absoluto”, que nos permite justificar ciertos juicios de reproche en determinados casos que, supuestamente, no estarían “determinados”. De hecho, dice algo muy distinto, y es que resulta indiferente, para lo que nos ocupa (que es el ámbito de la justificación), que el determinismo sea verdadero (o que lo fuera un supuesto determinismo del caso concreto). Es irrelevante, entonces, por cuanto la verdad del determinismo no conseguiría modificar cómo somos, cómo nos vemos a nosotros mismos y, por extensión, cómo nos comportamos los seres humanos en sociedad.

Esto último es justamente lo que yo pienso y es muy distinto a lo que me imputa Figueroa. Lo que sostengo es, precisamente, que no hay dos tipos de determinismo (absoluto y del caso concreto). Es más, aunque los hubiere, en el sentido de que cualquiera de ellos fuera verdadero, sería irrelevante para la adscripción de responsabilidad penal, por cuanto esta tiene que ver con “nuestras actitudes interpersonales ordinarias” de reproche y de agradecimiento, aunque también tengamos, en algunos casos, la capacidad de abandonarlas para adoptar una perspectiva “objetiva”, en la que creemos que no estaría justificada la pena (acciones realizadas por menores de edad o por dementes, por ejemplo).

2. Retribucionismo por naturaleza

Figueroa me atribuye la defensa de la tesis según la cual “hay elementos retribucionistas en nuestra naturaleza”. Según él, yo estaría defendiendo esta tesis a partir de dos argumentos. Uno, por medio de una interpretación “rígida” de la posición de Strawson; otro, al tomar en consideración estudios científicos relativos al comportamiento de ciertos primates. Veamos en qué medida esto es o no es así.

Por lo que hace a mi interpretación de Strawson, que Figueroa califica de rígida, hay que empezar diciendo que este es un punto central de mi posición. De hecho, la tesis que sustento en el capítulo VII de mi libro, que gira en torno al posible impacto del determinismo en la justificación de la pena, se fundamenta en la posición de este autor. Mi interpretación de la misma, que ya he empezado a desbrozar en el anterior apartado, toma en consideración la afirmación del inglés según la cual una posible verdad del determinismo no es relevante para cancelar la atribución de responsabilidad por los actos que cometen las personas en sociedad.

En este punto, mi tesis no es más que la traslación de esta idea, planteada ya por Strawson en términos generales, al ámbito concreto de la justificación de la pena. Tal como somos los seres humanos, no podemos dejar de tener reacciones acordes con la idea retribucionista de dar a cada persona lo que sus actos merecen. Esta puede parecer una idea claramente naturalista, en el sentido de que da a entender que los seres humanos tenemos por naturaleza esa tendencia al resentimiento y al agradecimiento. De ahí

que todas las posiciones, que tienden a desterrar este componente de las teorías de la justificación de la pena, estarían, en algún sentido, condenadas al fracaso. Esto último es como decir que dejarían de lado una intuición muy fuerte de cierto sentido de la justicia que los seres humanos, tal como somos, compartimos, a saber: el de dar a cada uno lo suyo.

Soy consciente, gracias a las observaciones que realiza Sebastián Figueroa, que, efectivamente, este posicionamiento podría ser tildado de aceptación de un cierto retribucionismo por naturaleza. No obstante, no es eso lo que pretendía defender en el libro. Con mayor o menor fortuna, mi pretensión en este punto era enfatizar, basándome en una interpretación que creo plausible de Strawson, que al menos *tal como los seres humanos hemos sido hasta ahora*, según el conocimiento del que disponemos, no solo de las generaciones actuales sino de las que nos han precedido, en las comunidades humanas siempre encontramos este componente “retributivo”. Pero ello no es óbice para reconocer que este componente pudiera llegar a desaparecer en el futuro.

Ahora bien, si un cambio de esta índole llegara a concretarse en algún momento, que aún está por venir, está claro que los seres humanos pasarían a ser algo muy distinto, y en un punto muy relevante de sus vidas, a lo que han venido siendo hasta ahora. Por eso, *tal como somos ahora*, nos parece inconcebible tener frente a los demás las actitudes “objetivas” propias de un determinismo teórico aplicado a nuestras relaciones personales, por emplear la terminología de Strawson.

Luego, el hecho de que aluda a los estudios sobre primates que parecen corroborar que ese sentido “retributivo” de la justicia está presente en nuestros antepasados más remotos, me permite poner el énfasis en que es algo de lo que es difícil desprenderse y, por supuesto, que lo acerca a ser algo “natural”. Pero del mismo modo que hemos dejado de compartir otras características con nuestros antepasados primates, nada impide reconocer que pudiéramos dejar de compartir también este rasgo algún día. Hay que reconocer, no obstante, que esa posibilidad, aunque nos cueste incluso imaginarla, dada que su existencia, supondría modificar radicalmente la

visión que de nosotros hemos tenido hasta ahora. Lo seguro es que, de llegar ese momento, la sociedad pasaría a ser algo completamente distinto de lo que habría sido hasta ese momento.

Mi interpretación de Strawson, por tanto, no sería tan rígida, si por tal se entiende la que equipara el retribucionismo con algo así como la naturaleza humana, pero tampoco sería tan flexible que supusiera que esa forma de ser la podemos abandonar a voluntad y sin consecuencias realmente drásticas. En definitiva, el argumento que estoy utilizando no es esencialista; en realidad, es muy parecido al que empleó Hart en relación con lo que él llamó el “contenido mínimo del derecho natural”.

Está claro que, en un positivista como Hart, el empleo de expresiones como “derecho natural” le han granjeado muchas críticas en este punto, como me las puede granjear a mí el hecho de que haya usado en algún momento la expresión “natural” o “naturaleza humana”. Cuando Hart habla de lo que considera una serie de verdades obvias (*truisms*), que darían pie a ese “contenido mínimo de derecho natural”, se refiere a la vulnerabilidad, la igualdad aproximada y el carácter limitado del altruismo, de los recursos y de la comprensión y fuerza de voluntad de los seres humanos. Que se den esas “verdades obvias” son otras tantas *razones* que *justifican* tener un determinado contenido de las normas jurídicas (normas que sancionen el homicidio o que permitan los contratos, por ejemplo). ¿Quiere decir que tales verdades lo son por naturaleza? Si “por naturaleza” se entiende que no podrían ser de otro modo, la respuesta, a pesar de la terminología “naturalista” de Hart, debe ser negativa. El propio Hart, al describir cada una de esas verdades, insiste que podrían haber sido de otra manera o que podrían llegar a serlo en el futuro. Por ejemplo, “si los hombres llegaran a perder su vulnerabilidad recíproca se habría desvanecido una razón obvia para la prescripción más característica del derecho y de la moral: no matarás” (Hart, 1963: 241); o al hablar de los recursos limitados: “también en este aspecto las cosas podrían haber sido de otra manera” (Hart, 1963: 243).

La importancia de este tipo de enunciados es puesta de relieve por Hart al considerar qué estatus habría que darle. Para él, constituyen una tercera categoría de enunciados, junto con las definiciones (que expresan verdades necesarias) y los enunciados empíricos ordinarios (que expresan verdades

contingentes). Sería la de “aquellos cuya verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen” (Hart, 1963: 247). Por tanto, no estamos frente a verdades necesarias, como podría sostener una visión esencialista de la naturaleza humana. De hecho, en la versión original inglesa de la cita anterior, Hart habla literalmente de que esas verdades son contingentes (*“those the truth of which is contingent...”*) (Hart, 1994: 200). Ahora bien, esa “contingencia” no es la misma que la de los enunciados ordinarios, en el sentido de que se deberían producir unas variaciones muy fuertes en la forma de ser de las comunidades humanas, de tal modo que estas pasaran a ser, en un punto determinante, comunidades de otro tipo muy distinto, para que los enunciados que expresaban “verdades obvias” se transformaran en enunciados falsos.

Así es como entiendo, un poco más un poco menos, la presencia de ideas retribucionistas en los seres humanos. Cuando digo, en diversas partes del libro, que el sentido de justicia retribucionista es una intuición tan fuerte que es difícil prescindir de ella, quiero indicar que en el proceso de equilibrio reflexivo entre la teoría y las intuiciones, debemos conservar un espacio relevante al sentido retribucionista de justicia, por cuanto tendría un estatus como el que Hart reserva a esas verdades obvias y que Strawson adjudica a las reacciones de resentimiento y gratitud. Así lo expreso en el libro:

Parece, pues, que las ideas retribucionistas no sólo pertenecen a nuestras ideas intuitivas de la manera en que pertenecen otras y que, llegado el caso, las podemos abandonar si nos lo proponemos, sino que forman parte del ser humano de una manera tan profunda, que, si no las tuviéramos, dejaríamos de ser tal como hemos sido hasta ahora (Vilajosana, 2015: 142).

Con todo lo anterior, no quiero decir que Strawson se sentiría cómodo con esa lectura de su pensamiento. No es eso lo relevante en esta sede. Al margen de posibles interpretaciones distintas de su obra, lo que me parecía importante resaltar ahora es la tesis que yo sostengo y que gracias a las observaciones de Figueroa he podido precisar, espero, con mayor claridad de la que tal vez tuve en el libro.

3. El test del control

Un último comentario merece la afirmación de Figueroa según la cual yo abrazaría la propuesta compatibilista de Harry Frankfurt. Para este, el requisito epistémico de responsabilidad sería muy importante. Es decir, el relacionar la responsabilidad de los actos de una persona con su conocimiento del bien y del mal. Según Figueroa, en cambio, como yo defendiendo una posición más cercana a la idea del control de los actos para atribuir responsabilidad, podría haber una cierta inconsistencia entre tomar las ideas de Frankfurt y defender que lo importante no es saber distinguir el bien del mal sino tener el control de las acciones.

Sobre esto debo decir solo dos cosas. En primer lugar, no acierto a ver de dónde extrae Figueroa la idea de que sigo a Frankfurt. A este autor solo lo cito una vez en mi trabajo y es de pasada. Es al inicio de la explicación acerca del determinismo: “la existencia del libre albedrío exigiría, en principio, que una persona que va a hacer una cosa concreta hubiera podido hacer otra (lo pone en duda, por ejemplo, Frankfurt, 1996)” (Vilajosana, 2015: 126)¹. Por tanto, no creo acoger ni siquiera de manera inadvertida las tesis de este autor. En cambio, sí soy muy explícito a la hora de resaltar la importancia que debería tener un test del control de los actos en el ámbito penal.

En segundo lugar, y aunque defendiendo claramente la idea del test del control de los actos, eso no implica que considere carente de importancia, para la atribución de responsabilidad, que el presunto delincuente tuviera conocimiento de la bondad o maldad de los mismos actos. Lo que sostengo es que ese no puede ser el único criterio decisivo que se utilice para que alguien pueda eludir su responsabilidad penal en un juicio.

Reconozco que esta posición viene muy condicionada por el tiempo que ejercí funciones jurisdiccionales en el ámbito penal. Recuerdo que, al menos en España, el test último al que se sometía al acusado (en realidad era la pregunta que se formulaba al forense) para discernir sobre su responsabilidad era el del conocimiento y nada más: “¿Considera que el acusado sabía distinguir el bien del mal en el momento en que tuvieron

¹ El trabajo citado es (Frankfurt, 1996: 829-839).

lugar los hechos?”. Esta, hasta ahora, es la pregunta clave. Mi propuesta, después de debatir ampliamente acerca de los problemas en los que nos introducen los recientes conocimientos científicos, es que junto con esa pregunta, se pudiera hacer otra que recoja la posibilidad o no de controlar los propios actos. Si nos tomamos en serio determinados avances en los estudios neurológicos o reflexionamos sobre los problemas que pueden plantear la existencia de violadores compulsivos para la justificación de la pena², entonces deberíamos preguntar al perito forense no solo si el acusado sabía distinguir lo correcto de lo incorrecto, si no si, aun sabiendo que estaba haciendo algo incorrecto, podía evitar hacerlo.

III. SOBRE DERECHO TRIBUTARIO. RESPUESTA A PATRICIA TOLEDO

En mi libro realizo dos tipos de lectura de la problemática que afecta a las distintas concepciones de la justificación de la pena. Tales lecturas, que son complementarias, las llamo “lectura vertical” y “lectura horizontal” (ambas se resumen en el cuadro comparativo que aparece en la página 163). La lectura vertical se refiere a las inferencias que pueden hacerse en relación con cada uno de los objetivos de la pena, que son examinados a lo largo del libro (retribuir, disuadir, incapacitar, rehabilitar y reparar). Es lo que he llamado la “lógica” ínsita en cada una de estas posiciones. Por otro lado, la lectura horizontal obedece a las preguntas concretas que habría que hacer a cada uno de estos objetivos. Estas preguntas son acerca de la determinación de la pena, su modalidad y el sujeto pasivo de la misma.

Pues bien, este esquema general que sirve de hilo conductor a lo que se dice en mi libro, lo toma Patricia Toledo para aplicarlo al ámbito del derecho tributario. La posibilidad de valorar en su justa medida este empeño tan notable tiene en mi caso algún límite obvio. No soy especialista en materia tributaria, por lo que no soy competente para juzgar con propiedad si esa traslación del esquema que empleé en materia penal resulta exitoso al aplicarlo a la materia tributaria. A lo sumo, como comentario general,

² Sobre los problemas que plantea la justificación de la pena en los casos de los violadores compulsivos, véase (Vilajosana, 2008: 485-508).

me atrevo a decir que si el trabajo de Toledo fuera una canción, a mí la música me suena armoniosa, aunque no pueda pronunciarme acerca de la letra. Puesto que tampoco contiene críticas a mi trabajo, no cabe ningún argumento de defensa de mi posición. Solo me queda expresar mi más sincero agradecimiento por el intento de traslación comentado.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho, no me resisto a hacer un pequeño comentario sobre un aspecto que me ha llamado la atención. Al tratar de aplicar la idea de justicia restaurativa al ámbito tributario Toledo dice:

En cuanto a la justificación restaurativa de la pena desde un enfoque tributarista –dado que el correcto funcionamiento del sistema tributario requiere que todos los ciudadanos participen en el sostenimiento de las cargas públicas- resulta atractiva la idea de llegar a un acuerdo con el infractor tributario para resolver las consecuencias inmediatas y las repercusiones futuras de su comportamiento. Con todo, cabe tener presente que se trata de un acuerdo donde la víctima y el Estado coinciden

Este párrafo, sobre todo en la parte final, me sugiere alguna reflexión. En primer lugar, cuando se dice que la víctima y el Estado coinciden, hay que tener en cuenta una obviedad: el Estado es una abstracción, por lo que en realidad la víctima de la defraudación somos todos los ciudadanos.

En segundo lugar, hay una víctima que lo es no solo de esta forma general (todos los ciudadanos), sino de una manera especial. Se trata del resto de contribuyentes, quienes sí han cumplido sus obligaciones tributarias. La razón es clara. Si el fraude fiscal es muy alto, como lo es, por ejemplo, en España, un efecto colateral, que repercute negativamente en los contribuyentes cumplidores, es que, para conservar el mismo nivel de gasto público, hay que mantener un nivel alto de tributación o aumentar cada vez más el ya existente.

Así, pues, por un lado, todos los ciudadanos en general pueden ser considerados víctimas de la defraudación, en cuanto destinatarios de las políticas públicas del Estado. La parte defraudada, si no se recupera, es una parte que no puede dedicarse a esas políticas públicas. Pero, por otro

lado, los contribuyentes cumplidores, dado que forman un grupo especial de víctimas, que tiene que pagar más dinero en impuestos de lo que deberían si el resto contribuyera en su parte proporcional.

Puesto que la idea de justicia restaurativa es la de resolver el problema social que esté detrás del delito (o de la defraudación fiscal en este caso), estos aspectos habría que tomarlos en consideración. Una consecuencia de ello podría ser, siguiendo la lógica restaurativa, que del mismo modo que han surgido organizaciones de un específico tipo delictivo, como son las organizaciones de víctimas del terrorismo, que demandan un mayor grado de participación en los procesos penales, se formara algún tipo de organización que englobara a los contribuyentes cumplidores, como “víctimas” que pudieran merecer una participación más destacada en estos asuntos.

Lo planteo simplemente como una cuestión para la reflexión. El entramado conceptual y justificativo que empleo en el libro, y que Toledo transporta al ámbito tributario, podría ofrecer algunas claves de por dónde habría que afrontar ese debate. Hay que recordar que en mi respuesta a las observaciones de Vera insistí que lo importante, para ver si estamos frente a medidas de tipo restaurativo o no, es acudir a las razones que las justificarían. De ahí que, como ya dije, la simple intervención de la víctima en el proceso no hace a este necesariamente más restaurativo. Es lo que me parece que ha sucedido, al menos en España, con la petición de intervención por parte de algunas asociaciones de víctimas del terrorismo. Estas plantean su intervención, por ejemplo, no con la voluntad de llegar a acuerdos que impliquen arrepentimiento y perdón, sino por otras motivaciones que nada tienen que ver con la lógica restaurativa o reparadora. Suelen ser solicitudes más bien de política legislativa, tales como el aumento de penas, el cumplimiento efectivo de las mismas, etc.

IV. SOBRE EL MÉTODO. RESPUESTAS A SEBASTIÁN AGÜERO-SANJUAN

Las observaciones de Sebastián Agüero muestran de manera descarnada la estructura profunda de mi libro a través de la delimitación de su objeto, finalidad y método. Esta explicitación la hago mía y agradezco a Agüero que se haya tomado la molestia de llevar a cabo esa reconstrucción.

Sin embargo, en lo que sigue me centraré en el método. Según Agüero en mi libro habría dos:

1. El examen de la coherencia interna de las doctrinas examinadas.
2. El análisis de la posible compatibilidad de las teorías con nuestras intuiciones a través del llamado “equilibrio reflexivo”.

Estoy de acuerdo que ambos extremos describen bien lo que he pretendido hacer desde el punto de vista metodológico en *Las razones de la pena*. Dicho esto, añadiré algunos comentarios al desarrollo que de tales puntos lleva a cabo Agüero.

1. La coherencia interna de las doctrinas

Agüero asocia la preocupación por la coherencia interna a la dogmática jurídica, como podría ser en nuestro caso la dogmática penal. Sin embargo, no me queda muy claro que esta forma de proceder deba ser relacionada de manera tan específica a la dogmática. Más bien diría que se trata de un criterio de corrección empleado por cualquier teoría filosófica, en el sentido obvio de que cualquiera de ellas admite como criterio de corrección la lógica, al menos entendida en un sentido amplio.

El hecho de que el criterio de la coherencia interna sea empleada por los dogmáticos, o sea, los cultivadores de la llamada “ciencia jurídica”, no hace que la preocupación por la coherencia interna de una teoría pierda su valor filosófico. En este sentido, puede decirse que la filosofía (o la teoría del derecho) es un metalenguaje respecto de las posiciones de la dogmática, como lo es también respecto de lo dicho por la legislación y la jurisprudencia, estos sí objetos de estudio “habituales” de la dogmática. Lo que sucede es

que bajo el ropaje dogmático se esconden análisis de muy distinto nivel. Uno de ellos es el más propiamente filosófico, que sería ese metalenguaje al que acabo de aludir.

Así, pues, frente a la pregunta que Agüero realiza acerca del criterio de corrección que estaría aquí presente, mi respuesta es que la coherencia interna no es un criterio nada extraño, pero tampoco es algo exclusivo ni propio de la dogmática. Es el requisito básico de la lógica aplicado a cualquier tipo de discurso.

Sobre las demás reflexiones de Agüero, que aparecen en este punto, con citas de los trabajos de Strawson o Ryle, y sus posibles aplicaciones a lo que yo he hecho, solo puedo añadir que ayudan a enriquecer lo suscrito en el libro y, por ello mismo, merecen mi agradecimiento.

2. Equilibrio reflexivo

El empleo de un “método” como el llamado equilibrio reflexivo puede ser objeto de disputas de muy distinta índole. Agüero desarrolla alguna de estas. Sin embargo, como ya dije en relación con el problema del determinismo, es difícil en un trabajo como el presente abordar en profundidad una cuestión de esta envergadura.

Empiezo por citar lo que digo en el libro acerca del equilibrio reflexivo, aplicando una idea expresada de manera general por Moreso, al ámbito de la justificación de la pena:

La reflexión filosófica suele empezar con algunas intuiciones que están en el trasfondo del uso de determinados conceptos, es decir, que sirven para dar cuenta de alguna manera de una práctica concreta (en nuestro caso, la práctica de imponer penas en nuestras sociedades y los discursos descriptivos, pero sobre todo normativos, que ciudadanos, juristas y filósofos hacen al respecto). Seguidamente, hay que proponer un análisis de los conceptos en una definida reconstrucción teórica en una determinada red conceptual (en nuestro caso, las distintas teorías de la justificación de la pena que compiten en el mercado intelectual). Si el resultado,

es decir, el entramado de la red, se distancia en exceso de las intuiciones que compartimos, tal vez estemos dispuestos a revisar algunos de los postulados teóricos. Si alguna intuición no encaja en absoluto en nuestra red conceptual, podemos estar dispuestos a sacrificarla (Vilajosana, 2015: 21-22).

Una de las críticas más repetidas contra el equilibrio reflexivo, también asumida por Agüero, es el papel que juegan en él las llamadas “intuiciones”. Agüero dice:

Como método coherentista de construcción y de justificación de propuestas, el equilibrio reflexivo parece imposibilitado para responder este tipo de interrogantes (¿cómo son elegidos los juicios, principios y consideraciones teóricas que ingresan al procedimiento de ida y vuelta? ¿qué justificaría aceptar estos y no otros?), empero, aludir a las intuiciones que entran en juego parece responder a las señaladas inquietudes, propias de la exigencia de un criterio de corrección.

Evidentemente esta crítica pone el dedo en la llaga. Pero frente a ella, lo primero que me viene a la mente es la frase atribuida a Goethe “Si me quitáis las metáforas, ¿qué me queda?” y adaptarla para la ocasión: “Si me quitáis las intuiciones, ¿qué me queda?”. Y es que la cuestión de fondo, efectivamente, es esa. Al realizar una tarea filosófica, ¿podemos prescindir de la alusión a algo parecido a las intuiciones, creencias compartidas, posiciones preteóricas, o como quiera denominársele, que sirvan de contrapunto a nuestras redes conceptuales?

Creo que la historia del pensamiento filosófico puede ser reconstruida tomando en cuenta esa idea del equilibrio reflexivo. El llamado método socrático, puesto de relieve en los *Diálogos* de Platón, es un caso bastante claro de práctica del equilibrio reflexivo. Sócrates somete a sus interlocutores a una serie de preguntas para que vayan matizando o, quizás, abandonado sus posiciones poco reflexionadas. Y eso lo hace, en algunos casos, apelando a la coherencia de la teoría que se quiere sostener (es decir, a la compatibilidad entre los conceptos que son objeto de discusión), que conduce a abandonar alguna intuición previa y, en otros, apelando a algo

así como las creencias compartidas o intuiciones fuertes para ajustar la teoría. Esta forma de razonar se puede rastrear, como digo, a lo largo del pensamiento de muchos filósofos de distintas épocas.

Se podría pensar que esa afirmación se compadece mal con la pretensión explícita de algunos autores. Por ejemplo, la pretensión puramente deductiva de Descartes o la aspiración de construir una ética *more geometrico* por parte de Spinoza. En estos casos, parecería que no hay camino de ida y vuelta (entre intuiciones y teoría), sino un solo criterio de corrección de las tesis de las teorías y ese criterio sería el puramente lógico. A partir de primeros principios se infiere el resto de los enunciados de la teoría.

Por supuesto, este proceder blindo la teoría ante la interrogante sobre el criterio de corrección, pero no frente a la pregunta acerca de dónde surgen los *primeros* principios. ¿Por qué son esos y no otros? Si la respuesta es que surgen de la autoevidencia, no me parece este un camino más prometedor que el de referirnos a las intuiciones o creencias compartidas.

En este sentido, es significativo acudir a las “ciencias formales” como la lógica, las matemáticas o la geometría. Estos son casos indudables en los que parece que hay un único método (deductivo) con un criterio de corrección claro (llamémosle coherencia interna). Pues bien, como es sabido, la lógica clásica (aristotélica) se basa en dos “primeros principios”, que son el principio de no contradicción y el del tercero excluido. La pregunta es, entonces, ¿por qué escoge Aristóteles estos y no otros? La respuesta me parece que tiene que ver con algo parecido al equilibrio reflexivo: nos interesa la verdad de los enunciados en nuestra vida cotidiana y en las ciencias, y “normalmente” estamos interesados en supuestos que se excluyen entre sí. En la elección de esos primeros principios ha intervenido la presencia de creencias compartidas o intuiciones. Una vez construido el entero entramado lógico, en cambio, se sacrifican algunas de esas intuiciones en aras de mantener la solidez teórica del mismo. Así, se mantienen postulados como la definición de la conjunción (que no tiene en cuenta que el orden de los componentes puede cambiar el significado), o el principio del refuerzo del antecedente (que a veces da lugar a resultados claramente contra intuitivos). Me parece, pues, que ahí hay decisiones, muchas veces implícitas, sobre si mantener las intuiciones a costa de la modificación de alguna parte del entramado

teórico, o bien sostener este a pesar de sus resultados contra intuitivos, porque la variación en un determinado punto le haría perder su potencial teórico. Y esto se parece mucho al “método” del equilibrio reflexivo.

Con lo anterior no quiero decir que no puedan tomarse, por ejemplo, los primeros principios de una forma lúdica, que no tenga que ver, en su inicio, con creencias compartidas o intuiciones. Ello ha sucedido y seguirá sucediendo en el ámbito de los lenguajes formales. Un caso emblemático es el de las geometrías no euclidianas, que nacen como una especie de juego, sin que se les vea ninguna utilidad aparente, hasta que llega alguien como Einstein y las emplea para mostrar su teoría de la relatividad.

Así pues, si, salvo alguna excepción, incluso las teorías propias de las ciencias formales acuden en algunos casos a algo externo a la propia teoría para que les sirva de fundamento, parece sensato pensar que ello es casi inevitable en el ámbito de la filosofía social, en el que hay que lidiar con contrariedades que no son “juegos”, sino problemas reales que afectan, además, no a un solo individuo sino a acciones colectivas. En estos supuestos, cobra todo el sentido la apelación a creencias compartidas o a intuiciones, no como fundamento último de la teoría (justamente esto es lo que se discute, que exista un fundamento único), pero sí como garante de que esa no se alejará en demasía de la realidad social. La alternativa, me parece, es la que algunos han dicho en tono sarcástico: “Si mi teoría discrepa con la realidad, peor para la realidad”. Sin embargo, no me parece que sea una buena salida, porque la realidad es tozuda: la echas por la puerta y se te cuela por la ventana.

BIBLIOGRAFÍA

Frankfurt, Harry (1996). "Alternate possibilities and moral responsibility". En *Journal of Philosophy*, 66, pp. 829-839.

Hart, Herbert (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (trad. Genaro Carrió).

Hart, Herbert (1994). *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 2º edición.

Marshall, Tony (1996). "The evolution of restorative justice in Britain". En *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 4, n. 4, pp. 21-43.

Vilajosana, Josep Maria (2008). "Castración química y determinismo". En *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, pp. 485-508.

Vilajosana, Josep Maria (2015). *Las razones de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.