

Fundamentación de una teoría de la pena a partir de la justicia como equidad y del debate sobre el neocontractualismo

Mariana Yépez Andrade*

El artículo comienza haciendo un recuento de la fundamentación de la pena a través de varias escuelas penales. Luego se centra en el análisis del contractualismo, que tiene sus orígenes en el derecho penal liberal, y que ha sido profundamente modificado y actualizado por John Rawls. La autora se pregunta si es posible encontrar los fundamentos de la pena en la teoría de la justicia de Rawls y si es posible, además, considerar las ideas del feminismo. Sin duda alguna, la perspectiva feminista introducida por la autora contribuye a realizar un análisis crítico tanto de la teoría de Rawls como de la teoría de la pena. Finalmente, el artículo sienta las bases para una propuesta de teoría de la pena que incluye la diversidad, la equidad, la libertad, la igualdad y el enfoque de género.

FORO

ANTECEDENTES

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PENA

Existe discusión sobre la finalidad del Estado en la persecución del delito, así como las condiciones y las medidas de aplicación de la pena; sin embargo, la legitimidad del *ius puniendi* está íntimamente vinculada con las teorías de la pena, que de modo general se conocen como de retribución y preventivas. La primera se reduce a postular, como función legítima del Estado, la realización del ideal de justicia. En tanto que las preventivas conciben que el derecho penal es una herramienta de utilidad social.

La Teoría de la Retribución se origina en Kant y Hegel. Se elabora a partir de Bindig, para quien las concepciones preventivas no son compatibles con la dignidad

* Ex ministra Fiscal General de la Nación.

humana; rechaza la pena como instrumento de motivación, y considera que la única motivación respecto del hombre surge de la norma, siendo el Estado el destinatario de la misma, ya que a través de los órganos jurisdiccionales debe castigar al culpable del delito.

“De acuerdo a la teoría de la retribución, la pena es un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la ley del talión”.¹ De lo que se puede concluir que rige un principio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

Esta teoría establece un límite a la pretensión punitiva estatal, denominándose “teoría absoluta” como único imperativo categórico emergente de la idea de justicia, como lo explica Kant en su obra *Metafísica de las costumbres*.²

Se entiende como teorías relativas las de prevención general y especial, que conciben la pena como instrumento de motivación. La primera, tiene su origen científico en Feuerbach, quien “apreció a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad, con el fin de conjurar el peligro de la delincuencia latente en su seno”.³ Cabe destacar que no se traduce en la disminución de los índices de criminalidad, pues se orienta hacia formas disuasivas por medio de la pena, mas no a la remoción de factores de desadaptación social.

De acuerdo con la teoría de la prevención especial que se desarrolló entre otras corrientes en la escuela alemana Liszt, el fin de la pena es prevenir nuevos actos delictivos del mismo autor, evitando la reincidencia. El sustento no es acto de desobediencia a la norma, sino “la asocialidad del autor”.

La prevención especial negativa entendió la pena como un instrumento de motivación, aunque no está conforme con las teorías preventivo-generales, pero no se puede agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia.⁴

Las Teorías de la Unión abarcan criterios pluridimensionales. Suponen una combinación de fines retributivos y preventivos para configurar un sistema que recoge los elementos más positivos de cada una de las concepciones mencionadas. Ese pensamiento unificador permite admitir que el criterio preventivo general, se da generalmente en el ámbito legislativo; y que en lo procesos penales, así como en la individualización de la pena rigen los puntos de vista retributivos. Tradicionalmente se admite que durante la etapa de ejecución, la teoría de mayor incidencia debe ser la

1. Esteban Righi, *Teoría de la Pena*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001, p. 21.

2. Citado por Esteban Righi, p. 23.

3. *Ibid.*, p. 23.

4. Esteban Righi, *Teoría de la Pena*, p. 29.

de prevención especial, ya que los sistemas penitenciarios se orientan a la rehabilitación social del condenado.

Según la teoría unificadora preventiva, Roxin explica que el fin de la pena debe ser del tipo preventivo para que una teoría de la pena pueda ser sostenida, como lo explica en su obra *Derecho Penal, parte general*. Procuró además llevar a término una unidad sistemática del derecho penal y la política criminal también en el seno de la teoría del delito, fundamentando que los presupuestos de punibilidad deben desarrollarse a partir de la atipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Propone también unir los fines preventivos, basándose en que “las normas penales solo están justificadas cuando están destinadas a proteger la libertad individual, o en todo caso un orden social que está a su servicio, por lo que la pena, en la mayoría de los casos, debe perseguir simultáneamente fines preventivo generales y preventivo especiales”.⁵

La teoría de la “prevención general positiva” se fundamenta en la concepción de Luhmann: que el derecho es instrumento de estabilización social. Esta teoría aparece con Jakobs, en su obra *Derecho Penal, parte general* (1991) en la que se concibe que el fin de la pena es el restablecimiento de la confianza institucional de los miembros de la comunidad, desestabilizada por el delito.

Se considera que la meta del derecho penal no es la intimidación (prevención general negativa), sino la prevención general positiva: afirmar y asegurar las normas fundamentales que en cada sociedad se consideran indispensables.⁶

Jakobs concreta una teoría preventiva, mediante la cual la pena tiene como finalidad el reconocimiento de la norma y la fidelidad al derecho. La prevención es calificada de “general” por la función orientadora de la norma para el comportamiento de las personas.

En definitiva, esta teoría adjudica a la pena una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito.⁷

EL NEOCONTRACTUALISMO DE RAWLS

Rawls en 1970 restablece la teoría del contrato social, que según el pensamiento político de Thomas Hobbes, John Locke y J. Rousseau, es un acuerdo entre ciudada-

5. Citado por Righi, p. 35.

6. *Ibid.*, p. 40.

7. Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal, parte general*, Madrid, Editorial Hammurabi, p. 41.

nos potenciales, o entre estos y un potencial gobernante o gobernantes, sobre los términos en los que van a entrar en relaciones sea sociales o políticas, o ambas.

La teoría del contrato social propone una situación de “estado de naturaleza”, en el que las personas que no tienen derechos y obligaciones políticas “y tal vez tampoco sociales”, llegan generalmente de manera anónima a un acuerdo sobre las bases para establecer un sistema social y/o político en el que se les reconozcan derechos y obligaciones, incluidas las obligaciones de cumplir el acuerdo alcanzado, respetar los derechos de los ciudadanos y obedecer al gobernante o gobernantes nombrados.

El contrato social es usado tanto para explicar la obligación general de los ciudadanos de obedecer la ley (y los posibles límites de esa obligación), como para proporcionar un modo de determinar el contenido adecuado de los derechos y obligaciones que vinculan a los miembros de una sociedad civil y política.⁸

El enfoque del contrato social de Rawls, es un método que facilita un consenso deseable en un tipo de sociedad. Esa teoría contiene implícito el igualitarismo.

Para Rawls las instituciones básicas de la sociedad no deben ser solamente ordenadas y eficientes, sino sobre todo justas. Su principal objetivo es “elaborar una teoría de la justicia que sea una alternativa viable a las doctrinas que han dominado largamente nuestra tradición filosófica”.⁹

El Contractualismo Rawlsiano está dentro de la teoría de la justicia del propio Rawls, que considera primordial el valor de la autonomía de la personas y nos ayuda a responder a dos preguntas básicas de toda teoría moral:

- ¿Qué nos demanda la moral?
- ¿Por qué debemos obedecer ciertas reglas?

Rawls introduce a su teoría un “Contrato Hipotético”, que no es sino el acuerdo que se firmaría bajo ciertas condiciones ideales y en el cual se respeta el carácter de seres libres e iguales. Resalta que la igualdad se deriva de la inherente “igualdad moral” entre las personas.

La aplicabilidad de los principios resultantes del contrato rawlsiano se da en sociedades bien ordenadas, donde reinan las circunstancias de justicia, que promueve el bien de sus miembros, donde no existe ni extrema escasez ni una abundancia de bienes; las personas son más o menos iguales entre sí, en cuanto a capacidades físicas y mentales, pero vulnerables frente a las agresiones de los demás.¹⁰

8. Tom Campbell, *La Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 102.

9. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1999, p. 21.

10. *Ibíd.*, p. 35.

Rawls propone una métrica objetiva en las discusiones de la justicia y la igualdad. También se refiere a *la regla de racionalidad* que deben utilizar los sujetos de la posición original, en caso de tener dudas respecto de la elección a la que se enfrentan y piensa en la “regla maximin”, por la que en ocasiones de incertidumbre deben jerarquizarse las distintas alternativas conforme a sus peores resultados posibles, o sea que debe adoptarse la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor de los resultados de las otras alternativas.¹¹

TEORÍA DE LA JUSTICIA: LA JUSTICIA COMO EQUIDAD

Rawls sostiene que “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”, de modo que si las leyes son injustas deben ser reformadas o derogadas, y al confrontar la libertad y el bien de la mayoría, explica que no es justicia la pérdida de la libertad ante el mayor bien compartido por otros. Da énfasis a las libertades de la igualdad y ciudadanía en una sociedad justa, así como la tolerancia a una injusticia cuando es necesario evitar una injusticia mayor.

John Rawls sustenta la justicia como equidad, en la idea de la equidad procedimental de una posición original, que es versión del hipotético estado de naturaleza. La denomina justicia procedimental perfecta, en la cual se obtendría el resultado más eficiente para conseguir a su vez un resultado correcto. Es una cuestión de justicia procedimental pura “la aceptación del resultado del acuerdo alcanzado, que depende de la aceptación del procedimiento”.¹²

La equidad procedimental se basa en la estrategia de asegurar que todas las causas de sesgo y parcialidad sean excluidas de la posición original, que dé lugar a resultados imparciales y equitativos.

Es criterio fundamental que solo “una negociación equitativa generará resultados equitativos”.

La justicia como equidad “es restringida no solo a un tipo particular de sociedad sino que, dentro de ese tipo, se la reserva para cuestiones de justicia en relación solo con las instituciones básicas de la sociedad; en particular el interés del autor está en la distribución de las cargas y beneficios de la cooperación social”.¹³

11. *Ibid.*, p. 38.

12. *Ibid.*, p. 85.

13. Tom Campbell, *La Justicia*, p. 109.

En este sistema se considera que los principios de justicia imparciales son los que resultan de una elección realizada por personas libres, racionales y situadas en una posición de igualdad.¹⁴

A fin de evitar la influencia de circunstancias propias de cada uno, Rawls imagina “una discusión llevada a cabo por individuos racionales y auto interesados, que se proponen elegir por unanimidad y después de deliberar entre ellos, los principios sociales que habrá de organizar la sociedad”. Piensa en personas afectadas por una circunstancia particular, que están detrás de un “velo de ignorancia” que les impide conocer el lugar de clase o su estatus social, la fortuna o desgracia que han tenido en la distribución de capacidades naturales, su inteligencia, su fuerza, su raza, la generación a la que pertenecen, etc.

Para asegurar que la igualdad teórica surta efectos en la posición original, Rawls introduce su original concepción del “velo de ignorancia” que evita toda posibilidad de iniquidad en las decisiones a tomar, “haciendo que todas las partes ignoren enteramente cualquier dato particular sobre sí mismas que les pudiera llevar, como electores racionales, a tomar decisiones que las favorezcan personalmente a costa de otras personas con cualidades diferentes”.

Esto significa que las partes no conocen sus talentos, o su carencia, ni su lugar en la sociedad, ni siquiera conocen el tipo de sociedad ni la época en la que vivirán, aunque saben que tienen una concepción del bien, no conocen su contenido, por tanto no pueden moldear los principios de justicia para adecuarlos a sus objetivos, valores o creencias religiosas particulares.

Los sujetos a los que se refiere Rawls, necesitan otra información adicional antes de elegir con sentido, por lo que es necesario precisar lo que se debe decir sobre las motivaciones propias de los seres ideales descritos y acerca del criterio de racionalidad que se va a emplear en situaciones de incertidumbre, como escoger una concepción de justicia, por ejemplo.

Rawls sostiene que “cualquier persona tiene que estar en condiciones de perseguir su propio proyecto de vida, independientemente, en principio del contenido del mismo”;¹⁵ y que los sujetos en la “posición original”, terminarían comprometiéndose con los siguientes principios de justicia que son básicos:

1. Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.¹⁶ Gargarella interpreta que no es todo tipo de libertades,

14. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, p. 36.

15. *Ibíd.*, p. 38.

16. *Ibíd.*, p. 39.

sino las civiles y políticas: derecho al voto, al debido proceso, a la libertad de expresión y asociación, etc.

2. Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: primera, deben relacionarse con puestos y posiciones abiertas para todos en condiciones de plena equidad y de igualdad de oportunidades, y segunda, deben redundar en el mayor beneficio de los miembros menos privilegiados de la sociedad.¹⁷

“Este principio es el principio de diferencia, que implica la superación de una idea de justicia distributiva, de acuerdo con la cual lo que cada uno obtiene es justo, si es que los beneficios o posiciones en cuestión eran también asequibles para los demás.” Sin embargo, el “esquema de justicia no se considera satisfecha con una mera igualdad de oportunidades.¹⁸

Rawls dice que importa ante todo el objetivo inicial de la justicia como imparcialidad, que como lo hemos definido antes, es el único que demuestra que los principios de la justicia son adoptados en vez de otras opciones tradicionales.¹⁹

La violación al principio de igualdad, en este caso, solo es aceptable cuando va a “engrosar” las porciones de recursos en manos de los menos favorecidos y nunca en el caso en que las disminuyan. Esta concepción, a criterio del propio Rawls, es más “estable” que la noción de igualdad de oportunidades, lo cual es inexplicable.

La teoría de la justicia es una intuición fundamental de Rawls, pero que “no merece ser reconocida como tal si permite que las personas resulten beneficiadas o perjudicadas por circunstancias ajenas a su voluntad”.

Al tenor del pensamiento igualitario: la sociedad justa debe tender en lo posible, a igualar a las personas en sus circunstancias, de modo tal que lo que ocurra con sus vidas quede bajo su propia responsabilidad.

Rawls expresa que las arbitrariedades morales no son justas o injustas por sí mismas; que no hay sentido en reprochar a la naturaleza por favorecer o desfavorecer, pero que sí debe hacerse una evaluación sobre la justicia o injusticia de las instituciones básicas de la sociedad. “La naturaleza no es justa o injusta con nosotros”, es el modo en que el sistema institucional procesa esos hechos de la naturaleza. De allí surge su afirmación de que la “primera virtud” de cualquier sistema institucional ha de ser la de su justicia.²⁰

17. *Ibid.*, p. 39.

18. *Ibid.*, p. 39.

19. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 274.

20. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, p. 41.

Para la consecución de sus pretensiones desinteresadas las partes son libres para proponer y argumentar a favor de los principios de justicia que crean que pueden ser de mayor beneficio para sí mismas, y se presupone que como personas racionales, estarán de acuerdo solo respecto de la mejor negociación que puedan obtener a cambio de los beneficios de la cooperación social.

Haciendo una síntesis de las ideas centrales del contractualismo de Rawls, se puede destacar lo siguiente:

- Que la igualdad en la posición original se aplica en primer lugar a la igual libertad, incluida la igualdad en los derechos procedimentales para el debate en la posición original, y la igualdad como fuente importante de pretensiones válidas respecto de los recursos sociales, en relación con las instituciones sociales básicas.
- Que cada persona tiene primero una concepción del bien, y de los objetivos que es valioso perseguir; y, segundo, tiene un sentido de la justicia. Esto es, un conjunto de creencias acerca de los términos de la cooperación social equitativa.
- Que las personas (se presupone), son capaces de actuar pensando a largo plazo en relación tanto con su concepción del bien, como con su sentido de justicia.
- Que las desigualdades sociales y económicas se deben disponer de modo tal que: a) sean para el mayor beneficio de las personas más desventajadas; y, b) que estén vinculadas a cargos y posiciones abiertas a todas las personas, bajo condiciones de igualdad real de oportunidades.²¹

Sobre los rasgos distintivos de la teoría de la Justicia, Rawls dice que: “El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social”. Por instituciones más importantes entiende “la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales”.²²

Gargarella remarca que los principios resultantes del contrato rawlsiano se aplican en sociedades bien ordenadas, en donde reinan las circunstancias de justicia.²³ En consecuencia, para Rawls no existe un criterio independiente que pueda indicarnos lo que es justo hacer, aunque sí hay procedimientos para llegar a resultados equitativos, lo que según él es justicia procedimental pura.

21. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, p. 83.

22. *Ibíd.*

23. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, p. 35.

Se han vertido muchas críticas a la teoría de Rawls por considerarla incapaz de satisfacer plenamente su inicial promesa igualitaria. Al respecto, y como precedente de una posible teoría de la pena, conviene realizar una ligera revisión del igualitarismo que propone:

- a) “Las instituciones de una sociedad pueden ser consideradas instituciones justas cuando permiten que la vida de las personas dependa de lo que cada uno autónomamente elige”, y no de los azares de la naturaleza, o de las circunstancias que nos ha tocado vivir por fortuna o desgracia;
- b) Cuando se permite vivir lo que cada uno elige, las instituciones deben dirigirse a igualar a los individuos en sus circunstancias, lo que se traduce fundamentalmente en dotar a cada uno con un manejo igual de “bienes primarios”;
- c) La igualdad no implica una igualdad absoluta y estricta, rígida.²⁴

UNA PROPUESTA DE LA TEORÍA DE LA PENA

HIPÓTESIS

¿Desde el neocontractualismo y la teoría de la justicia de Rawls, es posible generar una teoría de la pena con perspectiva de género?

¿A base de los enunciados de Rawls es posible plantear una teoría de la pena que considere las ideas del feminismo como posición de apertura al tratamiento diferenciado de las mujeres, frente a la pretensión punitiva del Estado?

Para contestar estas interrogantes, es preciso consignar las razones que justifiquen una propuesta de teoría de la pena que considere a las mujeres de forma diferenciada:

1. La incorporación de la perspectiva de género en la teoría del delito refleja un rechazo al determinismo, causado por situaciones de orden biológico exclusivamente, que ha perneado los estudios sobre la delincuencia femenina, el derecho penal, las penas y su sustento ideológico. En la inclusión de esta variable debe entenderse que género, a diferencia de sexo, es “toda construcción social y no determinación natural que hace necesario estudiar las relaciones de subordinación respecto al otro sexo”.²⁵

2. Una teoría planteada desde esa perspectiva permitirá visibilizar las prácticas, valores, normas, representaciones, roles, patrones de pensamiento, sin los cuales no es posible examinar las corrientes de la filosofía política sobre el contractualismo y la justicia, elaboradas por los hombres y para los hombres, como se advierte incluso

24. *Ibid.*, p. 69.

25. Virginia Ayllon, *La mujer delincuente y privada de libertad en el sistema de administración de justicia*.

ve a partir del uso idiomático, al ignorar a las mujeres como sujetos del contrato hipotético y aún más, del pensamiento igualitario. Hay una sobregeneralización, pues no se sabe si se habla solo de un sexo o de ambos.

3. Cuando se trata de la delincuencia femenina, se destaca la importancia de analizar las especificaciones de los delitos que afectan la vida de las mujeres, lo que considero es uno de los elementos para establecer el funcionamiento diferencial de todo el aparato de control social, formalizado o no, así como la reacción social sin descuidar el papel de los mecanismos de conformación de un consenso social en torno de los roles de la mujer.

4. Si bien las penas mismas no son parte de la propuesta, no se puede dejar de enunciar que las mujeres, privadas de la libertad, constituyen un grupo marginado que no ha recibido la atención debida, como se relievra en las Conferencias de la Mujer, especialmente en la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas celebrada en Beijing, 1955, Plataforma de Acción Mundial, 1996.²⁶

5. La teoría feminista, realiza una crítica más global al pensamiento rawlsiano, a los presupuestos, valores y objetivos del mismo, considerando que es incapaz de repensar en la igualdad de un modo igualitario, como se puede advertir de lo expuesto por Catherine MacKinnon.²⁷

En verdad, el enfoque de la justicia es eminentemente masculino, y el discurso de la justicia olvida ciertos aspectos relacionados con los grupos marginados, y por tanto la teoría de la justicia no es suficientemente igualitaria al no decidirse a pensar en las personas como parte de grupos, por ejemplo, el grupo de mujeres, el grupo de adolescentes, etc.

6. Las reflexiones sobre la justicia asumen que las personas tienen opciones, cuando las mujeres en verdad carecen de éstas realmente. Así se advierte de los dos principios de justicia creados por Rawls: a) Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básico e igualitario completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos; y en este esquema, las libertades políticas iguales, y solo esas libertades tienen que ser garantizadas en su valor justo; b) Las desigualdades sociales y económicas solo se justifican por dos condiciones: en primer lugar, están relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidad; en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos deben ejercerse en el máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados.²⁸

26. Párrafos 58.as, 59.a., 137, 244, 245.

27. Roberto Gargarella, *Las teorías de la Justicia después de Rawls*, pp. 85-97.

28. Jhon Rawls, *Liberalismo Político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 31.

Sostiene Rawls que estos principios regulan las instituciones con determinado dominio, no solo en cuanto a los derechos, libertades y oportunidades básicos sino también en cuanto a las exigencias de igualdad.

7. La teoría de Rawls, establece el método para descubrir los principios de justicia, aplicables en todas las sociedades y en todos los tiempos, en la medida en que incorpora e institucionaliza la imparcialidad en el debate moral y en la toma de decisiones, prometiendo proporcionar un medio a través del cual las personas, en sociedades liberales, puedan alcanzar acuerdos efectivos respecto de la estructura normativa básica de la sociedad. No obstante, se trata únicamente de un consenso superpuesto que es tan solo un acuerdo temporal de conveniencia.

La imparcialidad no es una garantía de un trato igualitario, ni de la supresión de las discriminaciones.

8. Rawls entiende por “libres” a las personas, no solo en la posición original por no estar presionadas ni sometidas a ninguna obligación o limitación anterior, sino también para reivindicar los beneficios de la cooperación social.

Según esto, las personas no se encuentran limitadas por concepciones morales anteriores en la consecución de sus propios intereses; sin embargo, tal criterio no sustenta los motivos de desigualdad que no han sido tomados en cuenta por Rawls, mientras que para Thomas Nagel existen tres fuentes de desigualdad, vinculadas a hechos ajenos a la voluntad individual:

- a) Las discriminaciones de raza y género;
- b) “Las ventajas hereditarias tanto en la posesión de recursos como en el acceso a los medios para obtener las calificaciones para las posiciones abiertas a competencia”. Es la diferencia de clase, que se trasmite a través de la familia; y,
- c) Los talentos: diferencia que se origina en las habilidades de las personas.

Estas consideraciones no admite Rawls en los criterios de igualdad, pero la verdad es que las diferencias están dadas desde el nacimiento y aun desde la gestación.

9. Las preferencias de las mujeres no son elitistas.

Una concepción de justicia debería empezar por el concepto de dominación y opresión. Un cambio de este tipo saca a relucir cuestiones relativas a la toma de decisiones, la división del trabajo y la cultura, que tiene que ver con la justicia social, pero que a menudo son pasadas por alto en las discusiones filosóficas.²⁹

29. Iris Marion Young, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1990, p. 4.

Young pone especial énfasis en que el discurso de la justicia es en gran medida un gran discurso sobre la injusticia, la incorrección y los daños inaceptables. Afirma además que mientras exista personas oprimidas es necesario que la justicia social se preocupe de estos grupos para acabar con su opresión. Reafirma algunos aspectos olvidados del discurso de la justicia, relacionados con los grupos desventajados y marginados y da una base sólida para una acción afirmativa.³⁰

BASES DE LA PROPUESTA DE LA TEORÍA DE LA PENA

Con estos antecedentes se puede sentar las bases de una teoría de la pena en los siguientes términos:

Siendo el contrato hipotético el que nos obliga, y que se firma bajo ciertas condiciones ideales, respetándose el carácter de seres libres e iguales, la pena será para mantener la vigencia del contrato y restaurar su validez. En consecuencia, la pena se da por el faltamiento a los deberes asumidos en virtud del contrato.

La libertad permite que las personas violen o no las obligaciones generadas en mérito al contrato; sin embargo, la trasgresión al mismo determinaría la pena.

La pena se sustenta además en la teoría moral a la que se refiere la teoría de la Justicia, y que considera importante el valor de la autonomía de las personas para responder sobre lo que demanda de la moral y la razón de obedecer ciertas reglas:

- a) Porque la moral nos exige cumplir las obligaciones que nos hemos comprometido a cumplir; y,
- b) Porque el contractualismo sostiene que la razón por la cual debemos obedecer ciertas reglas es porque nos hemos comprometido a ello.

A Rawls no le interesa defender la exigibilidad de los arreglos institucionales que se derivan de la posición teórica por él propuesta, pero para él, el contrato hipotético tiene valor como medio para poner a prueba la corrección de algunas instituciones morales, pues el contrato tiene sentido porque refleja nuestro estatus moral igual, y desde el punto de vista moral, “la suerte de cada [uno] no tiene la misma importancia, [que] la idea que todos contamos por igual”.³¹

Se puede afirmar que en esta propuesta están inmersos los principios de la teoría de prevención general positiva, porque tiene una función reparadora del equilibrio social perturbada por el delito.³²

30. *Ibid.*, p. 15.

31. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, p. 34.

32. Günter Jackobs, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 58.

Pese a lo consignado, en la teoría se debe tomar en cuenta los criterios de igualdad, y no discriminación, para hacer una aplicación diferenciada de la pena, a base de las medidas de discriminación positiva. Los derechos no pueden ser manejados como posesiones que puedan ser distribuidas, ya que son una cuestión de relaciones interpersonales correctas que establecen cómo deben interactuar las personas entre sí.

En la incorporación de los valores de “lo correcto” “lo bueno” a los juicios que se hagan para evaluar las condiciones culturales, e incluirlos en su concepción de justicia, es necesario poner de relieve el interés por las diferencias sociales y de género, presentes en la opresión y en la dominación. El sesgo que revela parcialidad de lenguaje y pretende evidenciar lo contrario, la igualdad de derechos, la importancia social de los grupos como algo distinto de las personas, produce injusticias, lo cual es cotidiano en la sociedad.

Aunque parece contradictorio, las diferencias constituyen la reivindicación de la igualdad de resultados, lo cual aclara debidamente Young, tratando de demostrar cómo la negación de la diferencia contribuye a la opresión de los grupos sociales e intenta defender una política que reconozca la diferencia y no la suprima.³³

Es importante que también se incorporen criterios de autonomía, con un enfoque diferente hacia la dominación, como insiste Catharine MacKinnon que realiza severas objeciones al liberalismo en general y al liberalismo defendido por Rawls, en particular. Ese enfoque, permite describir y examinar mejor la situación de las mujeres en el mundo contemporáneo, pues está en desacuerdo con la idea de autonomía valorada por el liberalismo, y está igualmente en desacuerdo con todas las teorías inscritas en el kantianismo.³⁴

La teoría de la pena debe abandonar el punto de vista imparcial, porque con ello nos separamos de la propia situación de las mujeres, de las particularidades que de hecho constituyen nuestro yo, y como dice Young, en la equivocada creencia de que lo moral es lo universal. La alternativa a la imparcialidad es la justicia, en primer lugar, en relación con la opresión y sus causas estructurales y justicia en relación con la dominación y sus manifestaciones políticas.

Debe también incluirse la concepción de “Rawls sobre un momento dialógico-moral de legitimidad, como un procedimiento consensual de argumentación, para garantizar que los principios de la justicia que han de orientar las instituciones sociales y procesos legales sean escogidos consensualmente y no se vean contaminados por juicios particulares y garanticen su imparcialidad. Para ello, utiliza el instrumen-

33. *Ibid.*, p. 10.

34. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, p. 86.

to metodológico de la posición original como Estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios de justicia”.³⁵

Precisamente, el procedimiento consensual no puede garantizar imparcialidad si no se toma en cuenta la argumentación de los enunciados relacionados con el feminismo. Menos aún se debe tener como sustento el “velo de ignorancia” de los participantes como medio de asegurar la neutralidad de los principios de justicia, pese a que según Rawls ese velo de ignorancia obliga a negociar bajo la perspectiva “del Universalismo Moral”.³⁶

La legitimidad del ordenamiento entonces estaría garantizada por la selección de principios morales de justicia de carácter universal, lo que significa que las normas punitivas deben estar acordes con la teoría de la pena que nace a su vez del contrato hipotético y que sea el producto de un diálogo moral a base de un criterio de legitimidad, que genere de todas formas un modelo de reconstrucción consensual. Todo esto para mantener la vigencia del contrato social.

Se debe tomar en cuenta la concepción de los bienes primarios y su distribución, en la elaboración de la teoría de la pena, porque de lo contrario existe el riesgo de desigualdades al aplicar con sentido de igualdad las mismas penas, aunque las personas cometan iguales delitos.

Considerando esta regla, los sujetos elegirán una alternativa, lo que no es dable cuando se trata de ciertos grupos que históricamente han vivido discriminaciones en razón del sexo, por ejemplo, a quienes se les han impuesto reglas sociales y aun formas de justicia, que en ocasiones contienen inequidades, pues no puede hablarse de negociación equitativa, y por tanto los resultados no serían equitativos, como proclama Rawls.

Para Rawls “la aplicación del principio de diferencia evita que los discapacitados reciban menos bienes sociales debido a la mera circunstancia de sus incapacidades: las desigualdades sociales son compensadas, y las desigualdades naturales no influyen en la distribución”.

Esto no tiene sentido. Las desigualdades naturales deben ser tomadas en cuenta, como las físicas, y el hecho de ser mujeres.

35. Oscar Quintana, *Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho*, Bogotá, Editorial Temis S.A., p. 105.

36. *Ibíd.*, p. 106.

CONCLUSIONES

La propuesta de teoría de la pena se fundamenta en el hecho de que el tipo de contractualismo, defendido por Rawls, no logra otorgar protección adecuada a la diversidad de grupos e individuos existentes en la sociedad, tengan o no poder, político, económico concreto. Tampoco el liberalismo rawlsiano propone ciertos instrumentos teóricos, destinados justamente a prestar más atención a los intereses de los grupos más desventajados.

Ante las hipótesis planteadas, se puede afirmar que sí es posible construir una teoría de la pena que incluya criterios de equidad, incluyendo las reflexiones formuladas.

Entre los elementos del contrato hipotético se destacan: a) un acuerdo; b) firmado bajo condiciones ideales; c) respeto a la igualdad y a la libertad; d) la igualdad se deriva de la igualdad moral entre las personas; y, e) la aplicabilidad de los principios que resulten del contrato hipotético se puede dar en sociedades ordenadas, en las que primen las circunstancias de la justicia.

Para el enfoque feminista, es cuestionable la universalización de tales circunstancias, ya que las cuestiones de género y de sexualidad no han sido analizadas como cuestiones de justicia. La teoría Rawlsiana se basa justamente en la idea de que las desventajas naturales y sociales no deben tomarse como dadas, lo que implica que la posición original y el velo de ignorancia están orientados a inadmitir diferencias construidas sociales, culturales y políticas, en la toma de las decisiones.

Este enfoque y las opiniones de Ronald Dworkin, Amartya Sen, Gerald Cohen citados por Gargarella, llevan a efectuar consideraciones sobre la necesidad de incluir ciertos elementos al concepto del contrato rawlsiano y a la teoría de la justicia, de modo tal que la posible teoría de la pena se complemente especialmente con criterios de igualdad, y de tratamientos diferencias, como los que se dejan anotados.

Marcela Lagarde en un estudio sobre identidad de género y de derechos humanos, dice que “las mujeres comparten con otros sujetos su condición política de opresión, y con grandes dificultades para ser reconocidas como pares y legítimas, han confluído con los pueblos indígenas, los homosexuales, las comunidades negras y los grupos juveniles, entre otros, en la crítica política a las opresiones de género, de clase, étnica, racista y etaria: han puesto en crisis el principio ideológico legitimador del orden enajenado que consiste en considerar naturalmente desiguales a quienes solo son diferentes”.

He citado este pensamiento porque estamos ante un nuevo paradigma cultural, basado en la aspiración de lograr la complementariedad real, social, política y jurídica de las categorías humanas de género, lo que surge de dos principios filosóficos,

que la misma autora los trata con suficiente sustento y extraordinaria lucidez: la diversidad humana y la paridad de los diferentes.

Estos principios obviamente deben ser asumidos en una teoría de la pena que tenga como base y orientación la justicia y el mantenimiento de un contrato social que se ha denominado “hipotético”.

BIBLIOGRAFÍA

- Anthony García, Carmen, *Las mujeres confinadas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo IV, 1996.
- Jackobs, Günter, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Quintana, Oscar, *Teoría política, democracia radical y Filosofía del Derecho*, Bogotá, Temis, 2005.
- Rawls, Jhon, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Righi, Esteban, *Teoría de la pena*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
- Tom, Campbell, *La justicia*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- Young, Iris Marion, *Justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra, 1990.