



---

**Hugo S. RAMÍREZ GARCÍA / José M. FERNÁNDEZ RAMOS**

*Racionalidad de la pena. Una aproximación crítica  
a sus discursos legitimantes*

Ubijus, México, 2012

Nos encontramos ante una obra breve en extensión pero de sumo interés, sobre todo por el modo en que afronta la temática de que se ocupa. Constituye una manifestación más de que la Teoría del Derecho no puede sobrevivir sin aproximarse a la vida jurídica. Ahora bien, si todas las ramas del Derecho tienen una vertiente filosófica, de algún modo se puede decir sin temor a exagerar que esto sucede especialmente cuando nos aproximamos a su dimensión sancionadora, al *ius puniendi*. Como dicen los autores, «La historia del castigo es parte de la historia de las sociedades (...). La historia del discurso que legitima el castigo, por el contrario, no tiene un antecedente tan remoto». Digamos que los grupos sociales han existido a lo largo de la historia sin una justificación del castigo, pero no sin él; pero se puede decir también que esa justificación es una manifestación del progreso en la civilización.

Como es sabido, la pregunta que ha ocupado a los penalistas en los dos últimos siglos es si la pena es un castigo o es más bien un modo de autoprotección de los grupos sociales. La respuesta más antigua es vincularla al castigo. Para muchos esa pregunta se ha convertido en una cuestión bizantina ya resuelta o sin respuesta útil. Pero lo cierto es que se trata de un debate recurrente que necesariamente reaparece con formulaciones diferentes. Y de eso trata este libro, de los argumentos contradictorios acerca de esta cuestión. A día de hoy sigue habiendo posturas de un orden que podríamos considerar místico (borrar con el dolor infligido la culpa en que se ha incurrido), mientras que otras tienen un discurso racionalizador de la pena en un contexto social, como viene siendo habitual desde Hobbes: el castigo es una necesidad social y es legítimo en la medida en que sirva a ese fin. Todo esto exige trazar distinciones entre la noción de venganza y la de sanción; pero también exige desarrollar la idea de proporcionalidad. Ahora bien, esta última idea de defensa de la sociedad, como señala Foucault, llevada a sus últimas consecuencias conduce al control de los individuos que encontramos en la sociedad actual.

El libro pasa a continuación a revisar las teorías contemporáneas del castigo siguiendo para eso fundamentalmente a un teórico del derecho penal de la talla de Roxin. En primer lugar hay que hacer referencia a las teorías de la retribución que pueden dividirse a su vez en teorías de la retribución ética, cuyo principal representante es Kant y de la retribución jurídica con Hegel.





En otro nivel estarían los discursos de la prevención; prevención general, atribuible a Feuerbach (negativa y positiva) y prevención especial, cuyo principal representante sería Franz von Liszt.

En la segunda parte del libro es donde se desarrolla propiamente su especificidad. Lo anterior es un resumen inteligente y útil de las teorías penalistas desde la Ilustración hasta hoy. Los autores recogen las tesis y sus críticas de un modo extremadamente útil para el estudioso no experto en la cuestión. Pero ahora van a poner en cuestión el debate mismo y los problemas metodológicos que lo subyacen. Recogen las tesis de penalistas consagrados pero también de filósofos del derecho que se han ocupado de la cuestión como Fuller, Hart o Ross. Para Hart, no hay conflicto entre las dos justificaciones: ambas hablan del castigo pero en algún punto del debate empiezan a discutir sobre otra cosa. Ross entiende que se trata de un debate estéril y para ello reformula el planteamiento de Hart pero llegando a la misma conclusión: tanto el discurso preventivo como el retributivo a lo largo de su elaboración terminan distanciándose de su objeto inicial.

En las páginas que siguen, el autor de referencia será Canaris, que introduce un corrector: la realidad. No puede sostenerse el debate del que venimos hablando sin una referencia a la realidad de las causas que generan el castigo y de las consecuencias de su aplicación. El discurso de la prevención ha sido muchas veces asociado al planteamiento utilitarista vinculado a su vez a la noción de función, frente al fin sobre el que se basa el discurso retributivo. Con frecuencia se vincula el fin a la moral y la prevención al derecho siendo así que en realidad, la prevención debería vincularse al momento político: como dicen los autores, «legitiman el hacer político por lo que se entiende que su surgimiento puede ser localizado precisamente a la par del nacimiento del Estado moderno». Una consecuencia es que algunos de los fines de la pena son artificiales, impuestos y no derivan necesariamente de la noción de pena en sí misma considerada. El Estado adopta todas las funciones sociales y la pena responde a esas funciones, que no necesariamente son jurídicas de suyo. En esa distinción entre fin y función los autores se apoyan en el argentino Zaffaroni.

Todo lo anterior conduce a una distinción, obvia solo una vez alcanzada, entre validez y eficacia en los discursos legitimantes de la pena. En este punto el autor de referencia es Ferrajoli quien pone de manifiesto la diferencia que separa la dimensión normativa del derecho de su efectividad: la norma no tiene como punto de partida la realidad, sino que se proyecta hacia ella. A esto Juan Ramón Capella, añade una distinción entre validez, vigencia y eficacia. «El carácter contrafáctico del derecho no implica en absoluto su desprendi-





miento de la realidad, sino que nace del presupuesto de que el derecho puede incumplirse, y de que su validez formal no se vulnera por ese hecho». Todo esto implica la necesidad de que intervenga el sociólogo del derecho para verificar esa eficacia.

El libro termina con una referencia al derecho mexicano, concretamente a las finalidades de la pena contempladas en el art 18 de la Constitución Mexicana. Como en la mayor parte de los sistemas modernos, la pena privativa de libertad busca como uno de sus fines la reinserción del preso en la sociedad y como consecuencia, su no reincidencia. La tesis de los autores es que esa finalidad es, en realidad, un programa político: no se dirige a los sentenciados, no tiene un contenido normativo que les afecte; más bien se dirige a la administración que debe prever los mecanismos para que ese fin puede lograrse.

Caridad Velarde  
Universidad de Navarra  
cvelarde@unav.es

---

### Alejandro MIRANDA MONTECINOS

*El principio del doble efecto*

Olms, Hildesheim, 2014

La actual filosofía de la acción se ha interesado, especialmente, por el significado, naturaleza y justificación de las llamadas «acciones de doble efecto» (o «acciones de voluntario indirecto» o, según Grisez, «acciones ambiguas»). Se sabe que los distintos actos humanos pueden traer como consecuencia la producción de efectos malos no deseados o colaterales. En realidad, muchas de las acciones libres redundan en la producción de efectos malos incidentales. Pero, aun así, se sabe que la realización de una conducta honesta no se puede impedir, *prima facie*, por la posible aparición de esos efectos indeseados.

Se puede pensar en un embarazo abdominal o tubario. Hay quienes creen que, en casos como éstos, el médico y la mujer debieran no intervenir el curso natural del embarazo, porque, por ejemplo, extraer al feto es siempre una conducta inmoral. Otros piensan que siempre se puede matar al feto para salvar a la madre, porque lo único que importa es la utilidad o beneficio que acarrea esa decisión. Al primer modelo se le puede llamar «rigorista» y al segundo «consecuencialista» (aunque el autor del libro que presento a continuación puede no estar de acuerdo con esta nomenclatura). Sin embargo, existe una