

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. Estos 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. Castigan-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 debiera 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.