

Censurar y castigar

Andrew von Hirsch

Traducción de Elena Larrauri

E D I T O R I A L T R O T A

CONTENIDO

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS Serie Derecho

Consejo Asesor: Perfecto Andrés
Joaquín Aparicio
Antonio Baylos
Juan Ramón Capella
Juan Terradillos

© Editorial Trotta, S.A., 1998
Sagasta, 33. 28004 Madrid
Teléfono: 91 593 90 40
Fax: 91 593 91 11
E-mail: trotta@informet.es
<http://www.trotta.es>

Título original: *Censure and Sanctions*
© Andrew von Hirsch, 1993

This translation of *Censure and Sanctions* originally published in English in 1993
is published by arrangement with Oxford University Press
[Esta traducción de *Censurar y castigar*, publicado originalmente en inglés en 1993
ha sido publicada por acuerdo con Oxford University Press]

© Elena Larrauri, 1998
Diseño
Joaquín Gallego

ISBN: 84-8164-254-1
Depósito Legal: VA-805/98

Impresión
Simancas Ediciones, S.A.
Pol. Ind. San Cristóbal
C/ Estano, parcela 152
47012 Valladolid

Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español: <i>Elena Larrauri</i>	11
<i>Prefacio</i>	19
<i>Agradecimientos</i>	21
1. Introducción	23
2. Censura y proporcionalidad	31
3. «Dominio» y censura	49
4. Gravedad y severidad	61
5. Anclar la escala de penas	71
6. Modelos mixtos	85
7. Sanciones intermedias	99
8. Arrepentimiento y merecimiento individualizado	117
9. Degradación e intrusión	129
10. La orientación política del principio de proporcionalidad	139
Epílogo. La aspiración a una justicia penal	159
<i>Bibliografía</i>	171
<i>Índice</i>	179

A mi hijo Alexander

CONTROL DEL DELITO Y CASTIGO EN ESTADOS UNIDOS:
UNA INTRODUCCIÓN PARA EL LECTOR ESPAÑOL

Elena Larrauri

Algunos lectores quizá se pregunten si tiene sentido la traducción de un libro que plantea cuestiones penológicas —los fines de la pena, su plasmación en las sentencias judiciales y el tipo de castigos— del sistema inglés y norteamericano, del cual se acostumbra a afirmar frecuentemente que está tan alejado del modelo continental. Para ello me ha parecido conveniente realizar una brevísima introducción. Prescindiré de hacer comparaciones entre el contexto norteamericano y español y dejaré que sea el lector quien decida si el libro de von Hirsch es relevante para discusiones presentes y futuras.

Pero primero es necesaria una advertencia. Cada Estado norteamericano dispone de un código penal, además de delitos regulados en diversas leyes específicas. Adicionalmente existen delitos federales (regulados en el Título 18 del *United States Code*). La dispersión y sobreposición de la legislación estatal con la legislación federal comporta que sea arriesgado afirmar «en Estados Unidos», porque cada Estado tiene sus propias leyes estatales que regulan los diversos delitos y prescriben diversas penas. Las afirmaciones globales referidas a Estados Unidos (incluso las contenidas en esta introducción) deben ser recibidas con cautela y comprobadas con un estudio pormenorizado de la legislación y realidad de cada Estado concreto.

La ideología dominante en Estados Unidos hasta inicios de los años setenta era la ideología rehabilitadora. Como es conocido, de acuerdo con este ideal, ni la ley ni el juez pueden determinar el tiempo exacto de la condena, ya que el tiempo de la pena depende de la

evolución de la persona condenada en el interior de la institución. En consecuencia, la ley, por lo general, se limita a establecer un marco muy indeterminado (que puede ser desde señalar sólo prisión o prisión de un año a cadena perpetua) para cada delito.

En este sistema el juez tiene una amplia discreción para imponer *probation*, la medida rehabilitadora por excelencia, que consiste generalmente en que la persona queda en libertad, debiendo visitar a un agente de libertad vigilada. Si, por el contrario, el juez condena a la pena de prisión, son las autoridades penitenciarias (*parole boards*) las que determinan el tiempo real que debe cumplirse, el cual acostumbra a ser muy inferior al que ha sido impuesto.

La insatisfacción con este procedimiento de condenas indeterminadas (*indeterminate sentencing*) acostumbra a situarse en la década de los setenta. Como sucede en tantas ocasiones en Estados Unidos, se produce una convergencia de opiniones a pesar de que los argumentos y el trasfondo ideológico que reflejan son muy distintos.

Uno de los primeros ataques que se produce a este estado de cosas es la enorme disparidad de condenas por delitos semejantes. Ya fuese determinado por el juez, ya por las autoridades penitenciarias, resultaba claro que el margen de indeterminación de la pena era tan amplio como para permitir que cada juez, sobre la base de su particular visión de los objetivos de la pena, determinase el tipo de pena o el tiempo de duración de la misma. Como es conocido, producto de este ataque surge el modelo de pena merecida (*just deserts*), del cual von Hirsch fue uno de sus más destacados exponentes.

Un segundo frente de ataque se produce cuando se constata no sólo la disparidad de las condenas, sino la discriminación que esta disparidad lleva implícita. En efecto, se criticaba que las autoridades penitenciarias determinaban el tiempo de duración de la condena basándose en criterios tan poco controlables como la futura posibilidad de reincidir, la peligrosidad, la dificultad de reinserción, lo cual llevaba a una discriminación en la duración de las condenas de acuerdo con la clase social o raza a la cual pertenecía la persona.

Finalmente, el modelo rehabilitador con sus condenas indeterminadas fue también atacado por los sectores más partidarios de endurecer las penas. Teóricamente el modelo había dejado de ser atractivo: la rehabilitación era cara y además no se conseguía. Adicionalmente se le acusó de ser excesivamente benevolente, ya por lo que se entendía que en la práctica la *probation* era una pena sin excesivas exigencias o controles, ya por la discordancia, atribuible al poder discrecional de las autoridades penitenciarias, entre la condena teórica y la realmente cumplida.

A finales de la década de los setenta nos encontramos, pues, que, producto de este cúmulo de circunstancias, se produce un movimiento hacia condenas determinadas por la ley (*determinate sentencing*).

Una de las formas por las que se procede a esta determinación de las penas es mediante la creación de comisiones penológicas (*sentencing commissions*). El Estado pionero fue el de Minnesota, que en 1980 creó una comisión penológica cuya función era elaborar unas guías penológicas (*sentencing guidelines*) que graduaran la pena correspondiente a cada delito. Se trataba, en definitiva, de elaborar una plantilla; en la línea vertical se reflejarían los diversos delitos y en la línea horizontal los antecedentes penales. Para cada delito y en función de los antecedentes se estipulaba un tiempo determinado de prisión. La plantilla tiene además una línea (aproximadamente) diagonal que establece la demarcación «dentro/fuera»; esto es, qué casos recibirán prisión y cuáles una pena distinta de prisión.

Es interesante observar, a efectos de comprender el desarrollo posterior, que estas comisiones, si bien dotadas de fuerza legislativa, eran independientes del poder legislativo, precisamente para evitar la tentación política de subir las penas en cada ocasión en que existiese una ola de miedo o indignación popular.

El modelo de guías penológicas elaborado por comisiones independientes fue seguido por bastantes Estados norteamericanos, siendo en la actualidad unos veinte los que disponen de ellas. En 1987 se han promulgado además las guías penológicas federales aplicables a los delitos federales (*Federal Sentencing Guidelines*).

Evidentemente cada guía penológica es distinta, y ello produce vivas y numerosas discusiones: así, por ejemplo, se discute si éstas han adoptado el modelo de justicia, o por el contrario se han inclinado más por doctrinas mixtas; se discute cómo calcular la severidad de las penas para adecuarlas a la gravedad del delito; el grado de desviación de las mismas que se permite a los jueces; el tipo de circunstancias que éstos pueden considerar; dónde situar la línea demarcatoria «dentro/fuera» de la pena de prisión; se postula por Norval Morris y Michael Tonry, que las plantillas no sólo regulen la división «dentro/fuera» sino que establezcan cuatro franjas que permitirían una regulación más concreta de los castigos distintos de la pena de prisión, etc.

Ahora bien, si mi impresión es acertada, ninguna discusión ha sido tan virulenta como la acusación de que el nuevo modelo de condenas determinadas, su plasmación en las guías penológicas (y en consecuencia y en última instancia el modelo de justicia), ha

permitido el espectacular incremento¹ de la población reclusa en Estados Unidos, que se inicia precisamente en la década de los ochenta.

Desde luego, es imposible para mí proporcionar una respuesta definitiva a esta acusación. Pero pienso que el lector debe estar por lo menos informado de algunos desarrollos jurídicos que se producen de forma paralela también en la década de los ochenta. A modo de resumen:

a) Se debe considerar que si bien el ejemplo inicial de las guías penológicas de Minnesota perseguía reducir el uso de la prisión, las guías federales tratan de aumentarlo. Desde este punto de vista se habla de una «cooptación» del modelo de determinación de las condenas. Pienso que es cierto que un modelo de justicia no está vinculado con una determinada severidad, pero también parece cierto que la defensa de la determinación de las penas en un momento en que existe una creciente demanda punitiva producirá penas determinadas severas.

b) Del ataque a la discreción y presunta benevolencia de los jueces surge la promulgación de leyes que establecen mínimos de pena legales (*minimum mandatory sentences*) para determinadas categorías de delitos, destacadamente, pero no sólo, los relacionados con consumo, posesión y tráfico de drogas. Estas leyes son dictadas por el poder legislativo de cada Estado como respuesta a delitos que suscitan una ola de miedo o indignación, en ocasiones, con el afán de contentar a un cierto electorado, y en otras, con el afán de contentar a otros grupos de presión. Su efecto es aumentar, en ocasiones repetidamente, la severidad de las penas originariamente establecidas por las comisiones e impedir la imposición de cualquier pena distinta de prisión.

c) Del ataque a la discordancia entre la pena impuesta por los tribunales y la efectivamente cumplida por la supuesta benevolencia de las autoridades penitenciarias surge el movimiento denominado *Truth in Sentencing* (Veracidad de las Penas) que pretende y consigue en numerosos Estados eliminar la posibilidad de libertad condicional e imponer el cumplimiento de un 85% de la condena. El apoyo del Gobierno federal a este movimiento provoca que los Estados que se unen a él y eliminan la libertad condicional reciben

1. Recuérdese que la población reclusa aumentó en un 300% de 1980 a 1995. Que Estados Unidos tiene un millón y medio de personas en sus cárceles con un índice cercano al 400/100.000 (siendo lo habitual en Europa 70-100/100.000) y que además tiene 5 millones de personas sometidas a *probation* o *parole*, es decir, con algún tipo de control penal.

apoyo financiero para la construcción y subvención de cárceles estatales².

d) Del ataque a la *probation* surgen en la década de los ochenta los denominados *intensive supervision probation*. Como su nombre indica, se trata de que la persona quede en libertad pero aumentando el grado de control y las cargas y obligaciones que debe cumplir. Este control mucho más rígido se centra generalmente, al margen de algunas exigencias ciertamente originales, en limitar su movimiento y evitar el consumo de drogas. Los controles electrónicos y análisis de orina se suceden, se descubren más infracciones técnicas y se debe encerrar por ellas a las personas sometidas a *probation*.

e) Del ataque a la rehabilitación surge la defensa de la incapacidad como fin de la pena. Ésta se apoya en la constatación de que un número pequeño de delinquentes produce un gran número de delitos y en el logro discutible de la cárcel de que «mientras están dentro no delinquen». Para que ello tenga un cierto impacto se trata de alargar las condenas y apuntar a los delinquentes habituales, estos, que han cometido dos delitos. Ello comporta la promulgación de leyes específicas, vigentes en numerosos Estados, que permiten que se doble la condena por el mismo delito si ha sido cometido por una persona reincidente.

La plasmación extrema de esta ideología se produce con la aprobación en 1994 —algunas de ellas por referéndum popular— en 26 Estados norteamericanos de las leyes popularmente denominadas *Three Strikes and you're out* (A la tercera vas dentro).

Con la excepción de matices propios de cada Estado, estas leyes establecen la imposición de un mínimo de 25 años de cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional cuando se comete un tercer delito. El, aun mayor, impacto que estas leyes producirán en el número de población reclusa depende de cómo se defina el tercer delito —en el caso extremo de California cualquier delito puede contar como «tercero»— y de la discreción que se dé a los jueces para contar o ignorar las condenas previas.

Todos estos desarrollos concomitantes impiden, como afirma von Hirsch, culpar a una teoría penal del extremado incremento punitivo que ha tenido lugar en la década de los ochenta y noventa en Estados Unidos, aun cuando, desde luego, en mi opinión es preocupante la incapacidad de las teorías penales para establecer lími-

2. El 1 de enero de 1996 había en Estados Unidos 265.107 personas cumpliendo condenas de 20 años o cadena perpetua. De estas personas, 74.804 cumplen cadena perpetua con posibilidad de libertad condicional; 31.368, cadena perpetua sin libertad condicional; y 168.935 cumplirán 20 años.

tes normativos a ello. Por ello, los intentos de von Hirsch de precisar la pena proporcional y de «anclar la escala de penas», esto es, determinar un límite mínimo y máximo —que él sugiere sea de cinco años como máximo—, me han parecido extremadamente relevantes para contrarrestar este aumento constante de la pena de prisión.

En fin, espero hasta el momento haber contagiado al lector un poco de pasión por las discusiones penológicas.

El libro de von Hirsch me parece importante no sólo porque permite discutir en qué casos se considera la prisión una pena proporcional a la gravedad del delito y cuándo procede una sanción intermedia, sino además porque nos advierte sobre un tema que puede ser preocupante en un futuro.

Como he destacado, las guías penológicas establecen sólo una franja divisoria: la que separa entre «dentro/fuera» de la prisión. Pero en tanto que el tiempo de prisión está minuciosamente regulado, la discrecionalidad aún reina en el terreno de las penas alternativas a la prisión. De resultados de ello, el juez aún tiene una amplia potestad para optar entre diversos castigos alternativos e imponer las más variadas condiciones en que deben cumplirse. La proporcionalidad puede, en consecuencia, como nos advierte von Hirsch, resaltar vulnerada también en las penas alternativas a la prisión.

Un último comentario personal. Algunos compañeros se han sorprendido de que yo traduzca a von Hirsch y me han preguntado si suscribo su teoría. Bien, en primer lugar, me parece que no es necesario estar completamente de acuerdo con una teoría para considerarla relevante. Con esto bastaría. Pero además la claridad positiva de von Hirsch conlleva que un tema que me preocupa, por lo que normalmente sólo es entrevisto, aparezca claramente. Leyendo este libro se obtiene la impresión de que, en última instancia, es la ideología de la prevención general lo que permite justificar la severidad de los castigos.

Pienso que sería más fácil oponerse a las crecientes demandas punitivas si se deja de creer de forma dogmática en la prevención general y se discute la plausibilidad de algunos conocimientos que atribuyen a la pena una eficacia preventiva limitada sólo en el caso de algunos delitos (normalmente los más alejados de lo que constituye el núcleo del Derecho penal), sólo para algunas personas (las que normalmente no delinquen) y sin poder asegurar exactamente el grado de éxito que le corresponde a la pena (en vez de a estrategias preventivas basadas en cambios situacionales, económicos y sociales) en la reducción del delito.

En definitiva, si conseguimos separar prevención del delito de castigo del delito aportaríamos un argumento con el cual oponernos al aumento de severidad de las penas, el cual, como control del delito, es inefectivo y, como castigo del delito, sencillamente injusto.

Finalmente, gracias a José Cid por una lectura atenta de la traducción; por su ayuda en la comprensión y traducción de algunos términos filosóficos mi agradecimiento a José Juan Moreso. Cuando me ofrecí a Alejandro Sierra para realizar esta introducción desde luego no era consciente de la complejidad del contexto norteamericano. No hubiera podido entenderlo sin las explicaciones de David Greenberg, Benjamin Rader y Andrew von Hirsch. Tampoco sin todos los libros oportunos que me prestó Dirk van Zyl Smit.

Nueva York, diciembre de 1997.

PREFACIO

Estoy bastante sorprendido de haber escrito este libro. Había publicado ya dos libros acerca de la teoría penológica, uno en 1976 y otro en 1985. Me parecía bastante y estaba empezando a trabajar en otros temas.

Sin embargo, las cuestiones del castigo de los infractores —especialmente el tema de las sanciones proporcionales— seguían llamando mi atención. Estaban surgiendo nuevos escritos filosóficos acerca de la censura y sus funciones morales y ello me llevaba a pensar en la vinculación existente entre censura, proporcionalidad y castigo. Cada vez era más evidente que una teoría penológica proporcionalista necesitaba —pero no tenía— una idea clara de dónde debía anclarse la escala de las penas. También se empezaba a experimentar con sanciones «intermedias» no privativas de libertad y ello comportaba dudas acerca de cómo debían imponerse. El desarrollo de estas sanciones también conllevó una serie preocupante de cuestiones colaterales —por ejemplo cómo prevenir castigos degradantes (las versiones modernas de las penas infamantes)—. Escribí varios artículos al respecto en algunas revistas.

La promulgación en Inglaterra de la *Criminal Justice Act* en 1991 fue el estímulo inmediato para escribir este libro. De pronto, un país importante e influyente había aprobado una legislación que declaraba que la proporcionalidad debía ser el criterio principal para determinar la pena —decisivo no sólo respecto de la pena de prisión sino también respecto de las sanciones no privativas de libertad—. Más que exigir a los jueces que aplicasen una tabla de condenas predeterminadas, la ley les instaba a que interpretasen la idea de la proporcionalidad. Todavía es demasiado pronto para saber si esta

ley tendrá éxito en su objetivo de promover sanciones proporcionales, pero sin duda ha suscitado un gran interés. Empecé a pensar que era hora de escribir un libro que tratase las cuestiones aún no resueltas de la proporcionalidad.

Primero pensé que el libro podía estar compuesto por los artículos que ya había escrito y algún capítulo adicional. Pero cuando repasé los materiales vi que eran insuficientes. Se necesitaba otro libro. A medida que empecé a trabajar surgieron algunas cuestiones sobre las cuales no había pensado anteriormente. El resultado de este proceso de reflexión es este libro.

El castigo es un tema fascinante pero incómodo. Que el Estado imponga de forma deliberada un sufrimiento a los infractores sólo puede considerarse una amarga necesidad. No es fácil concebir un sistema humano y justo —o al menos no demasiado inhumano e injusto—. En la práctica aún es más difícil, ya que la política (el tema del final de este libro) inevitablemente influye. Nadie debería engañarse, no hay soluciones fáciles.

AGRADECIMIENTOS

Una serie de personas me han ayudado en el desarrollo de este libro. Andrew Ashworth, el editor general de la serie en la cual se publica este libro en inglés, me ayudó a definir el proyecto, es coautor de un capítulo y ha realizado comentarios detallados y útiles. Uma Narayan, coautora de otro capítulo, me ayudó a pensar acerca de algunos temas filosóficos. John Kleinig me dio una serie de consejos críticos acerca de cómo se vinculan los dos elementos que yo pienso justifican el castigo, la censura y la prevención. Don Scheid me hizo algunas preguntas escépticas acerca del rol justificante de la censura —que espero, pero no estoy seguro, haber contestado—. Tatjana Hoernle me insistió en los temas de anclar la escala de penas.

Otra serie de colegas y amigos revisaron el primer borrador de este libro o algunos capítulos y realizaron comentarios valiosos: Douglas Husak, Nils Jareborg, Julian Roberts, Paul Robinson y Michael Tonry.

También agradezco a mi asistente de investigación, Bruce Taylor, su concienzuda revisión de anteriores versiones de este libro y sus sugerencias técnicas y sustantivas.

Una vez más, agradezco a Joan Schroeder el haber pasado a máquina partes del manuscrito y el haberme iniciado en los misterios de la informática. Sandra Wright también colaboró pasando a máquina el manuscrito.

En dos capítulos he utilizado (con bastantes alteraciones y adiciones) partes de mis artículos ya publicados en otras revistas. Sus editores me han concedido amablemente el permiso siguiente:

Para el capítulo 3: «Not Not Just Deserts: A Response to Braith-

waite and Pettit», *Oxford Journal of Legal Studies* 12 (1992), 83-98 (con Andrew Ashworth).

Para el capítulo 9: «The Politics of "Just Deserts"», *Canadian Journal of Criminology* 32 (1990), 397-413.

INTRODUCCIÓN

En un campo tan proclive a las modas como la criminología es sorprendente que una idea pueda mantener su influencia durante varias décadas. Y, sin embargo, la teoría del merecimiento lo ha conseguido: su noción de proporcionalidad de la pena —que dominó a mediados de la década de los setenta¹— aún perdura. Testimonio de esta influencia continuada es la promulgación de la ley (*Criminal Justice Act*) de 1991 en Inglaterra². Esta ley establece por vez primera en este país los principios generales que deben guiar las condenas. Los principios presentes en ésta se basan fundamentalmente en la idea de la proporcionalidad: la severidad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito.

¿De dónde extrae su fuerza el principio de proporcionalidad de las penas? En primer lugar, es éticamente plausible. La mayoría de nosotros, como parte de nuestras nociones cotidianas de justicia, pensamos que las penas deben reflejar el grado de reproche de la conducta. Incluso los niños protestan cuando observan disparidades en los castigos que reciben por ofensas semejantes. Por el contrario, las estrategias penales preventivas parecen éticamente problemáticas. Por ejemplo, imponer más castigo a una persona, sobre la base de una predicción de que en el futuro volverá a delinquir, parece como castigarlo por un delito que aún no ha cometido.

Segundo, la idea de la proporcionalidad suministra a los jueces una cierta guía, que otras teorías distintas raramente le ofrecen. Lo

1. Véase von Hirsch (1976).

2. Para consultar el texto y comentario de la ley, véase Wasik y Taylor (1991); véase también Ashworth (1992).

que los políticos y jueces necesitan de una teoría de la pena es que les ayude a graduar los castigos —a decidir si este tipo de ofensa debiera ser castigada menos o más que esta otra, y cuánto más o menos—. La proporcionalidad por lo menos suministra respuestas parciales: la severidad de las penas debe ser graduada de acuerdo con la gravedad de los delitos.

Las teorías contrarias preventivas rara vez parecen capaces de suministrar orientación alguna. La dificultad fue evidente desde su primera formulación. Jeremy Bentham, al escribir hace dos siglos, propuso un cálculo de acuerdo con el cual las penas se determinarían contrapesando, por un lado, su capacidad preventiva y, por el otro, el sufrimiento causado por su imposición³. Esta ponderación sólo puede suministrar respuestas concretas si los costes y las ganancias preventivas son determinables, pero casi nunca lo son. Se sabe poco, por ejemplo, de los efectos preventivos marginales conseguidos al variar la severidad de los castigos⁴. Reemplazar la prevención general por la especial no mejora demasiado las cosas. Mientras continúa el debate acerca de hasta qué punto puede ser efectivo un tratamiento penal, nadie ha sido capaz de mostrar cómo podrían calcularse las penas de forma rutinaria en base al tratamiento⁵.

Que la proporcionalidad presente estos atractivos, sin embargo, no es suficiente para acreditar sus méritos. Incluso si aún no existe conocimiento suficiente para graduar las penas de acuerdo con efectos preventivos, este conocimiento a la larga podría existir. Incluso si la proporcionalidad se aviene con nuestro sentido de la justicia, aún necesitamos preguntarnos *por qué* es una exigencia de la justicia. La teoría del merecimiento también se enfrenta a sus propios retos —por ejemplo los planteados por aquellos teóricos que exigen que los límites de la proporcionalidad se flexibilicen para favorecer otros objetivos⁶—. Estas objeciones deben contestarse.

I. LA EXPERIENCIA DE LAS REFORMAS PENOLÓGICAS

¿Cuál ha sido la experiencia de las reformas penológicas en los países anglosajones? La época reformista en Estados Unidos tuvo lugar a

3. Véanse extractos de Bentham y su discusión en von Hirsch y Ashworth (eds.) (1992), cap. 2.
4. *Ibid.*
5. *Ibid.*, cap. 1. Para una discusión de las cuestiones empíricas y éticas asociadas al revivir del fin resocializador de las penas, véase von Hirsch y Maher (1992).
6. Véase Morris (1982), cap. 5.

mediados de los setenta e inicios de la década de los ochenta⁷. Quizá el desarrollo más significativo de este período fueron las guías penológicas de Minnesota. Pensadas como reflejo de la teoría del merecimiento, estas guías tuvieron un cierto éxito al conseguir condenas más coherentes y al restringir el crecimiento de la población reclusa⁸.

Sin embargo, en la última mitad de 1980 el ritmo de la reforma ha disminuido y se ha producido una extrema politización de la política penal. Mientras que los índices de delitos no han aumentado en este tiempo, la impaciencia del público acerca del delito sí lo ha hecho —como también la disposición de los políticos a apoyar castigos draconianos como prueba de su voluntad de combatir el delito—. Un síntoma de este nuevo ambiente ha sido la «guerra a las drogas» —con su campaña por aumentar la severidad de las penas tanto en el ámbito federal como en el estatal⁹—. Otro síntoma ha sido la desaparición de la Comisión penológica federal (*US Sentencing Commission*). A inicios de la década se estableció una Comisión federal, con mucha fanfarria y bastantes recursos, para tratar los casos de delitos federales. Las guías penológicas que elaboró la Comisión en 1987 intentaban dar respuesta a las demandas de mayor castigo, provenientes de la Administración y del Congreso, y establecieron unos criterios severos —diseñados para incrementar el uso de la prisión—. Además estos criterios prescindían de toda teoría penal y son de difícil aplicación¹⁰.

De todos modos, ha existido un desarrollo reciente más prometedor: la experiencia con sanciones no privativas de libertad de seguridad intermedia¹¹. Algunos Estados y localidades empiezan a considerar el uso de guías penológicas para la aplicación de estas sanciones¹². Ello comporta la cuestión, que se tratará aquí, de cómo deben graduarse estas penas.

7. Para encontrar alguna literatura de aquella época puede consultarse American Friends Service Committee (1971); Frankel (1972); Fogel (1975); von Hirsch (1976); Twentieth Century Fund, Task Force on Criminal Sentencing (1976); Gottfredson, Wilkins y Hoffman (1978); Blumstein, Cohen, Martin y Tonry (eds.) (1983).
8. Para un análisis de las guías y su impacto, véase von Hirsch, Knapp y Tonry (1987), caps. 2, 5 y 8.
9. Zimring y Hawkins (1991).
10. Para un análisis crítico de las guías penológicas federales (*US Federal Sentencing Guidelines*), véase von Hirsch (1989).
11. La discusión y las referencias pueden verse en von Hirsch y Ashworth (1992), cap. 6.
12. Las comisiones penológicas de Minnesota y Oregón han discutido la posibilidad de extender las guías penológicas a las sanciones no privativas de libertad, si bien no han alcanzado resultados definitivos. Delaware tiene estándares que rigen la aplicación de estas penas, si bien es difícil descifrar su lógica. Diversas localidades han desarrollado guías para fijar el uso de días-multa, como Phoenix, Arizona, y Des Moines, Iowa. Los estándares, que

En Inglaterra hasta inicios de los ochenta existía poco interés en las cuestiones penológicas. Desde entonces, sin embargo, se ha desarrollado una extensa bibliografía acerca de la proporcionalidad¹³ y de las técnicas necesarias para guiar la discreción judicial¹⁴. La gran sorpresa llegó en 1989 cuando el Gobierno publicó un informe (*White Paper*)¹⁵ sugiriendo una reforma penológica sistemática. Este informe aconsejaba que la proporcionalidad fuese el primer criterio para decidir tanto el uso de la pena de prisión como el de las sanciones no privativas de libertad. De especial interés fue la propuesta de utilizar un modelo basado en el merecimiento para *reducir* el uso de la prisión. Un modelo que se concentre en el delito actual, señalaba el informe, permitiría evitar el uso de la prisión para delincuentes recurrentes contra la propiedad¹⁶. Este informe evolucionó, con algunos cambios y omisiones, hacia la ley (*Criminal Justice Act*) de 1991¹⁷.

Que la ley de 1991 tenga éxito en su objetivo depende en gran medida de hasta qué punto sea aplicada por los jueces y subsiste la posibilidad de que el efecto sea nulo si éstos la ignoran. De todas formas, estos cambios han producido un renovado interés en las cuestiones de reforma penológica y teoría de la pena.

II. CUESTIONES TRATADAS EN ESTE LIBRO

Los desarrollos de la última década han suscitado nuevas preguntas acerca de la lógica y los criterios del principio de proporcionalidad. Estas cuestiones, de las cuales trata este libro, incluyen:

Censura y las razones de la proporcionalidad. En trabajos anteriores¹⁸ me he basado en la idea de censura para explicar por qué las penas deben ser proporcionales a la gravedad de los delitos. Es por lo que el castigo expresa reproche, argüí, por lo que las sanciones debieran ser acordes con la reprochabilidad (*i.e.* gravedad) del com-

están basados en un modelo del Vera Institute of Justice for Staten Island, New York, se basan fundamentalmente en la gravedad del delito para determinar el número de días-multa. Una descripción del modelo de Staten Island puede verse en Greene (1988).

13. Véase Duff (1986); Lacey (1987); Ashworth (1989); Braithwaite y Pettit (1990); Walker (1991); Ashworth (1992).

14. Véase Wasik y Pease (eds.) (1987).

15. UK Government White Paper (1990).

16. Von Hirsch, Knapp y Tonry (1987), cap. 5. En el contexto norteamericano hubiera sido impensable una propuesta similar. A lo más que aspiraban las reformas era a evitar mayores incrementos, como lo intentaron las guías penológicas de Minnesota.

17. Para una discusión de cómo la ley (*Act*) difiere del informe (*White Paper*), véase Ashworth (1989), caps. 4, 9 y 10.

18. Von Hirsch (1976), cap. 8; von Hirsch (1985), cap. 3.

portamiento delictivo. Sin embargo esta idea de censura necesita un mayor escrutinio. ¿Por qué debería expresar reproche el castigo? ¿Debería el castigo tener sólo una función de reprobación o también una función de prevenir? Si es así, ¿cómo se relacionan ambas funciones?, ¿cómo se ajusta la censura a la proporcionalidad? Recientemente ha habido algunas discusiones filosóficas interesantes acerca de la censura y sus funciones morales¹⁹ a las que me referiré en mi análisis.

Anclar la escala de penas. Una crítica frecuente a la teoría del merecimiento es que (en tanto puede servir para graduar unas penas respecto de otras) ofrece poca orientación acerca de cuán severa o benévola debiera ser la escala de penas en su conjunto²⁰. Es hora de hacer frente a esta crítica. Esbozaré una concepción de cómo se puede anclar la escala de penas —una escala que conlleva una rebaja sustancial de los niveles de penas.

Modelos mixtos. Muchos reformadores se sienten atraídos por la idea de castigos proporcionales pero les gustaría introducir además otros fines. En un artículo de 1987 Paul Robinson²¹ empezó a explorar la idea de «modelos mixtos», particularmente aquellos que descansan en la idea de merecimiento, pero que permiten ciertas desviaciones en aras de otros objetivos. La racionalidad y construcción de estos modelos merece explorarse más.

Sanciones intermedias. Hace una década la prisión y la suspensión de la pena eran vistas como las penas principales. Las guías penológicas estaban diseñadas para guiar y limitar el uso de la prisión. Los últimos años han presenciado, como acabo de mencionar, un interés por los castigos intermedios —medidas como las multas o los días-multa, trabajo en beneficio a la comunidad, arresto domiciliario y semejantes²²—. De forma notable, la ley de Inglaterra (*Criminal Justice Act*) hace un llamamiento para que se utilicen más estos castigos intermedios y se apliquen de acuerdo con el principio de proporcionalidad²³. Sin embargo, ha existido poco debate teórico acerca del modo de graduar estas sanciones no privativas de libertad²⁴. Este reciente interés por los castigos intermedios conlleva otras cuestiones adicionales. Una preocupación es hasta qué punto

19. Véase Duff (1986); Kleinig (1992); Primoratz (1989); Narayan (1993).

20. Véase Braithwaite y Pettit (1990, 148-150); y Walker (1991, 102-103).

21. Robinson (1987).

22. Véase Morris y Tonry (1990).

23. Véase la *Criminal Justice Act* 1991, ss. 6 (1) y 6 (2) (b). Véase también Ashworth (1989), cap. 10.

24. Las citas de esta bibliografía están en el capítulo 7.

estos castigos deben ser «individualizados», esto es, dirigidos a la situación del infractor particular. La otra cuestión es cómo evitar versiones modernas de las antiguas penas infamantes: esto es, cómo excluir sanciones penales degradantes o intromisivas.

La política de la teoría del merecimiento (just desert). Algunos críticos²⁵ arguyen que intentar castigar a los infractores con una «pena justa» conlleva un incremento de la severidad de las penas. Las relaciones entre los fines de la pena y la política del sistema penal son, en mi opinión, mucho más complejas de lo que admite esta simple tesis. Intentaré dedicar más atención a la posición política implícita en la proporcionalidad.

III. ASUNCIONES DE ESTE LIBRO

Antes de continuar con todas estas cuestiones permítaseme mencionar tres asunciones en las cuales se basa este libro²⁶. Una es que la justicia importa, e indudablemente debiera tener primacía en el momento de distribuir los castigos. Mucha parte de este libro se refiere a cómo distribuir los castigos de forma justa.

Mi segunda asunción es que la benignidad del castigo cuenta. Los castigos dañan a aquellos que los sufren y una sociedad decente debiera intentar mantener en el mínimo la imposición deliberada de sufrimiento. Algunos escritores han intentado definir el principio de benignidad en términos utilitarios: deben preferirse castigos menos graves excepto cuando sean necesarios otros más graves para prevenir el delito. Esto, obviamente, sesga la discusión en favor de argumentos de cariz utilitario²⁷. La benignidad, correctamente entendida, no debiera presuponer unos determinados fines de la pena. La teoría del merecimiento puede ser aplicada de forma benigna, siempre que sus criterios sean utilizados para anclar la escala de penas en un nivel bajo. Esta perspectiva es la que se defenderá en este libro.

Mi tercera asunción se refiere a la naturaleza de los infractores. Los penalistas tienden a ver con excesiva facilidad a los delincuentes y potenciales delincuentes como especies aparte del ciudadano obediente, como personas que son bastante impermeables a los mandatos morales y que necesitan ser intimidados o refrenados para respe-

25. Véase Hudson (1987).

26. Las primeras dos de estas tres asunciones se discuten también en von Hirsch (1976), cap. 1.

27. Para una discusión más amplia, véase von Hirsch (1984), 1105-1107.

tar la ley. Yo no acepto esta visión. Un sistema de penas no debiera ser diseñado como algo que «nosotros» hacemos para prevenir que «ellos» delincan. Más bien debiera ser algo que los ciudadanos libres diseñan para regular su propia conducta. Debiera admitirse que ambos somos personas que (por lo menos bajo determinadas circunstancias) podemos ofender a otras y, al tiempo, somos capaces de entender los juicios morales que el castigo penal expresa. Un sistema penal, en una sociedad democrática, debiera ser del tipo del que la gente aceptaría como forma de ayudarles a vencer sus propias tentaciones, al tiempo que respeta su capacidad de elegir.

CENSURA Y PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad —que las sanciones sean proporcionalmente severas a la gravedad de las infracciones— aparece como una exigencia de justicia. La gente siente que los castigos que se adecuan a la gravedad de los delitos son más equitativos que aquellos que no lo hacen. Sin embargo, el recurso a la intuición no es suficiente: el principio necesita ser apoyado en razones explícitas. ¿Cuáles son estas razones?

Si bien «¿Por qué castigar proporcionalmente?» es en último término un tema filosófico, éste no ha sido muy explorado por los filósofos. Generalmente los escritos filosóficos se han limitado a la justificación general del castigo, el porqué debiera existir el castigo. No obstante, pocas veces se ha discutido la relación existente entre la justificación de la existencia del castigo con la cuestión de cuánto castigo debiera recibir el infractor.

Es esta última cuestión la que se analizará en el presente capítulo. ¿Cambia la teoría penológica según la justificación general del castigo?, ¿suministra una u otra justificación apoyo para el principio de proporcionalidad? y ¿a qué se debe? Examinaré dos tipos de justificaciones generales basadas en el merecimiento que recientemente han atraído la atención filosófica. Una teoría explica el castigo como rectificación de la «ventaja injusta» que los infractores obtienen al delinquir. La otra se centra en el rol del castigo como expresión de censura y reprobación. A cada una de estas teorías le preguntaré si ofrece argumentos para apoyar castigos proporcionales y si lo hace de forma convincente.

Empiezo con la teoría de la «ventaja injusta». Un breve análisis de esta teoría mostrará que, aparte de algunas perplejidades intrín-

secas, suministra poco apoyo al principio de proporcionalidad. Luego me ocuparé de la censura. Defendré una concepción de la pena que enfatiza su carácter reprobatorio y expondré por qué esta justificación requiere castigos proporcionales. En mi explicación la institución del castigo tiene rasgos de reprobación y también de prevención. Ello me obligará a explorar también la relación existente entre los aspectos de censura y prevención presentes en el castigo.

Cualquier teoría de la pena basada en el merecimiento asume que la conducta criminal es, en cierto modo, reprobable. Las teorías basadas en la censura parten claramente de esta presuposición, ya que tratan a la conducta como merecedora de reproche. Sin embargo, las prohibiciones penales de hoy en día son numerosas e incluyen comportamientos que de ningún modo parecen reprochables. No obstante, una teoría del merecimiento no necesita defender todas las prohibiciones. Es suficiente si el núcleo con el cual trata el derecho penal —actos de violencia o de fraude por ejemplo— puede ser razonablemente descrito como reprobable. En último término, la cuestión es si *alguna* conducta debiera ser castigada, y qué castigo debiera recibir. No es necesario defender el derecho penal en toda su extensión actual.

De todos modos, ¿es tan obvio que la conducta descrita en el núcleo del derecho penal es reprochable? Presumiblemente el Estado no está en la mejor posición para realizar juicios morales. Quizá las restringidas opciones de vida de muchos delincuentes cuestionan su culpabilidad. El capítulo presente ya es bastante denso sin introducir todas estas dudas, por lo que las pospondré hasta el final del libro.

I. LA TEORÍA DE LA «VENTAJA INJUSTA»

La teoría de la ventaja injusta (o «costes y beneficios») ha sido atribuida a Kant, pero es discutible si Kant la suscribió realmente¹. La primera formulación inequívoca apareció hace dos décadas en los escritos de Herbert Morris y Jeffrie Murphy, pero ambos autores se han distanciado recientemente de ella². No obstante, un número de filósofos contemporáneos continúan defendiéndola³.

1. Véase Scheid (1983); Murphy (1987); Byrd (1989).

2. Herbert Morris inicialmente defendió la teoría del coste-beneficio (cf. Morris, 1986), pero posteriormente la abandonó (cf. Morris, 1981). Jeffrie Murphy también adoptó la perspectiva del coste-beneficio (Murphy, 1979, 82-115), pero también posteriormente criticó la teoría, véase Murphy (1985).

3. Éstos incluyen a John Finnis, Alan Gewirth, George Sher y Wojciech Sadurski. Véase Sadurski (1983), cap. 8; Sher (1987), cap. 5; Finnis (1980, 263-264); Gewirth (1978, 294-298).

La perspectiva de la ventaja injusta suministra una explicación retrospectivamente orientada de por qué debería hacerse sufrir a los infractores. Esta explicación concibe al derecho penal como una empresa benéfica en su conjunto. La ley requiere de cada persona que se abstenga de realizar actos lesivos. Al desistir, la persona beneficia a otros; pero también se beneficia de su recíproco autocontrol. La persona que causa daño a los otros, mientras se beneficia de su autocontrol, obtiene una ventaja injusta. La función del castigo es imponer una desventaja compensatoria.

Esta teoría suscita varias dudas⁴. Es discutible (y aun discutido⁵) que el infractor, al beneficiarse del autocontrol de los otros, tenga una obligación recíproca de refrenarse él mismo. Mucho más oscuro aún es afirmar —si infringe la obligación y delinque— que la ventaja injusta que supuestamente obtiene puede ser eliminada o cancelada de algún modo (que no sea metafórico) con el castigo. ¿En qué sentido puede afirmarse que privarle de sus derechos *ahora* compensa la libertad extra que se arrogó *entonces* al delinquir? ¿Y por qué para mantener el equilibrio de las supuestas ventajas debe recurrirse a los poderes coercitivos del Estado?

Aun cuando pudieran contestarse estas preguntas, la teoría de los costes y beneficios presenta otra dificultad: nos suministra poca o ninguna ayuda para determinar el *quantum* de castigo. Un problema es que la teoría produciría una distorsión en la forma en que los delitos son evaluados. R. A. Duff ha mostrado la artificialidad de describir los delitos con víctimas, como un atraco, en términos de la ventaja que el atracador obtiene sobre una tercera persona no involucrada, más que en términos de la intrusión que la conducta representa en los derechos de la víctima⁶. Es cierto que algunos tipos de delitos se pueden explicar de forma plausible en términos de ventaja injusta. No pagar impuestos es un ejemplo: implica llevarse más de lo que nos corresponde. A pesar de que el que elude el pago de impuestos rechaza pagar los suyos, se beneficia del pago de los demás a través de los servicios que recibe. Pero, de todas formas, no

4. Yo apoyé esta teoría, en mi libro de 1976 *Doing Justice* (cap. 6), como una justificación parcial de la existencia del castigo. Pero desde entonces me he convencido de sus deficiencias y ya la objeté en von Hirsch (1985), cap. 5. Las críticas de la teoría de la ventaja injusta pueden verse también en Duff (1986), cap. 8; Bedau (1978); Burgh (1982).

5. Una persona que reciba beneficios de los demás no necesariamente admite una obligación recíproca, a no ser que consienta o acepte estos beneficios. Véase Simmons (1979). Recurrir a los beneficios recibidos producto del autocontrol de los otros es una forma bastante toruosa de fundamentar el deber de no delinquir. Parece más sencillo y plausible hablar de un deber directo de no infringir los derechos de los demás.

6. Duff (1986, 211-216).

puede decirse que la defraudación de impuestos sea el paradigma de delito, y es agotador intentar explicar delitos comunes como un hurto o un robo de forma similar.

Además, esta teoría suministra poca o casi ninguna guía inteligible de cuánto castigo debe imponerse a un delito de determinada gravedad. No se preocupa de la ventaja o desventaja literal: lo que le importa es la libertad de acción adicional de la que el infractor se ha apropiado de forma injusta. Pero la noción de grados de libertad no es de mucha ayuda para hacer comparaciones de delitos. Una cosa es decir que el atracador o el ladrón se permiten acciones que otros se niegan a hacer y que con ello consiguen la libertad injusta que los otros han cedido en su (y el de ellos) mutuo interés. Y otra, y mucho más opaca, es decir que el atracador merece más pena que el ladrón porque de alguna forma se ha arrogado un mayor grado de libertad injustificada *vis-à-vis* frente a los demás⁷.

II. JUSTIFICACIONES DEL CASTIGO BASADAS EN LA CENSURA

Las justificaciones reprobatorias del castigo son aquellas que se centran en sus rasgos condenatorios, esto es, en su rol para expresar censura o reproche. La sanción penal expresa claramente reproche. Castigar a alguien consiste en imponerle una privación (un sufri-

7. Sadurski afirma que la extensión del «beneficio» del infractor por no haberse autocontrolado varía de acuerdo con la importancia del derecho infringido. Sin embargo no da una explicación convincente de por qué infringir una prohibición «importante» implica tomarse un mayor grado de libertad injustificada. ¿Por qué es uno más «libre» si priva a otro de su vida en vez de su propiedad?

Michael Davis pretende haber encontrado un sustituto a la «ventaja» del infractor: el precio que costaría una licencia para realizar el comportamiento. Nos pide que nos imaginemos una sociedad en la que el gobierno emite licencias para cometer un número determinado de delitos de diverso tipo. Los infractores potenciales pujarían, y la cantidad de la puja nos indicaría el valor que le conceden a la libertad de realizar esta conducta. Las cantidades alcanzadas en las diversas pujas servirían para decidir la severidad comparativa de las sanciones.

Ya he criticado el modelo de Davis extensamente en otra parte. Baste decir que la analogía con las licencias es errónea. Una licencia es permisiva: uno puede realizar legítimamente la conducta si paga la tasa. El derecho penal sin embargo es prohibitivo y condenatorio: uno no debería realizar estos comportamientos incluso si está «dispuesto a pagar el precio» de la sanción. Sería sorprendente si el ejemplo de las licencias aclarara el tema de cómo distribuir los castigos. Además el modelo de Davis ni siquiera refleja la lógica de la teoría de la ventaja injusta. En tanto que esta teoría se refiere a la libertad de acción adicional que el infractor se arroga cuando delinque, las pujas en la subasta hipotética dependen de la ventaja *literal*: si un robo de gran cuantía es más beneficioso que el hecho de matar, éste atraerá la puja más alta. Cf. Sadurski (1985, 229); Davis (1983); von Hirsch (1990, 265-268). Para más críticas al modelo de subasta de Davis, véase Scheid (1990).

miento), porque supuestamente ha realizado un daño, en una forma tal que exprese desaprobación de la persona por su comportamiento. Como ha señalado Richard Wasserstrom⁸, tratar al infractor como a una persona que ha realizado un daño (*wrongdoer*) es central para la idea de castigo. La diferencia entre un impuesto y una multa no reside en el tipo de privación material (dinero en ambos casos). Consiste, más bien, en el hecho de que la multa expresa desaprobación y censura, en tanto que el impuesto no⁹.

Una explicación de las sanciones penales que enfatice su función reprobatoria tiene el atractivo de ser más comprensible, ya que reprochar es algo que hacemos en nuestros juicios morales cotidianos. Una explicación basada en la censura es también más fácil de vincular a la proporcionalidad: si el castigo expresa reproche, sería lógico que el *quantum* de castigo guardara una relación razonable con el grado de reprochabilidad de la conducta criminal.

¿Por qué la censura?

Que el castigo expresa reproche o reprobación es, como se ha mencionado, bastante evidente. Pero ¿por qué *debería* existir una respuesta reprobatoria a la conducta descrita en el núcleo de derecho penal? Sin una respuesta a esta pregunta el castigo podría ser reemplazado por otra institución que no tenga este carácter reprobatorio —una respuesta parecida a un impuesto, destinada a evitar ciertos comportamientos.

P. F. Strawson suministra la explicación más convincente¹⁰. La capacidad de responder a la realización de un mal con la reprobación o censura, afirma, es simplemente parte de la moralidad que considera a las personas responsables de su comportamiento. Cuando alguien realiza un mal, otros lo juzgan negativamente, porque su conducta es repreensible. La censura consiste en expresar este juicio, más el sentimiento consiguiente de desaprobación. Se dirige al actor porque él o ella son la persona responsable. Uno refrenaría la expresión de reproche sólo si existieran razones especiales para no realizarla: por ejemplo, dudas acerca de la capacidad de uno mismo para reprochar algo a alguien.

En tanto que la explicación de Strawson parece correcta hasta donde llega —reprochar es parte de considerar a la gente responsa-

8. Wasserstrom (1980).

9. Una mayor discusión del carácter de censura del castigo y una respuesta a las objeciones de Michael Davis puede verse en von Hirsch (1990, 270-271).

10. P. F. Strawson (1974).

ble de sus actos—, quizá es posible ir un poco más lejos y especificar algunas de las funciones morales positivas del reproche.

La censura considera a la víctima. Él o ella no sólo han sido lesionados, sino *agraviados* por el acto culpable de alguien. Por ello no es suficiente reconocer que la lesión ha tenido lugar y expresar simpatía (como sería lo apropiado si alguien hubiera sufrido un daño en una catástrofe natural). La censura, al dirigir la desaprobación a la persona responsable, reconoce que el daño de la víctima ocurrió por culpa del otro¹¹.

La censura también considera al causante. Se le expresa un mensaje que hace referencia a su acto, a saber, que culpablemente ha lesionado a alguien y que se le desaprueba por haberlo hecho. Se espera algún tipo de respuesta moral por su parte —una muestra de preocupación, un reconocimiento del daño, o un propósito de enmienda—. Una reacción indiferente sería, si la censura está justificada, por sí sola motivo de crítica¹².

La censura ofrece al actor la oportunidad de expresar alguna de estas respuestas, pero no es una técnica dirigida a evocar determinados sentimientos. Si el objetivo primordial fuera inducir un arrepentimiento, como pretende R. A. Duff¹³, no tendría ningún sentido censurar a los actores ya arrepentidos o desafiante. El infractor arrepentido entiende y lamenta ya el daño; el desafiante no aceptará el juicio de desaprobación que la censura expresa¹⁴. Y aun así no quisiéramos exonerar de culpa ni al arrepentido ni al desafiante. Ambos siguen siendo agentes morales, capaces de entender la evaluación que los demás realizan de su conducta —y la censura expresa esta evaluación—. El infractor arrepentido ve su autoevaluación confirmada a través de la desaprobación de los demás; al desafiante se le hace sentir y entender la desaprobación de los demás, piense el lo que piense de su conducta. Esta comunicación de juicios y sentimientos es la esencia del discurso moral entre agentes racionales.

Si el objetivo primordial fuera cambiar las actitudes morales del infractor, el juzgador se informaría acerca de su personalidad y estilo de vida para favorecer estos cambios de actitud. Pero reprochar,

11. Joel Feinberg habla de la función del castigo en reconocer el daño (*wrongfulness*) de la conducta en su «Expressive Function of Punishment» (1970). De todas formas Uma Narayan advierte que la censura no sólo reconoce que la conducta está mal (*wrong*) sino que confronta al actor como el agente responsable por el daño (*wrongdoing*). Véase U. Narayan (1993).

12. Para un análisis útil de estas funciones véase Uma Narayan (1993).

13. Duff (1986), cap. 9.

14. Para una discusión del caso del actor-desafiante, contrástese Duff (1986, 266) con I. Primoratz (1989, 195).

en la vida cotidiana y en contextos más formales, no conlleva estas pesquisas. Uno atribuye el daño (*wrongdoing*) a una persona y expresa desaprobación —limitando su investigación a la capacidad de elegir de la persona—. El rol del juzgador no es ni el de tutor ni el de sacerdote¹⁵.

El derecho penal le confiere a la censura incluso otro rol: el de dirigirse a terceras partes y suministrarles razones para desistir. De forma distinta al reproche en contextos cotidianos, la sanción penal anuncia por anticipado que determinadas categorías de conductas son punibles. Debido a que la sanción prescrita expresa reproche, conlleva el mensaje de que la conducta es reprochable y debiera ser evitada. No se trata necesariamente de inculcar que la conducta está mal, ya que para aquellos a los que se dirige (o para muchos de ellos) esto ya está claro. Más bien, la censura implícita en la sanción prescrita sirve para *apelar* al sentimiento de la gente acerca del carácter dañino de la conducta, como una razón para desistir¹⁶.

Este mensaje normativo expresado en los códigos penales no se reduce, como parecen suponer los utilitaristas, a una mera inducción a la conformidad —usado porque la ciudadanía es más sensible a llamamientos morales que a simples amenazas—. Si se pide a la gente que desista de realizar un determinado comportamiento porque está mal, debe haber buenas razones para asumir que *está* mal; y el mensaje expresado a través de la pena sobre el grado de lesividad debiera reflejar cuán reprochable es, en efecto, la conducta. Profundizaremos en este tema en el próximo capítulo, cuando se contraste la censura penal con estrategias instrumentales que consisten en «avergonzar» (*shaming*).

La explicación precedente muestra por qué la conducta lesiva no debiera ser tratada con sanciones neutrales que no expresan desaprobación. Estas sanciones —aun cuando fueran igual de efectivas para desalentar un comportamiento— niegan el *status* de la persona como agente moral capaz de comprensión. Una sanción neutral trataría a los infractores o potenciales infractores como pueden ser tratados los tigres en el circo, como seres que deben ser refrenados, intimidados o condicionados para cumplir, porque son incapaces de entender que morder a la gente (o a otros tigres) está mal. Una san-

15. Para un análisis más extenso véase el capítulo 8.

16. Por ello yo no suscribiría las perspectivas que tratan la censura penal primariamente como una cuestión de educación moral, esto es, de inculcar estándares. Para una crítica completa de estas perspectivas (incluyendo la de Herbert Morris [1981] y Jean Hampton [1989]), véase Narayan (1993).

ción condenatoria trata a la gente como a una *persona* que es capaz de esta comprensión.

Un utilitarista convencido quizá insista en que tratar al individuo como a una persona sólo se asegura en virtud de razones instrumentales. Nigel Walker adopta esta visión: si «el mensaje que expresa reproche no precisa ser útil», afirma, «¿dónde está la necesidad moral?»¹⁷. Esto, sin embargo, es reduccionismo. Tratar al individuo como a alguien capaz de elección, y no como a un tigre, significa reconocer su dignidad como persona humana. ¿Depende este reconocimiento sólo de sus consecuencias sociales beneficiosas? Estas consecuencias no serán necesariamente una mayor prevención del delito —ya que como acabo de mencionar es posible divisar sanciones «neutrales» (aquellas que implican privación de bienes pero que no expresan reproche) que prevengan tan eficazmente el delito—. ¿Estará la sociedad más cohesionada si se trata a los individuos como a personas responsables (y por tanto sujetos a la censura) por sus acciones? Responder afirmativamente sería intentar reducir los juicios éticos a predicciones difíciles de confirmar acerca de la estructura social. En tanto podamos tener una cierta confianza en el juicio moral de que los infractores deben ser tratados como agentes capaces de opción, es difícil verificar si ello comportará una sociedad más cohesionada.

¿Por qué el sufrimiento?

Todavía es necesario considerar el otro elemento constitutivo del castigo: la privación o sufrimiento. Algunos teóricos del merecimiento (John Kleinig e Igor Primoratz, por ejemplo¹⁸) afirman que las nociones de merecimiento también pueden explicar el sufrimiento. Arguyen que la censura (por lo menos en algunos contextos sociales) no se expresa adecuadamente en términos puramente verbales o simbólicos; que necesita la imposición de dolor para mostrar que la desaprobación va en serio. Por ejemplo, en los departamentos universitarios no se muestra la desaprobación por una falta grave de un colega simplemente con una reprensión oral; para expresar la desaprobación se requiere algún recorte de privilegios. Esta justificación es plausible fuera de contextos legales, donde las privaciones impuestas son tan modestas que sólo sirven para subrayar la desaprobación. Sin embargo dudo que este argumento sirva para la sanción penal.

17. Walker (1991, 81-82).

18. Kleinig (1992); Primoratz (1989, 198-202).

El derecho penal parece tener rasgos preventivos en su propio diseño. Cuando el Estado criminaliza la conducta emite una amenaza legal: esta conducta está proscrita y su realización comportará la imposición de castigos específicos. La amenaza está dirigida explícitamente a evitar la conducta proscrita¹⁹. Las sanciones penales son demasiado severas para ser utilizadas sólo para otorgar credibilidad a la censura. Incluso si se rebajasen las penas actuales, algunas de ellas aún implicarían una privación considerable de libertad y propiedad. Si uno prescinde de fines preventivos, es difícil concebir que estas privaciones tienen como único fin mostrar que la desaprobación del Estado va en serio.

Este razonamiento me llevó a sugerir en un libro de 1985²⁰ una explicación dual del castigo. El derecho penal, afirmé, realiza dos funciones interrelacionadas. Al amenazar con consecuencias desagradables pretende desalentar conductas delictivas. A través de la censura, implícita en estas sanciones, el derecho expresa desaprobación por esta conducta. De esta forma se suministra a los ciudadanos razones morales y no sólo prudenciales para desistir de ciertos comportamientos.

Sin embargo los dos elementos de mi explicación, reprobación y prevención, estaban en cierta tensión. En tanto que el elemento de censura apela a la persona como agente moral, ¿acaso no se basa el elemento preventivo exclusivamente en el miedo a las consecuencias desagradables? Si la persona es capaz de reaccionar al llamamiento moral, ¿por qué amenazarla? Si no es capaz y necesita de la amenaza, parece que la tratamos como a un tigre. Se necesita por tanto una clarificación de la función preventiva —y su relación con la función de censura.

La función preventiva de la sanción consiste, pienso, en suministrar razones prudenciales; razones que están vinculadas y complementan las razones normativas expresadas en la censura penal. El derecho penal, a través de la censura implícita en sus sanciones, expresa que la conducta está mal y con ello suministra al agente moral razones para desistir. De todos modos (dada la falibilidad humana) puede sentirse tentado. Lo que el desincentivo prudencial puede hacer es suministrarle una razón adicional —la prudencia— para resistir la tentación²¹. En efecto, un agente que ha aceptado el mensaje de que no debiera ofender y que reconoce la posibilidad,

19. Véase Jareborg (1988, 76-78).

20. Véase von Hirsch (1976), cap. 5.

21. Para un análisis comparable a la relación entre censura y prevención, y la prevención como un «desincentivo prudencial adicional», véase Narayan (1993).

debiera favorecer la existencia de este desincentivo prudencial, como manera de ayudarle a comportarse de una forma que él mismo admite como correcta.

Una cierta concepción de la naturaleza humana, de la que he hablado en el capítulo anterior, está en la base de esta función preventiva como desincentivo prudencial adicional. Admitimos que las personas son agentes morales, capaces de tomarse en serio el mensaje expresado en la sanción de que la conducta es reprensible. No obstante, son falibles y por ello topan con la tentación. La función del desincentivo es suministrar una razón prudencial para resistir la tentación. Esta explicación no tendría ningún sentido si las personas fueran mucho mejores o mucho peores: un ángel no necesitaría ninguna razón prudencial y a un bruto no le llegaría el mensaje normativo.

Observen que estoy hablando de por qué la prevención puede ser, en principio, una razón legítima para apoyar la existencia del castigo. No he hablado aún de la severidad del castigo, donde la coerción sería todavía un problema. Si las penas son muy severas, las razones normativas suministradas por la censura penal para desistir se ven prácticamente desconsideradas y el desincentivo desempeña un papel mucho mayor que el mero complemento de la censura. Por otro lado, si una mínima prudencia implicase ya virtualmente conformidad, ¿qué más da el mensaje normativo? Volveré después a la cuestión de la severidad de las penas, al discutir cómo anclar la escala de penas en el capítulo 5.

La relación entre los dos elementos

¿Cuál es la relación entre estos dos elementos, el reprobatorio y el preventivo? Debemos ir con cuidado de que el último no opere de forma independiente o de lo contrario socavaremos la exigencia de proporcionalidad.

La prevención, en la explicación que acabo de ofrecer, no basta. Si la sanción expresa reproche, también puede suministrar este desincentivo prudencial que he descrito —el medio para vencer la tentación—. Pero si sólo impone sufrimiento, es control de tigres. De acuerdo: una persona moral puede considerar que una sanción neutral, no condenatoria, basta para resistir la tentación. Sin embargo, la propia sanción no respetaría su autonomía si estuviese formulada como un simple imperativo. Cualesquiera que fueran las razones por las cuales el individuo respeta la ley, el legislador lo estaría tratando como a una criatura que debe ser controlada y no como a alguien que tiene razones morales para actuar en uno u otro sentido.

La estructura de mi justificación propuesta para el castigo es una en la cual la función reprobatoria tiene primacía. Como ya he expuesto, una respuesta condenatoria a una conducta lesiva puede ser expresada en términos puramente (o fundamentalmente) simbólicos; o si no, por medio de una respuesta que exprese la reprobación a través de la imposición de dolor. La sanción penal es una respuesta de estas últimas. Se la prefiere a la respuesta puramente simbólica por su rol complementario como desincentivo. Por ello la función preventiva opera sólo *dentro* del marco de la censura.

La censura y el sufrimiento están interrelacionados en la forma como se estructura el castigo. Una ley penal específica que determinando tipo de conducta es castigado con ciertas consecuencias graves. Estas consecuencias constituyen a la vez el sufrimiento y expresan la desaprobación. Alterar estas consecuencias —al aumentar o bajar la pena de la escala de penas— altera el grado de censura expresado. Como veremos, esta interrelación de los rasgos de desaprobación y sufrimiento es importante para el principio de proporcionalidad.

Mi justificación dual permitiría la abolición del castigo si éste no fuera necesario por razones preventivas. Imagínese un país donde las condiciones económicas y sociales son tan óptimas que los actos lesivos escasean. La pena —con toda su parafernalia de jueces, instituciones y sanciones— dejaría de ser necesaria para contener estas conductas a un nivel tolerable. ¿Debería este tipo de sociedad mantener todas estas instituciones para hacer frente a estos actos nocivos ocasionales? Pienso que no. La sociedad puede querer mantener algún tipo de censura oficial para expresar la desaprobación de estos actos, pero con la necesidad de prevenir eliminada, no habría necesidad de una institución tan ambiciosa, intrusiva y cargante como la pena²².

22. El argumento en pro de la abolición no es tan simple como el texto sugiere. Imagínese que el índice de delitos ha disminuido drásticamente, de forma tal que los delitos (o, por lo menos, los de naturaleza grave) se producen de forma excepcional. Imagínese la discusión entre un grupo de ciudadanos acerca de si debiera abolirse el castigo. Algunos quizá aleguen que esta conducta, si bien excepcional, es reprensible y lesiva. Incluso si sólo unos pocos se sienten tentados, ¿por qué no tener una sanción que incluya un desincentivo prudencial para ayudar a vencer la tentación?

La respuesta abolicionista debería ser que hay poderosas razones en favor de la abolición. Quizá arguyan que la sanción penal tiene numerosos inconvenientes colaterales: es susceptible de errores y abusos y, una vez creada, puede llevar a incrementos de penas. Estos inconvenientes quizá deban ser tolerados cuando la sanción penal sirve para que un número significativo de infractores superen la tentación de delinquir. Pero si esta tentación es excepcional, mejor confiar en la conciencia del infractor y en alguna otra forma de censura oficial existente, que crear una institución tan problemática como la sanción penal. (Unos argumentos análogos pueden verse en Husak [1992].)

III. LA LÓGICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Basta ya de la justificación general del castigo. Es tiempo de avanzar de «¿por qué castigar?» a «¿cuánto castigar?». Admitiendo una fundamentación reprobatoria de la existencia el castigo, ¿cómo explicar el principio de proporcionalidad? Expondré la idea de que si la censura expresa reproche, su cantidad debiera reflejar el grado de reprochabilidad de la conducta; pero esto necesita ser desarrollado más cuidadosamente.

Dicho de forma esquemática, la defensa de la proporcionalidad implica tres pasos:

1) Las sanciones estatales contra la conducta proscrita deben adoptar forma punitiva; esto es, las privaciones deben expresar censura y reproche.

2) La severidad de la sanción expresa la gravedad del reproche.

3) Por ello, las sanciones punitivas debieran ser ordenadas de acuerdo con el grado de reproche (esto es, gravedad) de la conducta.

Examinemos cada uno de los pasos. El paso 1) refleja la pretensión que se ha expuesto en las páginas precedentes: la respuesta a la conducta lesiva, de la cual se ocupa principalmente el derecho penal, debiera expresar censura. Una sanción moralmente neutra no sería (quizá) menos efectiva preventivamente; sería objetable de acuerdo con el argumento ético de que no reconoce el carácter incorrecto de la conducta y no trata al individuo como a un agente moral capaz de responder por su conducta.

El paso 2) también ha sido aludido: en el castigo la privación o sufrimiento es el medio a través del cual se expresa la condena. Cuando a un determinado tipo de comportamiento se le impone comparativamente un mayor sufrimiento, esto significa un mayor grado de desaprobación²³.

El paso 3) —la conclusión— incorpora la exigencia de justicia. Cuando se trata (y debiera tratarse) a la gente en forma tal que se le atribuye un demérito, este trato debiera reflejar cuán demeritoria puede afirmarse razonablemente que ha sido su conducta. Castigar, do una forma de conducta de forma más severa que otra, el castigo expresa el mensaje de que es peor —lo cual es apropiado sólo si la conducta es, en efecto, peor (esto es, más grave)—. Si los castigos fueran graduados por su severidad de forma incoherente según la

23. Un trabajo reciente de John Braithwaite y Phillip Pettit intenta cuestionar este vínculo entre el *quantum* de la sanción y el grado de reproche. Una respuesta a sus argumentos se expone en el próximo capítulo. Véase Braithwaite y Pettit (1990).

gravedad de la conducta, los actos menos reprobables recibirían, de forma innecesaria, mayor reprobación.

Los argumentos expuestos a favor de la proporcionalidad se sostienen si se adopta mi justificación dual del castigo. No es necesario afirmar que el castigo sirve para expresar *exclusivamente* reprobación. Para que mi argumento sea sostenible, es necesario sólo la premisa (primer paso): que el castigo debe expresar reprobación. De acuerdo con mi perspectiva dual, debiera, ya que he estado explicando el porqué la censura es una función esencial (si bien no la única) del castigo²⁴.

De todos modos, ¿crea mi justificación dual una especie de caballo de Troya? Si la justificación del castigo se basa, aunque sólo sea en parte, en argumentos preventivos, ¿podría invocarse la prevención para decidir la severidad de las penas? Si ello fuera permisible, la proporcionalidad se vería socavada²⁵.

24. Incluso cuando se justifica la institución del castigo con argumentos puramente preventivos, aun expresa reproche —por ello, por las razones expuestas en los pasos 2) y 3), sus criterios de distribución debieran, en justicia, reflejar la reprochabilidad comparativa de los delitos.

¿Por qué no adoptar entonces una explicación claramente consecuencialista acerca de la existencia de sanciones reprobatorias? Esta explicación es fácilmente concebible —de hecho algunos teóricos europeos la defienden—. En su opinión la prevención general opera exclusivamente a través de los efectos «morales-educativos» de la sanción, estigmatizando la conducta lesiva y fortaleciendo con ello las inhibiciones morales de los ciudadanos y su reticencia a delinquir. ¿Por qué no sentirse satisfecho con esta explicación, si es suficiente para apoyar mis tres pasos en favor de la proporcionalidad? ¿Para qué molestarse con toda la teorización de páginas precedentes acerca de la base moral de la censura penal?

El problema con esta explicación es que deja un flanco abierto. Quizá los teóricos europeos tienen razón en que la sanción penal, tal y como la conocemos actualmente, consigue sus efectos preventivos a través del mensaje «moral-educativo». Pero ¿por qué no reemplazarla con una «neutral» que represente un sufrimiento pero no una censura? Este tipo de respuesta quizá sería también preventiva meramente por sus efectos intimidatorios o incapacitadores. Como esta sanción no expresaría reproche, entonces nuestro alegato en favor de una proporcionalidad basada en la censura ya no serviría y la sanción podría distribuirse sin atención a la reprochabilidad de la conducta.

Mi justificación dual —que trata a la reprobación como algo necesario pero no suficiente para justificar el castigo— cierra este flanco; y lo hace de forma tan segura como la ofrecida por justificaciones exclusivamente reprobatorias como las de Kleinig o Primoratz. Esto es así porque mi teoría no permite la creación de unas sanciones neutrales que representen sólo sufrimiento, ya que esta institución no expresaría adecuadamente la reprochabilidad de la conducta proscrita. Para las citas véase un resumen de las perspectivas de los teóricos europeos en Mäkelä (1975), discutido en von Hirsch (1985, 48-51). Véase también Ewing (1929, 94-100).

25. David Dolinko plantea esta objeción en un artículo reciente: si el castigo tiene los fines gemelos de censura y prevención, ¿por qué no distribuir los castigos de acuerdo con el último fin? Luego acoge mi respuesta: que la reprobación no es sólo un fin sino una característica esencial del castigo —de forma tal que la severidad comparativa del castigo expresará el grado de reprobación—. Su respuesta es extraña: la responsabilidad por daños, dice, de

Basarse en argumentos preventivos para decidir la severidad está excluido por algo que ya he mencionado: los rasgos interrelacionados de reprobación y sufrimiento del castigo. Es la amenaza de privación lo que expresa la censura a la par que suministra un incentivo prudencial. Variar el grado de privación variará el grado de censura que se expresa. Considérese una propuesta de incrementar las sanciones (más allá de lo proporcional) para un determinado tipo de conductas con objeto de conseguir un mayor incentivo para no delinquir. ¿Podría justificarse este aumento de acuerdo con mi teoría —sobre la base de que la prevención es también una finalidad del castigo y que esta pena permite conseguir un mayor grado de prevención—? No, no podría; así que:

1) Supóngase que el incremento se consigue simplemente aumentando la pena para un tipo de delito. Este incremento del castigo expresaría un incremento de desaprobación para estas conductas que, *ex hypothesi*, no han devenido más reprehensibles. El incremento sería por ello objetable porque dirige al infractor más reproche del que merece su conducta.

2) De forma alternativa, el incremento puede conseguirse si se impone el castigo proporcional y además, separadamente, una sanción adicional *no condenatoria*²⁶. Debido a que la imposición adicional no tiene carácter reprobador, ello no implicaría un mayor grado de reproche. Existe, sin embargo, otra objeción: esta sanción adicional no condenatoria cae claramente fuera de mi justificación del sufrimiento. Ya no estamos hablando de respuestas que expresan censura y que, debido a razones preventivas, también implican privaciones materiales. En vez de ello la sanción adicional es meramente preventiva y carece de todo carácter reprobatorio. Es de la especie de «control de tigres» que no trata al individuo como a un agente moral.

alguna forma expresa censura, ya que el presupuesto de la responsabilidad es la culpa del autor. Y aun así la cantidad de la reparación no depende de la culpa sino de lo que se requiere para indemnizar a la parte dañada. Entonces, ¿por qué necesita ser la culpa la medida del *quantum* del castigo? La réplica a Dolinko debería ser obvia: las respuestas civiles están diseñadas para compensar y no tienen el reproche como un rasgo esencial y definitivo. Sucede que, bajo la actual regulación de la responsabilidad por daños, se requiere la culpa para que exista responsabilidad —porque se piensa que es preferible que el autor cargue con los costes de la pérdida que no la persona que ha lesionado con su falta de cuidado—. Pero no es parte de la respuesta civil —ni su significado— el expresar desaprobación. De hecho, la exigencia de culpa en las respuestas civiles podría eliminarse si existiese otro método alternativo aplicable para distribuir las cargas: un método sería el de responsabilidad objetiva, cuando los que sufren una pérdida son compensados por fondos estatales. Cf. Dolinko (1992, 1625); von Hirsch (1985, 35-36).

26. Una sugerencia análoga, en D. Wood (1988).

Estas hipótesis confirman lo que de todas formas debiera ser evidente: que considerar la prevención como parte de la justificación del castigo, en la forma como yo he intentado, no permite que la prevención opere de forma independiente para graduar la severidad de las penas. Cualquier incremento o reducción de la severidad de los castigos altera la censura que se expresa —y por ello necesita ser justificada en virtud de la gravedad del comportamiento delictivo.

IV. LOS CRITERIOS DE LA PROPORCIONALIDAD

Cuando decimos que los castigos deben ser proporcionales, ¿qué queremos decir con ello? ¿Existe una cantidad específica que sea la pena merecida para delitos de una determinada gravedad? Y si no, ¿qué guía ofrece este principio?

Para contestar a estas preguntas déjeme introducir la distinción entre proporcionalidad ordinal y cardinal²⁷. La *proporcionalidad ordinal* se refiere a la comparación de penas y sus exigencias son bastante específicas. Las personas condenadas por delitos de gravedad semejante deberían recibir castigos de severidad también semejante. Las personas condenadas por delitos de distinta gravedad deberían recibir castigos correspondientes graduados de acuerdo con su severidad. Estas exigencias de la proporcionalidad no son meros límites y resultan infringidas cada vez que personas culpables de delitos semejantes reciben penas diferentes en razón de motivos ulteriores (*i.e.* prevención del delito). Las exigencias de la proporcionalidad ordinal se fundamentan en la concepción reprobatoria del castigo que acaba de ser expuesta. Ya que castigar a uno de forma más severa que a otro expresa un mayor grado de desaprobación, esto sólo es posible si el delito es en efecto más grave.

La proporcionalidad ordinal comporta tres sub-exigencias que vale la pena resumir²⁸. La primera es la *paridad*: cuando los infractores han sido condenados por delitos de gravedad semejante merecen castigos de severidad similar. Esta exigencia no requiere necesariamente el mismo castigo para todos los delitos dentro de una misma categoría —ya que pueden existir variaciones significativas en una categoría referidas al daño de la conducta o al grado de culpabilidad—. Pero requiere que dentro de esta categoría, y consideradas estas variaciones, las penas resultantes sean de la misma (o sustan-

27. Esta distinción está expuesta en von Hirsch (1985), cap. 4.

28. Para una discusión más extensa, véase *ibid.*, caps. 4-7; y von Hirsch (1992).

cialmente de la misma) severidad²⁹. (Esta exigencia de paridad tiene una posible excepción, representada por los antecedentes penales, de la que me ocuparé posteriormente³⁰.)

Una segunda sub-exigencia es *graduar de acuerdo con el rango*. Castigar el delito Y con más pena que el delito X expresa mayor desaprobación para el delito Y, lo cual es merecido sólo si éste es más grave. Los castigos debieran ser por ello ordenados en la escala de penas de forma tal que su mayor severidad reflejara el rango de gravedad de los delitos implicados.

La tercera sub-exigencia se refiere a *espaciar* las penas. Supóngase que los delitos X, Y y Z son de gravedad ascendente, pero que Y es considerablemente más grave que X pero sólo significativamente menos que Z. Entonces, para reflejar la gravedad de la conducta, debiera haber un mayor espacio entre las penas de X e Y que entre las de Y y Z. Espaciar depende sin embargo de lo cuidadosamente que pueda ser calibrada la gravedad —y la graduación de ésta es (como veremos en el capítulo 4) una materia poco precisa.

Graduar los castigos también requiere de un punto de arranque. Si se decide cuál debe ser la pena para determinados delitos, entonces es posible determinar la sanción para otro delito, X, comparando su gravedad con la gravedad de los otros. Pero no existe una única pena apropiada para el delito con el cual se inicia la escala de penas. ¿Por qué no? Nuestra concepción basada en la censura permite explicarlo. El grado de desaprobación que se expresa a través del castigo es una convención. Cuando se ha elaborado una escala penal para graduar la gravedad comparativa de los delitos, alterar las magnitudes de esta escala, haciendo incrementos o reducciones *pro rata*, representa precisamente cambiar esta convención.

Sin embargo, no todas las convenciones son igual de aceptables. Existen límites a la severidad del castigo a través de los cuales se expresa el grado de desaprobación y éstos son precisamente los límites de la proporcionalidad *cardinal* o no-relativa. Considérese una escala en la cual las penas se gradúan de acuerdo con la gravedad de los delitos, pero en la que globalmente el nivel de castigo es tan excesivo que incluso los delitos menos graves tienen asignada pena de prisión. Esta escala representaría la existencia de una convención de acuerdo con la cual incluso un reproche modesto a delitos poco graves conllevaría una grave intrusión en la libertad del infractor. Si pueden encontrarse razones adecuadas para oponerse a esta con-

29. Para una discusión más extensa, véase el final del capítulo 8.

30. Véase el capítulo 7.

vención (por ejemplo porque desconsidera los derechos de aquellos condenados por delitos poco graves³¹), entonces se está estableciendo un límite cardinal —esto es, no-relativo.

La distinción ordinal-cardinal explica por qué no se puede identificar una sanción «proporcional» única para un determinado delito. Que x meses o y meses, o alguna cifra intermedia, sea la pena adecuada para (digamos) un robo con armas, depende de cómo se haya anclado la escala de penas y de cuáles sean los castigos previstos para los otros delitos. Esta distinción explica, sin embargo, por qué la proporcionalidad deviene una restricción importante en el momento de graduar las penas. Una vez se han determinado los puntos de anclaje y la magnitud global de la escala, la proporcionalidad ordinal requerirá graduar y espaciar las penas de acuerdo con su gravedad relativa, y requerirá sanciones de severidad semejante para actos reprobables similares.

31. Para una discusión más extensa, véase el capítulo 5.

«DOMINIO» Y CENSURA*

Entre algunas críticas recientes al modelo del merecimiento (*just desert*)¹ está la de un sociólogo y de un filósofo, John Braithwaite y Phillip Pettit². Estos autores consideran que toda la idea de penas proporcionadas a la gravedad del delito es errónea, y ofrecen como alternativa una teoría consecuencialista de la justicia, que supuestamente permitiría ofrecer mejor guía en la fase de imposición de la pena. Su libro nos interesa por dos razones. La primera es que la propia teoría de los autores difiere del utilitarismo penal clásico en el sentido de que intenta (si bien de forma distinta a como nosotros lo haríamos) enfatizar las nociones de autonomía y elección. La segunda: los autores están a favor del rol de desaprobación del castigo —pero de uno que nos aleja, más que nos acerca, de la exigencia que las sanciones sean proporcionales.

* Coescrito con Andrew Ashworth.

1. Otras críticas son las de Lacey (1988) y Walker (1991). Las críticas de Lacey se realizan desde una perspectiva comunitaria y las hemos discutido en nuestro *Principled Sentencing* (1992), cap. 7. Walker adopta una perspectiva tradicional utilitaria.

Anteriormente el mayor reto teórico a la teoría del merecimiento había sido elaborado por Norval Morris, quien sugirió que la proporcionalidad sólo determina los límites externos de los castigos, dentro de los cuales la pena puede decidirse de acuerdo con otros fines. Véase su *Madness and the Criminal Law* (1982), cap. 5. Para una discusión de su perspectiva véase el capítulo 6 de este libro, y más extensamente von Hirsch (1985), caps. 4, 12.

2. Pettit (1990).

I. UN RESUMEN DE LA TEORÍA

El cálculo utilitario tradicional intenta decidir los castigos sopesando los males en el conjunto social: el daño causado por el delito (y el miedo al delito) debe ser «ponderado» con el sufrimiento padecido por aquellos que son castigados (y el coste financiero y social del aparato de justicia). Las objeciones a este planteamiento son suficientemente conocidas. Aparte de los múltiples problemas de cómo calcular y comparar los males en cuestión, este esquema puede conllevar, si los beneficios globales son suficientemente grandes, intervenciones drásticas contra la minoría. Los castigos draconianos devienen permisibles, siempre y cuando sean «optimizadores»³.

Braithwaite y Pettit pretenden mantener los rasgos prospectivos y agregativos del cálculo utilitario. No obstante están preocupados por el hecho de que el cálculo desconsidera a la persona. Su solución es, en esencia, retener el cálculo pero cambiar la medida, en vez de la utilidad de algo que diera mayor énfasis a la capacidad de elegir de la persona. Denominan a este algo «dominio». Esta noción no la definen claramente, pero parece ser una especie de satisfacción que enfatice la capacidad de actuar y la virtud republicana: que el individuo sea capaz de determinar su propio curso de vida en las instituciones políticas y sociales en las cuales participa como ciudadano. Un sistema severo de castigos, alegan, puede ser efectivo para prevenir el daño, pero no promueve el dominio: las sanciones intimidantes disminuirían, no promoverían, el sentimiento de control de los ciudadanos sobre sus vidas⁴.

Con esta modificación se podría retener el cálculo utilitario. Se estimaría la pérdida de «dominio» (esto es, autodeterminación) causada por los delitos y el miedo que producen, y también se intentaría determinar el dominio que pierden por el castigo aquellos que son o pueden ser castigados. Los castigos óptimos serían aquellos que producen una menor pérdida de dominio⁵.

Traducir esta concepción a una escala de penas presenta dificultades manifiestas. Ponderar pérdidas y ganancias de «dominio» sería aun más arduo que sopesar los costes y beneficios del tradicional cálculo utilitario. ¿Qué guía pueden entonces ofrecer Braithwaite y Pettit para graduar los castigos?

3. Los problemas del modelo utilitario tradicional pueden verse en von Hirsch y Ashworth (eds.) (1992), cap. 2 y especialmente pp. 55-56.

4. Braithwaite y Pettit (1990, 64-65, 85).

5. *Ibid.*, pp. 78-79, 138, 142.

De la proporcionalidad podemos olvidarnos, sugieren los autores: las penas no necesitan ser graduadas de acuerdo con la gravedad de los delitos. Ello es consecuencia del carácter prospectivo de su teoría. Los infractores considerados peligrosos por ejemplo pueden recibir condenas más largas que aquellos no peligrosos por delitos semejantes —ya que su castigo extra protegerá el dominio de las víctimas potenciales—⁶. La gravedad de la infracción sólo importa en el momento de establecer el límite superior de la severidad del castigo, más allá del cual no podría aumentarse⁷.

En el capítulo precedente se han defendido los castigos proporcionales de acuerdo con la reprobación: el castigo expresa censura o reproche y por ello debiera ser graduado de acuerdo con el grado de reprobación de la conducta. Braithwaite y Pettit están de acuerdo con la función de reprobación; de hecho Braithwaite, en otro libro⁸, ofrece toda una teoría basada en «avergonzar» (*shaming*) por el delito. De todos modos, ambos autores afirman que la función reprobatoria puede ser separada de la severidad de los castigos. Sería posible, afirman, imponer penas distintas a personas por delitos de gravedad semejante y aun así expresar la reprobación por otros medios⁹.

Pero si no es el merecimiento, ¿qué otros factores determinarían el castigo? Los autores proponen una «estrategia reduccionista» de acuerdo con la cual las penas actualmente existentes serían reducidas hasta alcanzar un punto en que esta disminución provocara un aumento detectable de delitos. Esta reducción de penas incrementaría el «dominio» porque los infractores condenados sufrirían una menor intrusión en sus libertades sin que existiese un incremento de victimización del resto de ciudadanos. Sin embargo, afirman, «cuando se produzca la primera evidencia que justifique el convencimiento de que la disminución de penas ha producido un aumento de delitos, la reducción debería cesar»¹⁰.

Su modelo también permite que consideraciones políticas afecten a la determinación del nivel de penas, como indica el siguiente pasaje:

Una disminución en el promedio de duración de las penas quizá no produzca un incremento del delito, pero bajo la influencia de la retórica de la ley y el orden la comunidad quizá esté convencida de

6. *Ibid.*, pp. 125-126.

7. *Ibid.*, pp. 101-102, 126.

8. Braithwaite (1989).

9. Véase la discusión en las notas 15-20 de este capítulo.

10. Braithwaite y Pettit (1990, 142). Para una discusión de la «estrategia reduccionista», *ibid.*, pp. 140-143.

que se ha producido. Una epidemia de miedo al delito en la comunidad puede ser una seria amenaza al dominio de los ciudadanos, quienes de pronto sienten temor de andar solos de noche. Quizá surjan patrullas ciudadanas. Estas consecuencias no pueden ser predichas con antelación; pero tampoco pueden ser ignoradas. Una estrategia reduccionista avanzaría lentamente con un control constante de los efectos del sistema, atenta a las reacciones de la comunidad e intentando hacer frente a ellas¹¹.

Este párrafo parece decir no sólo que efectivamente la política influye en el nivel de penas sino que además el miedo de la comunidad (incluso si es injustificado) *debería* afectar el nivel de penas —porque estos miedos afectan al sentimiento de control de los ciudadanos sobre sus vidas—. Esta visión es coherente con el consecuencialismo que abrazan ambos autores, pero de todas formas es problemático (como ahora veremos).

II. EL «DOMINIO» DEL CONJUNTO DE LA SOCIEDAD

Como es evidente por el resumen precedente, los autores quieren mejorar el cálculo utilitario reemplazando la unidad de utilidad por la de ganancias y pérdidas de «dominio». Esta teoría, sostienen, otorgará una mayor protección a los individuos.

¿Tienen razón? Hay contextos, fuera del sistema penal, en los cuales reemplazar el cálculo de satisfacción por el de «dominio» puede servir de ayuda. Uno de estos contextos es el de las intervenciones paternalistas —restringir la libertad de las personas por su propio bien—. El utilitarismo convencional es capaz de justificar abundantes poderes paternalistas: sólo se necesita argüir que las personas involucradas ganan más al ser prevenidas de dañarse a sí mismas de lo que hubieran ganado si se hubiera respetado su voluntad¹². Un viraje a la unidad de «dominio» impediría esto: si la elección es la medida, es difícil de argüir que un paternalismo tan ambicioso fomenta la autodeterminación de aquellos afectados.

El castigo, sin embargo, es distinto. Es cierto que el castigo interfiere con las elecciones de aquellos que son castigados. Sin embargo su eficacia preventiva también promueve la elección de otras personas —al salvaguardarlas de una victimización indeseada—. Si se salvaguarda a más gente de la que se sanciona, ¿por qué no acep-

11. *Ibid.*, p. 153.

12. Feinberg (1986, 77).

tarlo? Los rasgos prospectivos y agregativos de la teoría de ambos autores conceden, en consecuencia, licencia para castigar, en la medida que se produzca una ganancia neta en el «dominio» de las víctimas por encima de la pérdida de dominio de los castigados.

¿Qué ocurre, sin embargo, con los límites máximos al castigo sugeridos por los autores? No ofrecen ninguna razón persuasiva para la existencia de estos límites. Braithwaite y Pettit no pueden defender, como nosotros hacemos, que las penas desproporcionadamente severas expresan un reproche inmerecido, ya que ellos quieren separar la reprobación del *quantum* de la pena. Sugieren, en su lugar, que los límites máximos son necesarios para que los ciudadanos tengan un sentimiento de seguridad¹³. Sin embargo, eliminar estos límites —o flexibilizarlos cuando se trate con delincuentes peligrosos— podría eventualmente incrementar el sentimiento de seguridad de las víctimas contra conductas lesivas.

El carácter agregativo de la teoría del «dominio» de los autores también pone en peligro su propuesta de reducir los límites globales del castigo. Ellos reclaman, como vimos, una «estrategia reduccionista», de acuerdo con la cual los castigos pueden reducirse hasta que se alcance un punto en el que los índices del delito empiecen a aumentar¹⁴. Pero su teoría penal no conduce necesariamente a esta disminución. La estrategia «reduccionista» podría fácilmente revertirse: los índices del delito ya están a un nivel insostenible, así que ¿por qué no *aumentar* las penas gradualmente hasta que el delito empiece a disminuir? Esta última posibilidad queda abierta sobre todo porque los autores permiten no sólo que interfieran consideraciones relativas al aumento del delito sino también al aumento del miedo al delito. ¿No podría alguien argüir, con Ralf Dahrendorf¹⁵, que incrementar las penas da seguridad a la gente y reduce el miedo, aun cuando no tenga ninguna incidencia en las tasas de delitos? En

13. Braithwaite y Pettit (1990, 101-102).

14. Esta estrategia asume una capacidad considerable de medir los efectos preventivos, a pesar de las cautelas de los autores expuestas en otros sitios acerca de lo poco que sabemos de la prevención. Cuando se reducen las penas y empieza a aumentar el delito, ¿cómo sabemos que este aumento está ocasionado por la reducción de pena y no por otros factores? Los autores contestan que «la criminología debiera ser capaz de dar respuesta a estos retos de la misma forma, admitidamente tosca, en que los legisladores lo hacen [con otro tipo de asesores]» (Braithwaite y Pettit, 1990, 151). Pero esto es ser muy optimista si consideramos la extensa literatura criminológica acerca de la dificultad de medir los efectos preventivos. A falta de una capacidad de medir adecuada, esta estrategia puede limitarse a disminuir las penas hasta que (por cualquier razón) el delito aumente. Esto, desgraciadamente, limitará el alcance de la reducción. Una discusión de los problemas de medir los efectos preventivos puede verse en von Hirsch y Ashworth (1992), cap. 2.

15. Dahrendorf (1985).

resumen, no está nada claro si la promoción de «dominio» en términos globales se obtendría mejor con un nivel bajo de castigos y positivamente con un índice alto de delitos o de miedo; o con un nivel elevado de castigos; si éstos fueran capaces de tranquilizar a los ciudadanos.

La teoría del merecimiento sí posibilita una estrategia «reducionista» al anclar la escala de penas¹⁶ —y una versión de esta estrategia se propondrá en el capítulo 5—. De todas formas, las penas deben graduarse de acuerdo con la gravedad de la conducta penal y no deberían presuponer «optimización» alguna. No tiene por qué asumirse que los niveles de penas que se adopten conducirán a un incremento de satisfacción (o de «dominio», o de lo que sea) en el mundo¹⁷.

III. SEPARAR LA CENSURA DE LA SEVERIDAD DEL CASTIGO

Trasladémonos de la concepción del castigo de estos autores a su concepción de la censura. Ésta nos interesa porque cuestiona el vínculo entre reproche y proporcionalidad. Como se sugirió en el capítulo anterior, el castigo expresa censura y la severidad del castigo expresa lo desaprobada que es la conducta. Debido a este rasgo expresivo la cantidad de pena debe reflejar el grado de reprobación de la conducta penal. Braithwaite y Pettit retan este razonamiento: en tanto que están de acuerdo con la idea de reprochar a los delincuentes, pretenden separar ello del *quantum* de pena.

Los autores adoptan una visión instrumental de la censura —cercana a la noción de «denuncia» de la literatura tradicional anglosajona¹⁸—. La censura o denuncia se ve como una especie de estímulo para inducir comportamientos obedientes, que opera porque la gente es reticente a involucrarse en comportamientos que son condenados¹⁹. De acuerdo con esta perspectiva, poco importa cómo se expresa la desaprobación —si a través de la severidad del castigo, o a través de otros medios como una publicidad adversa durante el juicio o con castigos altamente visibles.

Más aun, los autores identifican censura con algo más: estigma. Lo que cuenta no es cuánta desaprobación expresa el Estado a tra-

16. Véase von Hirsch (1976, 135-136).

17. Para una discusión más extensa del tema de la «optimización», véase el capítulo 5.

18. Una discusión crítica de esta noción puede verse en Ashworth (1983, 299-305).

19. Braithwaite y Pettit (1990, 88-90).

vés del castigo, sino la «forma» que adopta: cuánta deshonra social le provoca efectivamente al infractor²⁰.

Son estas dos asunciones —la visión instrumental de la censura y su fusión con el estigma— las que permiten a los autores separar la «censura» del *quantum* de pena. Imaginemos que el delito X, un delito común, y el delito Y, un delito de cuello blanco, son de gravedad semejante, pero que los delincuentes de cuello blanco tienden a ser más respetados (y por ello más sensibles a una mala publicidad) que los delincuentes comunes. Entonces, de acuerdo con los autores, no hay nada malo en castigar a los autores del delito de cuello blanco con una pena más leve pero con gran publicidad —ya que ello producirá una suma equivalente de estigma—. Más aun, tampoco se requiere que exista paridad en el nivel de estigmatización. De acuerdo con la perspectiva de Braithwaite y Pettit, la censura tiene fundamentalmente la función de fortalecer la inhibición de la gente a cometer un delito, así que la desigualdad en la estigmatización de casos semejantes no importa mucho, siempre y cuando no interfiera con esta función.

En nuestra opinión, todo este razonamiento es erróneo. Malinterpreta ambos, la lógica de la censura y la sanción penal. La censura, en el sentido de desaprobación moral, se basa, por su propia naturaleza, en el merecimiento. Uno está en posición de reprobar sólo si tiene una razón para creer que esta conducta está mal, y sólo en el grado en que esté mal. La persona que ha sido censurada tiene razón en protestar si su conducta no es lesiva o si el grado de reprobación es excesivo, dada la reprobabilidad de su conducta. Quien juzgue conscientemente debería considerar estas protestas y alterar su repuesta si admite que son correctas²¹.

Es el carácter de merecido lo que da al reproche su fuerza peculiar. ¿Por qué debería yo preocuparme cuando otro censura lo que hago? ¿Por qué debo sentirme avergonzado o realizar esfuerzos extraordinarios de autocontrol? Ciertamente, no sólo para complacer a esta persona. Sino porque tiene algo que ver con el hecho de que asumo la desaprobación como una expresión auténtica de los juicios éticos del que juzga y que tengo una cierta consideración por su capacidad para emitir estos juicios. Si pensara que la censura es pura moralina para manipular mi comportamiento, seguramente no me sentiría tan impresionado.

20. *Ibid.*, pp. 161-162. Véase también Braithwaite (1989).

21. Véase también el capítulo 2.

La noción puramente instrumental de la reprobación de Braithwaite y Pettit —que uno reprueba sólo para influir en los otros y sólo en la medida necesaria para alcanzar esta influencia— socava esta lógica. Si uno acomoda el grado y la forma de reproche a lo que funciona, está tratando la censura como otro factor más para conseguir la obediencia y no como una apelación a la capacidad del autor para valorar moralmente su conducta. Ya que el grado de desaprobación no tiene por qué corresponderse a la gravedad del acto, no hay ninguna razón (aparte del miedo a las reacciones desfavorables de la gente) para que un individuo consciente comparta este juicio.

En el castigo estamos hablando de una respuesta estatal, pero la lógica es la misma. La decisión de emitir censura a una conducta necesita apoyarse en un juicio que diga que esta conducta es reprochable, y lo es de acuerdo con el grado en que está siendo desaprobada. Si A y B cometen un delito que tiene el mismo nivel de gravedad, es problemático que A reciba mayor censura que B —aun cuando ello pudiera tener más influencia en su conducta.

Esto nos conduce al vínculo entre severidad del castigo y censura. El castigo, por su propia lógica, expresa desaprobación y el *quantum* de la pena refleja cuánta desaprobación se expresa. Imponer al infractor A una condena más severa que al infractor B necesariamente implica que el Estado está culpando más a A. Braithwaite y Pettit niegan este vínculo y afirman que la «denuncia» puede operar independientemente de la severidad de la pena:

Creemos que la denuncia penal se determina menos por la duración de la condena que por el hecho de que el juicio aparezca en los medios de comunicación, por si es público y en presencia de otros significativos, y por cuantos conocidos del infractor se enteran de la condena²².

Esta afirmación descansa en la fusión que realizan ambos autores entre censura y estigma. Si estuviésemos hablando de la reputación del infractor es concebible (aun cuando poco probable) que estos otros factores que mencionan tuvieran más importancia que la severidad de la pena. Pero la censura se refiere a la desaprobación que se expresa por la sanción y ello depende de su severidad. Si el juez condena a A a una pena larga de prisión y a B a una multa pequeña, A recibe mayor censura que B. No importa que el juez le sonría dulcemente mientras le condena a prisión, ni que amoneste a

22. Braithwaite y Pettit (1990, 161).

B de forma furiosa (atrayendo la atención de los medios de comunicación) cuando le condene a pena de multa.

Estos autores sostienen que si la severidad de la pena tiene alguna importancia entonces es el *máximo* de pena lo que reflejaría el reproche. Por ello:

El Estado puede efectuar la educación moral prescribiendo penas máximas altas [...] para expresar la gravedad de (algunos) delitos. En el otro extremo, cuando el Estado no prescribe penas severas [...] la comunidad puede captar el mensaje de que este tipo de delito no se toma muy en serio²³.

Los autores en este caso van mal encaminados por su visión puramente funcional de la censura, ya que la cuestión no es lo que produciría un mayor grado de obediencia. La condena expresa un grado de desaprobación dependiendo de su severidad. Si se castiga más a A que a B, significa que su comportamiento es peor —y no importa el hecho de que a ambos infractores les *podría* haber tocado el máximo de pena.

¿Podría alguna vez la censura operar de forma independiente de la severidad de la pena? Es posible imaginar escenarios en los que ello sea posible, pero éstos se refieren a instituciones bastante distintas del *castigo*. Si la incidencia de la conducta lesiva fuera muy baja, entonces la sociedad quizá no requiriese una sanción penal estatal en absoluto. Sanciones informales, no penales, podrían ser suficientes para mantener esta conducta a niveles tolerables. Cualquier respuesta formal podría ser totalmente simbólica —una expresión de reprobación no vinculada a la imposición de sufrimiento²⁴. Este escenario, de todas formas, tampoco ayudaría a Braithwaite y Pettit. No habría ningún tipo de sanciones penales que distribuir —ni siquiera con su teoría «republicana»²⁵.

De forma alternativa se podría retener el elemento de sufrimiento pero manteniéndolo separado de la reprobación. Habría una respuesta de censura simbólica —seguida de una sanción *separada* que careciera de carácter desaprobador—. Este modelo, sin embargo, tendría dificultades evidentes. Nosotros mismos lo objetaríamos por las razones ya aludidas anteriormente: este tipo de sanción sería puro «control de tigres» que no trata al individuo como a una persona

23. *Ibid.*, p. 128.

24. Véase el capítulo 2.

25. Más aun, en este escenario las expresiones formales de reprobación todavía deberían reflejar la gravedad de la conducta. Véase el capítulo 2.

moral²⁶. Quizá esto no les preocupe a Braithwaite y Pettit, pero también existirían dificultades prácticas. La respuesta inicial simbólica quizá se deteriorase y deviniese una mera formalidad insignificante, en tanto que las partes y el público esperarían la segunda respuesta no condenatoria con sus consecuencias más visibles y dramáticas. (Esto sería especialmente previsible en las sociedades modernas, donde los mensajes puramente simbólicos de cualquier institución, incluyendo el Estado, no tienen excesiva credibilidad.) Pero este modelo de dos fases sólo podría ser operativo en un medio social bastante distinto y en cualquier caso no es la sanción penal como la entendemos. Lo que es insostenible es lo que pretenden los autores: que podamos mantener el castigo (con sus vinculaciones estrechas con el reproche) y *aun así* conservar separado el reproche de la severidad de la sanción.

IV. UTOPIA Y GLOBALIZACIÓN

La teoría de Braithwaite y Pettit también mezcla la utopía con el aquí-y-ahora. Sus propuestas progresistas a favor de una reducción de penas no son fáciles de tenerse en cuenta, como ellos mismos admiten, dadas las políticas imperantes en la mayoría de países²⁷. Aun así, urgen para que los límites impuestos por las teorías del merecimiento sean inmediatamente superados incluso en aquellos lugares poco propicios para llevar a término reducción alguna. En los sistemas penales actuales abandonar estos límites abriría la vía al consecuencialismo de la peor especie. No serían precisamente penas benignas, sino penas severas las que se impondrían si uno prescindiese de la reprochabilidad de la conducta.

Un último comentario acerca del alcance de una teoría: la doctrina del merecimiento trata de condenas, no del sistema penal en general. No obstante dudamos de que ello sea una debilidad. Distintas fases del sistema penal plantean cuestiones normativas distintas. Contrátese la condena con la prisión preventiva. Una condena puede determinarse proporcionalmente de acuerdo con la reprochabilidad de la conducta. Antes del juicio, sin embargo, no se ha determinado que la persona haya hecho algo reprochable en absoluto y ciertamente no ha existido ocasión alguna para que el Estado exprese censura. Tendríamos dificultades si intentásemos desarrollar unos

26. Véase el capítulo 2.

27. Braithwaite y Pettit (1990, 143).

principios que se aplicasen tanto a la condena como a la prisión preventiva.

Braithwaite y Pettit dicen que su teoría tiene la virtud de ser global: que sirve para todas las fases del sistema penal. Desde luego podrían haber ido incluso más lejos e intentar aplicar su cálculo basado en el «dominio» a todas las decisiones de política social, como Bentham intentó hacer con su principio de utilidad. Estas generalizaciones tienen sus costes. Los principios devienen indeterminados: cualquier política penológica (y de hecho cualquier política referida al sistema penal) podría ser defendida sobre la base de que promueve el «dominio». También comportan el descuido de distinciones moralmente importantes que devendrían manifestas si se examinase más de cerca una determinada institución —por ejemplo, el carácter reprobador de la pena.

Su pretensión de establecer una teoría global está pasada de moda. Los filósofos son cada día más escépticos respecto de teorías morales o sociales globales²⁸. Las teorías que pretenden contestar todas las preguntas suministran respuestas débiles en el mejor de los casos y absolutamente falsas en el peor. Es la riqueza de las instituciones sociales singulares la que suministra los indicios necesarios para construir teorías normativas. No hay ninguna fórmula general de política penal, ni en general para las cuestiones sociales cruciales, que se pueda patentar.

28. Williams (1985); Rorty (1989).

GRAVEDAD Y SEVERIDAD

El principio de proporcionalidad requiere que la *severidad* de las penas se determine con referencia a la *gravedad* de los delitos. Para aplicar este principio, necesitamos calibrar cuán graves son los delitos y cuán severas son las sanciones. ¿Dónde se sitúa el robo en la escala de gravedad de los delitos? ¿Es una determinada pena —por ejemplo, el arresto domiciliario durante unas semanas— una sanción severa?

Si bien me he dedicado al concepto de gravedad del delito con anterioridad¹, recientemente he cambiado de opinión respecto de su componente del daño (como explicaré a continuación). La cuestión de cómo determinar la severidad de las sanciones ha recibido escasa atención por los teóricos del merecimiento. Este descuido no es sorprendente, porque la atención quizá se ha concentrado en el uso y límites de la prisión y la severidad de esta sanción está fundamentalmente determinada por su duración. Actualmente, sin embargo, se asiste a un interés creciente en el uso de penas no privativas de libertad y éstas tienen un carácter más heterogéneo. ¿Cómo se compara, por ejemplo, la severidad de unos días de trabajo en beneficio de la comunidad con una pena de días-multa?

1. Von Hirsch (1985, 64-66).

I. VALORACIÓN DE LA GRAVEDAD DEL DELITO

Algunas encuestas de opinión han sugerido que la población es capaz de llegar a un cierto grado de acuerdo acerca de la gravedad de determinados delitos². Y las comisiones legislativas que han intentado graduar la gravedad de los delitos no se han encontrado con dificultades insalvables. Diversas comisiones penológicas de los Estados Unidos (las de Minnesota, Washington y Oregón) fueron capaces de graduar la gravedad de los delitos en el momento de redactar las guías penológicas³. Si bien esta tarea demostró consumir mucho tiempo, no generó excesiva disensión en el seno de las comisiones.

No obstante, la fundamentación teórica es menos satisfactoria. ¿Qué criterios deben usarse para determinar la gravedad de los delitos? La gravedad de un delito depende del grado de daño de la conducta y de la culpabilidad del autor⁴. La culpabilidad puede ser determinada con la ayuda de indicios suministrados por el derecho penal material. El derecho penal ya distingue la conducta intencional (por ejemplo, deliberada, consciente, temeraria) de la imprudente. No debiera ser en principio demasiado difícil para la doctrina penológica afinar las distinciones relativas al grado de intención, indiferencia a las consecuencias o descuido presente en la conducta del autor⁵. La teoría de las eximentes del derecho penal también sirve para ello desarrollando excusas parciales —por ejemplo eximentes incompletas de miedo insuperable o capacidad de actuación disminuida⁶.

Sin embargo, la dimensión de la gravedad del daño es más esquivada porque el derecho penal material no proporciona ninguna ayuda: no distingue formalmente grados de daño. ¿Cómo se puede entonces comparar la gravedad de actos que afectan a intereses diversos, esto es, comparar el delito X que afecta a la propiedad con el delito Y que sólo afecta a la intimidad? En un trabajo de 1985⁷ sugerí (basándome en las ideas de Joel Feinberg⁸) que los daños debían graduarse en función del grado en que afectan a las posibilidades de *elección* de la gente. Actos violentos o los actos más graves de frau-

2. Los estudios clásicos son Sellin y Wolfgang (1964) y Sparks, Genn y Dodd (1977), cap. 7. Para más referencias, véase Ashworth (1992, 84).

3. Los criterios y procesos de graduación de la comisión de Minnesota pueden verse en von Hirsch, Knapp y Tonry (1987), cap. 5.

4. Von Hirsch (1985, 64-65).

5. Ashworth (1992, 113-117).

6. Véase Wasik (1983).

7. Von Hirsch (1985, 66-71).

8. Feinberg (1984, 37-45, 55-61, 206-214).

de, por ejemplo, debían ser considerados particularmente graves, porque la gente que sufre una lesión o que ha sido arruinada ve sus opciones drásticamente recortadas.

De todos modos, recientemente he empezado a pensar que este criterio basado en la capacidad de elección es en cierto modo artificial. Considérese el interés (que seguramente consideramos muy importante) por evitar un daño físico intenso. Este daño interfiere en la capacidad de elección —en las múltiples opciones que una persona puede tener—. Pero esto ayuda escasamente a entender por qué consideramos que este interés es tan importante. Sería más natural, por el contrario, considerar este interés en los términos en que afecta a la calidad de vida de la persona. Lo verdaderamente grave de las lesiones es que conllevan una terrible calidad de vida.

Nils Jareborg y yo, en un artículo de 1991⁹, esbozamos una teoría del daño que se concentraba en esta cuestión de la calidad de vida. De acuerdo con nuestra teoría, los daños deben ser graduados según su gravedad en función de cuánto afectan al estándar de vida de una persona. Utilizamos este término en el sentido que sugirió Amartya Sen, para reflejar tanto intereses económicos como no-económicos¹⁰.

El estándar de vida es un concepto que, relacionado con otros, incluido el de bienestar, se refiere a la calidad de vida de las personas. Sin embargo, el bienestar puede ser una noción altamente personalizada: mi bienestar depende de mis intereses peculiares y para la persona que quiera dedicar su vida a la contemplación y oración el confort material y los bienes materiales pueden tener poca importancia. No obstante, el estándar de vida, en el sentido que le dio Sen, no se centra en la calidad de vida real o en la posibilidad de alcanzar determinadas metas, sino en los *medios o capacidades* para conseguir una cierta calidad de vida. Algunos de estos medios son materiales (vivienda y medios económicos), pero otros no (salud, intimidad y semejantes). También es estándar porque nos referimos a los medios y capacidades que *normalmente* hacen posible una buena calidad de vida. Alguien tiene un buen estándar de vida si tiene la salud y los medios que la gente normalmente usa para vivir bien.

Usar el estándar de vida para evaluar la gravedad del delito presenta algunas ventajas. Primero, parece adaptarse bien a la forma en que normalmente juzgamos el daño. ¿Por qué una mutilación es más grave que un robo? No sólo porque se han limitado más las opcio-

9. Von Hirsch y Jareborg (1991).

10. Sen (1987).

nes de la persona. Es porque su calidad de vida global se ha visto más afectada. Segundo, la idea del estándar de vida permite basarse en una experiencia más amplia, incluyendo experiencias externas al Derecho penal. Si se discute el estándar de vida de una persona típica, pueden compararse los intereses afectados por el delito con aquellos afectados por sucesos no penales: podemos preguntarnos cómo se compara la gravedad de un delito de incendio con la de un incendio casual. Finalmente, el criterio del estándar de vida permitiría la variación cultural. Diferentes formas de vida social pueden alterar las consecuencias de un delito y las diferencias normativas entre culturas pueden variar el impacto de estas consecuencias en la calidad de vida de las personas. El daño de un robo en casa habitada, por ejemplo, depende del grado en que la casa sea el centro de la vida privada. Un análisis basado en el estándar de vida podría, en otro tipo de sociedad, llevar a evaluar de forma distinta el robo en casa habitada —si la casa tiene un rol social distinto y la intimidad otra valoración.

La mecánica del análisis del estándar de vida se describe en el artículo de Jareborg y mío¹¹, por lo que me limitaré a resumirla. La técnica sugerida requiere que se parcelen los diversos intereses que acumburan a resultar afectados por un delito. Después de identificar los intereses afectados por un tipo de delito, se valora su importancia tomando en consideración su significado normal para el estándar de vida de una persona¹².

La mayoría de los delitos con víctima afectan a alguno de los siguientes intereses: 1) integridad física, 2) medios materiales y comodidades, 3) integridad personal y 4) privacidad. Un simple robo en casa habitada por ejemplo, afecta a los medios materiales y a la intimidad. La pérdida material consiste en lo que se roba, además de las molestias y gastos de las reparaciones. La pérdida de intimidad consiste en la intrusión de un extraño en el espacio habitado por la persona. Para valorar el daño de la conducta, el criterio del estándar de vida debería ser aplicado a cada dimensión y así sucesivamente. En consecuencia, en el caso del robo el análisis empezaría con su dimensión material. Aquí el impacto en el estándar de vida es relativamente menor: no se pierde mucho en el típico robo, así que el bienestar

11. Von Hirsch y Jareborg (1991). Un intento de aplicar este análisis al contexto inglés puede verse en Ashworth (1982), cap. 4.

12. Nuestro análisis —que trata de daños producidos e intentados— está diseñado para aplicarse a delitos, como el hurto o robo, que afecten a víctimas identificables. Sin embargo, en nuestro artículo sugerimos las formas en que pueden aplicarse a otros delitos —por ejemplo, aquellos que pongan en peligro a personas no identificadas o «intereses colectivos».

material de la persona se ve escasamente afectado. A continuación se analiza la dimensión de la privacidad. Aquí la valoración es más elevada, dada la importancia que tiene la intimidad para una buena calidad de vida y la medida en la que ésta se ve afectada por una intrusión. El atractivo de este tipo de análisis es que cada dimensión considerada —integridad física, medios materiales, intimidad o lo que sea— puede ser en definitiva evaluada a partir de un criterio común: el impacto en el estándar de vida. Ello significa que en el robo se puede comparar el impacto (relativamente menor) de la pérdida material en el estándar de vida, con la intrusión (bastante mayor) en la privacidad. Un robo también puede compararse con otro tipo de delitos que afecten a otros intereses: por ejemplo con una agresión, que afecta a la integridad física y a la dignidad personal.

Para facilitar este análisis también sugerimos graduar el estándar de vida. Podríamos distinguir cuatro niveles: 1) subsistencia, 2) bienestar mínimo, 3) bienestar adecuado y 4) bienestar intenso. El primero, la subsistencia, se refiere a la sobrevivencia con el mantenimiento sólo de las capacidades básicas para funcionar —en otras palabras, vivir a duras penas—. Los otros tres niveles se refieren a los diversos grados de calidad de vida por encima de la mera subsistencia. La función de los cuatro niveles es suministrar una medida tosca de cómo un delito típico afecta al estándar de vida. Por poner un ejemplo obvio, una lesión grave afecta a la subsistencia y por tanto es considerablemente más grave que un hurto que deje a la persona con un nivel «adecuado» de confort y dignidad.

Este análisis puede usarse también para valorar el daño en las diversas categorías o subcategorías de delitos. La cuestión es valorar la lesividad de ciertos actos típicos como por ejemplo robo en casa habitada o robo con fuerza en las cosas (así pueden distinguirse los diversos tipos de robo). El estándar de vida, como hemos indicado, se refiere a los medios o capacidades estándar de calidad de vida —no a la calidad de vida de determinadas personas—. Las desviaciones de estos estándares podrían realizarse en circunstancias especiales, pero sólo si las diferencias respecto de los casos ordinarios están suficientemente claras¹³.

Cómo de útil sea esta forma de valorar los daños sólo se verá al intentarlo. Imagínese, por ejemplo, que una comisión asesora está redactando unas guías penológicas, en forma de recomendaciones o de principios vinculantes. Una de sus tareas será valorar la gravedad

13. Para una discusión más extensa, véase el capítulo 8.

de los delitos. Hasta la fecha, cuando las comisiones penológicas norteamericanas iniciaron esta tarea, tuvieron que basarse fundamentalmente en las intuiciones de sus miembros, ya que no existían criterios demasiado claros en los que basar la evaluación de la gravedad¹⁴. El análisis del estándar de vida puede ayudar a suministrar estos criterios. Una vez los miembros de la comisión penológica hayan graduado los delitos de forma intuitiva, de acuerdo con su sentido de la gravedad, quizá puedan —respecto de cada delito— intentar identificar los intereses afectados y entonces calibrar la importancia de éstos para el estándar de vida. Esto suministraría algún tipo de valoración formal del daño que comporta cada delito. La comisión podría luego realizar juicios explícitos acerca de los grados de culpabilidad existentes. Finalizado este análisis formal, la comisión podría examinar hasta qué punto la evaluación del daño difiere de la valoración original (intuitiva) que realizaron sus miembros¹⁵. Este tipo de procedimiento suministra sólo una guía para evaluar, no una fórmula. Al aplicar el análisis del estándar de vida, los miembros de la comisión aun deberían seguir apoyándose en su juicio a la hora de determinar cómo los diferentes tipos de conducta afectan al estándar de vida; sólo que ahora esta evaluación estaría guiada por principios explícitos.

II. VALORACIÓN DE LA SEVERIDAD DE LOS CASTIGOS

Graduar las sanciones presupone la capacidad de juzgar su severidad comparativa. En tanto las penas de prisión pueden ser comparadas por su duración, la gravedad de las sanciones no privativas de libertad depende en mayor grado de su intensidad. Tres días de trabajo en beneficio de la comunidad puede ser más grave que tres días de suspensión de la pena, pero menos que tres días de arresto domiciliario.

Una serie de investigaciones han intentado medir la severidad de las sanciones a través de encuestas de opinión¹⁶. Se muestra una lista de diversas penas a un grupo seleccionado de personas y se les pide que las numeren de acuerdo con su severidad. Las investigaciones muestran un cierto grado de consenso. Sin embargo, estas encuestas no intentan elucidar qué quiere decir severidad, averiguar las razo-

14. Von Hirsch, Knapp y Tonry (1987, 99-101).

15. Para una discusión más completa de cómo podría proceder la comisión, véase von Hirsch y Jareborg (1991, 35-37).

16. Para las citas de estos estudios véase von Hirsch, Wasik y Greene (1989), nota 24, p. 606.

nes de las respuestas o valorar la plausibilidad de estas razones. Es necesario discutir cuál *debería* ser la base para comparar penas, esto es, desarrollar una teoría para valorar la severidad de las mismas.

Una posible forma de evaluar la severidad sería hacerla depender del grado de molestia de la sanción. De acuerdo con esta perspectiva se podrían utilizar encuestas que simplemente preguntaran a la gente en qué medida encuentran desagradables las diversas sanciones. Es cierto que la molestia y la incomodidad son, en última instancia, subjetivas: una cuestión de cómo determinadas privaciones son o pueden ser típicamente experimentadas. El aceite de ricino es asqueroso por la sencilla razón de que la mayoría de la gente lo encuentra asqueroso. Si la pena X se percibe de forma más grave que la pena Y, entonces esto la convierte en más grave.

Sin embargo, la analogía del aceite de ricino es engañosa. Lo que hace que un castigo sea más o menos grave no es una sensación identificable; más bien es el grado en el cual las sanciones interfieren con intereses que la gente valora. Por ejemplo, lo desagradable de la suspensión de la pena con vigilancia intensiva depende no de que se experimente mal en un sentido inmediato, sino del hecho de que interfiere con intereses como el de controlar mi propia vida o verme por donde elijo.

En cuestiones que son puramente subjetivas, como gustos u olores, uno no puede retar el juicio de alguien en busca de razones. Si (como se me ha dicho) al hombre medio inglés le disgusta la crema de cacahuete, yo puedo sugerirle que sabe bien cuando se toma pan tostado para el desayuno. Pero si mi interlocutor inglés mantiene que ni él ni sus amigos soportan esta crema empalagosa, esto supone el fin de la discusión. Y aun cuando el desagrado de los ingleses hacia la crema de cacahuete parezca ser incongruente con el hecho de que les gusten cosas como el arenque ahumado, hay que aceptarlo.

Los juicios que rodean el tema de la severidad de los castigos tienen, pienso, otra lógica. Si yo describo lo que es la suspensión de la pena con vigilancia intensiva y mi interlocutor dice que esto le suena bastante benévolo, ello no es el fin de la discusión. Puedo señalarle que la vigilancia intensiva limita la autonomía y privacidad de las personas y que éstas son cuestiones importantes para llevar a cabo una vida tolerable. Él o ella pueden expresar su desacuerdo de varias formas: sugiriendo, por ejemplo, que yo sobrestimo el grado en el cual la vigilancia opera de hecho y que en la práctica no interfiere excesivamente en las opciones de la persona. Pero la réplica del inglés medio que odia la crema de cacahuete —«bueno, así es como (nosotros o) yo lo siento»— no es una respuesta.

De todas formas, ¿no es cierto acaso que los castigos deben ser subjetivamente desagradables? En el capítulo 2 he ofrecido una explicación del castigo que resaltaba dos funciones: su capacidad para expresar censura y para suministrar un desincentivo. ¿No presuponen ambas funciones sanciones que no gusten a la gente? Si el castigo no fuese desagradable no llamaría la atención de la persona cuyo comportamiento se censura, ni podría actuar como desincentivo. Esto implica que las medidas penales que sean desagradables son preferibles a penas hipotéticas que tuviesen un impacto similar en la vida de la gente pero que (por la razón que sea) no se experimentan como desagradables¹⁷. Esto, sin embargo, no significa que la *medida* de la severidad deba ser subjetiva. Debe recordarse que mi teoría penal no afirma que los castigos deban ser graduados para potenciar sus efectos preventivos. El criterio de severidad no necesita por ello corresponderse exactamente con lo desagradable que se sienta subjetivamente.

Una alternativa (y en mi opinión preferible)¹⁸ sería basarse en un análisis de intereses similar al ofrecido para valorar la gravedad de los delitos. Cuanto más importantes sean los intereses afectados por una determinada pena, más severa es ésta. Las penas podrían ser graduadas de acuerdo con el grado en que típicamente afectan a la libertad de movimiento, la capacidad económica y demás. La importancia de estos intereses podría ser evaluada de acuerdo con el grado en que afectan al estándar de vida de una persona —en el sentido que he enunciado antes en este capítulo—. Este tipo de análisis parece adecuarse a la forma en que frecuentemente discutimos acerca de la severidad del castigo. Para explicar por qué una condena larga de prisión es un castigo severo, por ejemplo, es natural señalar cómo esta privación afecta a la calidad de vida de una persona.

Para aplicar el análisis del estándar de vida a las penas debería introducirse una modificación. Cuando evaluamos delitos, los intereses principales son (como observamos anteriormente) la integridad física, los medios materiales, y así sucesivamente. Cuando graduamos los castigos, estos intereses frecuentemente son distintos: por ejemplo el interés en la libertad de movimiento deviene más relevante en

17. Uno puede imaginarse estas penas. Supongan que en los tiempos actuales el doctor Gillottin inventara una pena semejante a fumar: no es desagradable a veces, pero reduce la expectativa de vida. De acuerdo con una teoría basada en el estándar de vida, esta sanción sería severa, porque afecta a la propia sobrevivencia. (Por suerte, esta sanción no existe).

18. He cambiado de opinión en esto; antes defendí la perspectiva subjetiva de la severidad. Véase *ibid.*, pp. 606-609.

muchas sanciones como la prisión, el arresto domiciliario y la suspensión de pena con vigilancia intensiva. Debería por tanto desarrollarse una nueva taxonomía de intereses y aplicar luego la idea del estándar de vida para evaluar la importancia de estos intereses¹⁹.

Adoptar un análisis basado en el interés significa que la valoración de la severidad no se hace sobre la base de las preferencias individuales de personas particulares. El estándar de vida, como se ha observado anteriormente, se refiere a los medios y capacidades que *normalmente* ayudan a la gente a conseguir una buena calidad de vida. En este sentido, si un determinado interés es importante para conseguir una existencia digna, ello comportaría una graduación alta —aun cuando determinada gente optase por prescindir de él—. La prisión se gradúa como una pena severa —debido a que los intereses de los que priva como la libertad e intimidad normalmente son vitales para una buena calidad de vida—, a pesar del hecho de que unos pocos condenados puedan ser claustrómaníacos.

Esta explicación responde a una objeción que Nigel Walker dirigió a la teoría del merecimiento: que no se puede graduar la severidad de las penas porque las percepciones individuales del sufrimiento varían. «Si la pena es de prisión», se pregunta, «¿cuánta importancia tiene la pérdida de libertad (para el condenado particular)?»²⁰. La severidad, sin embargo, no es simplemente una cuestión (variable) de molestia subjetiva. Si la libertad de movimiento de la cual la prisión priva es un interés importante —en el sentido de que es importante como un medio estándar para conseguir un cierto estándar de vida—, entonces su privación es una pena severa, aun cuando una persona particular pueda tener una sensibilidad distinta.

19. ¿Cómo afectan estas conclusiones a la utilidad de las encuestas públicas para medir la severidad? De acuerdo con la perspectiva subjetivista que he rechazado (esto es, que la severidad es una cuestión de lo desagradable que sea la pena), las encuestas son obviamente útiles para decidir en qué medida las sanciones se experimentan como desagradables. De acuerdo con mi perspectiva basada en el estándar de vida, las encuestas públicas no tienen un efecto comparable. Lo que importa es cuánto *afecta* una pena al estándar de vida de la gente común. Es una cuestión no de preguntar lo que piensa la gente, sino de analizar los efectos de una pena en la calidad de vida de las personas.

20. Walker (1991, 99).

ANCLAR LA ESCALA DE PENAS

¿Cómo debiera anclarse la escala de penas? Esta cuestión ha intimidado a los teóricos del merecimiento y se ha escrito muy poco acerca de ella. Sin embargo, su importancia es obvia. Aun cuando se gradúen las penas en una escala de acuerdo con la gravedad de los delitos, todavía está por decidir la magnitud de la escala. ¿Cuál debería ser la pena más severa y cuál la más leve? ¿Hasta qué punto puede rebajarse el nivel de severidad de todas las penas? ¿Qué consideraciones pueden esgrimirse? Sin respuesta a estas preguntas no está claro si una escala proporcional implica reducir todas las penas, aumentarlas, o mantener el actual nivel existente.

Al tratar de anclar la escala surgen dos cuestiones fundamentales que abordaré de forma sucesiva en este capítulo. La primera se refiere a cómo el principio de proporcionalidad determina la magnitud de la escala. La segunda se refiere a anclar la escala de penas *dentro* del marco de la proporcionalidad cardinal.

I. EL MARCO DE LA PROPORCIONALIDAD CARDINAL

Hasta el momento la idea de la proporcionalidad cardinal ha sido expuesta sólo de forma sucinta¹. ¿Exactamente *por qué* razones consideramos que toda una escala penal es desproporcionadamente severa o benévola? ¿Y qué relación tienen estas razones con nuestra idea rectora de la censura penal?

1. Véase el final del capítulo 2.

El límite superior de la cardinalidad

Permítanme considerar en primer lugar los límites superiores de la proporcionalidad cardinal —esto es, los principios que impiden aumentar las penas *pro rata* por encima de un determinado nivel—. Imaginemos que un penalista hipotético, el doctor Dracón, sugiere la siguiente escala de penas. Los delitos serán graduados de acuerdo con su gravedad, digamos de 1 (el menos grave) a 20 (el más grave). La proporcionalidad ordinal se respeta escrupulosamente: todas las penas se gradúan y espacian de acuerdo con la gravedad de los delitos. Sin embargo, la escala del doctor Dracón es severa. El delito menos grave, el que está graduado en el nivel 1, comporta una pena de prisión de varios meses; los delitos de gravedad media son castigados con varios años de prisión y los delitos graves con varias décadas. Esta escala parecería desproporcionadamente severa. Pero ¿por qué? La respuesta conlleva tres pasos.

Primero, los delitos en la parte inferior de la escala (esto es, aquellos que son poco graves) no son muy reprensibles. Si la teoría del Estado del doctor Dracón fuera suficientemente autoritaria, éste podría sostener que todo delito es una forma de crimen *lesae majestatis* y, por tanto, presuntamente grave. Pero en el capítulo anterior he defendido una teoría distinta (y menos autoritaria) acerca de la gravedad de los delitos, de acuerdo con la cual su gravedad dependería fundamentalmente de cómo afecta al estándar de vida de la persona. Los delitos situados en la parte inferior de la escala sólo comportan un mínimo de daño, valorado en función de su impacto en el estándar de vida de la víctima y, por tanto, no son merecedores de mucha desaprobación.

Segundo, las penas propuestas por el doctor Dracón —la imposición de penas de prisión incluso para los condenados por actos poco reprensibles— privan a las personas afectadas de intereses importantes, esto es, de la libertad de movimiento y de asociación. Estos intereses son importantes debido a su impacto en el estándar de vida de las personas castigadas².

Tercero, y finalmente, los intereses vitales de las personas castigadas están siendo trivializados cuando se imponen privaciones drásticas para expresar exclusivamente un grado ínfimo de censura. Al permitir que la pena de prisión sea usada para expresar poco reproche, el sistema emite el mensaje de que los intereses de las personas

2. Véase la discusión acerca de la valoración de la severidad de las sanciones en el capítulo anterior.

castigadas son de poca importancia. El mensaje es que no estamos muy preocupados por infracciones poco graves, así que «sólo» les privaremos de libertad. Esto implica que su libertad —una cuestión de gran importancia para la persona— es de escasa importancia para el Estado.

Sin embargo, el respeto de la proporcionalidad cardinal no es tanto una cuestión de «sí o no» cuanto de grado. Consideren una escala de penas hipotéticas que, aun siendo severa, no lo sea tanto como la del doctor Dracón. La prisión (de duración variable en función de la gravedad del delito) se impone para todos los delitos de gravedad media y alta. Los delitos menos graves no reciben prisión —pero de todas formas sí reciben sanciones no privativas de libertad relativamente severas como multas considerables—. ¿Violaría esta escala los límites de la proporcionalidad cardinal? Uno debería responder que esta escala plantea problemas semejantes a la del doctor Dracón, pero en menor medida. Por ello el límite superior de la proporcionalidad cardinal debiera verse no como una línea meridiana sino como un área sombreada que se va oscureciendo progresivamente a medida que la escala de penas deviene más drástica.

¿Existe un límite inferior de proporcionalidad cardinal que señale hasta qué punto puede reducirse la escala de penas? En el pasado acepté que sí³. El delito más grave de la escala —digamos el asesinato— requiere una expresión de reproche severa. Este reproche no puede expresarse adecuadamente si toda la escala de penas es muy baja, de forma tal que, por ejemplo, al asesinato sólo le correspondiera una pena de multa.

Nils Jareborg, ahora pienso que correctamente, se opuso a esta conclusión⁴. En el capítulo 2 he expuesto que la única razón para preferir la sanción penal a un sistema exclusivo de censura (o de censura acompañada por sanciones simbólicas) es que la sanción tiene una función preventiva. Si esto es así, señala Jareborg, se puede permitir toda reducción de penas que no conduzca a una pérdida de esta función preventiva. Si esta disminución se produjera hasta sus últimos extremos, nos acercaríamos a un sistema de censura con sanciones simbólicas. De acuerdo: en nuestro mundo real, más duro, pueden necesitarse penas más severas. Pero ello muestra que son las preocupaciones preventivas y no las exigencias de la proporcionalidad cardinal las que en últimas limitan esta reducción de penas.

3. Von Hirsch (1985, 44, 93).

4. Jareborg (1988).

II. ANCLAR LA ESCALA DENTRO DEL MARCO CARDINAL

Debido a que la proporcionalidad cardinal sólo impone los límites externos antes desiertos, aún queda por determinar el punto de inicio de la escala. Para ello necesitamos identificar qué otros factores son relevantes.

Nigel Walker ha declarado que esta propia indeterminación viola el modelo del merecimiento. Si este modelo no puede concretar cuáles son las penas merecidas, afirma, entonces es en gran medida inservible y, por tanto, podemos prescindir incluso de las exigencias de la proporcionalidad ordinal. La conclusión de Walker es que las penas deberían graduarse de acuerdo con principios preventivos y utilitarios⁵.

En mi opinión la conclusión de Walker es una falacia obvia. La asunción implícita es que el proporcionalismo es válido sólo si suministra respuesta a *todas* las cuestiones relativas a la determinación de las penas. ¿Pero por qué debería ser así? Si el principio de proporcionalidad nos indica cómo deben graduarse las penas, entonces es válido para *este* objetivo, incluso si debemos buscar otros principios para determinar dónde anclar la escala. De todas formas, es cierto que debemos seguir investigando qué otros principios nos ayudarán a anclar la escala.

La fórmula de Kleinig

En su libro de 1973 *Punishment and Desert*⁶ John Kleinig sugirió una forma de anclar la escala de penas. Propuso que en su nivel superior la escala se anclase en la pena más grave que puede ser humanamente impuesta (digamos 25 años de cárcel⁷) y en su nivel inferior en la pena más leve existente (supongamos una multa pequeña). Entonces la pena más severa sería aplicada a aquella infracción que tuviese la valoración más grave y la pena más leve a aquella conducta valorada como la menos grave. Con la escala anclada en sus dos extremos, las penas para los otros delitos serían graduadas y

5. Walker, (1991, 102-103). La única concesión de Walker, que apenas lo es, es que si el público espera un grado de proporcionalidad, esto sería una razón (utilitaria) para respetar un cierto grado de proporcionalidad.

6. Kleinig (1973), cap. 7.

7. Estos límites no estarían basados en la teoría del merecimiento sino en la idea de un trato humano y decente a los seres humanos. Un número determinado de años de prisión, como 25, puede ser el límite máximo. Estoy admitiendo que la pena de muerte no es humana ni decente. Para una discusión más amplia, véase Murphy (1979).

espaciadas de forma tal que reflejasen la graduación y espaciamiento del resto de infracciones.

El esquema de Kleinig constituye una forma de anclar la escala de penas. En consecuencia suministra una respuesta a las afirmaciones de que es imposible encontrar una base racional para decidir la magnitud de la escala. Sin embargo, su esquema no pretende sugerir que sea la única o necesariamente la mejor forma de anclar la escala de penas. Se podrían obtener diferentes magnitudes si la escala de Kleinig se comprimiase hacia arriba o hacia abajo. Se podría, por ejemplo, anclar la escala por arriba en una pena muy por debajo de la que puede ser humanamente impuesta (digamos 5 o 10 años en vez de 25). Kleinig no ha explicado las razones por las cuales debería rechazarse una escala (más benévola) que se comprima hacia abajo.

La capacidad del sistema penal como base

En un volumen anterior⁸ sugerí que se tuviese en cuenta la capacidad del sistema penal (en especial de la cárcel) como una forma de ayudar a fijar los puntos de anclaje —dando por supuesto que estos resultados no infringiesen el marco de la proporcionalidad cardinal—. Esto puede dar alguna ayuda práctica al legislador; y éste fue sin duda el criterio que utilizó la comisión penológica de Minnesota cuando elaboró sus guías penológicas.

La comisión de Minnesota intentó elaborar una escala de penas más proporcional, reordenándolas para dar un mayor énfasis a la gravedad de la infracción (más que a los antecedentes penales, que era el criterio utilizado hasta entonces por los jueces). La comisión decidió que en esta escala el recurso global a la pena de prisión no podía exceder la capacidad real de la prisión. En consecuencia, el criterio de la capacidad de la prisión fue usado para determinar los puntos de anclaje, y de hecho fue un criterio de bastante ayuda. La política imperante en aquel momento en Minnesota impedía que hubiese una reducción de penas significativa y los asesores estaban fundamentalmente preocupados por evitar un incremento global. El criterio de la capacidad de la prisión sirvió para impedir un aumento de penas y suministró un incentivo para discutir el tema de las penas de forma más realista⁹.

La capacidad de la prisión, sin embargo, no puede servir como principio para determinar los puntos de anclaje. Braithwaite y Pettit

8. Von Hirsch (1985), cap. 8.

9. Von Hirsch, Knapp y Tonry (1987), cap. 5.

tienen razón al advertir que deberíamos preocuparnos «si en un Estado federal los castigos del Estado X son dos veces más severos que en el Estado Y simplemente porque el Estado X tiene más celdas vacías»¹⁰. El criterio de la capacidad de la prisión era atractivo en Minnesota porque este Estado (comparado con el resto de Estados Unidos) había recurrido poco a la pena de prisión. Pero en otro Estado que tuviese otra tradición este criterio hubiera comportado un nivel bastante más alto de severidad. E incluso en Minnesota no puede evitarse finalmente la pregunta de si el Estado actuó de forma correcta al usar la pena de prisión en la medida en que lo hizo. En resumen, la capacidad de la prisión es una cuestión política que debería depender de dónde se ancla la escala de penas y no a la inversa.

¿Una estrategia reduccionista?

¿Por qué no adoptar una versión de la estrategia reduccionista basada en la teoría del merecimiento? Para empezar, la magnitud de la escala se fijaría de forma un tanto arbitraria, digamos, por ejemplo, sobre la base de la capacidad penal del sistema. Una vez elegido éste, se podría ir reduciendo las penas progresivamente. Estas reducciones proseguirían hasta el punto en que pareciera que la prevención del delito peligra¹¹.

¿Cómo se diferencia este modelo de la estrategia reduccionista de Braithwaite y Pettit?¹² Una diferencia obvia es que las penas de esta escala se graduarían en función de la gravedad del delito. El reduccionismo se usaría para disminuir la magnitud de toda la escala y no para realizar reducciones selectivas. Por contraste, en la estrategia de Braithwaite y Pettit se ignora la proporcionalidad ordinal y las infracciones graves podrían acabar recibiendo penas menos severas que las infracciones leves¹³.

¿Existe además acaso una segunda diferencia importante respecto al concepto de prevención utilizado? Las penas, de acuerdo con una estrategia reduccionista, deben reducirse hasta que se comprometan los fines de la prevención. De acuerdo con Braithwaite y Pettit, la prevención del delito —de hecho todo, de acuerdo con su modelo— debe basarse en lo que promueve la protección y seguridad (en sus palabras «dominio») del máximo óptimo de ciudadanos. Sin embargo, los teóricos de merecimiento —como ya se indicó en

10. Braithwaite y Pettit (1990, 150).

11. Esta perspectiva fue esbozada en mi libro *Doing Justice* (1976), cap. 16.

12. Véase el capítulo 3, donde se discute la perspectiva de estos autores.

13. Véase la crítica de Ashworth y mia a Braithwaite y Pettit en el capítulo 3.

el capítulo 3— no persiguen necesariamente un modelo agregativo. Así que ¿puede existir un «tope» a la reducción de penas de acuerdo con otro concepto de prevención?

La versión «optimizadora» de la prevención y sus dificultades

Cuando los penalistas hablan de prevención del delito tienden a caer en el utilitarismo penal clásico. Los niveles óptimos de prevención deben conseguirse contrapesando los beneficios preventivos (el número total de delitos prevenidos) y el conjunto de costes (incluyendo el sufrimiento de aquellos que son castigados)¹⁴. Al intentar graduar las penas, los teóricos del merecimiento se han resistido a adoptar esta forma de pensar —porque insisten en que las penas deben graduarse de forma tal que reflejen la gravedad de los delitos—. Sin embargo, cuando se discute dónde anclar la escala, estos requisitos de graduación ya se han respetado. Si entonces se permite considerar las necesidades preventivas, es fácil que resurja el modelo clásico —determinar los niveles de pena en aras de la prevención eficaz de los delitos¹⁵.

Esta perspectiva optimizadora para determinar el punto de anclaje podría parecer en principio acorde con una estrategia reduccionista. Si algo se sabe acerca de los efectos preventivos globales es que las tasas de delincuencia no son particularmente sensibles a las variaciones de los niveles de castigo. Esta insensibilidad aparente se observa no sólo en los estudios preventivos disponibles¹⁶, sino también en los experimentos naturales. El más chocante de los últimos ha sido el incremento extraordinario del nivel de penas en Estados Unidos, que ha tenido un impacto aparente muy pequeño en los índices de delitos¹⁷. Si, en efecto, el conjunto de criminalidad está tan poco influida por el incremento o la reducción del nivel de penas, entonces podría conseguirse una reducción ostensible de este nivel sin que fuera acompañada de un incremento de las tasas de delito.

Sin embargo, no podemos estar seguros de que éste fuese el resultado. Las investigaciones acerca de la prevención —por ejem-

14. Von Hirsch y Ashworth (eds.) (1992, 52-61).

15. En *Past or Future Crimes* (1985) adopté esta perspectiva al tratar de fijar los puntos de anclaje por medio del uso de estrategias de incapacitación «categoriales». Véase el capítulo 13.

16. Véase National Academy of Sciences, Panel on Research on Deterrent and Incapacitative Effects (1978).

17. Para una discusión más amplia relativa a la falta de impacto del aumento de penas de prisión en los índices delictivos en Estados Unidos, véase National Academy of Sciences, Panel on Understanding and Control of Violent Behavior, Report (1993), 6-7, 292-294.

plo de la prevención general— se han encontrado con grandes dificultades a la hora de mostrar los efectos preventivos marginales conseguidos al variar los castigos de infracciones específicas¹⁸. En el contexto actual no estamos refiriéndonos a infracciones específicas, sino al impacto preventivo de una reducción del conjunto de penas —donde los problemas de estimación serían aun mayores—. Por tanto, si bien creo que es plausible reducir las penas considerablemente sin que aumentasen los índices del delito, tampoco puede afirmarse con total seguridad.

Si no estamos seguros de cuáles serían los efectos de alterar la escala de penas, entonces tampoco podemos estarlo de que la concepción optimizadora de la prevención sirva de apoyo a una estrategia reduccionista. Como se ha señalado anteriormente¹⁹, no está claro que una prevención óptima del delito conlleve una reducción de penas hasta el momento en que aumentase el índice de delitos, en vez de propiciar la estrategia contraria, de aumentar las penas hasta conseguir *reducciones* significativas del delito. Qué estrategia sería la preferida, basada en la perspectiva optimizadora, dependería de estimaciones empíricas acerca de qué prevención adicional se consigue, si alguna, mediante la alteración de la escala de penas. Estas incertidumbres comportan que la perspectiva optimizadora de la prevención sea una base débil para fundamentar una estrategia reduccionista.

Persisten además algunas dudas fundamentales. Permítanme volver al capítulo 2, donde he expuesto la justificación del castigo. Una de las cuestiones que discutí es por qué el castigo —con su elemento de sufrimiento— es preferible a sanciones puramente simbólicas. Mi respuesta fue que el elemento de reproche de la sanción penal expresa que la conducta está mal; y el elemento del sufrimiento suministra a la persona una razón prudencial adicional para frenarse a la hora de realizar esta conducta. Si se acepta esta explicación, entonces se estará de acuerdo en aceptar un sistema de sanciones que incluya tanto el reproche como los desincentivos materiales para reducir la tentación de cometer el delito. Imaginemos que este modelo pudiera plasmarse en un sistema relativamente modesto de sanciones. La persona que admitiese este razonamiento aceptaría este sistema y concedería que la imposición de estas sanciones sería adecuada en caso de que delinquiese.

18. National Academy of Sciences, cit., nota 10.

19. En la crítica de Ashworth y mía en el capítulo 3 a la perspectiva de Braithwaite y Pettit.

Ahora imagínese que en vez de este nivel modesto de sanciones la escala se anclase en base a la perspectiva optimizadora de la prevención. Supongan que ello conllevará un aumento considerable de las sanciones. Estos incrementos hacen que el sistema sea más eficiente, supongamos, porque sus penas más altas retirarían de la circulación a los delincuentes más activos por un período de tiempo mayor²⁰. Si propusiésemos esta nueva escala a nuestro amigo, éste puede tener buenas razones para objetar que sus intereses vitales están siendo sacrificados en aras del bien común. Quizá, diga, una cosa es imponer una escala moderada de sanciones para expresar el daño de la conducta y suministrar un desincentivo para no realizarla. Quizá conceda que, como persona humana falible que es, puede sentirse tentado a delinquir y por ello necesita una razón prudencial para resistir la tentación. Pero otra cosa bastante distinta es sacrificar sus intereses vitales, en caso de que delinca, para promover el sistema más eficaz de prevención²¹. ¿Por qué, argüiría, debieran ser las penas que le amenazan a él o a otra gente como él tan altas sólo porque la escala global resultante evitaría o incapacitaría a un determinado número de infractores de forma más eficiente?

¿Una nueva versión revisada de la prevención?

Quizá pueda concebirse la prevención de forma distinta. Déjenme remitirme de nuevo al capítulo 2, donde esboqué mi explicación dual del castigo, de acuerdo con la cual la sanción penal suministra tanto una razón moral como una razón suplementaria adicional para cumplir la ley. Esta visión, sugerí, es respetuosa con la autonomía de la persona. Una persona responsable —capaz de reconocer su obligación de no hacer daño— quizá se perciba a sí misma como capaz de sucumbir a la tentación. Si es así, apoyaría un sistema de sanciones que también le proporciona una razón pragmática para no sucumbir a ésta.

Para tal concepción de la prevención es crucial que sea aplicada a través de un catálogo modesto de sanciones. Estas sanciones suministrarían el incentivo prudencial suplementario para respetar la ley, lo que puede ayudar a eliminar la tentación. Pero, como los niveles

20. Un modelo así se sugiere en R. Shinnar y S. Shinnar, «The Effect of Criminal Justice on the Control of Crime» (1975).

21. Nuestro amigo hace bien en preocuparse del aumento de penas porque los desincentivos, sea cual sea su nivel de severidad, no son infalibles. Incluso si un nivel modesto de sanciones le da a él y a gente como él una razón prudencial para desistir, delinquir sigue siendo posible en un momento de debilidad u obstinación.

de intimidación no son devastadores, las razones morales, expresadas a través de los rasgos censuradores de la sanción, aún cuentan. El individuo no sufriría daños irreparables en su vida en el supuesto de que ignorase la amenaza y se le impusiese la pena. En esta situación la respuesta del individuo al mensaje normativo de la sanción aún tiene relevancia práctica para su decisión. El desincentivo prudencial suplementario es sólo esto, suplementario: no se extiende tanto como para cooptar el mensaje normativo.

¿Cómo se puede anclar la escala de penas de acuerdo con esta visión de la prevención? Los datos inaccesibles —como por ejemplo los que las perspectivas basadas en la visión optimizadora de la prevención requieren— no serían necesarios. Debería ser posible, usando el sentido común, discutir qué nivel de penas crearía un conjunto razonable de desincentivos que reforzase el sistema basado en la censura. En este contexto sería apropiado comparar el nivel de sanciones con otros reveses y golpes duros que la gente recibe en su vida cotidiana.

Está claro que esta concepción no es suficientemente precisa como para concretar un nivel específico de sanciones. Pero si se sugiere una magnitud arbitraria para empezar, quizá sea posible discutir si es o no acorde con este criterio. Consideren la escala que yo recomendé hace más de una década en *Doing Justice*²². La prisión, propuse, debe estar limitada para delitos graves (fundamentalmente para delitos violentos y para los casos más graves de criminalidad de cuello blanco); y la duración de la privación de libertad para estos delitos debería ser de hasta tres años —excepto para el homicidio, donde cinco años sería el límite normal²³—. Esta escala está muy por debajo de los niveles actuales de Inglaterra y Estados Unidos²⁴. Pero si uno aplica el criterio que he expuesto acerca de si estas sanciones suministran razones prudenciales para desistir, la respuesta sería seguramente afirmativa.

Permítanme añadir un argumento que es (en buena medida)

22. Von Hirsch (1976), cap. 16.

23. Mi propuesta permitiría condenas de más de cinco años para los homicidios de naturaleza más atroz. Un problema en aquel momento es que no fui capaz de sugerir un abanico de sanciones no privativas de libertad, incluyendo las de severidad intermedia para aquellas infracciones que no fueran tan graves como para requerir pena de prisión. Ahora sugeriría sanciones no privativas de libertad del estilo de las discutidas en el capítulo 7.

24. Sin embargo otros países europeos (Suecia por ejemplo) raramente imponen una pena de prisión que exceda de cinco años reales. En Suecia sólo un 1,7% de las penas de prisión son superiores a cuatro años. Para el homicidio la pena habitual es de 10 años, con la concesión de libertad condicional normalmente en el quinto año. Las citas de las estadísticas de prisión pueden verse en Jareborg (1933, 30).

político. La concepción de la prevención que yo he esbozado parece adaptarse bien a la ciudadanía responsable. Estas personas reconocerían su deber de no delinquir; entenderían que, de todas formas, a veces están tentados a ello, y optarían por una serie de penas moderadas suficientes para que una persona normal falible se lo piense seriamente antes de delinquir. Pero no pretendería imponer conformidad, ya que se espera de los ciudadanos que respondan al mensaje censurador de la sanción y a un modesto grado de prudencia.

Una sociedad democrática es, en mi opinión, aquella en la cual las instituciones básicas se diseñan tomando como modelo esta ciudadanía responsable. Esto es obviamente cierto con instituciones como el sufragio universal, pero también debería serlo respecto del castigo. El castigo trata con situaciones en las cuales los ciudadanos se han comportado mal, pero, incluso allí, la respuesta debería ser acorde con adultos racionales y autónomos. La censura en el castigo descansa en la asunción de que los infractores son capaces de apreciar el mensaje implícito de desaprobación; el sufrimiento debería, de modo semejante, descansar en la asunción de que los infractores o potenciales infractores pueden ponderar los desincentivos prácticos modestos a la hora de decidir si delinquen o no. Un sistema penal con estos rasgos trata a la persona como capaz de autogobernarse, incluso cuando delinque.

La visión optimizadora de la prevención está basada en distintas —y yo pienso que problemáticas— asunciones políticas. Los infractores potenciales son vistos como agentes perturbadores o potenciales perturbadores de la paz social, cuyos actos lesivos deben ser prevenidos de la forma más efectiva (o de acuerdo con el coste-beneficio) que sea posible. Cómo de represivo llegará a ser un sistema así dependería básicamente de qué es lo que funciona. Esta concepción se plasma con toda su crudeza en los modelos utilitarios que utilizan las estrategias de incapacitación selectiva²⁵. Si se aplican los límites de la proporcionalidad ordinal o cardinal, quizá los resultados fueran menos severos o injustos pero su mal persiste: la creación de una institución social básica que no trata a la persona como a un sujeto responsable.

Quizá se objete que los delincuentes, estos con los que trata el sistema penal, no se adaptan al paradigma de ciudadano responsable, pues lo que los conduce a delinquir es precisamente su débil sentimiento de obligación hacia los demás. ¿Cómo puede construirse el derecho penal con una imagen de hombre tan alejada de la que

25. Véase el capítulo 6 y mi *Past or Future Crimes*, caps. 9-11.

actualmente encuentra? La respuesta breve es que la misión preventiva del derecho penal no consiste necesariamente en prevenir al más recalcitrante. La sanción penal no puede alcanzar ni un 1% de eficacia, y cumple adecuadamente su misión si ayuda a inducir a la mayoría de la gente a respetar la ley. Mi concepción de la prevención es una que daría buenas razones a la gente común para que respetase la norma.

Pero incluso si así se consigue un poco de prevención, ¿no se pierde también un poco? ¿No sería mejor la estrategia preventiva optimizadora para promover la seguridad ciudadana? Posiblemente sí —por la razón obvia de que mi concepción alternativa de la prevención está basada en consideraciones distintas que la mera eficacia preventiva—. Pero la búsqueda de la eficacia máxima no ha ido muy bien hasta la fecha, quizá por lo que ya he apuntado anteriormente acerca de la insensibilidad de los índices del delito a las variaciones (a no ser que sean extremas) del castigo. Y los otros valores incorporados en mi concepción alternativa de la prevención me parecen dignos de atención en una sociedad libre. También resta la posibilidad, que se tratará en el próximo capítulo, de permitir excepcionalmente desviaciones del estándar normal de penas en las situaciones en las que se prevea una pérdida extraordinaria de prevención.

Permítanme enfatizar: la concepción de la prevención expuesta aquí trata de determinar los puntos de anclaje —hasta dónde puede proceder una estrategia reduccionista antes de alcanzar un nivel mínimo de sanciones necesario para la prevención—. No trata de la graduación de las penas, respecto de la cual siguen aplicándose los requisitos de la proporcionalidad ordinal²⁶.

La estrategia reduccionista revisada

Mi concepción revisada de la prevención debería servir para clarificar la estrategia reduccionista. Como vimos, esta estrategia consiste en reducir las penas *pro rata* hasta llegar a un tope mínimo necesario para la prevención. Vimos también que la dificultad de usar la versión optimizadora de la prevención es que es posible (si bien no probable) que ello comporte un nivel alto —desde luego más alto que el nivel actual de penas—. En este caso la estrategia reduccionista devendría expansionista. Mi concepción revisada evita este riesgo. Si la prevención se entiende como un desincentivo prudencial,

26. Véase el capítulo 2, donde se expone por qué.

éste sería alcanzable con sanciones relativamente modestas. La estrategia reduccionista será entonces sin duda reduccionista.

¿Cómo podría aplicarse la estrategia reduccionista? Se podría empezar con las penas existentes e ir reduciéndolas. Los niveles serían aquellos adecuados a la capacidad del sistema penal, pero con las penas reordenadas para reflejar la gravedad del delito. Como la censura expresada a través del castigo es una convención, estos niveles reflejarían las convenciones actuales existentes.

Esto, sin embargo, es sólo el punto de inicio. Las convenciones pueden ser alteradas y existe una razón poderosa para cambiar las convenciones existentes y reducir las penas *pro rata*. La razón es desde luego la benignidad: mantener el sufrimiento impuesto por el Estado a un nivel mínimo.

A medida que las penas se reduzcan, el mayor obstáculo será la política. La reducción quizá se encuentre con la oposición de partes del sistema penal y del público. Cómo de grande sea la oposición y hasta qué punto ésta impida proseguir con las reducciones dependerá de cada Estado. Desde luego, si el delito está, o se percibe que está, aumentando, será difícil continuar disminuyendo o, quizá incluso, impedir aumentos de penas²⁷.

Supongamos, sin embargo, que sea posible proceder con estas reducciones. ¿Cuándo deberían parar? Aquí mi versión revisada de la prevención apunta una respuesta, si bien imprecisa. Los niveles de pena deberían ser reducidos hasta que el sistema suministre el desincentivo modesto del cual he hablado. El ejemplo sería el de una escala con un máximo de cinco años, como el que he apuntado anteriormente.

«Utopía» y relevancia práctica

¿No estoy siendo utópico? No parece que muchos países vayan a adoptar las reducciones drásticas de penas que estoy sugiriendo. Y si no lo hacen, ¿de qué sirve mi estrategia reduccionista?

Una utilidad es la de indicar qué dirección debería seguir la política penológica. Quizá las penas no puedan ser reducidas en la mayoría de países a los bajos niveles que estoy sugiriendo. Pero, por las razones ya explicadas, la dirección de las penas debería ser descendente. Mi propuesta reduccionista es, por tanto, un ideal que deberíamos perseguir.

27. Véase el capítulo 10, donde se discuten los problemas políticos.

Otro aspecto relevante de mi propuesta reduccionista es responder a una objeción comúnmente dirigida a la teoría del merecimiento. Se alega que una concepción proporcionalista no nos indica dónde debería anclarse la escala de penas de acuerdo con las exigencias de la proporcionalidad cardinal. Por ello, se arguye, esta concepción comporta políticas penales bastante severas. Pienso que ya he contestado a esta objeción. Un partidario del merecimiento no tiene por qué permanecer en silencio respecto a la cuestión del punto de anclaje. Se puede articular una teoría —como he intentado en este capítulo— que apoye y fundamente una estrategia reduccionista. Las conclusiones teóricas no vienen *impuestas* por la lógica del merecimiento, ya que estamos hablando de decisiones respecto al punto de anclaje que se adoptan después de haberse satisfecho los requisitos de la proporcionalidad cardinal y ordinal.

Sin embargo, la lógica de la proporcionalidad que he expuesto en el capítulo 2 y el punto de ancla que he sugerido en éste tienen una base común en la concepción de censura y prevención del derecho penal que he intentado esbozar.

MODELOS MIXTOS

Un modelo penológico basado en la teoría del merecimiento es de alguna forma constrictivo, ya que exige que sea la gravedad de la infracción —y no una variedad de factores alternativos— la que decida entre los diversos castigos. Su carácter constrictivo facilita graduar las penas de forma coherente, pero también limita las posibilidades de alcanzar otras metas u objetivos. ¿Por qué no pueden otros valores al menos en algunas situaciones sobreponerse al de la proporcionalidad? Necesitamos examinar los modelos «mixtos» que permiten un cierto grado de desviación de los requisitos de la proporcionalidad ordinal. Incluso el modelo del merecimiento permite la consideración de otros factores (incluyendo la prevención del delito) en algunos casos —por ejemplo al decidir entre diversas sanciones de gravedad semejante¹—. Si se satisfacen las exigencias de la proporcionalidad, la búsqueda de otros objetivos subsidiarios no convierten el modelo en uno mixto. Un modelo mixto se *aleja* del principio básico —en este caso la proporcionalidad— para conseguir otras metas².

A continuación voy a referirme a los modelos mixtos de una determinada clase: aquellos que permiten un cierto grado de alejamiento del principio de proporcionalidad. Si la proporcionalidad es una exigencia importante de la justicia, entonces normalmente debería limitar la consecución de otros objetivos, como los de prevención del delito. Los modelos mixtos que se alejan de la proporcionalidad en situaciones excepcionales o en un nivel restringido aún

1. Véase la discusión acerca de la posibilidad de intercambiar sanciones en el capítulo 7.
2. Véase Robinson (1987).

serán considerados modelos equitativos. No voy a referirme a aquellos modelos que desconsideran la proporcionalidad o que la consideran sólo de forma marginal.

El lector observará un cierto titubeo. La cuestión de los modelos de justicia mixtos ha recibido una atención relativamente escasa. No es fácil construir una teoría que permita decidir cuándo la proporcionalidad puede ceder en aras de otros objetivos. Lo que complica aun más las cosas es que los modelos mixtos a los que me referiré se alejan de la proporcionalidad sólo en *cierta* medida: por un lado, uno no puede ignorar estos modelos sobre la base de que son injustos; por el otro, no es fácil discernir qué beneficios se obtendrían si se permiten desviaciones restringidas. Mi discusión será, por tanto, sólo exploratoria: para ver cómo pueden conceptualizarse los modelos mixtos. No estoy muy convencido, por razones que explicaré, del valor de estos modelos, pero otros quizá lo vean de forma distinta. El objetivo de examinar estos modelos es aclarar que la defensa de la proporcionalidad no excluye otros objetivos: que podemos estar de acuerdo en que las sanciones sean fundamentalmente proporcionales y aun así admitir un cierto grado de flexibilidad.

I. SANCIONES PROPORCIONALES CON DESVIACIONES EXCEPCIONALES: EL MODELO MIXTO DE PAUL ROBINSON

Si vamos a examinar modelos mixtos vale la pena empezar con el que sugirió Paul Robinson en un interesante artículo de 1987³. De acuerdo con su propuesta, las penas deberían ser normalmente graduadas de acuerdo con la gravedad del delito, tal y como exige el principio de proporcionalidad. No obstante, este modelo permite incrementos de la pena merecida en circunstancias excepcionales —si son necesarios para prevenir un «nivel intolerable de delito»—. Sin embargo, Robinson impone otro límite a este incremento: incluso cuando se trata de prevenir el delito, no serían permisibles grandes desviaciones del principio de proporcionalidad.

Robinson presenta su modelo en términos generales, términos como el de incremento «intolerable» del delito. Qué es y qué no es tolerable es una cuestión opinable y Robinson no ofrece tanto un criterio cuanto una forma de pensar en la flexibilidad. Sin embargo,

3. *Ibid.* Véase también von Hirsch (1987).

los siguientes ejemplos⁴ ilustran cómo podría aplicarse el modelo de Robinson.

1) La ley penalógica sueca de 1988⁵ requiere que las condenas estén basadas en la gravedad del delito. No obstante, se introdujo una excepción que produjo el efecto, *inter alia*, de mantener la política permanente de Suecia consistente en imponer cortos períodos de prisión a los infractores (incluso primarios) que condujesen con un nivel alto de alcohol⁶. Esta política fue diseñada con el objetivo de la prevención y constituyó una excepción al modelo penalógico seguido por la ley. (Normalmente la gente condenada por delitos de gravedad media-superior —que es como se consideraría esta infracción⁷— recibirían una pena no privativa de libertad a no ser que tuvieran numerosos antecedentes penales). Esta excepción podría ser defendida (con las reservas que expondré posteriormente) de acuerdo con la teoría de Robinson, porque, en conjunto, conducir bajo el efecto de bebidas alcohólicas produce un gran daño social. El grado de desviación de la proporcionalidad tampoco es tan grande, ya que a los infractores se les impone un período corto de prisión en vez de sanciones intermedias severas que, en su defecto, recibirían.

2) Los partidarios norteamericanos de la «incapacitación selectiva»⁸ han propuesto que se imponga a los condenados por robo clasificados como de alto riesgo un mayor número de años de prisión: unos ocho años para los de supuesto alto riesgo, en contraste con un año para los clasificados de bajo riesgo. Se dice que esta estrategia tiene efectos preventivos, si bien ahora están siendo discutidos⁹. Una menor diferencia en las condenas de los delincuentes de alto y bajo riesgo comportaría que los efectos preventivos desapareciesen. Incluso si esta política tiene los efectos preventivos que sus partidarios aducen, sería descartable de acuerdo con el modelo de Robinson, porque de forma rutinaria implicaría una disparidad enorme de pe-

4. Estos ejemplos están sacados de von Hirsch (1987).

5. Código penal sueco, caps. 29 y 30. Para un comentario y traducción de estas disposiciones, véase von Hirsch y Ashworth (eds.) (1992, 292-307).

6. *Ibid.*, p. 299.

7. Si el conductor ebrio conduce su vehículo de forma peligrosa sería culpable del delito más grave de conducción imprudente. El delito de conducir bajo el efecto de bebidas alcohólicas es de severidad intermedia, porque en estas circunstancias no se ha puesto en peligro a ninguna persona.

8. Véase Greenwood (1982).

9. Greenwood pretendía que podía conseguir una reducción del 20% de los robos, *ibid.*; véase también Wilson (1983), cap. 8. Una crítica de estas pretensiones de eficacia en von Hirsch (1985), caps. 10-11; National Academy of Sciences, Panel on Research on Criminal Careers (1986); von Hirsch (1988).

nas en virtud de criterios totalmente alejados de la gravedad de la conducta. Ésta sería el tipo de infracción grave de la proporcionalidad que el modelo de Robinson descartaría.

¿Cómo puede justificarse el modelo de Robinson? Un argumento simple sería invocar la analogía de la cuarentena de personas con enfermedades contagiosas y mortales¹⁰. Las personas sometidas a cuarentena no merecen perder su libertad, pues no es culpa suya ser portadoras de esta enfermedad. Se ven privadas de su libertad sólo para proteger la salud de los otros. La razón para tolerar la cuarentena es que la sobrevivencia de la comunidad es considerada de mayor importancia que la justicia.

Sin embargo, el paralelismo con la cuarentena no es persuasivo cuando se le somete a un mayor escrutinio. El daño criminal no es comparable en magnitud a una epidemia: conducir bajo el efecto de bebidas alcohólicas, por ejemplo, no amenaza a la comunidad como la cólera o una plaga de epidemias. Además, comparar los efectos preventivos de las diversas penas no es tan fiable como, digamos, diagnosticar unas fiebres tifoideas.

El castigo, a diferencia de la cuarentena, implica reproche. La persona que recibe un castigo extra sufre la censura hasta un punto que no está justificado por la reprochabilidad de su conducta. No toleraríamos que se tratase a las personas en cuarentena como a gente malvada que *merece* la privación de libertad. La analogía de la cuarentena además es demasiado ambiciosa. Una persona en cuarentena puede estar retenida de forma indefinida en la medida en que esté enferma. De cualquier forma el modelo de Robinson sólo flexibiliza los requisitos de la pena merecida en situaciones excepcionales, pero no los elimina —ya que pone como límite que el castigo extra no sea «intolerablemente injusto».

Si no es la cuarentena, ¿qué otro argumento puede alegarse? El modelo de derechos de Ronald Dworkin¹¹ puede servir de ayuda. Dworkin¹² sostiene que los derechos constituyen pretensiones (*claims*) contra el bienestar general: si alguien tiene un derecho debería ser respetado incluso si ello no favorece el interés social. Los derechos sin embargo son pretensiones *prima facie*: algunas veces pueden ser limitados si los intereses contrapuestos tienen la suficiente importancia. Uno de los intereses contrapuestos de suficiente importancia es, según Dworkin, cuando la pérdida de utilidad re-

10. Véase Schoeman (1979).

11. La utilización del modelo de Dworkin la han sugerido Bottoms y Brownsword (1983).

12. Dworkin (1977), cap. 7.

presentada por el mantenimiento del derecho es de dimensiones extraordinarias: cuando, en sus palabras, «el coste para la sociedad no sería sólo un incremento, sino que sería de un grado tal que excedería el coste (social) pagado para preservar el derecho originario, un grado suficientemente grande como para justificar la lesión de la dignidad o igualdad afectadas»¹³.

Entre los filósofos se ha discutido el que todos los derechos puedan ser descritos, como hace Dworkin, como pretensiones contra el bienestar social¹⁴. Sin embargo, esta cuestión no debe preocuparnos ahora. Sea cual sea la estructura general de los derechos, el principio de proporcionalidad funciona como una exigencia de justicia que limita la búsqueda de objetivos sociales —especialmente los de prevención del delito—. Este límite puede aplicarse en circunstancias normales y aun así ceder cuando la pérdida de utilidad resultante —de prevención del delito— sea de dimensiones excepcionalmente grandes. La fórmula de Dworkin parece por tanto una forma plausible de conceptualizar este modelo mixto.

No obstante, hay una serie de cuestiones decisivas que el modelo de Dworkin no resuelve y que requieren ser destacadas. Una se refiere a la intensidad *prima facie* de la exigencia de equidad. Algunas exigencias de justicia deberían ser menos descartables que otras. Consideren la exigencia de prueba más allá de duda razonable: sería escasamente apropiado admitir que *esta* exigencia puede ser subordinada, incluso para evitar grandes pérdidas en la prevención del delito¹⁵. Por consiguiente, lo que Robinson debe estar implícitamente afirmando es que la proporcionalidad es una exigencia importante de la justicia (tan importante como para admitir pérdidas de utilidad antes de que sea subordinada) pero no *tan* crucial como la exigencia de prueba más allá de duda razonable (para la cual no se admite subordinación alguna). Otro asunto es el que se refiere a la importancia de los motivos para permitir la subordinación a la utilidad. Lo que se dirime no es la supervivencia de la comunidad, como en el caso de la cuarentena. Sin embargo, Robinson parece sugerir que la criminalidad que se pretende prevenir debe ser muy frecuente y muy lesiva, por ejemplo un incremento significativo de conductas que amenacen la vida y la integridad física¹⁶.

Al final, uno se queda básicamente con intuiciones en estas cuestiones, porque implican comparar manzanas y naranjas. Uno tiene,

13. *Ibid.*, p. 200.

14. Véase Raz (1986), caps. 7 y 8; véase también MacCormick (1978).

15. Véanse las perspectivas de Reiman y Van den Haag (1990).

16. Véase Robinson (1987, 39).

por un lado, una exigencia no-consecuencialista, retrospectivamente orientada; y, por otro lado, una exigencia superior basada en nociones consecuencialistas de daño futuro. No existe ninguna corriente intelectual según la cual puedan traducirse y compararse estas consideraciones conflictivas. Quizá la réplica de Robinson sea que en su modelo la proporcionalidad es una exigencia no absoluta pero sí importante. Las utilidades contrarias deben ser importantes para que ceda la proporcionalidad. Más aun, el nivel en que se permite desviarse de la proporcionalidad es también limitado. No serían permitibles grandes desviaciones —porque estas respuestas manifestamente desproporcionadas desfigurarían el grado de reproche de la persona¹⁷.

El modelo mixto de Robinson tiene un atractivo innegable. En tanto que respeta normalmente las exigencias del merecimiento, permite desviaciones cuando parecen existir buenas razones. ¿Cuáles son entonces los problemas potenciales?

Un problema hace referencia a la evidencia que es necesaria para permitir la desviación. Como se ha visto, Robinson restringiría las desviaciones de la proporcionalidad a los casos en que la conducta no sólo es muy dañina para las víctimas, sino que además hay una incidencia significativa de ésta. En el ejemplo de conducir bajo el efecto de bebidas alcohólicas, muchas víctimas potenciales, y no sólo la que lo ha sido, se ven afectadas por este tipo de conducta. Esto, sin embargo, restringe sobremedida el alcance de la excepción, ya que raramente existirá base empírica para creer que un alejamiento de las exigencias del merecimiento comporte en el conjunto de la sociedad una reducción de estas conductas. El efecto deseado de reducir el delito derivaría de la prevención general o de la incapacitación: o se intimida más a los infractores a través de un aumento general de penas o se impone una mayor pena a un autor concreto. Sin embargo, es notoriamente difícil confirmar estos efectos. Consideren de nuevo el ejemplo de conducir bajo el efecto de bebidas alcohólicas. Si bien existen razones para pensar que la política sueca de castigar la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas tuvo algún impacto preventivo, está lejos de demostrarse que esta prevención extra se consiguiese por el hecho de encarcelar de forma

17: Este último requisito explica por qué la desviación consistiría, en el modelo de Robinson, en una extensión de la pena —y no en la imposición separada de una respuesta civil privativa de libertad que se cumpliera después de la pena normal—. Esta última (al no ser denominada castigo) podría considerarse exenta del principio de proporcionalidad y ser por ello de duración indefinida. En Wood (1988) se sugiere un período así de privación civil de libertad.

rutinaria incluso a los infractores primarios¹⁸. Por ello, es de destacar que en 1990 Suecia limitó la excepción que representaba este encarcelamiento, así que ahora sólo un número menor de conductores va a prisión¹⁹.

Si se aceptase mi propuesta de reducir todas las penas, como sugerí en el capítulo anterior, el problema de pérdidas en la prevención de ciertos delitos puede agudizarse. Pero incluso entonces no será fácil mostrar que estas pérdidas están efectivamente ocurriendo.

Si la exigencia de efectos *agregativos* visibles presenta estas dificultades, ¿podemos abandonarla? A. E. Bottoms y Roger Brownsword lo han sugerido: a los individuos que constituyen un «peligro constatable» de lesionar seriamente a otros se les debería imponer un período extra de privación de libertad, incluso si esta política carece de impacto en los niveles globales de violencia²⁰. No obstante, estos autores enfatizan que esta excepción debería invocarse sólo cuando haya una alta e inmediata probabilidad de que se produzca un grave daño.

Sin embargo, incluso este último criterio de peligrosidad individual, es de difícil aplicación. Para justificar la extensión de la condena, sobre la base del criterio de «peligro constatable» de Bottoms y Brownsword, la persona debería tener una alta probabilidad de lesionar a otros *después* de que su pena normal merecida haya expirado. Realizar esta previsión presupone una capacidad para evaluar la duración de una carrera criminal —una capacidad que hoy no existe²¹—. La incertidumbre acerca de la duración de las carreras crimi-

18. Véase Ross (1982, 60-69).

19. Véase el informe del Gobierno sueco sugiriendo reformas a la ley de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas. Prop. 1989/90:2, 38-39.

20. Dworkin sugirió dos situaciones en las que un derecho puede verse superado (*override*). Una, expuesta en el texto, es cuando se produciría una pérdida de utilidad de extraordinarias dimensiones. Otra es cuando hay otro derecho en conflicto, por ejemplo cuando los derechos de libertad de expresión están en conflicto con la intimidad. En mi opinión, es la primera razón la que resulta relevante en nuestra discusión: se trata de ceder la proporcionalidad debido a la existencia de un peligro extraordinario representado por la existencia de delinquentes de alto riesgo. Sin embargo, extrañamente, Bottoms y Brownsword afirman que estamos en la segunda de las situaciones imaginadas por Dworkin: la pretensión del infractor de recibir no más pena que la proporcional se ve superada por la pretensión de la víctima potencial de no ser lesionada. Yo esto lo encuentro extraño. De acuerdo: la víctima tiene derecho a la integridad física que el delincuente lesiona. Pero ¿ha infringido el Estado los derechos de las víctimas cuando meramente fracasa, como sucede tan frecuentemente, en prevenir la lesión? Imagínese que el Estado responde al delito imponiendo una sanción proporcionalada. En este caso no está nada claro por qué las víctimas tienen un *derecho* contra el Estado a que imponga una sanción más severa que quizá evite una futura victimización. Cf. Bottoms y Brownsword (1983) y Dworkin (1977, 199-200).

21. National Academy of Sciences, Panel on Research on Criminal Careers (1986); von Hirsch (1988).

nales también puede comportar que se precisen períodos extras de confinamiento para asegurar algún tipo de prevención. No obstante, cuanto más largo sea el confinamiento más entra en conflicto con el principio de Robinson de que deben evitarse sanciones manifiestamente desproporcionadas. Por ello, alguien que en principio estaría de acuerdo con la idea de extender las penas a los casos de «peligro constatable» aun puede dudar de nuestra capacidad actual para comprobar este requisito con las debidas garantías.

Otro peligro potencial es la erosión del criterio. Una cuestión crucial en el modelo de Robinson (y en el de Bottoms y Brownsword) es lo estricto del criterio que permite la flexibilidad: el juez sólo puede imponer una sanción más-severa-que-proporcional para prevenir graves daños criminales. Flexibilizar este criterio, para admitir daños menores, compromete la idea básica de este modelo mixto: que las constricciones del merecimiento (como exigencias importantes de justicia) sólo pueden ser desconsideradas en circunstancias extremas. Aun así, ¿como podemos tener confianza, dada la dinámica política que rodea las leyes penales en la mayoría de Estados, de que se mantendrán estos criterios estrictos de flexibilidad? ¿No puede verse expandida una excepción estricta en nombre de la protección de la sociedad? Alguien podría apoyar este modelo mixto si los criterios que permiten la flexibilidad se mantienen ajustados y aun así seguir preocupado acerca de cómo se ejecutará este modelo a causa de este «sí»²².

El modelo de Robinson, así como la variante de Bottoms y Brownsword, trata con los incrementos excepcionales de las penas. ¿Qué sucede con las *disminuciones* excepcionales? La lógica podría ser similar: reducir las penas cuando ello sea necesario para conseguir metas ulteriores valiosas. El problema es identificar estas metas. La prevención del delito no es una candidata plausible, ya que es difícil de imaginar pérdidas extraordinarias de prevención producto

22. La *Criminal Justice Act* de Inglaterra de 1991 suministra una muestra interesante. Si bien la ley erige el principio de proporcionalidad como criterio para determinar la pena, una excepción permite encerrar a los delincuentes peligrosos. La excepción pretende ser estricta: el encierro por peligrosidad sólo puede imponerse a los delincuentes condenados por determinados delitos y sólo cuando sea necesario para proteger al público de un «daño grave». El daño grave se define como «muerte o lesión grave, ya sea física o psicológica». Sin embargo, no se plantea la probabilidad de este daño —por tanto el criterio sugerido por Bottoms y Brownsword de inmediatez y alta probabilidad no se ha incluido—. Una lesión psicológica grave también puede ser un término excesivamente flexible. Será interesante observar lo amplia o restrictivamente que los tribunales interpretan esas disposiciones y ver también si el Parlamento amplía su ámbito en el futuro. Cf. *Criminal Justice Act* (1991), ss. 1 (2) (b), 2 (2) (b), 31. Para un comentario de estas disposiciones, véase Ashworth (1992, 163-167).

de no reducir las penas para un delito particular por debajo del nivel de su pena proporcional. La benignidad tampoco es una candidata plausible: rebajas excepcionales (y excepciones es lo que el modelo contempla) no tendrían mucho impacto en el nivel global de las penas. Quizá existan otros objetivos. Una cuestión difícil es decidir si las consideraciones de política criminal —especialmente la cooperación con la fiscalía en circunstancias excepcionales— podrían ser un criterio para rebajar la pena²³. La flexibilidad también puede invocarse en aquellos casos que parecen merecer una simpatía especial²⁴. En cualquier caso, estas reducciones selectivas de pena requieren una explicación coherente de qué es lo que pretende conseguirse, en qué casos de circunstancias excepcionales y por qué estos objetivos son tan importantes como para darles preeminencia por encima de las exigencias de una pena merecida.

II. MODELOS DE VARIABILIDAD LIMITADA

El modelo mixto de Robinson permite desviaciones de la pena merecida ordinal sólo en situaciones especiales. Otra alternativa sería permitir una flexibilización más rutinaria de las exigencias de la proporcionalidad ordinal. Los principios del merecimiento serían usados para delimitar una serie de penas aplicables, pero dentro de este ámbito la pena se fijaría de acuerdo con criterios consecuencialistas. Hay dos versiones distintas de este modelo que tienen una lógica e implicaciones distintas. Consideremos ambos.

«Retribucionismo limitado»

Esta perspectiva se identifica con los escritos de Norval Morris²⁵. El merecimiento, de acuerdo con su modelo, sólo impone los límites externos: no más que tanta pena para un determinado tipo de delito, ni (quizá) menos de un mínimo. Dentro de estos márgenes la pena será precisada de acuerdo con otros criterios. Algunos penalistas alemanes han adoptado una perspectiva semejante denominada *Spielraumtheorie* («teoría del espacio de juegos») ²⁶.

23. Para una discusión de algunos de los problemas surgidos al crear una rebaja explícita para este tipo de cooperación véase von Hirsch, Knapp y Tonry (1987), cap. 9; véase también Ashworth (1992, 129-133).

24. Esta posibilidad se aborda en el epílogo.

25. Morris (1982), cap. 5.

26. Véase Bruns (1985, 105-109). Para una crítica de la *Spielraumtheorie*, véase von Hirsch y Jareborg (1991, 23-27).

En algunas ocasiones, Morris sugiere que su modelo viene determinado por la lógica del merecimiento. Supuestamente la proporcionalidad es indeterminada: señala sólo cuanto es *immercido* en el sentido de excesivamente severo o manifestamente benévolo. Dentro de estos márgenes, el recurso a criterios distintos del merecimiento es apropiado porque ya se han respetado las exigencias del merecimiento²⁷.

La dificultad de esta perspectiva es que desconsidera las exigencias de la proporcionalidad ordinal —especialmente la paridad²⁸—. Cuando dos acusados han cometido robos de gravedad semejante, imponerle a uno una pena mayor que al otro en aras de (digamos) la prevención del delito es atribuirle más reproche por una conducta que, *ex hypothesi*, es igualmente reprobable. Afirmar que el merecimiento, por su estructura lógica, impone meros límites desconsidera esta demanda de paridad.

En otros párrafos Morris parece admitir que el merecimiento suministra no sólo los límites externos sino también los principios de ordenación que incluyen la exigencia de paridad. Esta última exigencia sin embargo se presenta como débil y fácilmente descartable: es sólo un «principio orientador»²⁹. Por consiguiente las demandas de paridad pueden ser superadas por otros valores en conflicto —algunos preventivos (prevención general, incapacitación) y otros humanitarios (reducir el sufrimiento penal)—. Esta versión, sin embargo, ignora las razones (expuestas en el capítulo 2) de por qué es importante, y no sólo marginal, castigar de forma semejante a aquellos que han realizado infracciones de gravedad semejante. Abandonar o aguar las exigencias comparativas del merecimiento nos deja sin mucha guía para aplicar la única exigencia del merecimiento restante —los límites del merecimiento de Morris—. Así no es sorprendente que ni Morris ni los partidarios alemanes de la *Spielraumtheorie* hayan sido capaces de sugerir, ni aun en principio, el alcance de estos límites³⁰. Por ello no queda claro si el «retribucionismo limitado» haría del merecimiento o de algo más (especialmente la prevención del delito) el principio determinante de la pena.

27. Morris (1982, 198-199).

28. Para una discusión más extensa véase von Hirsch (1985), cap. 4; y von Hirsch (1988).

29. Morris (1982, 202-205).

30. Para una crítica de la indeterminación de la perspectiva de Morris véase el capítulo 7; von Hirsch (1985), cap. 12. Respecto de la indeterminación análoga de la *Spielraumtheorie*, véase von Hirsch y Jareborg (1991, 23-27).

La transformación de los modelos de variabilidad limitada en modelos mixtos

Hay, de todos modos, otra forma de conceptualizar un modelo de variabilidad limitada: una que lo convirtiese explícitamente en un modelo «mixto» de los que estamos hablando. Esta versión admite que la proporcionalidad ordinal *requiere* castigos de severidad comparable para conductas de gravedad semejante —y por ello que un castigo desigual implica un sacrificio de la equidad—. El alcance de este sacrificio, sin embargo, depende de lo grande que sea la desigualdad. ¿Por qué no permitir entonces que las consideraciones preventivas (u otras consecuencialistas) desplacen la pena merecida pero sólo dentro de unos límites modestos? Las variaciones en el castigo de una determinada infracción serían tolerables siempre que no excediesen de estos límites. La idea es permitir la consecución de otros objetivos sin «demasiada» injusticia.

Este modelo se diferencia del «retribucionismo limitado» de Morris porque requiere un mayor escrutinio de las desigualdades que se produzcan respecto de las penas. Debido a que la paridad se considera una exigencia importante, y no sólo marginal, adquiere importancia qué desviación se produce de la paridad —y por qué poderosas razones—. Sólo se permitirían desviaciones modestas para conseguir otros objetivos importantes.

Respecto de este modelo surgen dos cuestiones. La primera concierne a la especificación de los límites: ¿cuánta variación de la paridad se permitiría? La segunda es la identificación de estos objetivos ulteriores: ¿para qué meta (prevención del delito o lo que sea) se permitirían dichas variaciones? Consideremos cada cuestión por separado.

Especificando los límites

Una objeción ya expuesta al «retribucionismo limitado» es la dificultad de delinear qué límites son aplicables al merecimiento. En este modelo alternativo, fijar los límites deviene conceptualmente más fácil. Se impone como límite un grado específico de desviación de la pena merecida ordinal. Como la idea rectora es que sólo se permiten derogaciones modestas de la pena merecida ordinal, entonces los límites deberían ser estrictos. Quizá sería permisible un 10 o un 15% de desviación, pero no un 50 o un 60%. La gravedad de la conducta continuaría, por tanto, determinando sustancialmente (si bien no únicamente) la severidad del castigo.

Identificando las metas ulteriores

¿Con qué objetivo se permitirían desviaciones moderadas de la pena merecida ordinal? En la literatura actual el objetivo que siempre se menciona es el control del delito —especialmente la incapacitación³¹—. Aplicar esto al modelo híbrido significa que es apropiado basarse en el riesgo de delinquir, siempre que no exceda de los límites permitidos de desviación de la pena merecida ordinal. La meta entonces es una mayor prevención del delito.

Esta estrategia tropieza, sin embargo, con el dilema de justicia-eficacia. Conseguir un efecto incapacitador significativo sólo es posible si la diferencia de pena, entre el individuo de alto riesgo y el de bajo, es grande³². Pero grandes diferencias implica que se infringen en gran medida las exigencias de una pena merecida —y no sólo en pequeña medida, como el modelo admitiría—. Mantener pequeñas diferencias significa, no obstante, que las ganancias preventivas son también modestas. Ello a su vez provoca una dificultad ulterior: si la proporcionalidad ordinal es una exigencia de justicia, las desviaciones, aun limitadas, son justificables sólo si existen razones de peso poderosas. ¿Cómo puede satisfacerse este requisito sólo con un incremento menor de efectividad en la prevención del delito?

Otra meta ulterior posible es la benignidad. Los partidarios del «retribucionismo limitado» pretenden que flexibilizar las exigencias del merecimiento conlleva unas sanciones más benévolas³³. Supongamos que las penas están graduadas de acuerdo con un modelo del merecimiento y que la pena prevista para un determinado delito (relativamente grave) es x meses de prisión. Supongamos que se debiera admitir (digamos) un 10% de reducción para los infractores no peligrosos. Entonces, algunos delincuentes de alto riesgo recibirían x meses y los restantes sólo el 90% de este período. ¿No se ha conseguido con ello una reducción de las penas?

La alternativa, sin embargo, es rebajar los puntos de anclaje de la escala de penas —de forma tal que todas las penas pudieran ser reducidas en un 10%³⁴—. Entonces no se sacrificaría la proporcionalidad. Más aun, la benignidad se realiza, porque todos (y no sólo

31. Véase Morris y Miller (1985).

32. Véase la discusión respecto de la «incapacitación selectiva» en los textos de las notas 8 y 9 de este capítulo.

33. Morris y Tonry (1990, 104-108).

34. De acuerdo con la teoría de los puntos de anclaje esbozada en el capítulo anterior, estas reducciones globales serían permisibles hasta que las sanciones hubiesen sido reducidas a unos niveles modestos.

algunos) de los condenados por este delito se beneficiarían de una reducción de la pena. Así que ¿por qué no adoptar la benignidad para mantener los principios del merecimiento en vez de para alejarse de ellos?

Una posible respuesta podría ser que estas reducciones globales incrementarían el riesgo de la población, porque entonces incluso los individuos de alto riesgo recibirían períodos menores de pena. Pero este argumento nos devolvería al problema de la prevención del delito que acabamos de discutir.

Alternativamente se pueden alegar consideraciones políticas: los legisladores de la mayoría de los Estados estarán supuestamente más dispuestos a admitir reducciones de penas para los individuos no peligrosos que reducciones globales. Pero si hablamos de política, ¿es realista esperar que las desviaciones del modelo se produzcan sólo hacia abajo? Lo probable es que se reivindique no sólo menos pena para los de menor riesgo, sino *más* pena para los de más riesgo. Entonces la estrategia deviene menos atractiva, al conllevar menos castigo para algunos pero más para otros.

La selección también disminuye la benignidad que pueda conseguirse. Una reducción global del 10% representaría un gran logro en términos de disminución del sufrimiento global. (Desde luego, esta reducción sería un primer paso significativo en la estrategia reduccionista expuesta en el capítulo anterior.) Una reducción comparable para un grupo seleccionado consigue menos: afecta a menos gente y sólo recibe una reducción modesta. Y si se permitiesen mayores reducciones selectivas, ello comprometería los límites de este modelo híbrido³⁵.

¿Qué otras razones pueden existir para desviarnos del merecimiento? Una puede ser la de facilitar la graduación de penas no privativas de libertad. En el modelo del merecimiento la sustitución entre sanciones sólo se permitiría cuando las penas sean de severidad semejante. Relajar un poco las exigencias de proporcionalidad quizá permita una mayor sustitución y quizá permita también dividir sanciones de refuerzo para los infractores que incumplan su pena. Esto, además, puede conseguirse con sólo pequeñas desviaciones de la paridad. La viabilidad de este modelo será examinada en el próximo capítulo.

¿Dónde nos sitúa todo esto? La atracción de los modelos mixtos discutidos en este capítulo reside en que parecen permitir la conse-

35. Para una discusión de la cuestión «benignidad ¿para quien?» véase von Hirsch (1984, 1105-1107).

cución de otros objetivos sacrificando sólo un poco la equidad. ¿Por qué no desviarnos de la proporcionalidad sólo en pequeña medida o en situaciones excepcionales si al hacerlo se puede crear un sistema sancionador más eficiente o más benévolo? La consecución de estos objetivos ulteriores, sin embargo, tiende a ser esquivada. Cuando se examinan los escenarios en los cuales pueden aplicarse estos modelos mixtos, se ve que es poco probable que se consiga una mayor prevención o benevolencia. La insistencia en estos otros objetivos puede llevar a romper los frágiles e imprecisos límites de estos modelos mixtos. Si no es suficiente con desviaciones restringidas de la paridad para conseguir una meta ulterior, ¿por qué no admitir desviaciones mayores? Sin embargo, desviaciones mayores implican un sistema que ni por aproximación es equitativo. Atractivos como pueden parecer estos modelos mixtos, hay que leer la letra pequeña de los mismos.

SANCIONES INTERMEDIAS

7

En la mayoría de países anglosajones las sanciones son extremas. O al infractor se le condena a prisión o se le suspende la pena y se le somete a una vigilancia superficial de un agente sobrecargado de casos. No han existido sanciones —de severidad— intermedias¹. Desde mediados de 1980 se percibe un creciente interés en las sanciones intermedias. Se han creado una variedad de ellas: días-multa; trabajo en beneficio de la comunidad; supervisión intensiva; centros comunitarios diurnos; arresto domiciliario². No obstante, estas penas fueron modeladas *ad hoc* y aplicadas a grupos heterogéneos de infractores que se creyeron apropiados. A medida que se iban introduciendo nuevas opciones se pensó que los jueces las aplicarían en sustitución de la prisión. Sin embargo, la estrategia de crear más opciones ha demostrado ser decepcionante. Sin principios que rijan su uso, las nuevas sanciones no han sido aplicadas en vez de la prisión. En vez de ello los jueces han seguido condenando a prisión como antes y han usado las nuevas sanciones como sustitutivos para las medidas tradicionales no privativas de libertad³. Las guías peno-

1. Las «sanciones intermedias» se refieren a sanciones que están en un nivel medio de severidad —incluyendo sanciones no privativas de libertad más significativas que pequeñas multas o la suspensión de pena rutinaria—. También se incluyen, como se discutirá más adelante, períodos cortos de privación de libertad. El término de «penas no privativas de libertad» tiene un alcance sobrepujado pero un significado un poco distinto: se refiere a cualquier pena que no implique custodia absoluta en una institución de confinamiento. Por ello, las penas no privativas de libertad incluyen la mayoría de sanciones intermedias (excepto períodos cortos de prisión), pero incluyen también castigos menores (como pequeñas multas).

2. Véase Petersilia (1987); Tonry y Will (1989); Morris y Tonry (1990); von Hirsch y Ashworth (eds.) (1992), cap. 6; Byrne, Lurigio y Petersilia (eds.) (1992).

3. Tonry y Will (1989); von Hirsch y Ashworth (eds.) (1992), cap. 6.

lógicas pretendan conseguir una mejor aplicación de las penas, pero las existentes en Estados Unidos generalmente sólo tratan del uso de la prisión y no de las sanciones no privativas de libertad⁴.

Ahora se vislumbran algunos cambios. Se empiezan a desarrollar criterios para las sanciones intermedias. Por ejemplo la *Criminal Justice Act* de Inglaterra exige que el requisito de proporcionalidad sea no sólo aplicado a la pena de prisión, sino también en la elección e imposición de sanciones no privativas de libertad⁵.

Se está iniciando la teorización de cómo pueden graduarse las sanciones intermedias. Un artículo de 1989 de Martin Wasik, Judith Greene y mío intentó graduar estas sanciones de acuerdo con el criterio del merecimiento⁶. Un libro de Norval Morris y Michael Tonry ofrece una serie de principios, basados en una doctrina mixta, según los cuales graduar las sanciones⁷. Tanto nuestro modelo como el de Morris y Tonry admiten que las penas no privativas de libertad deben ser consideradas sanciones en sí mismas y no meras «alternativas» a la privación de libertad. Los dos modelos admiten que estas sanciones son *castigos* que implican una privación y censura que caracterizan una respuesta punitiva. Ambos favorecen el desarrollo de criterios explícitos para regular el uso de estas sanciones intermedias. En este capítulo quiero examinar algunas cuestiones que plantean estos modelos —cuestiones concernientes a la comparación y sustitución de sanciones, sanciones de refuerzo para los casos de incumplimiento y otros temas relacionados.

1. GRADUACIÓN SEGÚN EL MERECIMIENTO

El merecimiento puede servir como un principio orientador para graduar las sanciones no privativas de libertad. La propuesta de Hirsch, Wasik y Greene⁸ adopta este modelo del cual resultan los siguientes elementos:

1) Las sanciones no privativas de libertad se graduarán de acuerdo con la gravedad del delito. Las sanciones intermedias, siendo por

4. Las guías penológicas de Minnesota, por ejemplo, tratan sólo del uso de la pena de prisión en instrucciones estatales. No especifican qué tipo de sanciones serían las imponibles cuando no se recomienda la prisión. Véase von Hirsch, Knapp y Tonry (1987), cap. 5.

5. *Criminal Justice Act* (1991), ss. 6 (2), 18 (2). Véase también Wasik y Taylor (1991), caps. 2 y 3; Ashworth (1992), cap. 10.

6. Von Hirsch, Wasik y Greene (1989). Una versión anterior aparece como Wasik y von Hirsch (1988).

7. Morris y Tonry (1990).

8. Von Hirsch, Wasik y Greene (1989, 599-600).

definición de severidad intermedia, serán utilizadas para delitos de gravedad media o alta. Los delitos poco graves recibirán respuestas más leves.

2) Se permitirá la sustitución entre sanciones de severidad comparativa, pero con algunos límites (discutidos a continuación) relativos a la extensión de esta sustitución.

3) Existirán restricciones significativas a la severidad de las sanciones de refuerzo que puedan imponerse a los condenados que infrinjan las condiciones de una sanción no privativa de libertad. Sólo puede recurrirse a la prisión excepcionalmente.

Este modelo tiene una serie de ventajas. Primero, puede restringir el uso de la prisión. La prisión, como castigo severo, debería ser prevista sólo para delitos de naturaleza grave⁹. Las infracciones de gravedad intermedia o leve deberían recibir normalmente sanciones no privativas de libertad. Como generalmente estas infracciones son castigadas con la pena de prisión (por ejemplo los hurtos cuando se realizan de forma repetida), la reducción resultante en el uso de la prisión sería considerable¹⁰.

Segundo, este modelo limitaría el uso de las sanciones intermedias (por ejemplo aquellas que privan al infractor de una parte significativa de su tiempo libre o de sus medios) para aquellos delitos que sean de gravedad intermedia —y no se permitiría su uso para infracciones leves por el solo hecho de que estos infractores sean aptos para el programa previsto—. Es el acusado de un robo, no el de un hurto, quien debería ser candidato a estas sanciones.

La escala de penas sería relativamente simple por el hecho de restringirse la sustitución. Para cada nivel de severidad existiría una sanción que sería la normalmente recomendada. La sustitución de sanciones de severidad semejante se permitiría sólo cuando existiesen razones especiales —por ejemplo la imposibilidad del infractor de realizar las tareas normalmente previstas en aquella sanción—. La libre sustitución, así como la acumulación de múltiples sanciones, estaría vetada.

Finalmente, la revocación de la sanción también estaría controlada. Resulta preocupante que en algunos sistemas penales, como el de Texas o California, una gran parte de los que entran en

9. La única posible excepción, como veremos más adelante, es el uso de períodos muy cortos de privación de libertad en sustitución de algunas sanciones intermedias.

10. La extensión de la reducción en el uso de la prisión dependería de dónde se fije el punto de anclaje de la escala de penas, como ya hemos discutido en el capítulo 5. También dependería del uso que se haga de la prisión para castigar a delinquentes reincidentes de delitos contra la propiedad. Un modelo basado en el merecimiento, como ya he observado, tendería a excluir la pena de prisión para estos casos. Cf. *ibid.*, n. 18 en 599, pp. 615-616.

prisión lo hagan por haberles sido revocada la suspensión de la pena o la libertad condicional¹¹. Las sanciones intermedias pueden agudizar esta tendencia si se recurre a la prisión cada vez que se infringe uno de sus requisitos. De acuerdo con un modelo del merecimiento, sólo puede recurrirse a la prisión para incumplimientos graves: aquellos que impliquen una conducta comparable (o casi) a la gravedad de los delitos castigados originariamente con pena de prisión.

Cada uno de estos aspectos requiere de un mayor examen. Empezaré con la cuestión de la sustitución entre penas.

II. SUSTITUCIÓN: EQUIVALENCIA PUNITIVA

Al redactar las guías penológicas que deben regir el uso de la prisión, la cuestión de la sustitución de sanciones casi no se planteó, porque la prisión (por lo menos en condenas largas) es mucho más grave que las otras penas. Pero con las sanciones no privativas de libertad el problema se plantea en toda su extensión: pueden existir penas comparables y es necesario decidir cuál se va a imponer y en qué circunstancias.

En un modelo del merecimiento, el criterio de sustitución de las sanciones debería ser el de la severidad comparable: equivalencia punitiva aproximada. El principio de proporcionalidad se refiere a la *severidad* de las penas, pero no a su forma particular. Cuando las sanciones se gradúan de acuerdo con la gravedad de los delitos, reemplazar una pena particular con otra que tenga aproximadamente el mismo grado de severidad no distorsiona ni la paridad, ni la graduación de las respuestas penales. Por ello, una pena de unos días-multa puede ser reemplazada por una sanción equivalente de trabajo en beneficio de la comunidad¹².

Emplear este criterio de severidad punitiva equivalente implica evaluar la severidad de las penas que estamos comparando: ¿cuántos días-multa, por ejemplo, son «equivalentes» a otros tantos días de trabajo en beneficio de la comunidad o al arresto domiciliario? Como sugerí en el capítulo 4, la severidad depende de en qué medida afecte la sanción a las condiciones que una persona normalmente necesita para disfrutar de una vida digna. Comparar la severidad,

11. Zimring y Hawkins (1991, 174). En California un gran número de delincentes ven revocada su libertad condicional (*parole*) por dar positivo en los controles de drogas.

12. Von Hirsch, Wasik y Greene (1989, 599-600).

por tanto, implica comparar cómo afectan las diversas sanciones al estándar de vida de una persona¹³.

¿Y qué sucede con la prevención del delito? Una teoría del merecimiento no permite que la prevención del delito sea el criterio para decidir entre las diversas sanciones de severidad distinta, porque ello infringiría la proporcionalidad ordinal (especialmente el requisito de la paridad). Esta es la objeción a modelos como el de la incapacitación selectiva, de acuerdo con el cual se deben imponer períodos de prisión notablemente distintos según el grado de riesgo de los delincentes¹⁴. Pero cuando las dos penas tienen aproximadamente la misma severidad, entonces la paridad se respeta —en cuyo caso se puede elegir una pena en vez de otra en función de su capacidad preventiva.

A. E. Bottoms suministra un ejemplo¹⁵. Supongamos que dos delincentes, A y B, son condenados por infracciones comparables de gravedad media-alta. A es un infractor primario y goza de un medio social relativamente «estable». El otro, B, tiene antecedentes penales. Debido a que el modelo del merecimiento permite (discutiblemente) que la falta de antecedentes sea tratada como un factor atenuante hasta cierto punto¹⁶, A merece una pena un poco (aunque no demasiado) reducida respecto de la de B. Los antecedentes, de todas formas, también son un indicador del riesgo, así que cómo deberían ser tomados en consideración? De acuerdo con una teoría del merecimiento, el riesgo no justifica una diferencia en la severi-

13. Un análisis que examine el impacto de las sanciones intermedias en el estándar de vida está todavía por desarrollarse. Mientras tanto, sin embargo, las comparaciones de severidad podrían realizarse con la ayuda del sentido común. Las penas podrían clasificarse en función del grado en que afectan a la libertad de movimiento, capacidad de ganarse la vida y así sucesivamente. Ello permitiría juicios toscos y rápidos acerca del «valor» de estas condiciones para llevar una existencia tolerable. Consideren la severidad comparativa de días-multa y trabajo en beneficio de la comunidad. Ambas son económicas (la última porque extrae trabajo no retribuido), pero el trabajo en beneficio de la comunidad también restringe el movimiento al requerir que el trabajo sea realizado en un determinado lugar. Para tomar en cuenta esta diferencia, un día-multa sería considerado equivalente a una determinada fracción de trabajo en beneficio de la comunidad —fracción que se basaría en las asunciones del juzgador respecto de la importancia relativa de los intereses afectados—. Las graduaciones reflejarían el juicio del que juzga, pero cuando menos se basarían en razones explícitas. Véase M. Schiff (1992).

14. Véase von Hirsch (1985), cap. 11, y von Hirsch (1988).

15. Bottoms (1989, 91).

16. Algunos teóricos del merecimiento como Richard Singer y George Fletcher han mantenido que la presencia o ausencia de antecedentes es irrelevante para la pena merecida. Sin embargo otros —incluyendo a Martin Wasik y a mí mismo— apoyamos una reducción limitada de pena para el ofensor primario, como una forma de reconocer la falibilidad humana en los criterios del merecimiento. Para una discusión más extensa véase von Hirsch (1985), cap. 7; Wasik (1987); von Hirsch (1991) y Ashworth (1992), cap. 6.

dad de las penas que exceda de un incremento modesto como el que ya se ha indicado. Sin embargo, el riesgo puede servir para decidir la clase de pena: en tanto que A puede recibir una sanción pecuniaria, B puede recibir una sanción que implique algún tipo de supervisión, prevista para reducir (aunque sea parcialmente) la posibilidad de reincidir¹⁷.

Las guías penológicas en Estados Unidos han tendido a establecer una demarcación clara entre sanciones privativas y no privativas de libertad¹⁸. La escala penológica tiene una línea que separa «dentro/fuera» con períodos importantes de privación de libertad prescritos para las conductas (más graves) por encima de la línea, y sanciones no privativas de libertad prescritas o permitidas para las conductas (menos) graves por debajo de ella. Cualquier demarcación «rígida» presenta problemas: por ejemplo puede conllevar transiciones drásticas en la severidad a medida que uno traspasa la línea de medidas no privativas de libertad a prisión¹⁹.

Una teoría del merecimiento no requiere de una demarcación rígida, ya que cortos períodos de prisión pueden ser de severidad equivalente a otras sanciones no privativas de libertad. Cuando esta equivalencia se produzca, las sustituciones serían admisibles. La escala de penas puede, en su franja superior, prescribir varios períodos de prisión, sin posibilidad de sustitución por encima de, digamos, cuatro meses. La franja siguiente de severidad de penas puede consistir en sanciones comunitarias relativamente severas como el arresto domiciliario. Aquí, sin embargo, períodos cortos de privación total de libertad —medidos en días o semanas— serían un sustituto permisible. Se puede recurrir a la sustitución por ejemplo para aquellos delincuentes cuyos antecedentes permitan pensar que no permanecerán en casa a pesar del arresto domiciliario. La duración de la privación de libertad debería calibrarse para ser de una severidad comparable a la pena no privativa de libertad normalmente aplicable²⁰. Quisiera enfatizar que cualquier posibilidad de sustituir períodos cortos de prisión por otras sanciones debería estar limitada a los delitos de gravedad media-alta. Si la prisión deviene una res-

17. Esto presupone que la condena de B de supervisión es un poco más severa que la sanción económica de A, pero no más. También asume que la sanción elegida para B, el de más riesgo, tiene un efecto preventivo añadido —quizá al suministrar controles de las actividades del infractor en sus horas de ocio—. En la práctica sin embargo este efecto, de ser detectable, puede ser modesto. Véase Petersilia y Turner (1991).

18. Véase von Hirsch, Knapp, y Tonry (1987), cap. 1.

19. Morris y Tonry (1990), 51-54.

20. Von Hirsch, Wasik y Greene (1989, 605).

puesta permisible para los delitos poco graves, todo el proyecto de sanciones no privativas de libertad peligra²¹.

¿Debería haber algunos límites a la sustitución? Una teoría basada en el merecimiento permitiría un cierto grado de sustitución —de ninguno a uno amplio—. En un extremo podría existir una escala de penas en la que *no* se permitiese sustitución alguna. La escala consistiría en franjas de penas de gravedad ascendente con (digamos) fianzas y pequeñas multas en la franja baja, penas pecuniarias más importantes en el medio, asistencia a centros diurnos o arresto domiciliario en el siguiente nivel y privación de libertad en el extremo superior. En cada franja habría un tipo de sanción: por ejemplo, para delitos de gravedad media-alta las sanciones económicas (de acuerdo con los medios) podrían ser las únicas prescritas. Como exige el principio de proporcionalidad, este modelo gradúa de acuerdo con la gravedad del delito. También reduciría el uso de

21. Si la pena de prisión fuera una opción permisible para infracciones leves, y si las sanciones no privativas de libertad debieran respetar la paridad con esta opción, estas últimas deberían ser bastante severas: por ejemplo, períodos significativos de trabajo en beneficio de la comunidad. Los delitos de gravedad media deberían recibir sanciones aun más duras y no sería fácil divisarlas: ¿cuántos meses de trabajo en beneficio de la comunidad serían factibles?

La ley de reforma penológica sueca pretende evitar este problema restringiendo la pena de prisión para las infracciones de gravedad media y alta. La ley inglesa contiene una exigencia similar al limitar la pena de prisión para delitos «graves» (*Criminal Justice Act* [1991], s. 1 2 a). Sin embargo, está por ver cuán eficaz será esta exigencia. Véase Ashworth (1992), cap. 9.

Varias guías penológicas norteamericanas limitan la pena de «prisión» (esto es, encierro en una institución estatal por un año o más) fundamentalmente para los delitos más graves. No obstante, para los delitos menos graves las guías existentes apenas limitan la discreción judicial y permiten que el juez opte entre suspensión de la pena y privación de libertad (*jail*) (encierro en una institución local por menos de un año). No obstante, cuando se debate la posibilidad de extender las guías penológicas para regular las penas de los delitos menos graves, hay reticencias a abandonar la opción de privación de libertad —incluso para los delitos menos graves—. Por consiguiente, si se mantiene esta opción y es usada como una base para determinar sanciones de severidad equivalentes, deviene imposible sugerir sanciones no privativas de libertad, ya que éstas deberían ser tan severas como la opción de pena privativa de libertad.

¿Qué puede hacerse en este caso? La mejor solución sería convencer al legislador de que abandone la opción de pena privativa de libertad para los delitos menos graves. Si esto no se consigue —como sucede a veces por razones políticas—, la siguiente alternativa es tratar la condena privativa de libertad (*jail*) como una desviación hacia arriba respecto de las exigencias de la proporcionalidad. Entonces las penas no privativas de libertad (habituales) aplicables a delitos poco graves pueden ser graduadas como deberían. Si el legislador no está ni siquiera dispuesto a hacer esta concesión, entonces pienso que aun sería preferible graduar las penas no privativas de libertad empezando por el nivel inferior. A la larga se pueden dedicar esfuerzos a convencer a los jueces de que sólo excepcionalmente utilicen la opción de la pena privativa de libertad —con el objetivo de que finalmente esta opción sea tratada o bien como una desviación de la proporcionalidad o eliminada totalmente—, *ibid.*, pp. 600-602.

la prisión, ya que la privación de libertad se restringiría a los delitos graves. De todas formas, la rigidez del modelo lo haría inoperante. Por ejemplo, la sanción prevista en una determinada franja quizá sea incapaz de ser cumplida por algunos infractores. Las penas económicas para delitos en la franja media-alta, por ejemplo, quizá no puedan ser pagadas por los infractores que carecen de medios.

En el polo opuesto existiría el modelo de «absoluta sustitución». Cualquier pena podría ser sustituida por otra, siempre y cuando la severidad no se viese alterada. Se puede pensar en una escala que no prescriba penas específicas sino «unidades de sanción», esto es, unidades de severidad comparable²². Por ejemplo, un delito de gravedad media-alta sería castigado con un determinado número de unidades de sanción. Estas unidades de sanción serían luego convertidas en determinadas penas de acuerdo con su severidad. La condena a un número determinado de unidades podría entonces ser cumplida con una variedad de penas. Además se podrían combinar diferentes penas hasta alcanzar el número total de unidades de sanción.

Este modelo, sin embargo, presenta importantes inconvenientes prácticos. Presupone un grado de sofisticación en la habilidad de calibrar la gravedad de las penas que no parece existir. En un modelo de sustitución limitada uno puede asumir que las sanciones prescritas están ordenadas de acuerdo con su severidad. Cuanto más numerosas sean las sanciones y más fáciles de combinar, más equitativa deviene la tarea de comparar la severidad. Más aun, ni siquiera está claro por qué necesitamos un modelo de sustitución total. Hemos identificado dos situaciones en las cuales la sustitución puede ser útil: 1) cuando la sanción normalmente prevista no puede ser cumplida y existe otra que es más fácilmente ejecutable, y 2) cuando una sanción sustitutiva pueda tener mayores efectos preventivos, como en el ejemplo del profesor Bottoms antes citado. Quizá existan otras situaciones, pero en principio no resulta claro qué objetivos se conseguirían con unas condenas a la carta que permitiesen todo tipo de sustituciones²³.

Lo que queda es una sustitución *limitada*: algunas sanciones son preferibles a otras de severidad semejante. Existen varias formas para alcanzar esta sustitución limitada. Una es la sugerida en el modelo de von Hirsch, Wasik y Greene. Se prescribe un tipo de pena para

22. *Ibid.*, pp. 602-604. Véase también Robinson (1987).

23. Observen que nuestras objeciones a un esquema de sustitución absoluta se refieren a sus dificultades prácticas mencionadas. No existe una objeción *per se* a este modelo de acuerdo con una teoría del merecimiento.

cada franja de severidad y éste es el que se recomienda normalmente. Sin embargo se permite la sustitución de estas sanciones (de severidad semejante) por algunas razones. Estas razones podrían ser preventivas (cuando por ejemplo el juez tuviese el convencimiento de que la sanción sustitutiva es más eficaz para prevenir la reincidencia) o de política-criminal (cuando, por ejemplo, la pena prevista no pueda ser aplicada a este infractor en concreto²⁴).

Otra alternativa sería prescribir diversas sanciones de severidad semejante para cada franja. Entonces los otros criterios —incluyendo los preventivos y de política-criminal que acabo de mencionar— serían los que decidirían qué sanción es preferible en cada caso²⁵. El objetivo, sin embargo, es similar: proporcionar un cierto grado de flexibilidad sin ir al otro extremo de ignorar todo criterio en la imposición de una u otra sanción intermedia.

III. LAS SANCIONES DE REFUERZO PARA LOS SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO

Las sanciones no privativas de libertad requieren de sanciones de refuerzo. Se necesita hacer algo, por ejemplo, con la persona que, pudiendo, rehúsa pagar una multa.

Tradicionalmente la sanción de refuerzo era la prisión. La forma de las sanciones no privativas de libertad lo demuestra. Por ejemplo, la suspensión de la pena es una suspensión condicional, en la cual una condena de prisión se deja en suspensión siempre y cuando el infractor tolere determinados requisitos de supervisión en la comunidad. Si estas condiciones se incumplen, entonces la pena de prisión puede reactivarse.

Recurrir a la prisión para cada incumplimiento es problemático, especialmente en el caso de las nuevas sanciones intermedias. A los infractores que reciben estas sanciones normalmente se les exigen más requisitos que a aquellos a los que se les impone la suspensión de la pena tradicional y su cumplimiento tiende a estar vigilado más intensamente. Ello permite descubrir más infracciones. El recurso fácil a la prisión comporta entonces que terminan en prisión *más* infractores que en el supuesto de que estas nuevas sanciones no existiesen.

24. Von Hirsch, Wasik y Greene (1989, 604-606).

25. Ashworth (1992, 246).

Si alguien infringe las condiciones de su castigo, este incumplimiento conlleva tres elementos: 1) El infractor todavía no ha cumplido su castigo inicial y aún «debe» cumplir de alguna forma semejante la parte restante incumplida. 2) El propio incumplimiento es, discutiblemente, un acto de por sí reprensible que reclama algo más de castigo. 3) El incumplimiento es algo más que una infracción técnica y puede significar la comisión de un nuevo delito. Con la identificación de estos tres elementos deviene claro por qué, de acuerdo con una teoría del merecimiento, debería restringirse la severidad de las sanciones de refuerzo previstas para los casos de incumplimiento. En consecuencia:

— El elemento 1) puede conllevar que la parte incumplida del castigo sea ejecutada de alguna forma más fácil de controlar. No requiere en principio de una mayor severidad.

— El elemento 2) requiere de una adición modesta, dependiendo de lo reprensible que sea en sí mismo el incumplimiento. La cuestión es: ¿cómo de reprensible? Los delitos con víctima pueden ser valorados por cómo afectan a la calidad de vida de las víctimas²⁶, pero el incumplimiento *per se* carece de víctima. No existe actualmente un marco teórico que nos permita juzgar la reprensibilidad de esta conducta. No obstante, de forma intuitiva, la infracción no parece comparable con actos (digamos de violencia o de fraude) que normalmente serían considerados suficientemente graves como para merecer prisión.

— El elemento 3) depende del tipo de nuevo delito. La prisión sólo se impondría en este caso si la conducta fuese, independientemente, considerada tan grave como para merecer prisión.

Sobre la base de estos argumentos, el modelo de Von Hirsch, Wasik y Greene recomienda sólo un pequeño aumento de severidad: el incumplimiento comportaría que el infractor recibiese una pena de la franja inmediatamente superior a donde estaba situada la pena inicial²⁷. Que esta regla particular sea aceptada depende de la estructura de penas —y de la creencia de uno acerca del grado de reprensibilidad del elemento 2), el propio incumplimiento—. De todos modos, el principio es claro: el incumplimiento sólo comporta un modesto aumento de severidad y el recurso a la prisión como sanción por el incumplimiento debería ser excepcional.

26. Véase el capítulo 4.

27. Von Hirsch, Wasik y Greene (1989, 610).

IV. EL MODELO DE MORRIS-TONRY

Basta ya por ahora de sanciones intermedias de acuerdo con el modelo del merecimiento. ¿Qué otras alternativas hay? Una alternativa desarrollada hasta la fecha es la de Norval Morris y Michael Tonry²⁸.

Morris y Tonry se apoyan no en la teoría del merecimiento sino en el «retribucionismo limitado»: el merecimiento suministra los límites máximos dentro de los cuales las penas se determinan de acuerdo con otros criterios²⁹. Los autores proponen el «establecimiento de «índices de cambio» para conseguir, en los casos apropiados, una sustitución entre las penas de prisión y las sanciones no privativas de libertad y entre las diversas sanciones no privativas de libertad³⁰. La equivalencia, enfatizan, no significa igualdad, ni siquiera igualdad aproximada, en la severidad de las sanciones. (El estándar de equivalencia es apropiado para un modelo de justicia que ellos rechazan.) Por ello, la sustitución sería permisible entre sanciones de severidad diversa. La gravedad de la sanción no determinaría la equivalencia, sino sólo la preocupación de que respetase los límites máximos: que no hubiese ninguna pena desproporionalmente benévola o severa respecto a la gravedad de la conducta.

Morris y Tonry hablan por ello de equivalencia de *función*³¹. Una pena puede ser sustituida por otra si ambas sirven los mismos objetivos en unas circunstancias determinadas. Así, por ejemplo, para un ladrón reincidente, drogodependiente, puede ser deseable una pena que tenga algún efecto incapacitador. Las sanciones que cumplan esta función y que, por tanto, sean funcionalmente equivalentes, dicen, pueden ser un período de privación de libertad o un arresto domiciliario con vigilancia electrónica y controles médicos periódicos no anunciados. Una pena puede, en consecuencia, ser sustituida por otra incluso si su severidad punitiva es relativamente distinta.

Sin embargo, las dos cuestiones cruciales del modelo de Morris y Tonry —los límites del merecimiento y la intercambiabilidad de la función— permanecen indefinidas cuando se las examina con más detenimiento. Consideren primero su visión del merecimiento. Los autores sí dicen que debería haber límites basados en el merecimiento para el uso de sanciones intermedias. Uno de estos límites es que

28. Morris y Tonry (1990).

29. Para una crítica de esta perspectiva véase el capítulo anterior; y más extensamente mi *Past or Future Crimes*, caps. 4, 12.

30. *Ibid.*, p. 93.

31. *Ibid.*, pp. 103-104.

la sustitución no debería estar permitida para los delitos castigados con 24 meses de prisión o más³². Parece como si existieran infracciones demasiado graves como para merecer sanciones intermedias, y que para estas infracciones la sustitución comportaría disparidades excesivas.

Otro límite basado en el merecimiento es que la pena no puede «despreciar la gravedad del delito ni los antecedentes del delincuente» ni «imponer un sufrimiento que exceda el justificado por el delito o los antecedentes»³³. Pero no se ofrece mayor comentario acerca del significado vago de este estándar. Los autores sostienen que no se puede explicitar una fórmula más precisa: los límites basados en el merecimiento deberían variar con otros rasgos del sistema, como la extensión de las diversas categorías de delitos y el número de graduaciones correspondientes a su gravedad. Lo preocupante del modelo de Morris y Tonry no es que sea impreciso (¿qué teoría penal no lo es?), sino que suministre *tan* poca guía acerca del énfasis que debe darse a la gravedad del delito en el momento de decidir la pena. Por ello:

1) Una interpretación posible del modelo es que el merecimiento configuraría sustancialmente (si bien no determinaría totalmente) la graduación de las penas. Esto lo aproximaría a los modelos «mixtos» que he discutido en el capítulo anterior. Las sanciones no privativas de libertad serían graduadas en diversas franjas, de acuerdo con su severidad, oscilando entre leves y graves. La sustitución, entonces, estaría permitida en una determinada franja (o entre dos franjas), pero más allá estaría restringida. Entonces un mes de prisión podría ser intercambiable por unas semanas de trabajo en beneficio de la comunidad, ya que ambas penas son relativamente graves, si bien no de la misma severidad; pero un mes de prisión no podría ser intercambiado con sanciones económicas moderadas. En algunos pasajes de su libro los autores parecen favorecer esta interpretación —por ejemplo cuando citan con aprobación las guías penológicas de Minnesota con sus franjas bastante estrictas de castigos permitidos³⁴.

2) Otra interpretación es que el merecimiento sólo serviría para vetar la desproporción *manifiesta*, así que la graduación de sanciones no privativas de libertad se decidiría fundamentalmente sobre criterios distintos del merecimiento. Los pasajes de su libro en los que se critica de forma bastante mordaz a la teoría del merecimiento³⁵

32. *Ibid.*, p. 79.

33. *Ibid.*, p. 101.

34. *Ibid.*, pp. 48-51.

35. *Ibid.*, pp. 105-108.

parecen apoyar esta interpretación. De acuerdo con ella, sería permisible la sustitución de penas bastante distintas: por ejemplo, prisión de hasta un año para algunos delincuentes y un mes de días-multa para otros.

El criterio de «equivalencia de función» tampoco es de mucha ayuda si no existen límites claros basados en el merecimiento. Este criterio no hace referencia en modo alguno a la justicia, ya que las funciones u objetivos asumidos que deben compararse pueden muy bien ser los de control del delito. La «equivalencia funcional» de la pena X con la pena Y quizá consista en su capacidad para incapacitar o prevenir con más eficacia.

Para decidir si dos penas son funcionalmente equivalentes, se debería decidir cuáles son las funciones de las penas y cómo pueden tales penas conseguir estas funciones. Sin embargo, las funciones de las penas están muy indeterminadas en la teoría de Morris y Tonry. Estos autores dicen por ejemplo que si los objetivos fundamentales de la pena son «retribución y prevención», un período corto de prisión y una multa sustancial pueden ser funcionalmente equivalentes³⁶. Pero ¿cómo se sabe que éstos son los objetivos adecuados? La referencia a los fines retribucionistas es sorprendente, porque los autores han afirmado simultáneamente que la retribución (esto es, el merecimiento) suministra sólo límites y ninguna, o poca, guía para decidir la pena concreta. El fin preventivo también es incierto, porque no se hace referencia alguna acerca de cómo decidir cuándo este objetivo —en vez de cualquier otro— será el perseguido. El juez, afirman, deberá determinar los objetivos de la pena en cada caso particular³⁷. ¡Pobre de él o de ella!, pues si no están seguros de cuáles son los objetivos, tampoco se les suministra orientación alguna.

¿Que tal funcionaría el modelo de Morris y Tonry en la práctica? Vamos a probarlo en los tres problemas que han estado preocupando en el uso de las sanciones intermedias. El primero es la imposición de sanciones intermedias a delitos poco graves. Los promotores de las «alternativas a la cárcel» están comprensiblemente preocupados acerca de la credibilidad de sus programas, y la credibilidad aumenta cuando hay un índice grande de éxito y un porcentaje bajo de incumplimiento de las condiciones del programa. Esto provoca que a los infractores a los que se les ofrece participar en el programa son casos de «delincuencia menor», esto es, los más tratables, los que han cometido delitos leves y carecen de antecedentes.

36. *Ibid.*, p. 104.

37. *Ibid.*, pp. 77-78 y 90-91.

(Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con los muy pregonados programas de supervisión intensiva en Estados Unidos³⁸.) El resultado ha sido, exclusivamente, incrementar los niveles de castigo para los casos más leves.

¿Cómo se puede prevenir el reclutamiento de «delincuentes de bagatela»? De acuerdo con una teoría del merecimiento, como hemos visto anteriormente en este capítulo, las penas de severidad intermedia están vetadas desde un principio para los infractores condenados por delitos poco graves. ¿Qué sucede con el modelo de Morris-Tonry? Ciertamente, es difícil de decir, dada la naturaleza incierta de los límites impuestos por el merecimiento. Cuanto más amplios sean los límites, menos graves serán los delitos de aquellos que reciban sanciones intermedias.

Un segundo problema es la acumulación de sanciones: imponer muchas sanciones a un infractor (como una multa, supervisión y algo más). La acumulación de sanciones comporta que sea muy difícil evaluar su severidad. También comporta que el cumplimiento sea más complicado y con ello se incrementan las posibilidades de incumplimiento: cuantas más cosas distintas se le pidan al infractor, menos probable es que las haga todas. El individuo, cuya transgresión tiene su origen en una dificultad de cumplir las normas de la vida cotidiana, no es probable que pase a obedecer toda una plétora de requisitos penales.

La propuesta de von Hirsch, Wasik y Greene impide la acumulación de sanciones a través de sus restricciones a la acumulación de sanciones. Morris y Tonry no ofrecen restricción alguna. Si se cumplen los criterios holgados de sustitución, el juez es libre de elegir entre una variedad de sanciones intermedias, de inventar nuevas variantes³⁹ y de acumular estas sanciones en el infractor particular.

Al hacer estas opciones el juez sería libre para determinar qué objetivo persigue esta sanción particular. Darle a los jueces un cheque en blanco para que opten por «el objetivo de la pena»⁴⁰ comporta el problema de cómo pueden controlarse los juicios sin fundamento alguno. Consideren el caso del juez que opina que los cortos períodos de prisión (*short sharp shocks*) tienen un efecto preventivo maravilloso. ¿Cuán libre debe ser para adoptar este objetivo preventivo al condenar y recurrir para ello a las penas cortas de prisión como las más eficaces?

38. Véase Clear y Hardyman (1990, 48-53).

39. Los problemas de las penas «a medida» diseñadas *ad hoc* para la ocasión particular son tratados en el capítulo 8.

40. Morris y Tonry (1990, 77-78).

Todavía más preocupante es la cuestión de las penas previstas por incumplimiento. Una teoría del merecimiento —por las razones ya expuestas— restringe enormemente el uso de la prisión en los casos de incumplimiento. En el modelo de Morris-Tonry estas restricciones se desvanecen porque los límites del merecimiento son mucho más inciertos. De hecho, los autores ni se plantean explícitamente la cuestión del incumplimiento.

¿Serviría de ayuda el criterio de «equivalencia de función» de Morris y Tonry? No denasado. Un acusado que incumpla su sanción no privativa de libertad puede ser considerado de mayor riesgo. Imponerle más restricciones puede parecer justificado sobre la base del fin de la incapacitación. Sanciones severas por el incumplimiento, como la prisión, quizá sean consideradas como «funcionalmente equivalentes» —como un esfuerzo para conseguir los efectos preventivos con medios más severos, habiendo fallado la sanción inicial más leve.

V. ¿SE PUEDE SUMINISTRAR ALGÚN TIPO DE ORIENTACION CON DOCTRINAS MIXTAS?

La cuestión planteada por el libro de Morris y Tonry, aunque no satisfactoriamente resuelta, es la de si uno puede sugerir algún tipo de guía razonable para el uso de las sanciones no privativas de libertad, a la vez que adopta una variedad de fines penales. Es posible, pero sólo a través de límites más precisos en la elección de las sanciones que los sugeridos por los autores. Por ello:

1) La equivalencia penal tendría que ser equivalencia punitiva aproximada, esto es, de severidad. Las penas de distinta gravedad sencillamente no son «equivalentes», en ningún sentido de la palabra. De acuerdo con una teoría del merecimiento, la sustitución de penas de distinta severidad no sería admisible; de acuerdo con una teoría mixta, lo sería en mayor medida. Incluso en esta última teoría, sin embargo, existe una diferencia moral importante entre a) reemplazar una sanción con otra de severidad semejante y b) reemplazarla con otra de desigual severidad. La primera exige menor justificación, porque no altera sustancialmente ni el grado de sufrimiento ni el grado de censura. Esta diferencia no debería pasarse por alto tratando sanciones distintas como «equivalentes».

2) En la medida en que se permita la sustitución entre sanciones de distinta gravedad debería haber límites *significativos* a las diferencias permisibles. En tanto que los modelos mixtos discutidos en

el capítulo anterior tienen unos límites de proporcionalidad menos estrictos que una teoría del merecimiento, la proporcionalidad se mantiene como el principio fundamental para decidir la severidad de los diversos castigos. Formulaciones vagas de los límites, como las sugeridas por Morris y Tonry, no son de ayuda alguna.

3) Deberían existir, ciertamente, otros límites basados en consideraciones de política criminal. La proliferación y acumulación de sanciones debiera restringirse. Incluso dentro de los límites de la severidad tendría que existir alguna guía referida a los principios a los que puede acudir el juez en el momento de elegir la sanción. Más que darle al juez discrecionalidad absoluta para decidir el «objetivo de la pena», como sugieren Morris y Tonry, debería haber procedimientos para examinar la racionalidad de este objetivo y las posibilidades de conseguirlo en una situación particular.

Los modelos mixtos que cumplan estas tres condiciones serían tolerables —en el sentido de que evitarían aplicarse a los supuestos de infracciones leves, acumular sanciones e imponer de forma rutinaria la prisión en casos de incumplimiento—. De todas formas, persiste la pregunta de qué ventajas se derivan de estos modelos mixtos. La relajación de los límites del merecimiento permite que la sustitución sea más fácil: sanciones de distinta severidad podrían ser reemplazadas por otras, siempre y cuando la diferencia no sea grande. Un poco más de severidad —pero no mucha más— también sería aceptable para las sanciones de refuerzo. Pero ¿qué más se conseguiría con esta flexibilidad añadida?

Si de lo que se trata es de conseguir más prevención del delito, soy escéptico. Los índices del delito no parecen ser sensibles a modestas variaciones de la severidad de los castigos. Si el objetivo es conseguir una mayor benignidad, tengo de nuevo mis dudas: desviaciones limitadas de la pena ordinal merecida no afectarán mucho al nivel de penas. Continúa también la dificultad, ya observada, de asegurar que esta flexibilidad añadida no comporte *incrementos* de pena para un número significativo de infractores⁴¹. Si el objetivo es, en efecto, la benignidad, los pasos precisos para alcanzarla habrían de ser expuestos detalladamente.

Un objetivo final sería el de facilitar la administración del sistema. Uno podría sustituir las sanciones sin tener que ser tan exacto respecto de la severidad; y se podría ser más flexible en el momento de sugerir sanciones de refuerzo. Pero si bien ello es una ventaja práctica, hay que estar al tanto de sus contrapartidas: por ejemplo,

41. Véase la discusión al final del capítulo 6.

quizá no queramos mucha más severidad para las sanciones de refuerzo, pues de lo contrario nos encontraríamos encarcelando a los infractores de forma rutinaria. De nuevo, debería examinarse cuidadosamente el contexto para ver cómo funcionaría en la práctica esta flexibilidad añadida y qué ventajas y riesgos efectivos comporta. No bastan las afirmaciones generales acerca de que los modelos mixtos son más sencillos o fáciles de administrar.

Un último aviso: incrementar el uso de sanciones intermedias es un experimento social atractivo. Éstas podrían convertirse en las penas para delitos de gravedad intermedia a los cuales hoy se responde de forma inapropiada —o con la pena de prisión o con respuestas superficiales—. Los principios graduadores, como los sugeridos en este capítulo, ayudarían a que tales penas fuesen aplicadas de esta forma. El experimento, sin embargo, presenta peligros. Sin un control adecuado en su uso, las sanciones intermedias pueden ser impuestas a delitos poco graves. El incumplimiento de estas sanciones podría castigarse fácilmente con la prisión. Si no vigilamos a quién se aplican estas sanciones, en respuesta a qué tipo de conducta y las reglas disciplinarias a las que están sujetas, las sanciones intermedias pueden convertirse en una nueva ruta para un aumento general de las penas y del control penal.

ARREPENTIMIENTO Y MERECIMIENTO INDIVIDUALIZADO

La individualización de la pena, pensada para ajustarse a la personalidad y a las necesidades del infractor, estuvo asociada con la teoría de la resocialización. La fe en ella se desvaneció por una serie de razones. El tratamiento ha dejado de ser plausible como fin fundamental de la pena¹, y la amplia discrecionalidad, necesaria para conseguir este objetivo, se ha transformado frecuentemente en mera incoherencia y arbitrariedad². Sin embargo, es concebible reconceptualizar la pena individualizada para conseguir otros objetivos —el de expresar reproche al infractor particular—. Cuando a alguien se le reprocha por un acto dañino, la vergüenza o arrepentimiento padecerían la respuesta apropiada. Sería concebible diseñar la condena con el objeto de facilitar el surgimiento de esta respuesta. Se podrían introducir controles para evitar una discrecionalidad excesiva y para prevenir resultados exageradamente incoherentes o desproporcionados. ¿Tendría sentido esta perspectiva? Me parece que no, por las razones que explicaré.

I. «AVERGONZAR» (SHAMING)

John Braithwaite se ha referido a la idea de «reintegrar avergonzando» (*reintegrative shaming*) en un volumen anterior³ al suyo y de Pettit que hemos discutido en el capítulo 3. La pena, dice Braithwai-

1. Véase von Hirsch y Ashworth (1992), cap. 1; y, especialmente, pp. 40-50.
2. *Ibid.*, cap. 5.
3. Braithwaite (1989).

te, debería «avergonzar» al infractor. La forma del mensaje dependería de la receptividad individual; su función tendría que ser la de reforzar sus inhibiciones al delito. Si el infractor responde, se emitirían gestos de aceptación; desde luego, el mensaje de la sanción debería dejar clara esta potencial reintegración. Para conseguir estos objetivos la pena debería ser individualizada. Si bien ello quizá vulnere la proporcionalidad, carece de excesiva importancia para él (como ya hemos visto).

La propuesta de Braithwaite es una estrategia cuasi-resocializadora: una terapia para reducir las posibilidades de que el infractor reincida. La novedad estriba sólo en la terapia: en vez de tratamiento psicológico o formación laboral se trata de rituales basados en la vergüenza. Qué grado de vergüenza haya de provocarse, o a través de qué sanciones, dependería de lo que pueda tener más eficacia para que el infractor no reincida. Él no cree que el factor de censura de la pena deba expresar un reproche que refleje el grado de reincidencia de la conducta del acusado. En otras palabras, la noción de Braithwaite de «avergonzar» tiene poco que ver con la concepción de censura que he presentado en este libro⁴.

4. Las objeciones básicas a la concepción de «avergonzar» (*shaming*) de Braithwaite y sus diferencias con el concepto de censura defendido en este libro han sido expuestas en el capítulo 3.

Incluso en sus propios términos, la noción de «reintegrar avergonzando» (*reintegrative shaming*) presenta un cúmulo de dificultades. Primero, ¿cómo puede asegurarse que se suscita vergüenza? La sanción puede expresar reproche o desaprobación, pero la vergüenza es una respuesta del infractor (véase el capítulo 3). Si los infractores están alejados de la comunidad, la desaprobación oficial quizá no les haga sentir vergüenza. Segundo, ¿cuál es el vínculo entre vergüenza y desistencia? Si existen otros incentivos al delito, el infractor avergonzado quizá continúe delinquiendo, de todos modos. Tercero, ¿cómo puede el elemento reintegrador (esto es, los gestos de aceptación sugeridos por Braithwaite) tener algún significado? La reintegración real es la versión más ambiciosa del éxito rehabilitador y es, obviamente, difícil de conseguir: implica no sólo inducir al infractor a no delinquir, sino crear o recrear en él un sentimiento de solidaridad con la comunidad. Este éxito es difícilmente alcanzable aun cuando la sanción exprese la intención o el deseo de aceptar al infractor que responde. (Esta expresión quizá sea poco menos que una forma oficial de piedad —algo así como «aún te queremos»—, reminiscencia de la piedad del sistema penal juvenil tradicional.) La eficacia de la estrategia de Braithwaite para conseguir que los infractores desistan es, naturalmente, una cuestión empírica. Según tengo entendido, se están haciendo investigaciones con grupos de delinquentes juveniles en algunas localidades. Pero no me parece muy prometedora y me sorprendería si se consigue algún éxito —excepto quizá con pequeños grupos de infractores tratables.

II. ARREPENTIMIENTO

R. A. Duff también es partidario de que se individualice la pena⁵, pero sus razones son de mayor interés —ya que su teoría está basada genuinamente en el merecimiento—. Déjenme por tanto mostrar las diferencias entre la concepción de censura de Duff y la mía y luego ver cómo estas diferencias nos llevan a conclusiones divergentes respecto de la individualización de la pena.

Mi perspectiva de la censura expresada por el castigo, presentada en el capítulo 2, trata a la persona *externamente*. La desaprobación expresada por la sanción le da al autor la oportunidad de reconsiderar sus acciones y sentir remordimiento o vergüenza. Sin embargo es cosa suya si responde: la censura, en mi análisis, no está configurada para suscitar determinados sentimientos —de vergüenza, arrepentimiento, o lo que sea—. Por esto, como argüí, no hay necesidad de adaptar la censura al grado de receptividad del actor.

La versión de Duff, sin embargo, pretende suscitar sentimientos *internos*. Entiende que la desaprobación expresada por el castigo y su elemento adicional del sufrimiento ayudan a «inducir o reforzar el arrepentimiento al forzar la atención (del individuo) en su acto dañino (que quizá de otra forma no consideraría) y suministrarle un contexto donde pueda considerar lo que ha realizado»⁶. La imposición de la pena por tanto tiene como objetivo inducir un remordimiento. Sin embargo, Duff no es partidario de una visión meramente consecuencialista como la de Braithwaite. Lo que importa no es sólo suscitar en el individuo un sentimiento de vergüenza y con ello quizá conseguir que se refrene mejor, sino sus razones. La censura comunicada a través del castigo, de acuerdo con Duff, está pensada para convencerle de que su acto está mal; su sentimiento de vergüenza y sus esfuerzos subsiguientes para desistir deben surgir de este convencimiento. La mera turbación por la vergüenza o el miedo al ostracismo no son suficientes —incluso si conllevaran un mejor comportamiento—. La censura está pensada para darle al individuo una razón moral para reaccionar; por ello el grado de reproche expresado debería ser coherente con la reprochabilidad de la conducta. Por esto Duff, a diferencia de Braithwaite, está de acuerdo con el principio de proporcionalidad de las sanciones⁷.

5. Duff (1991).

6. *Ibid.*, p. 241.

7. *Ibid.*, pp. 242-243; cf. también Duff (1986, 278-280).

¿Qué es preferible: mi visión «externa» o la «interna» de Duff? En el capítulo 2 defendí que mi visión se adapta mejor a la lógica de la censura: que cuando censuramos actuamos más como jueces que como sacerdotes. El hecho de que estemos dispuestos a censurar incluso al arrepentido y al aparentemente incorregible, el hecho de que normalmente no nos preocupe la receptividad del autor cuando censuramos, todo ello indica una versión externa de la censura.

Duff, sin embargo, admitiría este último punto —que normalmente censurar difiere de imponer una penitencia— y aun así insistiría en su teoría. Sencillamente alegaría que el castigo, adecuadamente entendido, debe hacer algo más que expresar censura: que *debería* servir como penitencia. Ésta es la afirmación que ha de rebatirse.

Duff extrae sus ejemplos de contextos en los que su visión tiene sentido. Cuando el monje se porta mal es razonable que el abad le imponga una sanción pensada como penitencia, ya que la tarea del superior es promover su desarrollo espiritual. Un trato exclusivamente externo —esto es, imponerle una sanción condenatoria que le sirva para sentir vergüenza— sería insuficiente: no haría justicia a la responsabilidad que tiene el abad de cuidar del bienestar moral del monje. Y se respeta la autonomía moral del monje desde el momento en que la sanción está pensada para que la *propia* persona se arrepienta de lo dañino de su conducta.

El castigo legal, sin embargo, se produce en otro contexto. No se puede esperar que el Estado tenga esta visión interna, ni esta comprensión amable que el abad manifieste respecto de un número pequeño de voluntarios que comparten un objetivo común. Y los ciudadanos no le han encargado al Estado que se preocupe de su desarrollo y bienestar moral. Entonces, ¿por qué debería el Estado estar autorizado a usar sus poderes coercitivos para producir sentimientos morales de arrepentimiento? La visión de Duff parece comportar un enérgico paternalismo moral. Es cierto, la conducta de la cual hablamos implica daño a los otros y no sólo a uno mismo. Pero, no obstante, la atención de Duff está en la calidad de la respuesta moral del autor a su acto lesivo⁸.

Un defensor de Duff quizá admita que no debe concederse al Estado la autoridad que tiene el abad para vigilar el desarrollo moral de sus ciudadanos. El Estado debería preocuparse sólo, por medio del derecho penal, de una subcategoría de deberes, restringidos a no

8. En la terminología de Joel Feinberg esto no sería paternalismo *simpliciter* —ya que el objetivo no es prevenir que el autor se dañe a sí mismo—. Pero sería lo que llama paternalismo *moral* —cuando el objetivo es fomentar algún estado moral deseable (en este caso el arrepentimiento) en el autor—. Véase Feinberg (1984, xiii).

dañar a otras personas y a cumplir unas obligaciones básicas de ciudadanía. Pero cuando estamos en este ámbito ¿por qué no admitir que las penas habrían de tener el carácter que les confiere Duff?

Para responder a esta cuestión vale la pena observar que el ejemplo de Duff admite que la persona castigada reconoce la autoridad moral del que la está castigando. En el contexto del derecho penal está asunción es problemática. Consideren al acusado descontento que (por razones de ideología radical, mala experiencia con las autoridades del sistema penal o lo que sea) no cree que el Estado tenga ninguna autoridad moral. Sean cuales sean sus sentimientos respecto de lo que ha hecho, no desea responder a una exigencia del *Estado* de sentir arrepentimiento. Imaginen que la sanción del Estado se le impone a esta persona como una penitencia. Una penitencia pretende un acceso más interno que la mera censura penal: para originar una actitud de arrepentimiento el juzgador necesita indagar en los sentimientos de la persona —o al menos adaptar la pena para que pueda acceder a estos sentimientos—. ¿No es esto quizá excesivo por parte del Estado? De acuerdo, quizá no sea literalmente manipulador: la penitencia de Duff está pensada sólo para que la persona alcance *su* arrepentimiento, no para que diga lo que no siente⁹. Pero ¿no podría de todas formas el individuo objetar que la penitencia es una forma inapropiada de entrometarse del Estado, de que si bien debe ser tratado como una persona *capaz* de un juicio moral, lo que *realmente* piense acerca del Estado es cosa suya? Para el monje no existe este problema de excesos. Porque ha aceptado unos preceptos morales y la autoridad moral del abad. Incluso cuando la penitencia particular no sea de su agrado, es parte de un régimen que ha aceptado. Si piensa que el abad no tiene autoridad moral, debería elegir otro modo de vida¹⁰.

Para responder totalmente a esta objeción se requeriría una fundamentación más precisa y ambiciosa del poder del Estado —una en la cual el Estado no se limita a expresar su desaprobación de determinada conducta sino que intenta provocar un cambio de actitud de aquellos a los que condena—. Quizá esta explicación pueda defenderse (aun cuando a mí no me convencería fácilmente). Pero este fundamento no se deriva del mero principio de tratar al infractor como a un agente capaz de juicio moral.

En sus escritos iniciales Duff sostiene que su modelo de penitencia se sugiere sólo como un ideal de sanción penal: la mayoría de

9. Para otras objeciones a esta adopción obligatoria de actitudes, véase el próximo capítulo.

10. Para un desarrollo de estos temas, véase Narayan (1993).

sistemas penales no tiene tiempo, ni simpatía, ni la necesaria comprensión para hacer que este sistema funcione¹¹. Pero, de todas formas, lo que se discute es que su concepto de castigo sirva ni siquiera como ideal: si el Estado (incluso en la mejor de las circunstancias) debería ejercer el papel del abad de buscar el arrepentimiento de los ciudadanos que han errado.

Más aun: recientemente Duff ha indicado que su visión no es un ideal; que es posible conseguir hasta cierto punto que algunos castigos (particularmente las sanciones no privativas de libertad) funcionen como penitencia¹². Pero aun cuando su modelo sólo se aplicase de forma parcial, existiría todavía una serie de dificultades. Así:

1) *Cuestiones de viabilidad*. Las funciones morales de la censura que he esbozado en el capítulo 2 parecen suficientemente modestas como para ser alcanzables. Una sanción condenatoria apela al sentimiento de justicia de los ciudadanos y por ello les suministra una razón para no delinquir. A los infractores se les impone un castigo que los trata como agentes morales y no como a tigres. La concepción de Duff es más ambiciosa. La penitencia trata sólo con los que han delinquido y acepta que ellos, o un gran número de ellos, responderán con sentimientos de arrepentimiento. En un monasterio esta asunción parece realista: la mayoría de monjes quizá se tomen en serio las penitencias que les imponen. Pero en el mundo puro y duro del sistema penal ¿es realista? Los casos en los que el castigo funcione como describe Duff —como una penitencia que origina un arrepentimiento— quizá sean una excepción más que la norma. Y si son la excepción, ¿debería toda una concepción de la pena consistir en torno a ésta?

2) *Problemas con el mantenimiento de la proporcionalidad*. Mi versión del castigo permite que las sanciones sean proporcionadas. La severidad de las sanciones expresa lo reprobable que es el hecho castigado. Los cambios de actitud que adopte la persona castigada —si siente o no arrepentimiento— son dejados a su arbitrio. Si A y B cometen hechos igualmente reprobables, deberían recibir sanciones que expresen el mismo reproche. Si estas sanciones sirven para que A sienta arrepentimiento y B no, que así sea.

Duff reconoce la importancia de la proporcionalidad y afirma que su teoría es preferible a la de la rehabilitación convencional, ya que no «justifica el castigo del delincuente hasta que se resocialice»¹³. La

11. Duff (1986, 91-93).

12. Duff (1991).

13. *Ibid.*, p. 242.

proporcionalidad necesita mantenerse, según él, para asegurar que el castigo expresa una condena apropiada a la gravedad del delito.

Sin embargo, la pretensión de penitencia de Duff crea una tensión indeseable con la proporcionalidad. Ésta requiere que A y B reciban castigos de severidad semejante si la gravedad de sus delitos es aproximada. El objetivo de inducir arrepentimiento, sin embargo, apunta a otra dirección: B quizá tiene más cara que A y por ello quizá necesita mayor penitencia antes de que le alcance el mensaje. Uno podría, por supuesto, sugerir que la proporcionalidad modele la severidad de los castigos y la penitencia su forma: de manera que A y B recibirían sanciones comparables pero distintas en función de su capacidad para suscitar arrepentimiento¹⁴. Pero esto, sin embargo, no hace más que ilustrar la tensión: las restricciones a la severidad comportarían que sea más difícil diseñar una pena que se acomode a la capacidad de respuesta del infractor; por otro lado, si se relajasen estas restricciones para facilitar el arrepentimiento, ello anularía la proporcionalidad.

3) *El estilo Mikado de sanciones*. Duff se apoya en su teoría de la penitencia para promover una visión Mikado de los castigos: las penas deberían reflejar el carácter del delito para fomentar la reflexión acerca del daño. Los delitos motivados por la ambición tendrían que recibir sanciones pecuniarias, los delitos violentos (al ser destructores de los valores de la comunidad) deberían ser castigados con un período de exclusión de la comunidad (esto es, prisión) y así sucesivamente¹⁵. Pero el principio del Mikado, si se toma en serio, comportaría una proliferación de sanciones a medida que se inventasen nuevos castigos para adaptarse a cada infracción. La proliferación de sanciones sea más difícil¹⁶.

4) *Condenas a medida*. Duff acepta, como una técnica para imponer la penitencia, la condena «a medida»: esto es, una pena diseñada para cada condenado. Habla con aprobación del caso americano en el que un propietario de unas viviendas marginales fue condenado a vivir durante un tiempo en este edificio. Esto, según Duff, es una «buena forma de confrontarlo con la naturaleza y con los efectos de su delito y darle la oportunidad de restaurar y reparar las relaciones con sus vecinos»¹⁷. Pero la condena a medida tiene

14. Para una discusión de la equivalencia de severidad, véase el capítulo 7.

15. Duff (1991, 244).

16. Permitir que los que condenan den «a probar su propia medicina» a los acusados puede además comportar prácticas degradantes o intromisivas. Véanse los capítulos 7 y 9.

17. Duff (1991, 245).

muchos inconvenientes. Mantener la proporcionalidad requiere que seamos capaces de comparar la severidad. Cuanto más original sea la condena, más difícil deviene la comparación. ¿Cómo se compara la severidad de ser condenado a vivir catorce días en unas viviendas marginales con otra condena a medida —digamos el dar una suma de dinero a organizaciones benéficas—? Además, las condenas a medida, como los trajes a medida, tienden a ser para los ricos. El propietario de viviendas marginales puede ser condenado a vivir en sus viviendas durante unos días, el ladrón común no puede serlo, porque ya vive en ellas. La ejecución de las condenas también constituye un problema. Con las sanciones clásicas se puede recurrir a los procedimientos ordinarios para que se cumplan: por ejemplo, para que se paguen los días-multas o se cumpla el trabajo en beneficio de la comunidad. Con la experiencia se aprende a prever los incumplimientos, cosa que no sucede con las condenas individuales. En el ejemplo americano el propietario fue capaz de evadir el contenido de la pena porque trajo a sus propios obreros para reparar las viviendas y a sus propios guardaespaldas para protegerse¹⁸.

Duff quizá acepte las dificultades prácticas anteriores pero confiesa que el objetivo de inducir un arrepentimiento vale la pena. Pero ¿la vale realmente? Yo he considerado que es discutible, en el mejor de los casos, el hecho de que el Estado *deba* adoptar el papel del abad al tratar la conducta delictiva y que es muy previsible que no pueda cumplir este papel. Dudo que tengamos que arriesgar la proporcionalidad de los castigos sólo por el hecho de intentar conseguir la teóricamente discutible y prácticamente difícil penitencia. El castigo debe expresar reproche; y el reproche le da al infractor una razón para que adopte una respuesta moral. Pero no es función del Estado tratar de incitar esta respuesta —y no hay ninguna necesidad de individualizar la pena para conseguirlo.

III. PROPORCIONALIDAD Y ESTANDARIZACIÓN

Si se le da a la proporcionalidad la preeminencia que he sugerido, las sanciones deberían variar su severidad de acuerdo con la gravedad de los delitos. Para graduar la gravedad de los delitos se necesita un cierto grado de estandarización. La graduación de la gravedad tendría que aplicarse en primer lugar a categorías y subcategorías estándar. Éstas no necesitan ser excesivamente amplias: podría exis-

18. Von Hirsch (1988).

tir una considerable diferenciación más allá de las descripciones legales. Las desviaciones de la norma serían sólo permisibles cuando haya casos especiales. Sin embargo, para desviarse, el caso deberá ser de gravedad bastante distinta y no sólo traspasar el umbral determinado por el estándar.

La razón más obvia para defender una estandarización módica es la coherencia de las penas. Distintos jueces deberían aplicar criterios de gravedad similares y ello es lo que se facilita con la asignación de grados de gravedad a las diversas categorías o subcategorías de infracciones. Los casos inusuales, entonces, pueden ser acomodados a través de desviaciones de estos grados¹⁹.

Existen por los menos dos razones adicionales para preconizar un cierto nivel de estandarización en el juicio de gravedad. Uno hace referencia al concepto de daño penal y ya ha sido mencionado²⁰. Una concepción del daño basada en el estándar de vida implica por sí misma un cierto grado de estandarización: el estándar de vida se refiere, como ya vimos, a los *medios estándar* para conseguir una cierta calidad de vida.

La segunda razón se refiere a la culpabilidad. Lo que está en cuestión cuando se deciden los castigos es lo reprochable que es el *autor* que ha cometido el delito, no cómo debiera ser compensada la víctima por el daño. Esta perspectiva del actor requiere la consideración de cuánto y en qué límites pueden ser justamente atribuidas las consecuencias dañinas del acto al autor. La cuestión aquí no es sólo la previsibilidad de las consecuencias sino la oportunidad del autor de *apreciarlas*. Se puede esperar que el infractor condenado por una determinada infracción aprecie las consecuencias normales y previsibles y por ello es apropiado hacerle responder por estas consecuencias en el momento de valorar la gravedad de su conducta²¹. Cuanto más inusuales sean las consecuencias más difícil le será comprender y empatizar con el impacto que han tenido en la vida de la víctima.

Si se requiere un cierto grado de estandarización basado en el merecimiento, ¿cómo puede conseguirse? Las técnicas varían y ninguna es perfecta. Como ya las he discutido ampliamente en otros artículos²², haré sólo un resumen.

Una forma posible son las guías penológicas numéricas. A cada categoría o subcategoría de infracciones se le asigna un grado de

19. Von Hirsch y Ashworth (1992), cap. 5.

20. Véase el capítulo 4.

21. Un desarrollo más extenso de la idea de apreciar las consecuencias puede verse en Hussak y von Hirsch (1993).

22. Véase von Hirsch, Knapp y Tonry (1987), caps. 1 y 3.

gravidad. Se hace un esquema numérico que contiene franjas diversas de gravedad ascendente. La prisión sería la sanción para la franja más alta, con varios tipos de sanciones no privativas de libertad para el resto de franjas —admitiendo un cierto grado de sustitución—. Los jueces pueden desviarse de estas prescripciones sólo cuando haya atenuantes o agravantes. Minnesota y Oregón tienen este esquema para el uso de la prisión²³, pero aún no tienen un esquema completo en el cual, además de la prisión, se prevea la utilización de sanciones intermedias.

La alternativa es usar principios penológicos legales, que han sido adoptados por Finlandia, Suecia y (desde 1991) Inglaterra²⁴. Los tres países han hecho del principio de proporcionalidad el determinante tanto para la imposición de la prisión como de las sanciones intermedias. Se espera de los tribunales que apliquen este estándar al desarrollar la escala concreta de penas.

¿Qué forma, la numérica o los principios penológicos legales, es mejor? Ambas pueden emplearse bien o mal²⁵ y cualquiera de ellas puede reflejar diversas concepciones teóricas. Las guías numéricas son más fáciles de aplicar por los jueces y de controlar por los tribunales. Sin embargo, una escala numérica (incluso con desviaciones permisibles para los casos de atenuantes/agravantes) tiende a ser excesivamente genérica, mezclando comportamientos de diversa gravedad. También es más vulnerable a las presiones políticas: cuando la comisión que asesora numera una escala debe justificar el porqué de estos números a los cuerpos legislativos y al propio sistema penal.

Los principios penológicos legales son menos genéricos, ya que los tribunales todavía conservan su discrecionalidad para diferenciar dentro de cada categoría de delitos los casos de diversa gravedad. Tampoco contienen cifras que los legisladores se sientan tentados a aumentar en cada elección. También promueven el que los jueces piensen de forma más sistemática acerca de las cuestiones de proporcionalidad, ya que son ellos quienes aplican los principios generales a los casos particulares. Sin embargo, esta forma depende en gran medida de la voluntad de los jueces de aplicar los criterios,

23. Para una discusión de las guías penológicas de Minnesota, véase *ibid.*, cap. 5.

24. Una discusión de la ley finlandesa puede verse en Lappi-Seppälä (1992); una discusión de las leyes suecas e inglesas puede verse en von Hirsch y Ashworth (1992, 282-307). Un desarrollo más extenso de la evolución en Inglaterra puede verse en Ashworth (1992).

25. Las guías numéricas federales (*US federal guidelines*) son un ejemplo de guías penológicas mal hechas, con una severidad excesiva y sin ningún principio orientador. Véase el capítulo 10.

contenidos en los principios penológicos legales, a cada caso (*case law*) hasta conseguir una escala manejable de penas. Está aún por ver hasta qué punto los jueces de Inglaterra o Suecia acometerán esta tarea con los principios penológicos legales recién aprobados.

Qué forma habría de adoptar la guía penológica —numérica, de principios legales u otra— puede depender de cada Estado. La opción depende de las tradiciones jurídicas y políticas y del margen de discreción de los tribunales. Por ello quizá las guías numéricas sean apropiadas para un Estado y los principios legales para otro. Lo que debe determinarse es qué forma de guía, en este Estado concreto, es la mejor para conseguir un grado razonable de uniformidad que permita a la vez una cierta flexibilidad para tratar los casos excepcionales.

DEGRADACIÓN E INTRUSIÓN*

Una de las formas menos atractivas del ingenio humano ha sido su habilidad para inventar rituales degradantes para los condenados. La historia de la cárcel ha estado llena de estos rituales —desde las penas infamantes de las primeras épocas a las terapias aversivas de los tiempos más recientes—. Los esfuerzos para reformar la cárcel han estado en gran parte destinados a librarse de estos rituales. Las sanciones intermedias (a pesar de sus ventajas ya expuestas) pueden ofrecer nuevas oportunidades para crear prácticas humillantes. El hecho de que estas sanciones sean relativamente novedosas y poco controladas conlleva que este peligro sea aun mayor. Necesitamos preocuparnos de cómo conseguir excluir la versión moderna de las penas infamantes.

Los límites sugeridos en el capítulo precedente pueden ayudar hasta cierto punto. Si el juez no pretende conseguir un arrepentimiento y se rechazan las condenas «a medida», quizá tenga menos incentivos para sentirse tentado de darle a probar al condenado su propia medicina. No obstante, estos límites no bastan. Incluso las penas previstas legalmente pueden ser revestidas de un grado de humillación injustificado. Necesitamos una teoría que nos indique qué castigos deben ser excluidos por su carácter degradante o intromisivo.

I. FALACIAS HABITUALES

Cuando tratamos esta cuestión entramos en un terreno poco explorado. Si bien existe una amplia literatura acerca de la proporcionali-

* Escrito en colaboración con Uma Narayan.

dad, no se ha reflexionado demasiado acerca de qué convierte a un castigo en inaceptablemente humillante. Podemos empezar aclarando algunas cuestiones, esto es, descartando algunas falacias que se oyen comúnmente.

Una falacia es la teoría de que *cualquier cosa es mejor que la cárcel*. De acuerdo con ella, la intervención de la comunidad es tolerable independientemente de su carácter degradante o intromisivo, siempre que el resultado sea menos grave que la cárcel. Debido a que la prisión (cuando menos durante períodos prolongados) es más severa que cualquier castigo comunitario y debido a que muchas cárceles aún conservan sus prácticas humillantes, es difícilmente objetable.

La teoría de que «cualquier cosa es mejor que la cárcel» forma parte de un malentendido mayor, según el cual un individuo no se puede quejar de cómo está siendo castigado si aun le podría haber ocurrido algo peor. Esta idea ha estado presente en la política de la prisión durante años: los reclusos no se pueden quejar de las condiciones de la cárcel porque éstas podrían ser peores, por ejemplo estar más tiempo, o aun más brutales o ser condenados a muerte. La respuesta breve a todo esto es que una sanción penal necesita ser justificada en sí misma y no en comparación con otra posiblemente peor.

Esta teoría también asume que sólo hay una dimensión con la cual evaluar éticamente los castigos —la de su severidad—. Si una sanción no privativa de libertad es menos severa que la prisión, ¿por qué va a ser problemática? Esta asunción es errónea. La severidad es una dimensión con la cual pueden evaluarse las penas, y ésta es la que queda gobernada por el principio de proporcionalidad. La degradación es otra dimensión. Las penas infamantes quizá sean menos severas que la cárcel y, por ello, si la persona ha sido condenada por un delito leve, su imposición puede infringir menos el principio de proporcionalidad que una pena larga de prisión. Pero, de todas formas, la sanción es objetable sobre la base de su carácter extremadamente humillante.

Una segunda falacia es que *la intrusión depende de la tecnología*. La instalación de un monitor electrónico evoca referencias al «Gran Hermano», pero esta cuestión ni se plantea si quien hace las visitas domiciliarias es el agente que vigila el cumplimiento de la sanción. El error debería ser obvio: el Estado totalitario de Orwell quizá dependía de un circuito cerrado de televisión, pero la policía secreta del Zar consiguió suficiente intrusión sin tener que depender de tecnología moderna alguna. Lo mismo sucede con las sanciones no privativas de libertad. La intrusión no depende de la tecnolo-

gía, sino de hasta qué punto afecta a la dignidad e intimidad de las personas.

Un tercer error (y particularmente americano) es el del *legalismo*. La degradación, de acuerdo con esta perspectiva, es una cuestión de si la medida infringe algún principio constitucional. La Constitución de los Estados Unidos no presta mucha atención al trato de las personas condenadas y sus principios han sido reinterpretados por los tribunales federales. Estas disposiciones no agotan las exigencias éticas que un Estado debería respetar cuando trata a las personas condenadas. Actualmente esto se acepta con respecto a la proporcionalidad: si bien la Octava Enmienda de la Constitución norteamericana¹ (como se interpreta actualmente) no sirve ni para excluir los castigos manifestamente desproporcionados², un sistema justo de penas debe tener unos requisitos de proporcionalidad más estrictos. El mismo argumento es aplicable a los castigos degradantes. Cuando se desarrolla un programa, sus proponentes no sólo deberían preocuparse de si supera el listón constitucional, sino también si hay exigencias éticas bajo las cuales éste sería inaceptablemente humillante para el infractor o intromisivo en los derechos de terceras personas.

II. LA «DIGNIDAD» DEL CASTIGO

La objeción básica a los castigos degradantes es que no tratan al condenado con la dignidad debida a una persona humana. Jeffrey Murphy destaca bien esta cuestión en un trabajo de 1979:

Un castigo es injusto (y por ello inadmisible por principio) si su naturaleza es degradante o inhumana (inconsecuente con la dignidad humana). Los valores de justicia, derechos y merecimiento sólo tienen sentido si asumimos que estamos tratando con criaturas autónomas, responsables y mercedoras de un trato especial acorde con este *status* [...] Una teoría de la pena justa debe por tanto conservar este *status* especial de las personas y el respeto que merecen en el centro de su atención³.

Lo que Murphy está diciendo es que las personas castigadas son aún miembros de la comunidad: siguen siendo *personas* y deben ser

1. La Octava Enmienda señala: «No se deben requerir fianzas excesivas, ni imponer multas excesivas, ni infligir castigos crueles o extraordinarios» (N. de la T.).
2. Véase Rummel v. Estelle, 445 US 263 (1980); Solem v. Helm, 463 US 277 (1983).
3. Murphy (1979, 223).

tratadas como tales. El mal de los castigos degradantes es que niegan este *status* a aquellos a quienes castigan.

El *status* de alguien como persona normalmente impediría todo trato degradante. No obstante, con los infractores surge alguna complicación —la naturaleza del propio castigo—. El castigo no sólo sirve como un desincentivo respecto a algún comportamiento, sino que expresa censura. El reproche, debido a que expresa desaprobación de la conducta del ofensor, es seguramente humillante. ¿Qué queda entonces de la idea de que el castigo no debiera degradar a sus receptores?

La respuesta reside en la diferencia entre la censura y la voluntad de humillar. La censura puede avergonzar a alguien por lo que ha hecho, ya que la vergüenza es un sentimiento que una persona moral puede (de hecho debe) sentir cuando le ha sido manifestado el daño de su conducta. La degradación es algo distinto: es ser tratado como algo inferior a una persona y hacerte sentir menos que una persona. De hecho, un trato degradante interfiere con cualquier respuesta moral legítima que la persona censurada pueda adoptar. Cuanto más degradante sea el trato al infractor, más humillado se sentirá por lo que le están haciendo. Cuando se obliga a los prisioneros a caminar encadenados, o cuando se obliga a los condenados a adoptar posturas ridículas como parte del castigo comunitario, están siendo humillados, al margen del juicio que ellos mismos tengan de su conducta. La humillación no proviene de la aceptación del juicio social de censura, sino del hecho de que están siendo tratados como seres inferiores.

Por ello, los castigos debería aplicarse de forma que puedan ser soportados manteniendo el sentimiento de autocontrol que posee la gente de una fortaleza razonable. Estos individuos deberían poder sufrir el castigo (desagradable como inevitablemente es) con dignidad, reconociendo su culpa si sienten culpa o no reconociéndola si no la sienten (o no quieren admitirla). Una persona puede soportar la privación de varios bienes o derechos con libertad y dignidad, pero es difícil mantener la dignidad mientras te obligan a cumplir rituales ignominiosos, como caminar encadenado, sufrir alguna pena infamante u otros.

¿Cómo pueden objetarse las medidas penales sobre la base de este criterio? Se nos ocurren tres formas, si bien puede haber más. Las medidas más claramente objetables son las *deshumanizadoras*, esto es, las que real o potencialmente pueden destruir la personalidad del infractor. Éstas son las intervenciones que destruyen (o interfieren sustancialmente con) la habilidad de la persona condenada

para comportarse como un ser humano capaz de sentir, reflexionar y elegir al inducir estados de terror extremo, depresión o similares. La tortura, citada por Murphy⁴, es el paradigma. Otro ejemplo es el encierro solitario de larga duración con sus efectos despersonalizadores. También lo serían las diversas formas de lavado de cerebro. Estas formas generalmente tienen lugar en la prisión, pero algunas también pueden ser aplicadas fuera de sus muros (por ejemplo una vigilancia que implique formas intensivas y prolongadas de acoso).

Hasta el momento habría poco desacuerdo: ¿quién admitiría querer sanciones penales destinadas a destruir o poner en peligro la personalidad del infractor? Hay, sin embargo, otra forma de intrusión menos drástica que también debería excluirse, a saber, la de los *rituales degradantes*. Las penas infamantes son el ejemplo histórico clásico, pero también lo es cualquier otra medida penal que requiera la adopción de posturas o actitudes ridículas o serviles. Un ejemplo son las prácticas de los campamentos militares (*boot camps*) (ahora frecuentes en los Estados Unidos como una forma de castigo para los delincuentes juveniles) que implican sumisión al abuso verbal de los vigilantes como parte del programa de choque⁵. Estas medidas quizá no comporten la destrucción o amenacen la personalidad del infractor. Uno puede sobrevivir al campamento militar con su capacidad de sentir, reflexionar y elegir intacta. Sin embargo, una persona tiene derecho no sólo a preservar su personalidad de la destrucción, sino a *poder presentarse al mundo como un ser humano íntegro*. Los rituales humillantes interfieren con este último aspecto: se requiere que la persona adopte la actitud de un estúpido, un esclavo u otra forma de ser inferior⁶.

Otra forma objetable de práctica penal es la *obligatoriedad de adoptar ciertas actitudes* (*compulsory attitudinizing*). Un ejemplo es la costumbre de algunos jueces penales de requerir que los conductores ebrios exhiban pegatinas autoacusatorias en sus coches. ¿Qué

4. *Ibid.*, p. 237.

5. Mackenzie y Parent (1992).

6. Se puede argumentar que estas prácticas son doblemente degradantes: primero, porque la persona se presenta en una postura ridícula, y segundo porque se la *obliga* a hacerlo. Otro aspecto problemático de los rituales degradantes es que frecuentemente incorporan al público: la práctica está diseñada para suscitar el ridículo del infractor. Esto no sólo puede producir una respuesta pública excesiva (especialmente contra los delincuentes contra los cuales hay prejuicios) sino que también comporta la pregunta de quién es *responsable* del castigo. Existen buenas razones —referidas a la predictibilidad e imparcialidad— para explicar por qué el público no es el agente penal apropiado en un *Rechtsstaat*. Si el público no es el agente responsable, aun es más humillante tener que sufrir el trato punitivo de sus manos.

hay de malo en ello? En tanto que el castigo expresa la desaprobación de la conducta del autor, cualquier contricción o autocritica expresada por el autor debe —si se respeta su autonomía moral— reflejar sus propias opiniones. Si éstas son inconsecuentes, con las actitudes que se le obligan a adoptar, entonces su autonomía no se ve respetada. No existe forma alguna de que una persona pueda ser, con dignidad, obligada a admitirse como un paria moral.

III. CONTENIDO PENAL ACEPTABLE

¿Cómo deberíamos aplicar estas ideas? Una forma sería la de intentar identificar y enumerar las distintas clases de sanciones que queremos excluir por degradantes. Pero como la violación de la dignidad de una persona es una cuestión de grado, y como puede haber muchas medidas no privativas de libertad que la afecten, ello no sería una tarea fácil.

Una forma mejor de hacerlo, pensamos, es a través de la idea de *contenido penal aceptable*. El contenido penal aceptable de una sanción consiste en las privaciones impuestas con el fin de conseguir sus fines preventivos⁷ y punitivos. El contenido penal aceptable, en ese caso, es la idea de que una sanción debe estar configurada de manera tal que las privaciones pretendidas puedan ser administradas de forma claramente coherente con la dignidad del infractor, esto es, que no sea manifestamente objetable de acuerdo con alguno de los argumentos que acabamos de exponer. Si la privación penal incluye una determinada obligación, X, entonces uno se debe preguntar si esto puede llevarse a cabo al tiempo que el infractor mantiene un razonable grado de autocontrol. Si no se tiene confianza en que ello suceda, entonces no debería formar parte de la sanción.

Cuando hablamos de cárceles ya tenemos el núcleo de esta idea expresado en la máxima de que la prisión debe imponerse como castigo, no *para* castigar. La idea es que la privación de libertad de movimiento debería ser el fin fundamental de la privación penal —si bien es severa (y por tanto admisible sólo para delitos graves) esta privación *per se* puede ser soportada con un cierto grado de

7. Se recordará que en el capítulo 7 observamos que incluso un modelo penológico basado en el merecimiento admite el fin preventivo en algunos casos, por ejemplo cuando tiene que decidir entre dos sanciones de severidad equivalente. Cuando, por ejemplo, se selecciona un período de vigilancia en vez de un día-multa para un infractor que requiere de vigilancia y tratamiento, las exigencias relativas al contenido penal aceptable deberían aplicarse también a esta vigilancia.

autocontrol—. De acuerdo con esta máxima, el contenido penal perseguido no debería incluir prácticas complementarias adicionales dentro de la cárcel que eleven los problemas potenciales de ser deshumanizado o degradado. Sería inapropiado, por ejemplo, prescribir aislamiento en la celda como castigo de algunos delitos. Observe también que no es necesario determinar si cada posible sanción dentro de la prisión es indebidamente degradante. Que la prisión sirva como castigo y no para castigar es un principio profético que sirve para aprobar sólo aquella privación —de libertad— que pensemos puede ser decentemente impuesta y no para autorizar todo tipo de imposiciones cuya aceptabilidad moral es cuestionable. De acuerdo, la realidad de las prisiones de los Estados Unidos (y de algunas inglesas) es distinta, con numerosas privaciones irracionales que se dan dentro de sus muros. Pero son precisamente desmedidas porque están claramente alejadas del contenido penal aceptable de la sanción.

¿Puede trasladarse esta idea a las sanciones no privativas de libertad? Pensamos que sí. El primer paso es identificar el contenido penal aceptable de estas penas. Ciertas obligaciones pueden ser aplicadas, creemos, con un cierto grado de autocontrol y serían por tanto admisibles. Éstas incluirían privaciones de propiedad (si bien no expropiatorias), trabajo obligado en condiciones humanas (trabajo en beneficio de la comunidad pero no trabajos encadenados) y limitaciones de la libertad de movimiento dentro de la comunidad. Ninguna de estas privaciones conlleva los tres males antes citados —destrucción de la personalidad, ritual degradante o autoacusación obligada—. Están claramente excluidas las sanciones que comportan uno de estos tres males, por ejemplo la autoacusación. Esta descripción es sólo un inicio y no pretendemos ofrecer una explicación completa de qué tipo de sanciones intermedias respetan o no los estándares sugeridos. Lo que estamos proponiendo es una forma de análisis.

Este análisis tendría que ser aplicado no sólo a los rasgos expresamente punitivos de los programas sino también a los rehabilitadores. Las privaciones impuestas como tratamiento siguen siendo privaciones y pueden resultar no menos degradantes que las impuestas con fines expresamente punitivos. Podríamos, por ejemplo, considerar sospechoso un tratamiento de drogas en la comunidad que incluya la adopción de actitudes obligatorias. Uno puede querer vencer al infractor de los peligros del abuso de drogas y con este fin negarle el acceso a éstas o a otros estimulantes, pero si se *obliga* al infractor como parte del programa a adoptar actitudes acerca de la

droga que no necesariamente comparte, esto violenta su *status* como persona moral.

Una vez que se ha identificado el contenido penal aceptable de la sanción, se pueden necesitar determinadas privaciones complementarias para aplicarla. Por ejemplo, la prisión implica mantener instituciones cerradas y prevenir huidas o ataques de los reclusos a los funcionarios. El aislamiento de los infractores más violentos o que más fácilmente puedan convertirse en víctimas puede ser necesario durante un período corto de tiempo, si bien éste no sería apropiado como contenido penal aceptable originario.

Las sanciones no privativas de libertad también pueden requerir para su ejecución medidas auxiliares. Piensen en los registros domiciliarios. Estas visitas no forman parte del contenido penal aceptable: no es plausible mantener que una pena para un determinado tipo de infracción sea que los agentes del Estado fisureen periódicamente en el interior de la casa del infractor. Las visitas pueden justificarse sólo como mecanismo para ayudar a aplicar otra sanción, que es acorde con nuestro criterio de contenido penal aceptable. Una de estas sanciones puede ser el trabajo en beneficio de la comunidad, que como hemos sugerido cumple el criterio fundamental. Para asegurar que se vaya al sitio de trabajo destinado, comprobando las ausencias o excusas, pueden ser necesarias visitas domiciliarias ocasionales —y de hecho son parte del programa del Instituto Vera de Justicia, pionero en los proyectos de trabajo en servicio de la comunidad⁸.

Debido a que las visitas se justifican sólo como mecanismo auxiliar para garantizar el cumplimiento, su ámbito debiera ser en consecuencia limitado, esto es, no más intrusión que la necesaria para ejecutar la medida principal. Si las visitas domiciliarias son un mecanismo auxiliar para asegurar el trabajo en beneficio de la comunidad, deberían producirse sólo cuando el infractor no ha ido al trabajo, y su uso debería limitarse a averiguar sus idas y venidas y a comprobar su excusa por la ausencia. Cuanto menos conectadas estén las visitas con este objetivo, y cuanto más se usen para entrometarse en otras materias, más sospechosas resultan. Los registros domiciliarios periódicos en la casa del infractor no son defendibles según nuestra teoría.

¿Hay algunos principios limitadores de los mecanismos auxiliares de ejecución de una sanción, además de que sean esenciales para la aplicación de la pena principal? Las medidas auxiliares que sean

8. Para una descripción de este proyecto, véase McDonald (1986).

muy humillantes deben excluirse, aun cuando sean necesarias para aplicar la sanción principal. Si X es una sanción con un contenido penal aceptable pero requiere de Y—una medida claramente degradante—para poder aplicarse, entonces debe abandonarse X en favor de otra sanción principal que pueda ser ejecutada de forma menos intrusiva⁹.

¿A qué nos referimos cuando hablamos de medidas muy humillantes? Nos referimos a medidas que infringen nuestro primer criterio, esto es, que no pueden aplicarse manteniendo un grado razonable de autocontrol. Piensen en la raya que divide lo aceptable de lo inaceptable como algo difuminado. La idea de un «contenido penal aceptable» requiere que las sanciones principales caigan obviamente en el lado de lo aceptable: por ejemplo, que no impliquen rituales degradantes o la adopción obligatoria de actitudes autoacusatorias. Las medidas auxiliares pueden acercarse más a esta raya, pero no salirse de ella. Es cierto que éstos son criterios imprecisos para tratar con materias que se resisten a definiciones precisas. Pero esperamos que ofrezcan algún tipo de salvaguardia contra intrusiones penales inadmisibles.

IV. LOS DERECHOS DE TERCERAS PERSONAS

La prisión segrega al delincuente. La segregación, cualesquiera que sean sus otros males, implica que los derechos de terceras personas no se ven directamente afectados. Si A va a la cárcel ello no restringe la libertad de movimiento de B ni su privacidad. De acuerdo: B también sufre si es económicamente dependiente de A. Pero, de todas formas, B no se ve reprimido. Sin embargo, las sanciones no privativas de libertad reintroducen al infractor condenado en contextos en los que otros viven sus propias vidas. Como consecuencia, el castigo del infractor puede afectar a otros.

Esta cuestión de las terceras personas es distinta de la cuestión relativa a la dignidad del infractor que acabamos de discutir. Piensen de nuevo en las visitas domiciliarias. Incluso si —por las razones

9. Un análisis similar podría aplicarse al control electrónico. Uno podría preguntar primero si la medida es esencial para aplicar la sanción primaria que respeta nuestro criterio de contenido penal aceptable; segundo, si el ámbito del control no se extiende más allá de lo esencial para conseguir este objetivo, y tercero, si la medida aun con estos límites sigue siendo muy humillante en los términos que hemos descrito. La respuesta quizá dependa en parte de qué tipo de control se realice. Por ejemplo, ¿está pensado sólo para verificar la presencia del infractor en una localidad determinada? ¿O también implica vigilar las actividades que realiza en esta localidad y hasta qué punto?

ya sugeridas— estas visitas no fueran objetables por ser degradantes para el infractor, afectan a los otros residentes, disminuyendo *su* sentido de la privacidad. Ellos no han hecho nada para merecer la intrusión del Estado. Está claro que cuando una persona vive con alguien, inevitablemente sufrirá las consecuencias que legítimamente afecten a éste como consecuencia de su comportamiento. De todas formas, existen una serie de cautelas que pueden adoptarse para minimizar el impacto de las sanciones no privativas de libertad en terceras personas.

Frecuentemente, no es la sanción principal sino los mecanismos auxiliares de ejecución los que representan una intromisión en la vida de las terceras personas (para citar el ejemplo previo, las visitas domiciliarias para asegurar el trabajo en beneficio de la comunidad). En estos casos, los mecanismos auxiliares deberían limitarse a garantizar que el *infractor* cumple las condiciones de su sanción principal. No deben ser empleados —y se convierten en una intrusión inaceptable en la intimidad— para investigar si en general todos los presentes respetan la ley. Cuando se visita la casa del infractor para comprobar su excusa por no asistir al trabajo en beneficio de la comunidad, ello no debiera utilizarse para recoger pruebas de consumo ilegal de drogas del resto de los ocupantes.

El impacto en las terceras personas también debería ser uno de los criterios usados para seleccionar sanciones no privativas de libertad. Pueden existir sanciones de severidad similar donde elegir. Si existe la posibilidad de elegir, debería preferirse la pena que lesiona menos los derechos de terceros. Supongan, por ejemplo, que puede optarse entre un período corto de arresto domiciliario (con visitas domiciliarias como mecanismo auxiliar de ejecución) o un tiempo rígido de trabajo en beneficio de la comunidad (asegurado por visitas domiciliarias pero sólo cuando el infractor no se presente al trabajo). Supongan que las sanciones sean de severidad similar. Si concluimos que las visitas domiciliarias ocasionales usadas para asegurar el trabajo en beneficio de la comunidad, son menos intromisivas para los otros residentes que las más frecuentes y no anunciadas que sirven para comprobar el arresto domiciliario, ello sería una razón para preferir el trabajo en beneficio de la comunidad.

Este capítulo suministra más preguntas que respuestas. Lo que hemos hecho, como mucho, es esbozar un esquema provisional para tratar las cuestiones de degradación e intrusión. Estas cuestiones necesitan urgentemente una mayor reflexión. No debiéramos permitir que las sanciones no privativas de libertad fueran el medio de introducir prácticas penales degradantes en la comunidad.

LA ORIENTACIÓN POLÍTICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Hasta ahora este libro se ha preocupado de las cuestiones materiales presentes en una teoría de la pena. Es hora de preocuparnos de otra serie de cuestiones: las políticas. ¿Qué perspectiva política incorpora, si es que aporta alguna, una concepción penológica basada en la proporcionalidad? ¿Tienden las condenas proporcionales a ser más severas? ¿Distrae la teoría del merecimiento la atención de los males sociales? ¿Qué contextos son propicios y cuáles no para una reforma penológica? Desearía intentar contestar estas preguntas por orden.

I. EL PEDIGRÍ POLÍTICO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA TEORÍA PENOLÓGICA

En el pensamiento penológico de 1950 y 1960 la teoría del merecimiento se consideraba conservadora, incluso reaccionaria. Un ejemplo de ello fue el modelo de ley penológica (*Model Sentencing Act*) publicado en 1963 por el «National Council on Crime and Delinquency», una organización norteamericana bien conocida de reforma penal¹. De acuerdo con este proyecto de ley, el principio de proporcionalidad debía excluirse expresamente de la determinación de la pena y debía atenderse exclusivamente a los fines de resocialización e incapacitación. En forma de proposición auto-evidente el modelo de ley declara en su primera sección: «Las penas no deberán basarse en la

1. National Council on Crime and Delinquency, Council of Judges (1972). La primera edición de esta propuesta fue publicada en 1963.

venganza o la retribución»². Sin embargo, permite que el juez, a su discreción, imponga una pena de prisión de hasta cinco años si cree que la persona puede reincidir y autoriza hasta treinta años para aquellos que considere especialmente peligrosos. Indudablemente, la comisión no vio ningún peligro en conceder estos poderes.

La llamada teoría del merecimiento (*desert model*) —esto es, el interés renovado en el principio de proporcionalidad de las penas— surgió en 1970 entre sectores liberales en parte como reacción contra aquel tipo de pensamiento. Se empezó a argumentar que las condenas justas debían reflejar la gravedad del delito. Unos cuantos años de prisión no es una sanción que debería recibir nadie por el solo hecho de constituir un riesgo, sino únicamente aquellos delincuentes cuya conducta real fuera bastante grave.

Si bien existían bastantes escritos filosóficos sobre la materia³, mi propio libro de 1976, *Doing Justice*⁴, fue la primera exposición sistemática de la teoría del merecimiento en la literatura penológica. Se escribió en representación del Comité para el Estudio de la Prisión, un grupo (fundamentalmente académico) de tendencia liberal. El principio de proporcionalidad se ofreció como un medio para restringir el poder de castigar del Estado y especialmente para limitar las sanciones severas. Los castigos basados en predicciones eran inadmisibles no sólo porque no reflejaban la gravedad de la conducta, sino porque permitían una intromisión en la vida de aquellas personas supuestamente peligrosas. Debía reducirse, y no poco, la severidad de las penas⁵.

Los escritos penológicos recientes basados en la teoría del merecimiento preservan este espíritu⁶. El principio de proporcionalidad

2. *Model Sentencing Act*, ss. 1, 5, 9.

3. Véase Armstrong (1961), McCloskey (1965) y especialmente Kleinig (1973).

4. Von Hirsch (1976).

5. Se propuso que las penas para los delitos más graves no excedieran de cinco años; véase la discusión de esta propuesta en el capítulo 5.

6. Los escritos a los que me estoy refiriendo son los de Andrew Ashworth, A. E. Bottoms, R. A. Duff, Nils Jareborg, Richard Singer, Martin Wasik y míos. Estos textos, en la medida en que adoptan el principio de proporcionalidad, tienden a basarse en una lógica basada en la censura. Ésta permite que las convenciones a través de las cuales se expresa la censura sea alterada —para reducir de forma significativa los niveles de penas.

En el capítulo 2 expuse y critiqué otra concepción basada en el merecimiento —una que se centra en la «venta injusta» que el infractor obtiene al delinquir—. Esta concepción (en la medida en que ofrezca algún tipo de guía inteligible para determinar el *quantum* del castigo) puede apuntar a un criterio de daño por daño que conllevaría unas penas bastante severas para los delitos graves. De todas formas, la perspectiva de la venta injusta no ha tenido mucha influencia en la teoría penológica. Para todo ello véase Ashworth (1989); Bottoms (1989); Duff (1986), cap. 9; Jareborg (1988), cap. 5; Jareborg (1988); Singer (1979); Wasik (1987); von Hirsch (1985); von Hirsch y Jareborg (1991).

se defiende con argumentos de justicia. Las condenas de prisión deben limitarse para aquellos condenados por delitos graves. Se deben establecer puntos de anclaje que permitan reducciones globales de la escala de penas. Las penas proporcionales no se ofrecen como un medio para reducir el delito; de hecho, los partidarios del merecimiento son escépticos en cuanto a que pueda reducirse el índice de delitos variando la severidad de las penas. Ausente el objetivo ambicioso de reducir el delito, los escritos de esta tendencia no han encontrado mucho incentivo a la hora de recomendar un incremento del uso de la prisión.

Sin embargo, los últimos años setenta y la década de los ochenta también han sido testigos del advenimiento de un conservadurismo feroz, especialmente en Estados Unidos. Los políticos han incrementado su énfasis en las campañas de «ley y orden». Las poblaciones reclusas han aumentado descomunadamente. Los penólogos conservadores como James Q. Wilson y Ernest van den Haag reclamaron estrategias penológicas «realistas» para reducir los índices del delito⁷. Debido a que estas circunstancias estaban ocurriendo al mismo tiempo que surgía un interés renovado en la proporcionalidad de las penas, algunos críticos han sugerido que el proporcionalismo es parte de una estrategia represiva contra el delito. La teoría del merecimiento ha sido denunciada como un «revival fundamentalista»⁸, y sus partidarios han sido descritos como los «arquitectos de una teoría conservadora»⁹ o como los defensores del *statu quo* social y económico¹⁰.

Sin embargo, los penalistas auténticamente conservadores han mostrado escaso entusiasmo por el principio de proporcionalidad. James Q. Wilson afirma que el merecimiento debería determinar sólo el límite máximo de los castigos permisibles; y que la pena real debería decidirse sobre bases preventivas e incapacitadoras¹¹. Ernest van den Haag flirteó en su día con la idea del merecimiento, pero desde entonces la ha rechazado totalmente¹². (De hecho llega a afirmar que los condenados no tienen una pretensión legítima de ser tratados con equidad desde el momento que han aceptado el riesgo de ser castigados cuando delinquen¹³.) La razón del escepticismo de

7. Véanse Wilson (1983) y van den Haag (1987).

8. Reiman y Headlee (1981).

9. Stenson (1991, 22).

10. Unas afirmaciones extremas pueden verse en Dolinko (1992). Véase igualmente Hudson (1987, 57-58).

11. Wilson (1983), cap. 8.

12. Compárese Van den Haag (1975) con Van den Haag (1987).

13. Van den Haag (1987, 1255-1256).

estos teóricos es clara (y es precisamente la razón inversa de por qué los liberales lo apoyan): el principio de proporcionalidad limita las estrategias de prevención del delito. Incapacitar a los delincuentes de alto riesgo —el tema preferido de Wilson¹⁴— estaría vetado por infringir la proporcionalidad ordinal. Las estrategias ejemplarizantes de prevención, destinadas a reducir la demanda de drogas mediante el castigo severo de los consumidores y pequeños vendedores —un tema favorito de las cruzadas antidroga norteamericanas¹⁵—, estarían también vetadas por el principio de proporcionalidad. Si se entiende que el objetivo primario de la pena es el de reducir el delito, los límites impuestos por la proporcionalidad aparecen como meros obstáculos.

La promulgación de leyes penológicas orientadas por la proporcionalidad no ha tenido lugar sólo en los Estados conservadores; de hecho han sido algunos de los menos conservadores los que han tomado la delantera. En Estados Unidos han sido las comisiones penológicas de dos Estados —Minnesota y Oregón— las que han hecho los mayores esfuerzos por plasmar el principio de proporcionalidad¹⁶. Ambas jurisdicciones han tenido (de acuerdo con los estándares norteamericanos) tradiciones liberales. Y en ambos Estados las guías penológicas fueron redactadas de forma tal que limitasen los incrementos de penas. Cuando la comisión penológica norteamericana (US Sentencing Commission), mucho más influida por la retórica de la ley y el orden, publicó sus (más bien draconianas) guías para los delitos federales, expresamente renunció a seguir una orientación basada en el merecimiento¹⁷. De hecho, el miembro más influyente de la comisión declaró que la incorporación de la teoría del merecimiento hubiera sido incoherente con el mandato legal de perseguir múltiples fines penales y hubiera dado insuficiente realce a los fines de prevención e incapacitación¹⁸.

En Europa el medio utilizado para incorporar el principio de proporcionalidad ha sido más bien a través de principios penológicos legales que por medio de guías numéricas. Los primeros fueron dos países escandinavos. En 1976 —cuando el interés por la reforma penológica se iniciaba en Estados Unidos— Finlandia reformó su

14. Wilson (1983), cap. 8.

15. Véase Office of National Drug Control Policy (1989).

16. Para un análisis de la estructura de las guías de Minnesota, véase von Hirsch, Knapp y Tonry (1987), cap. 5.

17. US Sentencing Commission (1987, 60-64). Para un análisis crítico de las guías penológicas federales, véase von Hirsch (1989).

18. Nagel (1990, 916-925).

código penal para adoptar el principio de proporcionalidad¹⁹. La pena, de acuerdo con esta ley, debería estar «en justa proporción» a la gravedad de la conducta y a la culpabilidad del autor. Las consideraciones resocializadoras y basadas en la predicción están fundamentalmente excluidas de la determinación de la pena²⁰. La promulgación en Finlandia suscitó interés en su vecina Suecia (durante mucho tiempo presentada como la meca de la resocialización) y el gobierno sueco designó una comisión legisladora que propusiese una nueva ley penológica²¹. La comisión presentó su informe, una versión más elaborada de la ley finlandesa, en 1986. Dos años después esta propuesta fue aprobada por el Parlamento con algunos cambios modestos²². De acuerdo con la ley sueca, la pena ha de estar determinada fundamentalmente por el «valor penal» (es decir, la gravedad) de la conducta. Los antecedentes tendrán un papel modesto, pero las consideraciones resocializadoras, preventivas o incapacitadoras se han restringido enérgicamente. La promulgación de estas leyes en Finlandia y Suecia es de interés porque ambos son países con poca pobreza, programas sociales ambiciosos y sistemas penales relativamente humanos. Este hecho debería hacer reflexionar a aquellos que dicen que la teoría del merecimiento sólo puede ser influyente en aquellos países gobernados por políticas conservadoras.

II. ¿SON MÁS SEVERAS LAS SANCIONES PROPORCIONALES?

Otra objeción de los críticos ha sido el que una política de sanciones proporcionales (cualesquiera que fuesen las intenciones de sus proponentes) comporta en la práctica castigos más severos. Barbara Hudson enfatiza este tema citando la evidencia del aumento de las penas en California desde que se adoptó la teoría del merecimiento (*justice model*) a mediados de 1970²³. Los argumentos, desgraciadamente, caen en la falacia de *post hoc, ergo propter hoc*: como a A le ha sucedido B, A debe ser la causa de B. No se hace ningún esfuerzo para ver si el aumento de penas se debió a la influencia de las con-

19. Para un análisis de la ley finlandesa, véase Lappi-Seppälä (1992).

20. La ley se contiene en el código penal finlandés, cap. 6. La cita de la nota es del código penal sueco, antes citado, 1:7.

21. En aquel momento el código penal sueco exigía que la pena «promoviera la resocialización del ofensor con una mirada atenta a lo que fuera necesario para mantener el respeto general a la ley».

22. Código penal sueco, caps. 29 y 30. El texto está en von Hirsch y Ashworth (eds.) (1992, 302-307). Para un análisis de esta ley, véase *ibid.*, pp. 292-300.

23. Hudson (1987), cap. 3.

cepciones proporcionistas o a otro tipo de influencias. El uso de la prisión en California sin duda se ha incrementado sustancialmente desde que se promulgó la ley de 1977²⁴. Sin embargo, citar estos incrementos demuestra poco, a no ser que se examinen otra serie de cuestiones. ¿Reflejan los incrementos tendencias pre-existentes? ¿Estaban asociados con rasgos proporcionistas de la ley o con otro tipo de factores? ¿Se han producido incrementos de parecida magnitud en otros Estados, que han usado una técnica distinta para incorporar el principio de proporcionalidad? ¿Han conseguido evitar aumentos los Estados que no han adoptado el modelo de justicia? Cuando se plantean estas cuestiones, el vínculo del merecimiento con la severidad empieza a desvanecerse.

La población reclusa de California estaba aumentando desde hacía siete años antes de que se aplicase la nueva ley penológica y los incrementos se sucedieron al mismo ritmo después de la promulgación de la ley²⁵. Estos se produjeron como consecuencia, fundamentalmente, de un aumento drástico de las penas de prisión. Un modelo de justicia suministra criterios para decidir cuándo debe condenarse a prisión —a saber, unos que limitan la prisión a los delitos más graves—. La ley de California que establecía penas temporalmente determinadas nunca adoptó estos criterios. La ley sólo especifica la duración de la pena de prisión si el juez condena a prisión, pero (la ley) deja a la discreción judicial la decisión de imponer pena de prisión²⁶. Por consiguiente, los jueces de California eran libres de condenar a la pena de prisión —y estaban incluso más dispuestos a hacerlo desde el momento en que supieron que el condenado ya no iba a cumplir largos períodos indeterminados—. No es, por tanto, sorprendente que haya habido un incremento en la pena de prisión para delitos poco graves. Así que cabe preguntarse qué es lo que demuestra el aumento de la población reclusa de California: ¿es el proporcionalismo el que conlleva la severidad o la ausencia de unos criterios basados en el merecimiento lo que incrementa (en un período de actitudes punitivas) el número de personas enviadas a la cárcel?

Si el merecimiento es el responsable de una mayor severidad sería de esperar que aquellos Estados que han rechazado este modelo

24. Véase Cohen y Tonry (1983, 353-411).

25. *Ibid.*, p. 383.

26. Para un análisis más extenso véase von Hirsch y Mueller (1984, 267-270). California ha promulgado algunos mínimos obligatorios que requieren prisión en algunos casos, pero no hay ningún otro principio sistemático que limite la imposición de prisión en los casos más graves.

27. Von Hirsch, Knapp y Tonry (1987, 76-83).

28. *Ibid.* Véase también, respecto de las guías penológicas, New York State Committee (1985).

29. Véanse las referencias en la nota 17.

fueran menos draconianos. Pero ¿lo han sido? Me viene a la memoria el caso de Nueva York. Nueva York es comparable demográficamente a California (ambos Estados tienen grandes ciudades con numerosos sectores de población pobre) y en lo referido a las políticas de ley y orden (el delito es una cuestión política crucial en ambos). Nueva York, sin embargo, nunca ha adoptado una reforma penológica basada en el merecimiento y ha hecho un mayor uso de penas con un mínimo legal inamovible (*mandatory minimum sentences*) de carácter claramente incapacitador²⁷. La ausencia de un modelo de justicia no ha comportado, contrariamente a las tesis de Hudson, un menor castigo en Nueva York: la población reclusa en este Estado ha aumentado más del triple en las últimas décadas.

En 1985 Nueva York adoptó el principio de proporcionalidad de las sanciones. Se estableció una comisión penológica y se propusieron unas guías que habrían dado (si bien de una forma aún un poco tosca) un mayor peso a la gravedad del delito en el momento de decidir la pena. La propuesta, si bien habría comportado un aumento moderado de las penas, se consideró demasiado benévola y fue rechazada. Encabezando el rechazo estaba el fiscal general de Manhattan, antiguo miembro de la comisión. Los fiscales, dijo, ya tienen amplios poderes para condenar a prisión con los mínimos legales existentes. Las guías sólo conseguirán diluir estos poderes y, al eliminar la posibilidad de encarcelar por segundos delitos, limitar la discreción de traspasar las franjas de severidad establecidas en ellas. Si el proporcionalismo conlleva mayor severidad, los sectores más conservadores de Nueva York no se enteraron²⁸.

Los criterios de California estaban plasmados en leyes y, por tanto, eran vulnerables a las presiones de «ley y orden» del cuerpo legislativo. La insatisfacción con estos criterios, a principios de 1970, supuso el surgimiento de las comisiones penológicas. Se pensó que una comisión no estaría tan sometida a estas presiones y tendría más tiempo y experiencia para dedicarse a elaborar unas guías.

¿Cuál ha sido la experiencia de las guías penológicas? Algunas, destacadamente las guías federales de Estados Unidos, son desvergonzadamente draconianas. Sugieren la reducción en un 50% de la imposición de la suspensión de la pena y un enorme incremento del uso de la pena de prisión²⁹. Sin embargo —como acabo de mencio-

nar— estas guías rechazan expresamente el modelo del merecimiento.

¿Qué ha sucedido con las guías que se han desarrollado de acuerdo con el principio de proporcionalidad? Un ejemplo destacable es el de Minnesota, que ha funcionado desde 1980³⁰. Las guías de Minnesota, en su versión original, graduaron las penas de acuerdo con la gravedad de los delitos; y generalmente limitaron las penas de prisión a delitos violentos y otros graves, excepto en aquellos casos en que el delincuente tuviera numerosos antecedentes penales. Durante la primera década de su funcionamiento estas guías han tenido bastante éxito al conseguir limitar el aumento de las penas. Las guías tenían como objetivo lograr que las condenas a prisión no excedieran de la capacidad de las prisiones —y durante mucho tiempo lo consiguieron³¹.

Pero ni Minnesota está libre de las olas de pánico al delito, y una de ellas tuvo lugar en 1988 a continuación de una serie de homicidios morbosos en Minneapolis. Confrontada con las presiones del legislador, la comisión penológica incrementó significativamente las penas de prisión para los delitos violentos. Sin embargo, la comisión fue capaz de imponer su *quid pro quo*: en las guías se reevaluó el peso que debía darse a los antecedentes, de forma tal que se impedía el encarcelamiento de los delincuentes reincidentes por delitos menores contra la propiedad³².

El cambio se realizó para conseguir mantener una cierta proporcionalidad en todo el sistema y para limitar el aumento de población reclusa que de otra forma se hubiera producido. Si estas guías no hubieran existido, sospecho que las penas de prisión por delitos violentos hubiesen aumentado aun más; pero no hubiese existido la reducción compensatoria para los infractores contra la propiedad. (De hecho, sin las guías no hubiera existido ningún medio para asegurar que los jueces recurriesen menos a la prisión para los infractores reincidentes contra la propiedad).

Cuando se intenta establecer el vínculo entre una teoría penológica y la severidad penal se necesita un cierto realismo. Una teoría penológica no puede, como si fuese (el rey) Canuto³³, evitar que las aguas se desborden. Si las presiones de «ley y orden» son muy inten-

30. Para un análisis de estas guías véase von Hirsch, Knapp y Tonry (1987), cap. 5.

31. *Ibid.*, caps. 5 y 8.

32. Los cambios se realizaron a fines de 1989 y se encuentran en el *Minnesota Sentencing Guidelines Annotated* (1990), IIB y IV. Para una discusión más extensa de los cambios recientes en las guías penológicas de Minnesota, véase von Hirsch y Greene (1993).

33. ¡Con mis disculpas al rey Canuto!

sas en un Estado, aumentará la severidad penal, sin que ninguna teoría pueda evitarlo. Los incrementos de penas se entienden mejor con referencia a las dinámicas políticas subyacentes y éstas han sido claras en Estados Unidos durante los ochenta e inicios de los noventa: un aumento del resentimiento público respecto del crecimiento del delito, identificación del delito con grupos minoritarios y pobres y un ambiente de oportunismo político que ha favorecido la posición oficial de «ley y orden». Todo lo que puede hacer una teoría penal es ofrecer razones para limitar el aumento de penas. La cuestión —que trato a continuación— es qué teoría, si utilitaria o de justicia, está en mejor disposición de suministrar estas razones.

III. LAS RAZONES PARA LIMITAR LA SEVERIDAD PENAL: JUSTICIA O UTILIDAD

Una teoría proporcionalista ¿es más o menos severa? Una objeción principal ha sido siempre que esta teoría no suministra ninguna respuesta. Todo lo que el principio de proporcionalidad requiere es que las penas reflejen la severidad comparativa de los delitos y unos ciertos límites máximos que impidan aumentar la escala penal. Así que, si bien la teoría puede *permitir* una reducción considerable de penas, no obliga a este resultado; y de hecho puede incluso conllevar un cierto aumento de las penas. El proporcionalismo, dicen sus críticos, a pesar de todas sus pretensiones de liberalismo, se adapta bien a penas severas.

Pienso que ya he contestado a esta crítica en el capítulo 5. Un teórico del merecimiento no tiene por qué ser agnóstico en la discusión acerca de dónde situar el punto de anclaje. Mi sugerencia es rechazar la concepción optimizadora de la prevención como base del punto de anclaje y ofrecer una versión alternativa como base de una estrategia reduccionista que haga disminuir los niveles de penalidad de forma significativa. No pretendo que esta conclusión venga impuesta por el principio de proporcionalidad, pero he sugerido por qué es coherente con la concepción de la persona como agente moral, que también subyace en el principio de proporcionalidad.

El crítico quizá me replique que no todos los partidarios del principio de proporcionalidad estarán de acuerdo con mi punto de anclaje (y si no lo están, la indeterminación del modelo del merecimiento sigue en pie). Pero la objeción ahora se ha debilitado. El crítico ya no puede afirmar que es imposible desarrollar una concepción del punto de anclaje que sirva para reducir las penas. Más

bien, puede darse el caso de que algunos teóricos del merecimiento rechacen esta concepción y prefieran continuar apoyando penas proporcionales, pero severas. Sin embargo, el riesgo —de que alguien elija algunos aspectos de una teoría, pero no otros— parecería endémico a cualquier concepción del castigo que uno idease.

Quizá deberíamos desviar nuestra atención de los detalles de la teoría a sus implicaciones más amplias. ¿Qué tipo de política penal alienta el proporcionalismo? ¿Cómo se compara con la otra gran alternativa actual de limitar el castigo, el utilitarismo penal?

La versión más visible de utilitarismo penal fue una vez el modelo del tratamiento: se suponía que la política penal (incluyendo la pena) debía promover la resocialización del infractor. La fe en la resocialización —por lo menos como el fin primordial de la pena— ha decaído en las décadas recientes³⁴. Con el declinar del ideal resocializador el utilitarismo penal no ha desaparecido, sino que ha desviado su énfasis a otros fines preventivos, especialmente el de prevención general e incapacitación. Si el castigo no puede curar a los delincuentes, se arguye, hay formas más realistas de reducir el delito: a saber, intimidando a los infractores potenciales e incapacitando a los existentes.

Estas estrategias preventivas e incapacitadoras presentan un riesgo especial de escalada penal. Existe no sólo el peligro de un aumento global de las penas (si una pena no consigue prevenir o incapacitar, ¿por qué no aumentarla?), sino, además, particularmente, el peligro de un incremento desproporcionado para aquellos infractores objeto de una especial atención. Lo que hace que estas estrategias sean tan preocupantes es su atractivo para el sentido común. Si bien es difícil imaginar programas de tratamiento que funcionen a nivel general, ¿por qué no pueden ser los delincuentes intimidados o separados de la comunidad? Es dudoso que estas estrategias preventivas puedan conseguir los objetivos que prometen³⁵. Sin embargo, el utilitarista puede aducir: «¿qué nos impide mejorar si continuamos afilando nuestras técnicas preventivas?».

La teoría del merecimiento suministra argumentos para resistir estas tentaciones. La concepción que inspira la teoría de la proporcionalidad se basa en la noción de equidad. La eficacia preventiva —el impacto de la reforma penal en los índices del delito— no es el principal criterio de éxito. Si se aplica el modelo de justicia y no se

34. Véase Allen (1981).

35. Respecto de la eficacia limitada de las técnicas preventivas actuales disponibles para reducir los índices del delito, véanse por ejemplo National Academy of Sciences, Panel on Research on Criminal Careers (1986) y von Hirsch (1988).

reduce el delito, ello no es un indicador del fracaso de la teoría. De hecho, como ya he observado, la mayoría de los teóricos del merecimiento son bastante escépticos de que puedan conseguirse reducciones significativas del delito mediante cambios en las prácticas y concepciones penológicas. Por el contrario, las reformas penológicas deben evaluarse por su éxito a la hora de graduar la respuesta penal a la gravedad del delito. Como la incidencia en el delito no es el criterio principal, la teoría suministra menos tentaciones para aumentar los castigos con la esperanza de conseguir un impacto preventivo. De hecho, la comisión penológica de Minnesota optó por el merecimiento en vez de por la incapacitación al redactar sus criterios porque no quería presentar su modelo como un medio de reducir el delito —y luego, si éste continuaba incrementándose, verse presionada a recurrir a penas más severas³⁶.

Los criterios del merecimiento también evitan las formas más terroríficas de utilitarismo penal como las de incapacitación selectiva. Esta última estrategia pretende la imposición de penas mucho más largas a los delincuentes de «alto riesgo» —esto es, aquellos que puedan cometer delitos graves repetidamente—. Utiliza criterios de riesgo, con escasa relación con la gravedad del delito —como antecedentes penales, abuso de drogas, falta de escolarización y desempleo³⁷—. Una concepción penológica proporcionalista impediría esta táctica, porque se basa en factores que nada tienen que ver con la reprochabilidad de la conducta y también porque (para conseguir algún impacto preventivo considerable) implica condenas totalmente dispares de los considerados peligrosos respecto de aquellos otros condenados por delitos similares³⁸.

¿Se podrían objetar estas estrategias preventivas sin necesidad de recurrir al merecimiento? Se puede intentar, pero los argumentos son más débiles. Tomemos de nuevo el ejemplo de la incapacitación selectiva: Elliott Currie dedica gran parte de su libro de 1985 a criticar esta estrategia, pero para ello no quiere recurrir al merecimiento³⁹. En vez de eso ofrece toda una serie de argumentos técnicos relativos a por qué la incapacitación selectiva no puede funcionar. (La respuesta a estos argumentos podría ser: ya que esta estrategia no sale muy cara, ¿por qué no probar y ver si *efectivamente* funciona?) A su discusión le falta la dimensión moral crucial: es *incorrecto*,

36. Von Hirsch, Knapp y Tonry (1987, 88-89).

37. Véase Greenwood (1982) para una descripción de esta estrategia. Las críticas pueden verse en las referencias citadas en la nota 35.

38. Von Hirsch (1985), cap. 11; von Hirsch (1988).

39. Currie (1985, 81-101).

y no sólo ineffectivo o contraproducente, castigar mucho más a algunos atracadores en tanto que otros reciben condenas mucho más cortas por delitos similares.

Una respuesta que a veces se utiliza es la de reafirmar la resocialización. El tratamiento, se dice, es un concepto más humano que la prevención o la incapacitación; y actualmente está ampliamente aceptado que la cárcel raramente cura las tendencias criminales. Supuestamente, una vuelta a la resocialización allanaría el camino a unas políticas penales menos severas⁴⁰. Sin embargo, las ideologías no pueden ser revitalizadas con la simple voluntad. La ideología resocializadora era tan atractiva en décadas anteriores debido a que la gente creía efectivamente que los delincuentes podían ser curados. Pero esta afirmación es hoy escasamente creíble: a pesar de un cierto éxito con algunos programas, este éxito continúa siendo esquivo con la mayoría de los infractores⁴¹.

También puede dudarse del supuesto humanismo intrínseco del tratamiento. La ideología resocializadora ofrece pocos límites, si es que ofrece alguno, respecto de la severidad de los tratamientos. La resocialización ha tenido una plasmación preocupante en el pasado, en formas tales como penas largas e indeterminadas con el objeto de proporcionar un tratamiento. Las nuevas técnicas resocializadoras también pueden ser menos benévolas de lo que sugieren sus proponentes. Especialmente, el tratamiento de las drogodependencias puede ser bastante gravoso: residencia obligatoria en algún centro comunitario, prácticas de tratamiento bastante rebuscadas y controles continuos de drogas y orina para detectar el consumo. La dura acción puede ser también larga: un reciente resumen de investigaciones muestra que los tratamientos deben aplicarse durante noventa días o más para conseguir algún efecto⁴². Al infractor drogodependiente se le pueden imponer, sobre una base resocializadora, intervenciones intensas como éstas —en vez de penas más modestas basadas en el merecimiento por sus delitos leves⁴³.

Una buena forma de comprobar los méritos del modelo de justicia y del utilitarista es examinar su aplicación a las sanciones inter-

40. Cullen y Gilbert defienden esta pretensión, así como también lo hace Barbara Hudson. Sin embargo, no todos los autores de una orientación política semejante estarían de acuerdo: Thomas Mathiesen, por ejemplo, se mantiene muy crítico con el modelo del tratamiento. Véanse Cullen y Gilbert (1982) y Hudson (1987, 170-176). Pero también Mathiesen (1990), cap. 2.

41. Véase von Hirsch y Mahler (1992).

42. Anglin y Hser (1990).

43. Von Hirsch y Maher (1992).

medias. Han existido, como ya expuse en el capítulo 7, dos grandes problemas en el desarrollo de estas penas. Primero, las sanciones han sido frecuentemente aplicadas a delincuentes menores porque se percibe que estas personas son más cooperadoras con los nuevos programas. Segundo, se recurre a la pena de prisión para aquellos que infringen reglas técnicas de la pena alternativa, y con ello en última instancia se incrementa el uso de la prisión. Como hemos visto, la teoría del merecimiento ofrece una respuesta: las sanciones intermedias más graves no deben emplearse para delitos poco graves y debería haber límites a las penas que se pueden imponer en caso de incumplimiento. Las teorías utilitaristas no ofrecen estos límites: el incumplimiento, por ejemplo, podría ser tratado como un indicador de mayor riesgo que justificase la pena de prisión.

IV. LOS ARGUMENTOS CONTRA LOS «MALES SOCIALES SUBYACENTES»

Otra serie de críticas a la teoría del merecimiento se refieren a su supuesto fracaso a la hora de afrontar algunos males sociales subyacentes, como las causas del delito o la posible discriminación del sistema penal en estadios anteriores. Déjenme examinar estas objeciones.

1. En ocasiones se acusa a la teoría penológica proporcionalista de «culpar a la víctima»⁴⁴. Se afirma que las malas condiciones sociales son las realmente responsables del delito (o al menos de una gran parte del delito). La teoría del merecimiento desvía la atención de estas condiciones al centrarse en el carácter supuestamente reprochable del comportamiento de los infractores —cuyos delitos se originan en gran medida debido a estas condiciones económicas victimizadoras.

Estas son críticas válidas a las teorías utilitarias más conservadoras, como las de James Q. Wilson. En un pasaje repetidamente citado, Wilson argumenta que el gobierno no está en posición de remediar estos males sociales; más aun: ni siquiera necesita intentarlo porque el delito puede ser tratado con medidas preventivas más eficaces⁴⁵. En este caso sus propuestas para mantener el orden público se hacen a expensas de medidas para aliviar la injusticia social.

Sin embargo, ésta *no* es una posición que deba ser adoptada por la teoría del merecimiento. Un Estado moderno debería ser capaz de

44. Hudson (1987, 164-169).

45. Wilson (1975, 42-57).

aliviar la pobreza y la desorganización social. Los Estados europeos que han hecho esfuerzos reales (si bien es cierto que costosos) en esta dirección han obtenido algún grado de éxito; y en los Estados Unidos no es tanto un problema de incapacidad como de falta de ganas de hacer el esfuerzo y el dispendio. Yo tampoco estaría de acuerdo con Wilson en que es posible, sin aliviar la miseria, reducir el delito meramente con un cambio de técnicas preventivas. No es por casualidad por lo que Fráncfort o Estocolmo son más seguras que Boston o Filadelfia, y las razones de ello tienen más que ver con las condiciones de vida que con la efectividad del sistema penal.

La política penal no es un buen instrumento ni para reducir el delito ni para promover reformas sociales. (Los programas resocializadores, a pesar de la retórica de sus defensores, tampoco pueden alterar las injusticias sociales básicas.) Si queremos una sociedad más equitativa, deberemos desarrollar y pagar programas sociales. Éstos quizá ayuden también a reducir las condiciones criminales, a pesar de que no se esté seguro de en qué medida o cuándo.

El castigo de las personas condenadas, sin embargo, no puede esperar hasta que se remedien los males sociales subyacentes, ni puede abandonarse una vez éstos se arreglen. El delito (incluso el grave) se dará en cualquier contexto. Así que la cuestión es inevitable: cuando se deba condenar a los infractores (como sucederá en más o menos casos), ¿qué teoría puede ayudar a asegurar que esto se realice con la menor de las injusticias? Reformar los males sociales (deseable y esencial como es) no es un sustituto para conseguir que las penas sean más proporcionadas o justas.

La experiencia en Suecia y Finlandia ilustra este aspecto. Ambos países han tenido durante décadas unos programas estatales sociales que cubren desde el desempleo hasta la salud y cuidado de los niños. Estos programas, indudablemente, han ayudado a erradicar la miseria y la distribución de la riqueza quizá haya contribuido a una ausencia relativa de violencia y desorden. Sin embargo, el delito no ha desaparecido en estos países y con él la necesidad de una política penológica inteligible. Finlandia y Suecia adoptaron una política proporcionalista porque pensaron que ofrecía una guía más clara y justa. No obstante, la adopción de estas leyes no se vio como un sustituto de los programas sociales. Si uno preguntase a los redactores del proyecto si éste daba respuesta a los males sociales restantes, la respuesta habría sido desde luego que no —porque ello es tarea de las medidas sociales y no de la legislación penal.

2. Los teóricos del merecimiento afirman que —si bien su modelo no remedia la desigualdad social— no deja a los delincuentes

económicamente desfavorecidos en *peores* condiciones. Los factores determinantes de la gravedad del delito (y, por tanto, de la severidad de la pena) se refieren primariamente al daño y al propósito criminal. Los factores sociales (como el *status* profesional, la educación, la edad, etc.) son de poca importancia. El merecimiento, en este sentido, es preferible a las estrategias utilitarias, ya que estas últimas permiten la consideración de factores sociales que aun empeoran más la suerte de los delincuentes que provienen de un medio social desfavorecido: el desempleo, la falta de formación, la ausencia de residencia y así sucesivamente pueden incrementar la pena al ser indicadores de riesgo⁴⁶.

Barbara Hudson replica que estas afirmaciones están desencaminadas. Los acusados indigentes están en desventaja en todas las fases del sistema penal previas a la condena. Estas desventajas —que van desde una defensa legal inadecuada a la mayor probabilidad de prisión preventiva— provocan que puedan recibir acusaciones más serenas que sus colegas, más privilegiados, que han cometido un delito similar. Estas acusaciones más severas, en un modelo de justicia, comportarán penas más severas. Por tanto la supuesta neutralidad del merecimiento es una quimera. Para evitar estas desventajas en las fases previas, deberían tomarse en cuenta expresamente las condiciones sociales de los acusados indigentes como circunstancias atenuantes. En consecuencia, Hudson reclama menos atención al merecimiento y más a una variedad de factores «no jurídicos»⁴⁷.

Uno se pregunta no obstante acerca de la coherencia del punto de vista de Hudson. Si su explicación crítica del funcionamiento del sistema penal es correcta, ¿qué le hace pensar que, en caso de que se rechace el merecimiento, los factores «no jurídicos» considerados, que ella reclama, serían de su agrado? ¿No serían estos factores no jurídicos usados precisamente contra las denominadas «clases peligrosas» en favor de objetivos incapacitadores que tratan la pobreza social como un indicador de mayor riesgo?

Es esencial adoptar una perspectiva consecuente. Se puede empezar con una perspectiva ideal: cómo debería ser la política penológica en una sociedad razonablemente justa (o, por lo menos, no manifestamente injusta). En este contexto, hay razones para que el castigo refleje la reprochabilidad de la conducta y no factores sociales. Puede haber excepciones para aquellos factores sociales que tienen una relación directa con la reprochabilidad de la conducta.

46. Von Hirsch (1976, 147-148).

47. Hudson (1987), cap. 4.

Martin Gardner⁴⁸ ha sugerido que la miseria extrema reduce la culpabilidad del autor que realiza el hecho, y que, por tanto, debería ser tratada como circunstancia atenuante. Asumiendo que la sociedad tuviera sólo unas pocas bolsas de pobreza se recurriría a esta atenuante sólo excepcionalmente. A continuación, podemos centrarnos en la cruda realidad del mundo, de la que habla Hudson, en el cual la miseria está más extendida y los pobres están en clara desventaja en el sistema penal. En este contexto, sin embargo, puede ser arriesgado recurrir a factores «no jurídicos». Si los índices del delito son altos, será más difícil conseguir que la pobreza sea una atenuante que disminuya el castigo para un gran número de infractores. Recurrir a los factores sociales puede producir justo el resultado opuesto: la entrada de consideraciones de riesgo que aun empeore la situación de los acusados pobres. Lo que uno no puede, sin embargo, es razonar en ambas direcciones: criticar el modelo de justicia desde una perspectiva realista y, al mismo tiempo, desde una perspectiva utópica reivindicar la aplicación inmediata de factores «no jurídicos».

V. EL CONTEXTO DE LAS REFORMAS PENOLÓGICAS

Las generalizaciones han devenido sospechosas estos días. En ningún sitio está este escepticismo más justificado que en las reformas del sistema penal. Las tendencias punitivas, posteriores a las reformas penológicas proporcionalistas, han variado mucho de un sitio a otro. En Finlandia la promulgación de la reforma penológica por ley de 1976 fue seguida de una disminución importante de la población reclusa⁴⁹. En Minnesota, como hemos visto, la historia fue más complicada. En California, la ley de penas determinadas tuvo poco éxito a la hora de reducir el número de encarcelados, en un contexto político en el que las cuestiones referidas al delito se habían vuelto visibles y controvertidas.

Las previsiones de las reformas actuales y de las futuras también varían con las estructuras políticas e institucionales de cada Estado y con la forma en que se apliquen. Los modelos proporcionalistas no tienen, como parecen asumir sus críticos, una dinámica intrínseca inevitable. Para ver cómo influye el contexto quizá sea bueno contrastar dos reformas recientes orientadas por la proporcionali-

48. Gardner (1976, 804-805).

49. Véanse Lang (1989) y Lappi-Seppälä (1992, 116-118).

dad: la ley de reforma penológica de 1988 en Suecia y la ley (*Criminal Justice Act*) de Inglaterra de 1991. La ley sueca fue aprobada por el Parlamento en los momentos en que gobernaba el partido socialdemócrata. En Inglaterra, una ley con una filosofía semejante y estructura análoga fue aprobada con un gobierno conservador. Ambas leyes son demasiado recientes para evaluar su aplicación. Pero aun así seguramente es simplista asumir que la ley «socialdemócrata» sueca conllevará menos castigos y la «conservadora» inglesa mayores penas. Lo que puede afectar a ambas quizá sea alguno de los siguientes factores:

1. Los niveles de pena de un Estado responden a las demandas de «ley y orden»: cuanto más se centra el debate político en la supuesta necesidad de penas severas, más difícil es resistirse al aumento.

El gobierno de Margaret Thatcher hacía declaraciones periódicas feroces respecto al delito, pero no tenía como prioridad aumentar las penas. No se presentó ninguna reforma destinada a incrementar las penas. Se aprobó una ley en 1984 para dotar de más derechos al detenido por la policía⁵⁰. El informe (*White Paper*) de 1989 referente a cuestiones penológicas reclamó expresamente un menor uso de la prisión para los condenados por delitos contra la propiedad⁵¹. El conservadurismo (desde luego extremo) de la política de la Thatcher se concentró en otras áreas: asistencia social, impuestos, educación y derechos de los trabajadores. La aprobación de la ley (*Criminal Justice Act*) de 1991 fue, sin duda, facilitada por el hecho de que «ley y orden» no era una cuestión política fundamental.

Sin embargo, en la primavera de 1993 (justo unos meses después de la entrada en vigor de la ley y cuando este libro ya estaba en imprenta) el ambiente empezó a cambiar. La «ley y el orden» se está convirtiendo en un tema para ambos partidos, con el primer ministro proclamando la necesidad de una «cruzada» contra el delito. Se oyen exigencias de políticos y jueces para alterar la ley de 1991 y hay indicios de que algunas de sus previsiones van a ser reducidas o eliminadas⁵².

En Suecia la situación ha sido un poco distinta. En las elecciones de 1991 ganó finalmente la coalición conservadora y debía cuidarse

50. *Police and Criminal Evidence Act* (1984).

51. UK Government White Paper (1990). Unos comentarios a este informe pueden verse en Wasik y von Hirsch (1990).

52. Los días-multa pueden ser eliminados, así como también la Sección 29 de la ley que impone ciertas restricciones a la importancia que los jueces pueden conceder a los antecedentes penales. (El sistema de días-multa fue abolido por la *Criminal Justice Act* de 1993. Los cambios que ello comportó pueden consultarse en Ashworth [1995, 263] [N. de la T.]).

de criticar los programas de asistencia social, que gozaban de amplio apoyo popular. La ley y el orden era uno de los pocos temas que los conservadores podían usar para criticar a los socialdemócratas, y lo hicieron. El nuevo gobierno ha apoyado el aumento de las penas de prisión —y ha reformado los requisitos para conceder la libertad condicional—. No obstante, las restricciones fiscales impiden un gran aumento de las penas⁵³ y —a pesar de las protestas de algunos políticos conservadores— no ha habido un esfuerzo consecuente para alterar la estructura básica de la ley penológica de 1988.

2. La letra pequeña (esto es, las cuestiones específicas de cada ley) tiene su importancia, como también la tradición judicial. La ley sueca describe las exigencias de proporcionalidad con bastante extensión —y los requisitos legales se ven complementados con unos antecedentes legislativos que se espera que los jueces consideren—. La ley inglesa no es tan precisa: por ejemplo, el artículo que exige que los delitos condenados a penas de prisión sean «graves» está escasamente detallado⁵⁴. Se acompaña de una disposición, destinada a reducir el peso de los antecedentes penales, también redactada de forma un tanto oscura⁵⁵. El impacto de estas prescripciones en los índices de encarcelamiento depende de lo seriamente que sean tomadas por los jueces. Una directiva más clara quizá hubiera tenido mayores efectos.

3. Las disposiciones adicionales subordinadas a la condena principal también pueden tener un impacto considerable —especialmente las que se refieren a la libertad condicional—. La ley inglesa ha pospuesto la posibilidad de la libertad condicional del cumplimiento de un tercio a una mitad de la condena —pero al propio tiempo exige la puesta en libertad automática cumplida la mitad de la pena para los reclusos con penas cortas⁵⁶.

Los efectos de estos cambios están aún por ver. Suecia también ha considerado introducir cambios en la libertad condicional —de una mitad a dos tercios de la condena—. El comité legislativo que propuso la ley de 1988 recomendó, para contrapesar los efectos de este cambio, reducir los mínimos y máximos de las penas⁵⁷. El nuevo gobierno sueco se opuso a esta recomendación y acaba de aprobar el retraso de la libertad condicional sin haber recortado el tiempo mi-

53. Los aumentos de la duración de la condena comportarán mayores gastos de construcción de las cárceles, a no ser que se altere la política actual de un preso por celda.

54. Véase *Criminal Justice Act* (1991), s. 1 (2) (a); Ashworth (1992, 228-231).

55. *Criminal Justice Act* (1991), s. 29; Ashworth (1992, 151-152).

56. *Criminal Justice Act* (1991), s. 33; Wasik y Taylor (1991), cap. 5.

57. Fängelsestraffkommittén (1986).

nimo de las penas. Para aquellas condenas que se vean afectadas, el efecto de la reforma de la libertad condicional será, aproximadamente, el de un incremento de una sexta parte del tiempo de privación de libertad. (Sin embargo, la reforma afecta sólo a las condenas de prisión entre dos meses y dos años, así que la mayoría de las condenas, que en Suecia son inferiores a dos meses, no se verán afectadas.)

Al examinar los efectos de las leyes en Suecia e Inglaterra también debemos recordar el contexto europeo más amplio: especialmente las tendencias hacia un mayor castigo. La reciente apertura al Este ha producido sus dislocaciones —y con ellas las posibilidades de un aumento del delito y del miedo al delito—. Incluso países como Alemania y Austria —que hasta el presente han tenido bastante éxito a la hora de mantener una población reclusa baja⁵⁸— pueden empezar a verse presionados para que varíen sus políticas penales. Si empiezan las presiones políticas en los países europeos para reducir las políticas penales, ninguna teoría penal (incluida la del merecimiento) será capaz de frenarlas.

Lo que sí puede hacer una teoría penal es no suministrar justificaciones para un incremento penal y ayudar a que su impacto sea menos desigual. Sobre estas bases me parece preferible una perspectiva penológica proporcionalista. Está menos preocupada por el impacto preventivo de esta o aquella pena y más por una distribución justa de los castigos. Esto hace que sea más difícil destacar algunos delitos o algunos infractores que provocan alarma pública en un determinado momento —drogas, robos o lo que sea— para imponerles penas desproporcionadas. Un incremento modesto *pro rata* tiene el mismo impacto en las estadísticas de población reclusa que un gran incremento de penas concentrado en algunos delincuentes o delitos. Sin embargo, en términos de impacto en sus vidas, lo último es mucho más devastador.

Estas cuestiones deben ser estudiadas más a fondo. De todos modos, mi punto de vista básico es que si hablamos de políticas penológicas debemos tomarnos la política en serio y observar el contexto político de un determinado sistema penal. Las generalizaciones no sirven.

58. Véase Graham (1990).

LA ASPIRACIÓN A UNA JUSTICIA PENAL

La premisa de este libro ha sido que un sistema penológico debería intentar ser justo —o, como mínimo, lo menos injusto posible—. Como el lector ha observado, son las pretensiones de justicia, no las de eficacia en el control del delito, las que subyacen en el principio de proporcionalidad. La aspiración a la justicia parecería un objetivo indiscutible de un sistema sancionador decente y humano. Y aun así, este fin ha suscitado diversas objeciones, siendo tema recurrente el de si lograr la justicia penal está más allá de las capacidades o legítimas aspiraciones de un Estado moderno. Estas objeciones pueden resumirse del siguiente modo:

- 1) Un sistema legal debe operar con reglas, y los modelos penológicos proporcionalistas (con su énfasis en tratar casos similares de forma semejante) requieren de éstas. Las reglas jurídicas, no obstante, inevitablemente tratan casos *desiguales* de forma similar y con ello crean sólo una apariencia de equidad.
- 2) Un modelo del merecimiento asume que la conducta delictiva es dañina y que por ello merece un reproche por medio de la sanción penal. Ello presupone un consenso acerca del bien y el mal y un derecho penal capaz de dar una expresión de autoridad a este consenso. Sin embargo, en una sociedad moderna industrial (o post-industrial) estas condiciones no existen.
- 3) Muchos delinquentes provienen de sectores sociales pobres. La reprochabilidad de su conducta es dudosa, dadas las escasas oportunidades que tienen de respetar la ley. Hablar de estos delinquentes menos privilegiados como merecedores de castigo e intentar calibrar sus castigos en función de qué pena merecen es una ficción.
- 4) La proporcionalidad, con su énfasis en tratar de forma igual a

los condenados por conductas similares, entra en conflicto con otro valor: el de la benignidad. Cuando se produce este conflicto, un sistema penal humano debería optar por la benignidad.

Cada una de estas objeciones, especialmente las dos últimas, merecen más atención que la que les puedo proporcionar en este breve epílogo. Pero permítanme expresar brevemente por qué no las encuentro convincentes.

I. TRATAR CASOS DESIGUALES DE FORMA SIMILAR

La proporcionalidad ordinal requiere que la conducta de una gravedad semejante sea castigada con una severidad aproximada, y que la conducta de distinta gravedad sea penalizada de forma tal que refleje las diferencias de gravedad existentes. Para cumplir este requisito se necesitan normas o criterios penológicos —para asegurar que los jueces hagan juicios coherentes acerca de la gravedad del delito y la severidad de las penas—. No obstante, estas normas, necesariamente, serán genéricas: tenderán a mezclar casos que, si se examinasen cuidadosamente, reflejarían un distinto daño o culpabilidad. Cuán genéricas sean depende de la forma que adopten estas normas. Las guías numéricas penológicas tienden a serlo bastante: imponen un castigo uniforme para una determinada categoría o subcategoría, excepto en casos especiales de agravación o atenuación. Los principios penológicos legales permiten una mayor diferenciación, ya que posibilitan el desarrollo de una jurisprudencia que distingue grados de daño y de culpabilidad dentro de una determinada categoría de infracciones¹. Pero incluso esta jurisprudencia deberá (si pretende evitar una complejidad inmanejable) tratar algunos casos desiguales de forma similar: las reglas jurídicas sólo son capaces de un cierto grado de refinamiento.

Algunos autores —como Michael Tonry en un artículo reciente²— se acogen a este hecho para afirmar que ningún modelo proporcionalista es capaz de alcanzar la verdadera justicia. Debido a que los criterios de proporcionalidad se basan en categorías legales, tenderán a juntar casos moralmente distintos. Al hacerlo, los criterios *pretenden* ser justos, pero de hecho son injustos.

Este argumento me sorprende. Adoptar los requisitos de la proporcionalidad es una cuestión de grado. Un sistema penológico pue-

de, en mayor o menor medida, castigar conductas similares de forma semejante. Pero ningún sistema penológico puede alcanzar el éxito *absoluto*, debido a los rasgos generalizadores de las reglas penológicas legales. De todos modos, un sistema detallado de criterios puede alcanzar un grado aceptable de proporcionalidad —que es, pienso, a todo lo que razonablemente puede aspirarse.

Lo que parece haber tras la objeción de Tonry es una perspectiva de «todo o nada». O los modelos penológicos proporcionales pueden conseguir una justicia absoluta, o, si ello no es alcanzable (como se admite que no lo es), debe abandonarse cualquier pretensión de justicia. Algunas veces esta posición adopta la afirmación de que los modelos preventivos quizá no sean justos, pero que por lo menos son honestos en sus fines represivos y no pretenden ser justos. Pero esta perspectiva de «todo o nada» —en cuestiones penológicas así como en otras áreas de política social— conduce sencillamente a ignorar la preocupación sobre la justicia o a transformarla en marginal o simbólica. Cuando esto sucede, se aplican políticas que no es que sean poco justas, sino que son sencillamente injustas.

La preocupación por el tratamiento de los casos desiguales desempeña un papel legítimo, pero es otro: el de suministrar una crítica de peculiares guías penológicas. Sin duda, es una desventaja de las guías penológicas numéricas, como las de Minnesota, que son muy genéricas, y dan poco realce, en categorías amplias de infracciones, a la diferenciación sobre la base del daño o la culpabilidad³. Lo que todo esto sugiere es que los criterios deberían ser sensibles (si bien no pueden ser perfectos) a las variaciones de gravedad.

II. CASTIGOS Y CONSENSO MORAL

La siguiente objeción se refiere a la ausencia de un consenso moral. Se dice que las sociedades tradicionales tienen un considerable grado de acuerdo acerca de lo que está bien y mal. Si algo se discute, existen figuras con autoridad a las que consultar. En una sociedad de este estilo sería relativamente fácil graduar los castigos de acuerdo con la reprochabilidad de la conducta. Sin embargo, nuestras sociedades no son así. Hay grupos en conflicto con distintas perspectivas de cómo la gente debe comportarse. Además el Estado no tiene precisamente una autoridad para resolver disputas éticas. En-

1. Véase el capítulo 8.

2. Tonry (1992).

3. Von Hirsch, Knapp y Tonry (1987, 54-56, 97-99).

tonces, ¿cómo puede, argumentan, determinarse de forma precisa el grado de lesividad de la conducta para construir un modelo penológico basado en el merecimiento?

Que en las sociedades modernas existe disenso sobre cuestiones jurídicas y éticas es innegable: obsérvense los perpetuos debates en materias como el aborto o el consumo de drogas. Las sanciones penales hacen una pobre labor cuando intentan regular estas áreas de disenso, lo que constituye una razón (pero no la única) de por qué deberían adentrarse en ellas con cautela. Sin embargo, si analizamos el núcleo con el que debería tratarse el derecho penal —la prohibición de delitos violentos, robos y estafas, y la compulsión de ciertos deberes básicos de ciudadanía como el pago de impuestos y la protección del medio ambiente—, se observa un alto grado de acuerdo⁴.

La objeción también se basa en un modelo erróneo de cómo debe determinarse la gravedad de los delitos. Acepta que el Estado, cuando procede a graduar la gravedad de los delitos, debe reflejar (o dar una expresión de autoridad), en toda su complejidad, las normas éticas más amplias de la sociedad. Pero quizá la tarea sea otra, más manejable. La gravedad de los típicos delitos con víctimas, como sugerí en el capítulo 4, puede ser evaluada analizando el daño y la culpabilidad que conllevan. El daño puede evaluarse por el impacto típico que produce en el estándar de vida de una persona; la culpabilidad, por el grado de intención o negligencia.

Es el Estado, y no la sociedad como un todo, el que castiga y el que a través de los castigos expresa censura penal. Lo que el Estado necesita, al decidir en qué grado castigar, son razones para fundar que un tipo de conducta es más grave que otra. Los juicios de daño y culpabilidad, a los que acabo de referirme, suministran estas razones. No es necesario buscar ni pretender reflejar un consenso social más amplio.

Es cierto que las cosas se complican a medida que uno se aleja del núcleo del derecho penal y se adentra en delitos (como los de drogas) que son discutidos⁵. Aquí el análisis se ve obstaculizado por la ausencia de una teoría adecuada de la criminalización —una teoría que indique cuándo y bajo qué circunstancias una conducta es suficientemente reprobable como para merecer el reproche penal—. Pero si evaluar la gravedad de estos delitos es más difícil, ello me parece una fortaleza y no una debilidad del modelo penológico proporcionalis-

4. Véase el capítulo 4.

5. Para las cuestiones éticas implícitas en la prohibición de las drogas, véase Husak (1992).

ta. Cuando se duda de si y por qué la conducta prohibida es dañina, no es sorprendente que sea difícil evaluar su grado de gravedad.

III. PROPORCIONALIDAD Y POBREZA

Ninguna sociedad moderna ha triunfado en la erradicación de la pobreza. En los Estados Unidos la pobreza y la desorganización social existen a gran escala y afectan a grandes segmentos de las poblaciones minoritarias. En Inglaterra la miseria existe en muchas vecindades e incluso en muchos países europeos con sistemas de seguridad social avanzados como Alemania o Suecia existen bolsas (y en Alemania del Este más que bolsas) de pobreza. Estos males persistentes plantean la cuestión de «pena justa en una sociedad injusta». Precisamente el rasgo distintivo del modelo penológico proporcionalista es que pretende castigar no sólo para prevenir conductas indeseables, sino con justicia. ¿Cómo puede ser el castigo justo en una sociedad que no es justa?⁶

Me ocupé de este tema hace casi dos décadas en el último capítulo de *Doing Justice*⁷, pero compliqué aun más la cosa. Allí me acogí a la teoría de la ventaja injusta del merecimiento, descrita y criticada en el capítulo 2 de este volumen. Esta perspectiva era esencialmente vulnerable a las críticas de «sociedad injusta». A no ser que sea efectivamente cierto que el sistema social de un país asegura beneficios mutuos a todos sus ciudadanos, el infractor no necesariamente sale ganando (o no gana mucho) del comportamiento obediencia de los otros; y por ello no se beneficia de una ventaja injusta del autocontrol de los otros cuando delinque.

Sin embargo, he llegado al convencimiento (como ya expuse) de que la teoría de la ventaja injusta es irrazonable y además no suministra una guía para responder a la pregunta de cuánto castigo se merece. Es más convincente, sugerí, una proporcionalidad basada en la censura que se centre en el papel del castigo como reflejo de la desaprobación de la conducta delictiva. Esta perspectiva de la censura no depende directamente de cuánto se beneficia supuestamente el infractor del cumplimiento de la ley de los demás. En vez de ello se concentra en cuánto daño produce o puede producir la conducta y cuán culpable es el autor del daño. El autor tratado injustamente aun

6. Véase también la discusión en el capítulo 10 acerca de la supuesta incapacidad del modelo penológico proporcionalista para remediar los males sociales subyacentes.

7. Von Hirsch (1976), cap. 17.

puede ser culpado por sus malas obras —especialmente cuando lesiona a otros que no son responsables de sus males—. Al pasar a una concepción del castigo reprobatoria, el tema de la pobreza varía. Ya no basta con apuntar las injusticias sociales; se necesita explicar por qué y hasta qué punto el hecho de la injusticia social altera el grado de daño de la conducta o la culpabilidad del autor.

Primero, ¿afecta la pobreza al grado de lesividad de la conducta? La denominada perspectiva «idealista de izquierda» defendía que el delito no era tanto un comportamiento intrínsecamente lesivo como una construcción social que servía a ciertos intereses de clase —especialmente los intereses de las clases dominantes de mantener a los pobres bajo control—. Si se reconocían los males sociales, seguía el argumento, podía cuestionarse el daño de la conducta denominada delictiva⁸.

En algunos delitos (por ejemplo prostitución, quizá delitos de drogas) esta perspectiva tiene un atractivo considerable. Sin embargo, respecto de algunos delitos más lesivos parece de color rosa. Esto lo han reconocido ahora los denominados «realistas de izquierda», quienes apuntan a la realidad de las agresiones, atracos y robos en las vecindades pobres —al daño causado no sólo a la persona individual sino a los vínculos de la comunidad⁹—. Cualesquiera que sean los efectos que produce la injusticia social, ésta no disminuye (de hecho aumenta) el daño de los delitos con víctimas.

Indudablemente el derecho penal tiende —con sus prohibiciones de conductas disruptivas— a sostener el orden social, bueno o malo. Pero, como ya han destacado Richard Sparks¹⁰ y David Garland¹¹, también tiene los efectos prácticos de ayudar a la gente común a proteger su vida, su seguridad y sus posesiones. No está nada claro si las funciones represivas de la ley predominan por encima de sus funciones protectoras.

Segundo, ¿la pobreza elimina o reduce la culpabilidad de los infractores? Las oportunidades económicas o sociales limitadas podrían dificultar que una persona venciese la tentación de delinquir. Y esta mayor dificultad para cumplir la ley, discutiblemente, comporta que la persona sea menos culpable si delinque. Pero ¿cómo de grande ha de ser la dificultad de obedecer para que se acepte la pretensión de reducir la culpabilidad? Y si se acepta, ¿en qué grado debe reducirse la culpabilidad?

8. Sparks (1980, 159-210).

9. Lea y Young (1984).

10. Sparks (1980).

11. Garland (1991), cap. 5.

Si esta discusión prosigue, quizá aceptemos un factor atenuante para aquellos que han sufrido una pobreza intensa que les ha dificultado considerablemente su respeto a la ley¹². Lo que no es defendible, sin embargo, es la consecuencia amplia que los críticos pretenden derivar: que la pobreza socava en general la legitimidad de las sanciones proporcionales. Incluso si admitiéramos que la miseria o la necesidad pueden mitigar la culpabilidad de los que la han padecido, está lejos de resultar claro por qué o cómo ello exime de culpa al grueso de los infractores. Esta última afirmación supone admitir la improbable asunción de que la pobreza es tan extrema que todos los infractores (o todos los infractores pobres) carecen prácticamente de la elección de delinquir o no.

De todas formas este tema es problemático. No sería fácil, ni siquiera en teoría, determinar cuándo la pobreza es suficientemente grave y está suficientemente relacionada con la conducta concreta para constituir un atenuante. Surgirían además problemas de cómo redactar claramente este atenuante de forma tal que fuese aplicable en la práctica. Intentar que este factor fuese aceptado por los modelos penológicos (como observé en el capítulo anterior) tropezaría con enormes obstáculos políticos en todos los Estados, excepto en aquellos en los que la pobreza es excepcional. Estas dificultades no deberían sorprender. Un modelo penológico, basado en cualquier teoría, apenas puede compensar los males sociales más amplios. Un modelo penológico proporcionalista por lo menos permite que surja la cuestión. Cuanto más se ignore la proporcionalidad, menos importancia tendrá la culpabilidad del autor —y por tanto habrá menos razones para sugerir que el infractor pobre merece menos castigo.

Entonces, ¿puede hacerse algo sobre la cuestión de la pobreza? Si, por un lado, las personas pobres (o alguna de ellas) pueden mere-

12. Unos pocos infractores pueden estar en situación de miseria y cometer algún delito para paliarla, i.e. los casos análogos al frecuentemente citado de quien en situación de hambre roba una barra de pan. Sin embargo, estas personas deberían quedar exentas de responsabilidad penal por medio de la eximente de estado de necesidad (véase Fletcher [1978, 774-798, 818-829]). Pero más frecuentemente la situación es otra: las opciones restringidas de la persona hacen que el respeto de la ley no sea imposible pero sí más difícil. En estas situaciones no es defendible que se exima al infractor *totalmente* de culpa. La afirmación más plausible es la realizada por Martin Gardner (citada en el capítulo 10) de que esta dificultad produce que las personas tengan *menos* culpa. Si, de todos modos, uno se pregunta por qué se reduce la culpabilidad de la persona, no basta una referencia general a su *status* social. Uno necesitaría alegar las razones particulares de por qué la pobreza, en estas circunstancias, era de tal naturaleza que dificultaba el cumplimiento de la ley. La realización de este análisis, sin embargo, reduciría el ámbito de la atenuación: la pobreza sería un indicador de culpabilidad reducida si, y sólo si, se dan ciertas circunstancias relativas a la situación del infractor y al tipo de infracción.

cer menos castigo que el previsto legalmente en toda su extensión, pero, por otro lado, reconocer estas circunstancias atenuantes tropezará con obstáculos prácticos y teóricos, sólo queda una posible solución: acordarse de estas cuestiones cuando se determinen los puntos de anclaje de la escala de penas. Ello apoyaría las recomendaciones que he realizado en el capítulo 5 de reducir los niveles globales de las penas.

IV. «BENIGNIDAD SOBRE PROPORCIONALIDAD»

¿Está en conflicto la proporcionalidad con la benignidad? Algunos críticos así lo afirman. Michael Tonry en un reciente artículo sostiene que «los defensores de un principio de proporcionalidad rígido necesariamente prefieren la igualdad a la minimización del sufrimiento»¹³. La opción, afirma, debería ser la inversa: la benignidad es lo primero. Si esto se acepta, entonces serían permisibles reducciones selectivas del castigo, incluso si infringen los requisitos de la proporcionalidad ordinal.

¿Por qué y cómo debería ceder la proporcionalidad en favor de la benignidad? Tonry ofrece dos casos que apoyan su tesis. Sin embargo, en un examen más detallado estos casos tienen menos implicaciones de las que él supone y su tesis pierde credibilidad cuando se intenta aplicar más ampliamente.

Tonry cita el caso de una persona ex-drogodependiente de un medio social pobre, que, contra todo tipo de obstáculos, ha conseguido llegar a ser mecánico en un taller y que (excepto por el delito pendiente) parece que está en camino de convertirse en un ciudadano responsable. En este caso, afirma, el infractor debería recibir una sanción más benigna que la que fuera proporcional a su delito¹⁴.

Ciertamente, hay algo atractivo en este caso. Incluso el Comité Sueco de la Prisión, que elaboró el proyecto de la actual ley basada en el merecimiento, propuso una circunstancia atenuante para aquellos casos en los que el infractor ha mejorado su situación a través de sus propios esfuerzos¹⁵. Si nos preguntamos por qué este caso es atractivo, las razones no son meramente consecencialistas. El Comité Sueco no sugirió rebajar las penas a los infractores que presen-

13. Tonry (1992).

14. *Ibid.*

15. La propuesta del Comité sugería una condena mitigada «cuando por medio de los propios esfuerzos del infractor se ha producido una mejora en su situación personal o social que influya en su carrera delictiva».

tan menos riesgo, sino sólo a los infractores que han mejorado su situación a través de su propio esfuerzo. La idea del Comité es que hay algo meritorio en quien ha realizado estos esfuerzos para vivir de acuerdo con la ley¹⁶.

¿Debería ello ser una circunstancia atenuante? Pueden existir, como ya mencioné en mi discusión de los modelos «mixtos» en el capítulo 6, desviaciones hacia abajo del marco de la proporcionalidad ordinal para aquellos casos que merezcan una simpatía excepcional. Lo que es discutible es si este caso particular debería ser generalizado¹⁷. Sin embargo, si uno concluye que sí y admite la reducción, ello no apoya la conclusión global de Tonry de que los requisitos de la proporcionalidad habrían de ser diluidos con carácter general. Vale la pena recordar en este contexto que el Comité Sueco trató este tema como una excepción explícita a su regla general de castigos proporcionales.

En otro artículo¹⁸ Tonry se refiere a otra situación en la que según él deben producirse «inmerecidas» reducciones de la pena merecida: a saber, cuando la escala está hinchada injustificadamente. El caso que cita es el de las guías penológicas federales norteamericanas. Estas guías prescriben actualmente pena de prisión para casi todos los delitos excepto los que están en el rango inferior de la escala. Para reducir la prisión propone en primer lugar una excepción referida al infractor primario: los jueces deberían estar autorizados para imponer una sanción no privativa de libertad a cualquier infractor que

16. El texto de las propuestas del Comité están en von Hirsch (1987, 191-195), y esta disposición particular está en *ibid.*, p. 193. La versión legal de esta disposición es distinta y un poco más amplia. Véase el Código Penal Sueco, s. 30:9. El texto de la ley está en von Hirsch y Ashworth (eds.) (1992, 302-307).

17. Para defender que ello es una excepción deberían abordarse dos problemas. Uno sería el de clarificar las bases normativas de la excepción. Mejorar la situación personal de uno en circunstancias difíciles puede tener un mérito, pero ¿por qué es éste un mérito que debe influir en la determinación de la pena? Me imagino que algunos tipos de mérito no deberían ser relevantes: el castigo de mi delito no debería disminuir por el hecho de que yo realice una obra de caridad o rescate a una persona en apuros. ¿Por qué entonces es el mérito del ejemplo del mecánico distinto? El otro problema se refiere a lo que los teóricos penales alemanes denominan *Lebensführungsschuld* (culpabilidad por el estilo de vida): examinar cómo una persona desarrolla su existencia civil para determinar cuánto merece ser castigado. El riesgo más obvio al introducir estas consideraciones es que benefician a los infractores de clase media cuyos estilos de vida se adaptan mejor a las costumbres de la clase media. Debido a razones de autonomía personal el Estado no debería usar el derecho penal para regular directamente los hábitos laborales de una persona. Si esto es así, ¿no es problemático hacerlo indirectamente a través de la introducción de estos factores que influyen en la determinación de la pena? Un desarrollo más amplio de los factores a considerar en la condena y la autonomía personal puede verse en von Hirsch (1981, 607-611).

18. Tonry (1992), especialmente 356.

carezca de antecedentes penales, excepto si la infracción ha sido violenta o «grave». La ley marco autoriza explícitamente a la comisión penológica norteamericana (*US Sentencing Commission*) a crear esta excepción¹⁹ —con lo cual facilita que la comisión pueda defender esta opción político-criminal.

En términos de proporcionalidad esta excepción global para el infractor primario no es defendible. Si bien la ausencia de antecedentes puede atenuar la pena hasta un cierto punto, el delito realizado debería ser el factor decisivo en la determinación del castigo²⁰. En la propuesta de Tonry esto deja de ser cierto: los antecedentes penales son el factor determinante.

De todas formas, la escala de penas de la Comisión no es un buen ejemplo. No se designó pensando en la proporcionalidad. Al prescribir la sanción severa de prisión para todos los delitos, excepto para los más leves, también infringe seguramente la proporcionalidad cardinal²¹. Por consiguiente, la propuesta de Tonry respecto de las guías penológicas federales, acerca de cómo tratar al infractor primario, no es un argumento en favor de la benignidad por encima de la proporcionalidad. La escala diseñada por la comisión penológica federal no satisface en absoluto los requisitos de la proporcionalidad. Crear una excepción para el infractor primario es una forma de morigerar alguno de sus excesos. Pero cabe la duda de si la solución sugerida por el profesor Tonry es la mejor. Si existiese alguna posibilidad de influir en la política de «ley y orden» de carácter federal, parecería preferible intentar reducir la magnitud global de la escala, más que crear una excepción relativamente arbitraria para los infractores primarios. Pero ésta es una discusión de cómo aliviar los peores rasgos de un sistema defectuoso, no una cuestión de benignidad por encima de la proporcionalidad.

Para que la tesis de Tonry, de la preeminencia de la benignidad, fuese correcta, debería ser defendible incluso en un sistema penal que se rige por los criterios de proporcionalidad. Imaginemos un modelo en el que las sanciones están graduadas de acuerdo con la gravedad del delito y en el que los niveles de penas están muy por debajo de los sugeridos en la guía penológica federal. Si la benignidad prevalece por encima de la proporcionalidad, también en esta escala deberían ser defendibles las reducciones selectivas de pena. Pero, ¿quien se be-

neficiaría? ¿Sería apropiado dar, por ejemplo, a cada cuarto infractor menos pena que a los otros? ¿Y algo menos arbitrario, como una reducción de pena considerable al delincuente primario? Esta reducción crearía una disparidad en el tratamiento de los infractores primarios y reincidentes. Esta disparidad, como se ha observado, no podría justificarse sobre la base del merecimiento. Tampoco podría defenderse sobre la base del riesgo, sin que se fundamentasen los méritos de este criterio incapacitador²². Si de lo que se trata es de justificar la benignidad, ¿no se limita ello a afirmar que menores penas para el infractor primario son buenas meramente porque así estas personas recibirán menos castigo? Esta afirmación por sí sola no me parece excesivamente convincente —especialmente si existe la alternativa de reducir todas las penas en vez de proceder a reducciones selectivas.

La benignidad se refiere al fin loable de reducir el sufrimiento penal. Apunta a una reducción de penas —algo que las sanciones proporcionales pueden conseguir bajando los puntos de anclaje de la escala de penas—. Si en vez de ello se realizan reducciones selectivas de penas, necesita explicarse por qué se favorece a estas personas o grupos. La benignidad, sin embargo, no nos indica quién debería beneficiarse, cuánto y por qué. ¿Por qué deberían ser los dos tipos de delincuentes que Tonry menciona —el mecánico y el infractor primario— los elegidos en vez de otras personas? ¿Se trata sólo de que resulta políticamente más fácil reducir las penas a estas personas? Y si es así, ¿bastan estas razones? ¿O es que también es correcto y justo seleccionarlas? Pero una vez planteada la cuestión de la justicia del criterio de elección, no hay forma de evitar la cuestión de cuándo es apropiado, si es que alguna vez lo es, desviarse de la proporcionalidad para favorecer a algunos infractores. «Benignidad sobre proporcionalidad» tiene atractivo como *slogan*, pero cuando se le observa más de cerca éste no resulta demasiado iluminador.

19. 18 USC s. 994 (j).

20. Véase la discusión y las referencias en el capítulo 7.

21. Para una discusión de las guías penológicas federales véase el capítulo 10; los requisitos de la proporcionalidad cardinal pueden verse en el capítulo 5.

22. La distinción entre infractores primarios y reincidentes ni siquiera sería un criterio particularmente bueno para detectar el riesgo, porque el número de condenas previas (en vez de arrestos previos u otra información social) no está suficientemente correlacionado con la reincidencia. Véase von Hirsch, Knapp y Tonry (1987, 92-93).

BIBLIOGRAFÍA

- Adler, J. (1991), *The Urgings of Conscience: A Theory of Punishment*, Philadelphia.
- Allen, F. A. (1981), *The Decline of the Rehabilitative Ideal: Penal Policy and Social Purpose*, New Haven.
- American Friends Service Committee (1971), *Struggle for Justice*, New York.
- Anglin, D. M. y Hser, Y., «The Treatment of Drug Abuse», en Tonry, M. y Wilson, J. Q. (eds.) (1990), *Drugs and Crime*, Chicago, 393-460.
- Armstrong, K. G. (1961), «The Retributivist Hits Back», *Mind* 70, 471-491.
- Ashworth, A. (1983), *Sentencing and Penal Policy*, London.
- Ashworth, A. (1989), «Criminal Justice and Deserved Sentences», *Criminal Law Review*, 340-355.
- Ashworth, A. (1992), «Non-Custodial Sentences», *Criminal Law Review*, 242-251.
- Ashworth, A. (1992), *Sentencing and Criminal Justice*, London.
- Bedau, H. A. (1978), «Retribution and the Theory of Punishment», *Journal of Philosophy* 75, 601-620.
- Bedau, H. A. (1984), «Classification-Based Sentencing: Some Conceptual and Ethical Problems», *New England Journal on Criminal and Civil Confinement* 10, 1-26.
- Bentham, J., (1982), *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London.
- Blumstein, A., Cohen, J., Martin, S. E. y Tonry, M. (eds.) (1983), *Research on Sentencing: The Search for Reform*, Washington, DC.
- Bottoms, A. E. (1989), «The Concept of Intermediate Sanctions and its Relevance for the Probation Service», en Shaw, R. y Haines, K. (eds.), *The Criminal Justice System: A Central Role for the Probation Service*, Cambridge, 84-102.
- Bottoms, A. E. y Brownsword, R. (1983), «Dangerousness and Rights», en Hinton, J. W. (ed.), *Dangerousness: Problems of Assessment and Prediction*, London, 9-22.

- Braithwaite, J. (1989), *Crime, Shame, and Reintegration*, Cambridge.
- Braithwaite, J. y Pettit, P. (1990), *Not Just Deserts: A Republican Theory of Justice*, Oxford.
- Bruns, H. J. (1985), *Das Recht der Strafzumessung*, Köln.
- Burgh, R. (1982), «Do the Guilty Deserve Punishment?», *Journal of Philosophy* 79, 193-210.
- Byrd, B. S. (1989), «Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution», *Law and Philosophy* 8, 151-200.
- Byrne, J. M., Lurigio, A. J. y Petersilia, J. (eds.) (1992), *Smart Sentencing: The Emergence of Intermediate Sanctions*, Newbury Park, CA.
- Clear, T. y Hardyman, P. (1990), «The New Intensive Supervision Movement», *Crime and Delinquency* 36, 42-60.
- Cohen, J. y Tonry, M., «Sentencing Reforms and Their Impacts», en Blumstein, A., Cohen, J., Martin, S. E. y Tonry, M. (eds.) (1983), *Research on Sentencing: The Search for Reform*, 305-459.
- Cullen, F. T. y Gilbert, K. E. (1982), *Reaffirming Rehabilitation*, Cincinnati.
- Currie, E. (1985), *Confronting Crime: An American Challenge*, New York.
- Dahrendorf, R. (1985), *Law and Order*, London.
- Davis, M. (1983), «How to Make the Punishment Fit the Crime», *Ethics* 93, 726-752.
- Davis, M. (1991), «Punishment as Language: Misleading Analogy for Desert Theorists», *Law and Philosophy* 10, 311-322.
- Dolinko, D. (1991), «Some Thoughts About Retributivism», *Ethics* 101, 537-559.
- Dolinko, D. (1992), «Three Mistakes of Retributivism», *UCLA Law Review* 39, 1623-1657.
- Duff, R. A. (1986), *Trials and Punishments*, Cambridge.
- Duff, R. A. (1988), «Punishment and Penance: A Reply to Harrison», *Aristotelian Society Supplementary Volumes* 62, 153-167.
- Duff, R. A. (1991), «Punishment, Expression, and Penance», en Jung, H. y Müller-Dietz, H. (eds.), *Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortsbestimmung*, Baden-Baden.
- Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA.
- Ewing, A. C. (1970), *The Morality of Punishment*, Montclair, NJ.
- Fängelsestraffkommittén (1986), *Påföljd för Brott*, Stadens Offentliga Utredningar, vols. 13-15.
- Feinberg, J. (1970), «The Expressive Functions of Punishment», en Feinberg, J. (ed.), *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, NJ, 53-69.
- Feinberg, J. (1984), *Harm to Others*, Oxford.
- Feinberg, J. (1986), *Harm to Self*, Oxford.
- Finnis, J. (1980), *Natural Law and Natural Rights*, Oxford.
- Fletcher, G. (1978), *Rethinking Criminal Law*.
- Floud, J. y Young, W. (1981), *Dangerousness and Criminal Justice*, London.
- Fogel, D. (1975), *We Are the Living Proof...*, Cincinnati.
- Frankel, M. E. (1972), *Criminal Sentences: Law Without Order*, New York.
- Gardner, M. (1976), «The Renaissance of Retribution: An Examination of "Doing Justice"», *Wisconsin Law Review*, 781-815.
- Garland, D. (1991), *Punishment and Modern Society*, Oxford.
- Gewirth, A. (1978), *Reason and Morality*, Chicago.
- Gottfredson, D. M., Wilkins, L. y Hoffman, P. (1978), *Guidelines for Parole and Sentencing: A Policy Control Method*, Lexington, MA.
- Graham, J. (1990), «Decarceration in the Federal Republic of Germany», *British Journal of Criminology* 30, 150-170.
- Greenberg, D. y Humphries, D. (1982), «Economic Crisis and the Justice Model: A Skeptical View», *Crime and Delinquency* 28, 601-617.
- Greene, J. (1988), «Structuring Criminal Fines: Making an "Intermediate" Penalty More Useful and Equitable», *Justice Systems Journal* 13, 37-50.
- Greenwood, P. W. (1982), *Selective Incapacitation*, Santa Monica, CA.
- Grygier, T. (1988), «A Canadian Approach to American Band-Wagon?», *Canadian Journal of Criminology* 30, 165-72.
- Hampton, J. (1989), «The Moral Education Theory of Punishment», *Philosophy and Public Affairs* 13, 208-238.
- Hart, H. L. A. (1968), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford.
- Hirsch, A. von (1976), *Doing Justice: The Choice of Punishments*, New York.
- Hirsch, A. von (1981), «Desert and Previous Convictions in Sentencing», *Minnesota Law Review* 65, 591-634.
- Hirsch, A. von (1983), «Commensurability and Crime Prevention: Evaluating Formal Sentencing Structures and Their Rationale», *Journal of Criminal Law and Criminology* 74, 209-215.
- Hirsch, A. von (1984), «Equality, "Anisomy", and Justice: A Review of *Madness and the Criminal Law*», *Michigan Law Review* 82, 1093-1112.
- Hirsch, A. von (1985), *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick, NJ.
- Hirsch, A. von (1987), «Guidance by Numbers or Words—Numerical versus Narrative Guidelines for Sentencing», en Wasik, M. y Pease, K. (eds.), *Sentencing Reform: Guidance or Guidelines?*, Manchester.
- Hirsch, A. von (1987), «Guiding Principles for Sentencing: The Proposed Swedish Law», *Criminal Law Review*, 746-755.
- Hirsch, A. von (1987), «Principles for Choosing Sanctions: Sweden's Proposed Sentencing Statute», *New England Journal on Criminal and Civil Confinement* 13, 171-195.
- Hirsch, A. von (1987), «Hybrid Principles in Allocating Sanctions: A Response to Professor Robinson», *Northwestern Law Review* 82, 64-72.
- Hirsch, A. von (1988), «Punishment to Fit the Criminal», *The Nation* (25 junio), 901-902.
- Hirsch, A. von (1988), «Selective Incapacitation Reexamined: The National Academy of Sciences. Report on Criminal Careers and "Career Criminals"», *Criminal Justice Ethics* 7/1, 19-35.
- Hirsch, A. von (1989), «Federal Sentencing Guidelines: Do They Provide Principled Guidance?», *American Criminal Law Review* 27, 367-390.
- Hirsch, A. von (1990), «Proportionality in the Philosophy of Punishment: From "Why Punish?" to "How Much?"», *Criminal Law Forum* 1, 259-290.

- Hirsch, A. von (1990), «The Ethics of Community-Based Sanctions», *Crime and Delinquency* 36, 162-173.
- Hirsch, A. von (1991), «Criminal Record Rides Again», *Criminal Justice Ethics* 10/2, 55-57.
- Hirsch, A. von (1992), «Scaling Intermediate Punishments: A Comparison of Two Models», en Byrne, J. M., Lurigio, A. J. y Petersilia, J. (eds.), *Smart Sentencing: The Emergence of Intermediate Sanctions*, Newbury Park, Ca.
- Hirsch, A. von (1992), «Proportionality in the Philosophy of Punishment», en Tonry, M. (1992), *Crime and Justice: A Review of Research*, 55-98.
- Hirsch, A. von, y Ashworth, A. (eds.) (1993), *Principled Sentencing*, Edinburgh.
- Hirsch, A. von, y Grefne, J. (1993), «When Should Reformers Support Creation of Sentencing Guidelines?», *Wake Forest Law Review* 28/2.
- Hirsch, A. von, y Hanrahan, K. J. (1979), *The Question of Parole: Retention, Reform or Abolition?*, Cambridge, MA.
- Hirsch, A. von, y Jareborg, N. (1987), «Provocation and Culpability», en Schoeman, F. (ed.), *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, Cambridge, 241-255.
- Hirsch, A. von, y Jareborg, N. (1989), «Sweden's Sentencing Statute Enacted», *Criminal Law Review*, 275-281.
- Hirsch, A. von, y Jareborg, N. (1991), «Gauging Criminal Harm: A Living Standard Analysis», *Oxford Journal of Legal Studies* 11, 1-38.
- Hirsch, A. von, y Jareborg, N. (1991), *Strafmaß und Strafgerechtigkeit: Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bad Godesberg.
- Hirsch, A. von, y Mahler, L. (1992), «Should Penal Rehabilitation Be Revived?», *Criminal Justice Ethics* 11/1, 35-40. Este artículo también aparece en von Hirsch y Ashworth (eds.) (1993), *Principled Sentencing*, Edinburgh, 41-50.
- Hirsch, A. von, y Mueller, J. M. (1984), «California's Determinate Sentencing Law: An Analysis of Its Structures», *New England Journal on Criminal and Civil Confinement* 10, 253-300.
- Hirsch, A. von, Knapp, K. y Tonry, M. (1967), *The Sentencing Commission and Its Guidelines*, Boston.
- Hirsch, A. von, Wasik, M. y Greene, J. (1989), «Punishments in the Community and the Principles of Desert», *Rutgers Law Journal* 20 595-618. Este artículo también aparece en von Hirsch y Ashworth (eds.) (1993), *Principled Sentencing*, Edinburgh, 368-388.
- Hudson, B. (1987), *Justice Through Punishment: A Critique of the «Justice Model» of Corrections*, London.
- Husak, D. (1987), *Philosophy of Criminal Law*, Totowa, NJ.
- Husak, D. (1992), «Why Punish the Deserving?», *Nous* 26, 447-464.
- Husak, D. (1992), *Drugs and Rights*, Cambridge.
- Husak, D. y Hirsch, A. von (1993), «Culpability and Mistake of Law», en Shute, S., Gardner, J. y Horder, J. (eds.), *Action and Value in the Criminal Law*, Oxford.
- Jareborg, N. (1988), *Essays in Criminal Law*, Uppsala.
- Jareborg, N. (1988), «Rättvisa och repressionsnivå», en Tuori, K. (ed.), *Rättsdogmatikens alternativ*, Helsinki.

- Jareborg, N. (1993), «The Swedish Sentencing Reform», presentado en el *Colston International Sentencing Symposium*, Law Faculty, University of Bristol, abril de 1993.
- Kleinig, J. (1973), *Punishment and Desert*, The Hague.
- Kleinig, J. (1992), «Punishment and Moral Seriousness», *Israel Law Review* 25, 401-421.
- Lacey, N. (1987), *State Punishment*, London.
- Lång, K. G. (1989), «Upplever fängelsestraffet en renässans?», *Nordisk Tidskrift för Kriminalvetenskap* 76, 83-94.
- Lappi-Sepälä, T. (1992), «Penal Policy and Sentencing Theory in Finland», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 5, 95-120.
- Lea, J. y Young, J. (1984), *What Is To Be Done About Law and Order?*, Harmondsworth.
- McCloskey, H. J. (1965), «A Non-Utilitarian Approach to Punishment», *Inquiry* 8, 249-263.
- MacCormick, N. (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford.
- MacCormick, N. (1982), *Legal Right and Social Democracy*, Oxford.
- Mackenzie, D. L. y Parent, D. (1992), «Boot Camp Prisons for Young Offenders», en Byrne, J. M., Lurigio, A. J. y Petersilia, J. (eds.), *Smart Sentencing: The Emergence of Intermediate Sanctions*, Newbury Park, CA.
- Mackie, J. L. (1985), *Persons and Values*, Oxford.
- Makela, K. (1975), «Om straffets verkningar», *Juristudentia* 6, 237-280.
- Mathiesen, P. (1990), *Prison on Trial*, London.
- McDonald, D. C. (1986), *Prisons Without Walls: Community Service Sentences in New York City*, New Brunswick, NJ.
- Minnesota Sentencing Guidelines Annotated (1992), St. Paul, Minn.
- Morris, H. (1968), «Persons and Punishment», *The Monist* 52, 475-501.
- Morris, H. (1981), «A Paternalistic Theory of Punishment», *American Philosophical Quarterly* 18, 263-271.
- Morris, N. (1982), *Madness and the Criminal Law*, Chicago.
- Morris, N. y Miller M. (1985), «Predictions of Dangerousness», en Tonry, M. y Morris, N. (eds.) *Crime and Justice: An Annual Review of Research*, 6, 1-50.
- Morris, N. y Tonry, M. (1990), *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System*, New York.
- Murphy, J. G. (1973), «Marxism and Retribution», *Philosophy and Public Affairs* 2, 217-243.
- Murphy, J. G. (1979), «Cruel and Unusual Punishments», en Murphy, J. G. (ed.), *Retribution, Justice, and Therapy*, Dordrecht.
- Murphy, J. G. (1985), «Retributivism, Moral Education, and the Liberal State», *Criminal Justice Ethics* 4/1, 3-11.
- Murphy, J. G. (1987), «Does Kant Have a Theory of Punishment?», *Columbia Law Review* 87, 509-532.
- Nagel, I. (1990), «Structuring Sentencing Discretion: The New Federal Sentencing Guidelines», *Journal of Criminal Law and Criminology* 80, 883-943.
- Narayan, U. (1993), «Moral Education and Criminal Punishment», presentado en la 21st Conference on Value Inquiry, Drew University, NJ, abril, 1993.

- Narayan, U. (1993), «Adequate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment», *Oxford Journal of Legal Studies* 13.
- National Academy of Sciences (1978), «Panel on Research on Deterrent and Incapacitative Effects. Report», en Blumstein, A., Cohen, J. y Nagin, D. (eds.), *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, Washington, DC, 1-90.
- National Academy of Sciences (1986), «Panel on Research on Criminal Careers. Report», en Blumstein, A., Cohen, J., Roth, J. A. y Visser, C. (eds.), *Criminal Careers and «Career Criminals»*, Washington, DC.
- National Academy of Sciences (1993), «Panel on Understanding and Control of Violent Behavior. Report», en Reiss, A. J. Jr. y Roth, J. A. (eds.), *Understanding and Preventing Violence*, Washington, DC.
- National Council on Crime and Delinquency, Council of Judges (1972), *Model Sentencing Act*, Hackensack, NJ. [Partes de estos estatutos propuestos se encuentran reimpresas en von Hirsch, A. y Ashworth A. (eds.), *Principled Sentencing*.]
- New York State Committee on Sentencing Guidelines (1985), *Determinate Sentencing: Report and Recommendations*, New York.
- Office of National Drug Control Policy (1989), *National Drug Policy*, Washington, DC.
- Palmer, T. (1992), *The Re-Emergence of Correctional Intervention*, Newbury Park, CA.
- Petersilia, J. (1987), *Expanding Options for Criminal Sentencing*, Santa Monica, CA.
- Petersilia, J. y Turner, S. (1991), «An Evaluation of Intensive Probation in California», *Journal of Criminal Law and Criminology* 82, 610-658.
- Primoratz, I. (1989), «Punishment as Language», *Philosophy* 64, 187-205.
- Raz, J. (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford.
- Reiman, J. (1982), «Marxist Explanations and Radical Misinterpretations: A Reply to Greenberg and Humphries», *Crime and Delinquency* 28, 610-617.
- Reiman, J. y Headlee, S. (1981), «Marxism and Criminal Justice Policy», *Crime and Delinquency* 27, 24-47.
- Reiman, J. y van den Haag, E. (1990), «On the Common Saying that It Is Better that Ten Guilty Persons Escape than One Innocent Person Suffer», en Paul, E. F., Miller, F. D., Jr. y Paul, J. (eds.), *Crime, Culpability, and Remedy*, Oxford.
- Robinson, P. (1987), «A Sentencing System for the 21st Century?», *Texas Law Review* 66, 1-6.
- Robinson, P. (1987), «Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sanctions», *Northwestern Law Review* 82, 19-42.
- Rorty, R. (1989), *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge.
- Ross, A. L. (1982), *Detering the Drinking Driver: Legal Policy and Social Control*, Lexington, MA.
- Rothman, D. (1980), *Conscience and Convenience: The Asylum and its Alternatives in Progressive America*, Boston.
- Sadurski, W. (1985), *Giving Desert Its Due: Social Justice and Legal Theory*, Dordrecht.
- Scheid, D. E. (1983), «Kant's Retributivism», *Ethics* 93, 262-282.

- Scheid, D. E. (1990), «Davis and the Unfair-Advantage Theory of Punishment», *Philosophical Top* 18, 143-170.
- Schiff, M. F. (1992), «Gauging the Intensity of Criminal Penalties: Developing the Criminal Penalty Severity Scale» (Ph. D. Dissertation: New York University, Robert F. Wagner Graduate School of Public Service, New York, 1992).
- Schoeman, F. (1979), «On Incapacitating the Dangerous», *American Philosophical Quarterly* 16, 27-35.
- Sellin, T. y Wolfgang, M. (1964), *The Measurement of Delinquency*, New York.
- Sen, A. (1987), *The Standard of Living*, Cambridge.
- Sher, G. (1987), *Desert*, Princeton, NJ.
- Shinnar, R. y Shinnar, S. (1975), «The Effects of Criminal Justice on the Control of Crime: A Quantitative Approach», *Law and Society Review* 9, 581-611.
- Simmons, A. J. (1979), *Moral Principles and Political Obligation*, Princeton, NJ.
- Singer, R. (1979), *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge, MA.
- Sparks, R. F. (1980), «A Critique of Marxist Criminology», en Morris, N. y Tonry, M. (eds.), *Crime and Justice: An Annual Review of Research*, 2, 159-210.
- Sparks, R. F., Genn, H. y Dodd, D. (1977), *Surveying Victims: A Study of the Measurement of Criminal Victimization*, Chichester.
- Stenson, K. (1991), «Making Sense of Crime Control», en Stenson, K. y Cowell, D. (eds.), *The Politics of Crime Control*, London.
- Strawson, P. F. (1974), «Freedom and Resentment», en Strawson, P. F. (ed.), *Freedom and Resentment and Other Essays*, London, 1-25.
- Thomas, D. A. (1979), *Principles of Sentencing*, London.
- Tonry, M. (1992), «Salvaging the Sentencing Guidelines in Seven Easy Steps», *Federal Sentencing Reporter* (mayo/junio), 355-359.
- Tonry, M. (1993), «Proportionality, Interchangeability, and Intermediate Punishments», en Dobash, R., Duff, R. A. y Marshall, S. (eds.), *Penal Theory and Penal Practice*, Manchester.
- Tonry, M. y Will, R. (1989), «Intermediate Sanctions», Washington DC, National Institute of Corrections.
- Twentieth Century Fund Task Force on Criminal Sentencing (1976), *Fair and Certain Punishment*, New York.
- UK Government White Paper (1990), *Crime, Justice and Protecting the Public*, London.
- USA Sentencing Commission (1987), *Supplementary Report on the Initial Guidelines and Policy Statements*, Washington, DC.
- Van den Haag, E. (1975), *Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question*, New York.
- Van den Haag, E. (1987), «Punishment: Desert and Control», *Michigan Law Review* 85 (1987), 1250-1260.
- Walker, N. (1991), *Why Punish?*, London.
- Wasik, M. (1983), «Excuses at the Sentencing Stage», *Criminal Law Review*, 450-465.
- Wasik, M. (1987), «Guidance, Guidelines and Criminal Records», en Wasik,

- M. y Pease, K. (eds.), *Sentencing Reform: Guidance or Guidelines?*, Manchester, 104-105.
- Wasik, M. y Pease, K. (eds.) (1987), *Sentencing Reform: Guidance or Guidelines?*, Manchester.
- Wasik, M. y Taylor, R. D. (1991), *Blackstones Guide to the Criminal Justice Act of 1991*, London.
- Wasik, M. y Hirsch, A. von (1988), «Non-Custodial Penalties and the Principles of Desert», *Criminal Law Review*, 555-572.
- Wasik, M. y Hirsch, A. von (1990), «Statutory Sentencing Principles: The 1990 White Paper», *Modern Law Review* 53, 508-517.
- Wasserstrom, R. (1980), «Punishment», en Wasserstrom, R. (ed.), *Philosophy and Social Issues: Five Studies*, Notre Dame, Ind., 112-151.
- Williams, B. (1985), *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge, MA.
- Wilson, J. Q. (1975), *Thinking About Crime*, New York. Edición revisada en 1983.
- Wood, D. (1988), «Dangerous Offenders and the Morality of Protective Sentencing», *Criminal Law Review*, 424-433.
- Zimring, F. E. y Hawkins, G. (1991), *The Scale of Imprisonment*, Chicago.

ÍNDICE

<i>Contenido</i>	7
Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español: <i>Elena Larrauri</i>	11
<i>Prefacio</i>	19
<i>Agradecimientos</i>	21
1. INTRODUCCIÓN	23
I. La experiencia de las reformas penológicas	24
II. Cuestiones tratadas en este libro	26
III. Asunciones de este libro	28
2. CENSURA Y PROPORCIONALIDAD	31
I. La teoría de la «ventaja injusta»	32
II. Justificaciones del castigo basadas en la censura	34
¿Por qué la censura?	35
¿Por qué el sufrimiento?	38
La relación entre los dos elementos	40
III. La lógica del principio de proporcionalidad	42
IV. Los criterios de la proporcionalidad	45
3. «DOMINIO» Y CENSURA	49
I. Un resumen de la teoría	50
II. El «dominio» del conjunto de la sociedad	52
III. Separar la censura de la severidad del castigo	54
IV. Utopía y globalización	58

4.	GRAVEDAD Y SEVERIDAD	61
I.	Valoración de la gravedad del delito	62
II.	Valoración de la severidad de los castigos	66
5.	ANCLAR LA ESCALA DE PENAS	71
I.	El marco de la proporcionalidad cardinal	71
	El límite superior de la cardinalidad	72
II.	Anclar la escala dentro del marco cardinal	74
	La fórmula de Kleinig	74
	La capacidad del sistema penal como base	75
	¿Una estrategia reduccionista?	76
	La versión «optimizadora» de la prevención y sus dificultades	77
	¿Una nueva versión revisada de la prevención?	79
	La estrategia reduccionista revisada	82
	«Utopía» y relevancia práctica	83
6.	MODELOS MIXTOS	85
I.	Sanciones proporcionales con desviaciones excepcionales: un modelo mixto de Paul Robinson	86
II.	Modelos de variabilidad limitada	93
	«Retribucionismo limitado»	93
	La transformación de los modelos de variabilidad limitada en modelos mixtos	95
	Especificando los límites	95
	Identificando las metas ulteriores	96
7.	SANCIONES INTERMEDIAS	99
I.	Graduación según el merecimiento	100
II.	Sustitución: equivalencia punitiva	102
III.	Las sanciones de refuerzo para los supuestos de incumplimiento	107
IV.	El modelo de Morris-Tonry	109
V.	¿Se puede suministrar algún tipo de orientación con doctrinas mixtas?	113
8.	ARREPENTIMIENTO Y MERECIMIENTO INDIVIDUALIZADO	117
I.	«Averganzar» (<i>shaming</i>)	117
II.	Arrepentimiento	119
III.	Proporcionalidad y estandarización	124
9.	DEGRADACIÓN E INTRUSIÓN	129
I.	Falacias habituales	129
II.	La «dignidad» del castigo	131

III.	Contenido penal aceptable	134
IV.	Los derechos de terceras personas	137
10.	LA ORIENTACIÓN POLÍTICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ...	139
I.	El pedigrí político del principio de proporcionalidad en la teoría penológica	139
II.	¿Son más severas las sanciones proporcionales?	143
III.	Las razones para limitar la severidad penal: justicia o utilidad	147
IV.	Los argumentos contra los «males sociales subyacentes»	151
V.	El contexto de las reformas penológicas	154
	<i>Epílogo. LA ASPIRACIÓN A UNA JUSTICIA PENAL</i>	159
I.	Tratar casos desiguales de forma similar	160
II.	Castigos y consenso moral	161
III.	Proporcionalidad y pobreza	163
IV.	«Benignidad sobre proporcionalidad»	166
	<i>Bibliografía</i>	171
	<i>Índice</i>	179