

RETRIBUCIÓN Y PREVENCIÓN COMO ELEMENTOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA
PENA

Andrew von Hirsch

Universidad de Cambridge

Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo.
Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios; 91),
Cuenca, 2003

<http://www.cienciaspenales.net>

RETRIBUCIÓN Y PREVENCIÓN COMO ELEMENTOS DE JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

Andrew von Hirsch
*Universidad de Cambridge**

1. INTRODUCCIÓN

La división estricta entre teorías absolutas y relativas constituye una tradición de las teorías de la pena en Alemania. Las justificaciones relativas de la pena tienen carácter consecuencialista, pues pretenden únicamente impedir la aparición de nuevos delitos. Esta es la finalidad más explícita de los conceptos de rehabilitación, intimidación o innocuización por lo que son igualmente relativos. La «prevención general positiva» constituye también un fin relativo. Así por ejemplo sus fines preventivo integradores pretenden fortalecer la conciencia normativa de los ciudadanos con el fin de asegurar la legalidad de sus comportamientos. En un Estado moderno, cuya finalidad última es asegurar las mejores condiciones de vida para sus ciudadanos, las teorías relativas se consideran con bastante frecuencia como el único modelo válido de pena. Las teorías absolutas de la pena, por el contrario, no están orientadas a las consecuencias, por ello sus conceptos se desprenden de postulados abstractos y verdades morales universales, alejados de la vida cotidiana. Estos frecuentemente se identifican con la venganza o con la idea hegeliana de que el autor desea su propio castigo. La tajante división entre teorías absolutas y relativas bloquea seriamente las reflexiones acerca de la justificación de la sanción penal, pues ha conducido a que el debate se reduzca finalmente a que o bien sólo son posibles teorías consecuencialistas (y preventivas) o bien teorías fundamentadas en consideraciones morales de carácter abstracto y universal.

La justificación de la sanción representa únicamente un aspecto de la teoría de la pena, de la que también son parte por ejemplo los principios sobre los que se asienta la responsabilidad penal que son abordados por la Parte general. En la actualidad algunos teóricos, tanto en Inglaterra como en Alemania¹, que mantienen una justificación «relativa» de la sanción penal, anudan ésta con las teorías de la Parte general que remiten a elementos deontológicos (como por ejemplo las condiciones de culpabilidad). La cuestión de por qué ha de existir una institución como la pena debe preceder y enmarcar la discusión sobre este influjo inadvertido de la distinción «absoluta/relativa».

* Trad. Adán Nieto Martín. UCLM.

1 Vid. las posiciones de Roxin y Hart que se discuten en las notas 12 y 13.

En las siguientes reflexiones mantendré la tesis que una justificación convincente de la existencia de la pena debe dejar de lado esta dicotomía; esto es, ha de estar fundamentada tanto en valoraciones morales retrospectivas, como en consideraciones atinentes a las consecuencias. Singularmente esta teoría habrá de contener un elemento deontológico, en cuanto que el autor ha de ser tratado y considerado como un actor moral, pero al mismo tiempo habrá de estar orientada de manera cierta a las consecuencias, de modo que pueda renunciarse a la pena si esta resulta inútil, o no lo suficientemente útil, para impedir nuevas agresiones a bienes jurídicos. A continuación intentaré realizar una justificación de estas características a través de la discusión de un modelo en el que se combina prevención y retribución².

2. LAS JUSTIFICACIONES «ABSOLUTAS» Y SUS PROBLEMAS

Aunque actualmente en Alemania apenas si existen seguidores de las teorías absolutas es posible encontrar en la literatura un buen número de concepciones de este tipo. Una de ellas es la «retribución»: la realización del injusto fundamenta la obligación de imponer un mal al autor mediante el que debe «pagar». Otra concepción distinta es la teoría de la «ventaja injustificada»: quien ha convertido a otro en víctima, adquiere una ventaja injustificada frente a esta persona a través del provecho del autodomínio de la obediencia al derecho, la función de la pena precisamente radica en imponerle una desventaja que compense esta situación³. Una teoría más es la que persigue la confirmación del ordenamiento: desde este punto de vista todo delito significa un desafío al ordenamiento jurídico y la pena supone su afirmación reactiva⁴. Todos estos puntos de vista están unidos a una serie de problemas conocidos.

1. Un aspecto sombrío de las teorías absolutas es su tendencia hacia la oscuridad: resulta complicado entender las razones que se ofrecen para explicar por qué se merece la pena. En algunas versiones del retribucionismo tradicional no se ofrece explicación alguna, apelándose en su lugar a intuiciones⁵, en otras se ofrecen aclaraciones en gran medida metafóricas. La pena «retribuye» o «paga» el injusto, pero no está nada claro ni cómo ni por qué; o la pena «suprime» la ventaja injustificadamente obtenida, pero sin que se explicité cuál es el mecanismo de esta «sustracción»⁶.

2 Una visión general de esta posición se encuentra en v. HIRSCH, en SCHÜNEMANN/v. HIRSCH/JAREBORG (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 101 ss; así como en v. HIRSCH en (Buchenbach-Buch). Este ensayo intenta profundizar en esta argumentación.

3 Vid. por ejemplo, FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 1980, 263-24.

4 Vid. por ejemplo, FRISCH, en: SCHÜNEMANN/v. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 125 ss; 179 ss.

5 MOOR, en SCHOEMANN (Hrsg.), *Responsibility, Character and the Emotions*, 1987, 179 ss.

6 Para una crítica de la teoría de la «ventaja injusta» (que ha sido tomada de la referencia de la not. 3), vid. DUFF, *Trials and Punishments*, 1987, Capítulo 8; von HIRSCH, *Censure and Sanctions*, 1993, 7-8.

2. Una dificultad ulterior consiste en que estas teorías dan a entender que debe hacerse *algo* contra el autor, pero no aclaran por qué ese algo debe adoptar precisamente la forma de pena. Por ejemplo, ¿por qué la «confirmación» del ordenamiento jurídico ha de hacerse sobre todo imponiendo una pena al autor, con el consiguiente mal que ésta reacción tiene como atributo característico, en vez de imponer cualquier otro tipo de sanción con un carácter más neutral?⁷.

3. Un problema más es que rara vez ofrecen una justificación detenida de la competencia del Estado para castigar. En una sociedad liberal el Estado no puede tener como cometido general el mantener orden moral, sino únicamente unas funciones precisamente limitadas como la prevención de daños y la protección de los bienes necesarios para una existencia segura. Se trata, al menos en parte, de puntos de vista de carácter consecuencialista que los partidarios tradicionales de las teorías retributivas dejan por ello de lado a la hora de justificar la pena. ¿Qué cometido, de entre los que habrían de ser tareas del Estado en una sociedad libre, debe cumplir la pena?

4. Finalmente una desventaja radica en la universalidad de las pretensiones de fundamentación del retribucionismo tradicional. Así, por ejemplo, si la pena debe servir para neutralizar la negación del ordenamiento jurídico en cualquier sociedad, con tal de que disponga de ordenamiento, y partimos de una sociedad pacífica en la que rara vez existen hechos violentos o robos, de modo tal que la imposición de sanciones penales, con la imposición de sufrimientos y con su gran potencial de posibilidades de abuso, no resulta necesaria para mantener estos comportamientos en un límite tolerable, ¿existiría la obligación de contar con esta institución con el fin de reaccionar contra hechos aislados?; más adelante indicaré que la respuesta debiera ser negativa⁸, pero esta respuesta requiere al menos de algunas reflexiones orientadas a las consecuencias. Si por el contrario no se toman en consideración las consecuencias, la respuesta necesariamente y para cualquier tipo de sociedad habrá de ser positiva, tal como argumentaba Kant en su conocido ejemplo de la Isla. Una teoría que respuelve para cualquier tiempo y lugar la pregunta del por qué de la conservación de la sanción penal resulta una teoría bastante singular.

3. LAS JUSTIFICACIONES PURAMENTE «RELATIVAS» Y SUS PROBLEMAS

En este apartado tomaré en consideración las distintas justificaciones relativas que pueden encontrarse en la literatura tanto inglesa como alemana, lo que comprende tanto la teoría orientada a la intimidación de Bentham, y su

7 HÖRNLE/VON HIRSCH, en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 83 ss, 86 s (en una antigua versión de este trabajo en GA 1995, 294).

8 Vid. infra 5.2.

moderno –y diferenciado– desarrollo realizado por H.L.A HART, como las alemanas de la prevención integradora. Estas teorías se sustentan, de modo directo o indirecto, en la prevención como fundamento principal de la existencia de la pena y por esa razón, a mi juicio, debieran rechazarse.

3.1. La prevención general negativa: el modelo de Bentham

La concepción utilitarista de la pena que se remonta a Jeremy Bentham establece su fundamento en la prevención general negativa, esto es la intimidación de la colectividad. La institución de la sanción penal está orientada por ello a detraer a posibles malhechores. El *quantum* de la pena debe establecerse a través de una ponderación entre el conjunto de ganancias preventivas y los costes humanos y financieros de la pena⁹.

Las insuficiencias de este modelo se conocen desde hace bastante tiempo por la doctrina alemana y más recientemente también por la inglesa. Un aspecto crítico primordial es que esta concepción no está en condiciones de satisfacer los límites éticos a los que está sujeta toda sanción¹⁰. Si se atiende al marco de la utilidad social estaría permitido, por los aportes positivos que conlleva, la responsabilidad penal por hechos ajenos, en supuestos de ausencia de culpabilidad o la imposición de sanciones desproporcionadas. Como es sabido, precisamente el otro reproche que se realiza a esta teoría señala que la pena no se aplica al autor como persona con competencia de actuación moral; debe sufrir un mal únicamente con el fin de intimidar a otro y motivarle a un cumplimiento estricto del Derecho.

H.L.A HART ha intentado formular una respuesta a la crítica efectuada en primer lugar, la ausencia de límites, (pero no en la segunda). El recurso a la «profilaxis» como *raison d'être* de la pena permite, según afirma Hart, espacio para límites no utilitaristas en su imposición, en cuanto que estos puedan ser justificados de modo independiente¹¹.

Hart propone como justificación independiente una importante barrera del «*substantive criminal law*», la limitación de la responsabilidad penal a conductas culpables del autor. Su argumentación se apoya en el concepto de posibilidad de elección. En una sociedad libre los ciudadanos deben tener suficientes oportunidades como para evitar las sanciones penales y permanecer fieles al derecho con sus decisiones. Esta posibilidad existe sólo si la responsabilidad penal requiere culpabilidad, pues sólo entonces puede evitarse que la imposición de la pena se derive de una violación normativa debida al

9 BENTHAM, *Principles of Morals and Legislation*, 1789, cap. 14.

10 Vid, por ejemplo, HART, *Punishment and Responsibility*, 1968, Cap. I.

11 Ibid.

azar¹². Claus Roxin utiliza argumentos similares con el fin de observar los límites que el principio de culpabilidad impone al derecho penal material¹³.

Este argumento para limitar la imposición de las sanciones penales no sirve sin embargo si cambiamos los principios del derecho penal material por los del derecho de medición de la pena y reparamos en la función limitadora más importante que el principio de culpabilidad desempeña en este último ámbito, el principio de proporcionalidad con el hecho, según el cual la dureza de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho. Este principio no puede derivarse de la idea de posibilidad de evitar la sanción penal, porque concierne a la medida de la sanción que le será impuesta a una persona que, a través de su decisión de contravenir el derecho, ha aceptado libremente las consecuencias de la responsabilidad penal¹⁴.

3.2. La prevención general positiva

La doctrina penal alemana en las últimas décadas ha auspiciado una modalidad distinta de las teorías preventivas denominada teoría de la prevención general positiva. Este punto de vista acentúa, en la versión que ha alcanzado mayor influencia (la prevención integradora), la función de la pena como fortalecedora de la lealtad normativa de los ciudadanos. La desaprobación social del comportamiento delictivo que se expresa a través del carácter reprobador de la pena contribuye a confirmar, fortalecer y estabilizar las normas morales de los ciudadanos, lo que mantiene limitados los comportamientos criminales¹⁵.

Esta función estabilizadora apoya la necesidad de culpabilidad en el derecho penal material y el límite de la proporcionalidad con el hecho dentro del derecho de medición de la pena. Un sistema penal sólo puede ser considerado justo en cuanto la responsabilidad penal requiera de culpabilidad y la medición de la pena, proporcionalidad. La inhibición de los ciudadanos a realizar conductas delictivas se fortalece más cuando se perciben estas circunstancias. La responsabilidad sin culpabilidad y las penas desproporcionadas conllevan un peligro de inobservancia y disminuyen la influencia del sistema penal en el moral¹⁶.

Este argumento es en última instancia preventivo, pues implica afirmar que si se sanciona «limpiamente» y se observa el principio de proporcionalidad se refuerzan en gran medida los escrúpulos morales de los ciudadanos ante la realización de hechos delictivos, lo que nuevamente capacita al derecho pe-

12 HART (not. 10), Cap. 7.

13 ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 1997, 740-745.

14 DUFF/VON HIRSCH, *Cambridge Law Journal* 56 (1997) 103 ss.

15 ROXIN (not. 13), 50-51; BAURMANN en: SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 1 ss.

16 ROXIN, en *Festschrift für Bockelmann*, 1979, 279 ss; Hart (not. 10), 17 ss.

nal para cumplir de un modo más efectivo su función «profiláctica». La pregunta que sugiere cuanto acaba de indicarse es por qué se sabe todo esto. Pues mientras resulta pausable aceptar que la pena desempeña al menos ciertos efectos preventivos, existen menos puntos de apoyo para afirmar que estos se producen no con la intimidación sino con el fortalecimiento de la lealtad al derecho¹⁷. Sabemos muy poco acerca del grado y el modo en que la pena fortalece la autodisciplina, por lo que todo esto representa un fundamento bastante inseguro de los límites morales al derecho penal.

Incluso si existieran fuertes razones para los efectos positivos de la prevención general, resultaría bastante endeble su unión con la limitación del derecho penal a través de la culpabilidad. Esta teoría presume que una posible decepción por parte del ciudadano en relación a las expectativas de juego limpio motivada por la imposición de sanciones sin culpabilidad o desproporcionadas, ocasionaría un debilitamiento en su inhibición a la hora de realizar conductas delictivas. Sin embargo, tal como ha apuntado recientemente Wolfgang Frisch¹⁸, hay escasas razones para aceptar que actualmente los ciudadanos se preocupan por el principio de culpabilidad o por la proporcionalidad del derecho sancionador, y aunque así fuera la influencia en sus inhibiciones morales requeriría de modo necesario que tuvieran conocimiento de las reglas específicas del derecho penal. De hecho, algunas limitaciones elementales del derecho penal que proceden de la culpabilidad, como por ejemplo la impunidad de las personas con trastornos mentales, antes que pacificar al ciudadano medio le irritan.

A mi juicio, esta apelación a los efectos positivos de la prevención general también está equivocada, pues las exigencias de culpabilidad y proporcionalidad son principios éticos y no máximas de la prevención de delitos. Cuando se sanciona un comportamiento no culpable o se impone al autor una sanción desproporcionada experimentamos que se trata de algo injusto y no simplemente que a largo plazo será contraproducente para la prevención de delitos. Esta sensación de injusticia no puede entenderse simplemente con el argumento de que dichas medidas mermarán la propensión al acatamiento del derecho.

Pero, ¿sería posible ofrecer una mejor explicación, no utilitarista, de la necesidad de culpabilidad concordante con la fundamentación de la existencia pena por parte de la teoría de la prevención general positiva? Esta explicación podría contenerse en el reproche que todo castigo implica y que pertenece a las características esenciales de la pena¹⁹. La prevención general positiva —así podría conformarse la argumentación— aclara por qué la respuesta a un compor-

17 Extensamente SCHUMANN, en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), 17 ss.

18 FRISCH (not. 4), 125 ss.

19 WASSERSTROM, *Philosophy and Social Issues*, 1980, 112 ss.

tamiento dañoso ha de contener un reproche: la desaprobación contribuye a fortalecer la sensación del ciudadano acerca de la injusticia del comportamiento y con ello su posición de fidelidad al derecho. Una vez institucionalizado el reproche unido a la sanción (aunque sea por razones de prevención positiva), resulta una cuestión de «juego limpio» (y no únicamente de prevención delictiva) que la medida de la pena se oriente a este elemento. De este modo el autor es sancionado de forma «desleal» cuanto se desatiende la necesidad de culpabilidad o de proporcionalidad, lo que ocurre con sanciones que prevén un reproche para comportamientos no culpables o una desaprobación mayor que la que justifica la reprochabilidad del comportamiento.

Este argumento es similar a lo que ocurre al poner las «notas» académicas. Cuando se pregunta por qué una Universidad debe diferenciar a los estudiantes según sus rendimientos, la respuesta podría ser consecuencialista: porque con ello se crean estímulos para un mejor rendimiento. Sin embargo, si se pregunta, una vez que se ha introducido este sistema, si los buenos estudiantes tienen derecho a buenas notas, la respuesta será que la concesión de notas ha de orientarse de forma retrospectiva y orientada al mérito. En cuanto que las buenas notas suponen un reconocimiento del rendimiento, no sería «limpio» negar estas calificaciones a personas que las han alcanzado.

Esta fundamentación, encaminada a la cuestión relativa a la limitación de la pena por el principio de culpabilidad, no afecta a la crítica que indica que la teoría de la prevención general positiva no trata al autor como actor moral. La reprobación, que puede ser utilizada como fundamento de la culpabilidad, aparece en el modelo de «integración prevención» como explicación de la obediencia al derecho, y se utiliza pensando que los ciudadanos, antes que con meras amenazas, realizarán comportamientos conformes con el derecho mediante sanciones que contengan una apelación moral. La reprobación en la pena, que se orienta al mérito y hace referencia a la capacidad del autor reconociendo la correcto o antijurídico de su comportamiento, tiene por tanto una justificación instrumental pues está referida a la influencia sobre comportamientos futuros de otros. De este modo no se toma seriamente al autor como actor moralmente orientado, en cuanto que no se requiere que el reproche esté éticamente justificado²⁰.

20 Para un desarrollo exhaustivo de este argumento vid. HÖRNLE/VON HIRSCH (not. 7), 88 s. En una reciente contribución Winfried HASSEMER señala que el punto de vista preventivo tradicional resulta demasiado estrecho. Las normas protegidas por la pena no serían únicamente la obediencia sino que comprenderían también los principios éticos en los que se basa el derecho, inclusive el principio de culpabilidad y los principios del debido proceso (HASSEMER, en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (not. 2), p. 29 ss). Sin embargo, resulta difícil justificar estos principios a través de las categorías/conceptos de la prevención general. Según la teoría tradicional de la integración, el principio de culpabilidad está justificado por su aptitud para alcanzar un fin ulterior externo, el aseguramiento de la obediencia al derecho. Cuando la consecución de los fines preventivo generales se extienden a la estabilización del principio de culpabilidad, ¿cómo puede éste autojustificarse?

4. EL REPROCHE PENAL Y SU JUSTIFICACIÓN

La pena implica la causación de un mal a través del cual se expresa un reproche. Probablemente el mejor modo de justificar la pena puede efectuarse si se toma en consideración que cada uno de estos elementos, mal y censura, han de justificarse por sí solos y probar finalmente como pueden ser unidos en el marco de una teoría penal. Me gustaría empezar con la censura penal, en cuanto que este elemento a mi juicio desempeña un papel esencial en la justificación de la pena.

Las justificaciones de la institución de la pena orientadas al reproche son aquellas que consideran como elemento central de esta institución la desaprobación, esto es, su cometido de formular un reproche referido a un determinado comportamiento. La sanción penal expresa públicamente esta censura. El castigo de una persona consiste precisamente en que como consecuencia del injusto ocasionado se le impone un mal y de este modo se expresa un reproche contra esta persona en realización a uno de sus comportamientos. La consideración del autor como un malhechor representa la idea central de la pena²¹. La diferencia entre el impuesto y la multa no radica en la naturaleza del interés del autor afectado —en ambos casos se trata de dinero—, sino que radica en que la multa contiene un reproche contra el autor, de modo distinto a lo que ocurre con el pago del impuesto.

4.1. La función moral del reproche

Que la pena expresa un reproche o una desaprobación es algo que ya ha quedado suficientemente claro. Ahora bien, ¿por qué precisamente el reproche ha de ser la respuesta a un comportamiento tal como hace el Derecho penal? De no dar una respuesta a esta pregunta, el derecho penal debería ser sustituido por otra institución, que no tuviera ese carácter desaprobador, por una medida similar al impuesto mediante la que se persiguiera impedir determinados comportamientos.

El filósofo P.F. Strawson, de Oxford, ofrece una aclaración bastante simple²². La posibilidad, señala, de reaccionar ante un comportamiento injusto con la desaprobación o la censura, es simplemente parte de una moral que considera al hombre responsable por sus comportamientos. Cuando una persona comete una fechoría ha de ser juzgada críticamente en cuanto que su comportamiento fue injusto. El reproche es la manifestación de este juicio, unido a la expresión de desaprobación. La aclaración de Strawson resulta correcta pues

21 WASSERSTROM (not. 19), 112 ss.

22 STRAWSON, *Freedom and Resentment and Other Essays*, 1974, 1 ss.

el reproche aparece en la realidad como una parte de la praxis consistente en hacer a los hombres responsables de sus comportamientos. A continuación, me parece necesario señalar con mayor precisión alguna de las funciones morales positivas del reproche.

Una de estas funciones morales se refiere a la víctima. El reproche sirve para expresarle que no fue únicamente dañada, sino que además lo fue injustamente a través de un comportamiento ajeno culpable. Por ello no sería suficiente reconocer que se ha ocasionado un daño o expresar nuestra condolencia, lo que resulta adecuado cuando alguien es lesionado por una catástrofe natural²³. En cuanto el reproche supone una desaprobación del autor se confirma que el daño de la víctima fue ocasionado por un comportamiento desaprobado del autor.

En segundo lugar, y esto es lo más importante, el reproche representa una comunicación moral con el autor, a través de la cual se le comunica un mensaje normativo crítico en relación a uno de sus comportamientos, esto es, que ha dañado a alguien de modo culpable y que es reprendido por esa conducta. Con este mensaje el autor es tratado como actor cuya actuación se orienta moralmente y recibe una crítica como consecuencia de lo injusto de su comportamiento y no sólo por las posibles ventajas sociales que pueden alcanzarse a través de esta censura²⁴. Cuando se reprende de este modo a una persona se espera de ella una reacción moral adecuada: la expresión de su consternación, el reconocimiento del injusto que ha realizado o su esfuerzo por un mayor autocontrol. Si el reproche está justificado, una reacción de indiferencia no sería una respuesta adecuada.

Sin embargo el reproche penal sólo concierne al autor externamente. La desaprobación que se expresa a través de la sanción ofrece al autor la oportunidad de reflexionar acerca de sus comportamientos. Ahora bien adoptar esta reacción es algo que queda en sus manos, en cuanto que aquí no se mantiene ninguna teoría del arrepentimiento, en la que justamente la reacción estaría encaminada a provocar en el autor determinados sentimientos, ya sean de vergüenza, de arrepentimiento o de cualquier otro tipo²⁵. Por ello a mi juicio no existe necesidad de acomodar la reacción de reproche al posible grado de susceptibilidad del autor.

23 El criminólogo noruego Nils Christie aboga por una respuesta de este tipo (CHRISTIE, *Limits to Pain*, 1981, Cap. 10, 11). Para una crítica vid. VON HIRSCH, *Crime and Delinquency* 28 (1982), 315 ss.

24 Para una discusión más amplia vid. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, 1993, Cap. 2.

25 El filósofo británico R.A. Duff mantiene una teoría semejante de la expiación. A su juicio la causación del mal en el castigo esta justificada como medio para que el autor comprenda su injusto y se arrepienta y como posibilidad para que el autor asimile su hecho y exprese su arrepentimiento (DUFF, *Trials and Punishments*, 1986, Cap. 9; Duff, en Schünemann, von Hirsch, Jareborg, not. 23, 181 ss). Para una crítica, por todos a partir de consideraciones que parten de una concepción de la pena del Estado liberal, vid. VON HIRSCH (not. 24), Cap. 8; VON HIRSCH, Matravers (Hrsg.), *Punishment and Political Theory*, 1999, 69 ss.

Las reflexiones anteriores aclaran por qué ante determinados comportamientos dañosos no puede responderse únicamente a través de sanciones neutrales que no expresan desaprobación alguna. Este tipo de sanciones negarían el status de personas al afectado, aunque fuesen eficaces desde el punto de vista de la intimidación. Una sanción neutral trataría al autor o a los posibles autores como animales de circo, como criaturas que deben ser enjauladas, intimidadas o amaestradas. Por el contrario, una sanción que implica reproche considera al autor como persona moralmente capaz.

Este modelo no padece además de la oscuridad de las tradicionales teorías retributivas. El reproche o la desaprobación es un juicio moral habitual que se utiliza en contextos social diferentes entre los cuales la sanción penal es simplemente uno más. El mensaje del reproche penal comunica al autor que su comportamiento era injusto, juicio nada difícil de fundamentar, si, por ejemplo, su comportamiento consistió en una lesión intencionada de otro, y lo enfrenta con la desaprobación de su comportamiento, lo que por las razones mencionadas tampoco resulta complicado de fundamentar. El reproche es un concepto orientado al mérito, pero es también parte integrante del discurso moral cotidiano y no contiene las oscuras metáforas, que caracterizaban a las teorías retributivas tradicionales, del restablecimiento del equilibrio moral o del orden jurídico y moral.

El reproche mediante la pena desempeña aun otro cometido, pues también se dirige a terceros, es decir, a otros miembros de la comunidad estatal a los que suministra razones normativas para omitir ese tipo de comportamientos. De modo distinto a lo que ocurre con el reproche en un contexto cotidiano, el derecho penal les informa de que determinados tipos de comportamientos son punibles. En cuanto que las sanciones previstas expresan un reproche, éste contiene el mensaje de que el comportamiento se considera reprochable y que debe ser omitido. Esta información no es necesariamente una relativa a lo equivocado del comportamiento, algo que comparte la mayoría, o al menos gran parte, de los destinatarios. El reproche que contiene la sanción se dirige sobre todo al intelecto del ciudadano con el fin de apelar a lo injusto del comportamiento y darle de este modo una razón para omitir este tipo de conductas.

A diferencia de lo que opinan los partidarios de la teoría preventivo integradora, el mensaje normativo que se expresa mediante las leyes penales no puede reducirse a un simple estímulo para fomentar la obediencia al derecho, por estar más predispuestos los ciudadanos a apelaciones morales que a amenazas. A mi juicio, el reproche que se manifiesta a través de la sanción está justificado porque muestra un camino éticamente adecuado, con el que al autor se le dirige la palabra como un actor capaz de realizar consideraciones morales. El mensaje de ilegitimidad del comportamiento, tal como se expresa en la ley penal frente a los ciudadanos, deriva de que muestra una vía ética apropiada, que se corresponde con personas que actúan moralmente orienta-

das. Los posibles efectos preventivo integradores de este mensaje resultan efectos colaterales en relación a estas pretensiones normativas²⁶.

El mensaje normativo del reproche no puede reducirse igualmente a una mera desaprobación del comportamiento en su aspecto de infracción normativa²⁷, sino que se dirige sobre todo a la substancia del injusto realizado por el comportamiento. Por ejemplo, el reproche adecuado a un robo debe referirse al injusto de esta lesión dolosa a otra persona y no sólo al hecho de que se ha infringido una norma prohibitiva.

Este tipo de orientación del reproche presupone que el comportamiento criminal es indudablemente injusto y por ello está justificada una reprobación. Frente a esto en la actualidad las prohibiciones penales tienen una amplitud considerable e incluyen modos de comportamiento que no parecen incondicionalmente reprochables. Un modelo orientado al reproche debe justificar todas estas prohibiciones. Basta para ello con que el ámbito nuclear del comportamiento afectado por el derecho penal pueda ser caracterizado como reprochable con buenas razones, en cuanto que por ejemplo suponga la lesión de otra persona realizada culpablemente (violencia o hurto) o contenga una lesión de obligaciones sociales de carácter esencial –fraude fiscal–. Este modelo, en el que el reproche se considera un elemento central del derecho penal, contiene por ello una función crítica: suministra un argumento para descriminalizar comportamientos que razonablemente no pueden ser considerados como reprochables²⁸.

4.2. ¿Qué apoyos se derivan de este modelo para el principio de culpabilidad penal?

El reconocimiento del papel central del reproche fortalece la necesidad de limitar el derecho penal a través de la culpabilidad del comportamiento, requisito que habrá de incluirse entre sus reglas generales, y, en la medición de la pena, la existencia de una relación adecuada entre la gravedad de la pena y el merecimiento de reproche del comportamiento. Ambas exigencias pueden ser derivadas directamente del carácter de reproche de la sanción penal. Como ya se ha comprobado, la condición de culpabilidad más elemental del derecho penal alemán, el que el comportamiento haya sido realizado dolosamente o, en relación a determinados comportamientos, con un grado determinado de ausencia de cuidado, no puede fundamentarse indicando que esta condición contribuye a fortalecer la fidelidad normativa del ciudadano medio, lo que además es complicado de probar empíricamente. Su fundamentación puede extraerse ahora de una sim-

26 Extensamente HÖRNLE/VON HIRCH (not. 7), 91s.

27 Para una visión similar del reproche, vid. SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JARBORG (not. 2), 109.

28 Vid. por ejemplo HUSAK, *Drugs and Rights*, 1992.

ple cadena argumentativa: la pena no es reproche únicamente desde un punto de vista empírico, sino que debe ser reproche en atención a criterios normativos y por ello la reprobación no resulta adecuada cuando se ha actuado sin culpabilidad²⁹. Lo mismo resulta de aplicación a las causas de exculpación, como por ejemplo el estado de necesidad disculpante. La ratio de la exculpación no reside en la ausencia de una necesidad preventiva de pena en estas situaciones sino en la circunstancia de que al autor no se le puede reprochar su comportamiento antijurídico, cuando la sumisión al derecho hubiese tenido para él consecuencias desoladoras³⁰. En el marco de la medición de la pena, el principio de proporcionalidad con el hecho debe acentuarse igualmente cuando se parte de la perspectiva orientada al reproche. La severidad de la pena refleja el grado de reproche, una pena proporcionalmente elevada expresa una mayor censura, al igual que una pena leve representa un reproche menor. Como consecuencia de esta estrecha relación conceptual entre gravedad de la pena y reproche, y no como consecuencia de los efectos sobre la fidelidad normativa de los ciudadanos, las penas deben corresponderse con la gravedad del hecho³¹.

5. LA CAUSACIÓN DE UN MAL EN LA PENA Y SU JUSTIFICACIÓN

A continuación nos ocuparemos del otro componente de la pena, la denominada imposición de un mal. La pena contiene una censura pero no se compone exclusivamente de reproche, pues éste se expresa a través de la causación de un mal, es decir a través de la imposición de una privación al autor. Por ello resulta necesario enfrentarse con este otro elemento constitutivo, la causación del mal. La justificación de este elemento requiere, como querría demostrar, la introducción de reflexiones preventivas. Lo que implica la necesidad de responder a la pregunta de cómo estos puntos de vista preventivos son contenidos por la función de reproche de la pena.

5.1. ¿Puede derivarse la imposición del mal del reproche?

Una argumentación posible podría consistir en intentar fundamentar la imposición del mal en el propio reproche penal. Esta argumentación ha sido desarrollada por el filósofo australiano John Kleinig, para quien el reproche, al menos en determinadas relaciones sociales, no puede ser expresado a través de

29 Vid. extensamente HÖRNLE/VON HIRSCH (not. 7), 99 s.

30 Ibid.

31 Para una discusión detenida en relación al modo en el que el reproche de la pena cimenta el principio de proporcionalidad con el hecho, vid. VON HIRSCH (not. 24), 15 s.; BOTTOMS en ASHWORTH/WASIK (Hrsg.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, 77 s.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999; VON HIRSCH (Buchenbach-Buch, not.2).

actos simbólicos o meramente verbales, la imposición de un mal resulta necesaria para mostrar que la reprobación ha de tomarse en serio. De este modo, por ejemplo, en una facultad la desaprobación de un comportamiento grave de un colega no debe expresarse a través de una amonestación verbal, la expresión de la desaprobación requiere la restricción de privilegios³². De modo semejante el Estado no puede reaccionar ante los comportamientos penalmente relevantes con una demostración verbal o simbólica de la desaprobación. La expresión creíble de la desaprobación requiere que ésta se realice mediante la imposición de un mal.

En el marco de las modernas sociedades occidentales esta justificación resulta probablemente pausable. Resultaría difícil imaginar que una respuesta simbólica o meramente verbal a un comportamiento dañoso hiciera creíble la desaprobación. Nuestras sociedades son diferentes a aquellas en las que existe un Rey, un sumo sacerdote o incluso una alta institución o instancia que podrían expresar este reproche.

Sin embargo esta justificación, aceptada tal cual, contiene una laguna. Incluso si la imposición del reproche estuviera justificada, el modo y manera en que ésta se expresa deben mostrarse respetuosos con el autor. Tomando un ejemplo cotidiano: imaginemos que A ha realizado un injusto y B como consecuencia quiere amonestarlo. Partamos de que A parece estar dispuesto a ignorar una simple amonestación verbal, por lo que B buscando encontrar el acatamiento de A y transmitirle su amonestación, la expresa golpeando y gritándole. Aunque la amonestación en sí considerada resulte un trato absolutamente respetuoso, podría objetarse que la manera y el modo en que se ha realizado está lejos de serlo, aspecto éste último que no se asegura suficientemente por el simple hecho de que los golpes o gritos confieran credibilidad al reproche. Pero incluso aunque así fuera, dado que un gran nivel de credibilidad no supone ninguna justificación moral suficiente, el modo y la manera en que el reproche se expresa han de justificarse obligatoriamente.

La justificación de Kleinig, en cuanto que sirve a la justificación de la existencia de la pena, pasa por alto que una de sus funciones es precisamente evitar comportamientos delictivos. Cuando el Estado criminaliza un determinado comportamiento, instituye una amenaza legal: este comportamiento está prohibido y la contravención de esta prohibición conduce a la imposición de determinadas sanciones. La amenaza muestra explícitamente su objetivo de disuadir a los ciudadanos de la realización de tales comportamientos.

El tema de la disuasión nos conduce nuevamente al rol de la prevención general negativa en la pena. Los penalistas alemanes tienen razón cuando rechazan las teorías puramente intimidadoras argumentando que no tratan al au-

32 KLEINIG, *Israel Law Review* 24 (1992), 401 ss.

tor o bien a los potenciales autores como personas que actúan de modo moralmente orientado (vid. supra. 3.1.). Sin embargo está abierta la posibilidad de acoplar la disuasión mediante la pena en un concepto de sanción penal determinado por el reproche. La dicotomina «absoluta/relativa» que existe en la doctrina alemana dificulta la consideración de esta posibilidad.

5.2. La imposición del mal como elemento preventivo en el marco de un concepto de pena basada en el reproche

La imposición del mal, a mi juicio, tiene realmente una función preventiva: suministra una «*prudential reason*» para la no realización de hechos punibles, unida a los argumentos normativos expresados mediante el elemento «reprochabilidad» de la pena³³. Por «*prudential reason*» entiendo consideraciones relativas a ventajas o desventajas para la persona que actúa. A través del reproche incorporado en la amenaza de pena, el derecho penal expresa que el comportamiento resulta equivocado, con lo que una persona que actúa de acuerdo con criterios morales tiene motivos para no realizarlo. Sin embargo, debido a la falibilidad humana, puede seguir queriendo su realización. La razón para que en la sanción el modo de expresar la desaprobación sea la imposición de un mal en lugar utilizar mecanismos puramente simbólicos reside justamente en que la amenaza de este mal confiere a la persona una razón «prudencial» ulterior, significativa para los propios intereses, para no realizar el comportamiento. De hecho, la introducción de una reacción de reproche que suministra al mismo tiempo un efecto de disuasión puede ser saludada como una ayuda para realizar un comportamiento que se reconoce como adecuado, en aquellos casos en que el autor está tentado de realizar el delito, pese a comprender el mensaje de la sanción.

Esta fundamentación se apoya en una imagen determinada de la naturaleza humana y de los motivos del comportamiento. Las personas no son ángeles para los que bastaría una apelación puramente normativa, pero tampoco animales que pudieran ser influidos a través de amenazas. Los hombres son morales pero falibles, capaces de motivarse normativamente pero también con tentaciones de infringir estas apelaciones. Su naturaleza de persona que orienta su comportamiento moralmente capacita al hombre para tener en cuenta el mensaje de reproche, es decir lo reprochable del comportamiento, que se comunica a través de la sanción. Pero al mismo tiempo, dado su carácter falible, le es también fácil resistirse a la tentación de realizar un delito cuando el reproche se expresa de modo desalentador. El modo en que se contiene la disuasión diferencia la pena de una medida puramente coactiva, en la que la única base

33 VON HIRSCH (not. 24), 12 s.

para la conformidad se basa en el temor a las consecuencias indeseables. En atención a las mencionadas cualidades de la naturaleza humana resulta posible reaccionar con una medida que fortalece las razones para la no comisión de delitos a partir tanto de razones morales, como racionalmente orientadas.

Dentro del punto de vista, que acaba de exponerse, la prevención no puede situarse en solitario. Si la sanción expresa un reproche, su forma y modo adopta una forma que actúa al mismo tiempo como intimidación y como apoyo contra tentaciones. Por el contrario, cuando la sanción únicamente impone un mal constituye una simple medida coactiva. Una persona conformada moralmente puede señalar que una sanción neutral, carente de cualquier juicio, es más eficaz frente a las tentaciones si se corresponde con una obligación moral reconocida. Sin embargo, esta sanción, portadora únicamente de una amenaza, no respetaría su carácter de persona responsable. Las razones para actuar correctamente serían meramente que el Estado quiere tratarlo como un ser vivo que debe ser obligado y no como alguien que toma en cuenta razones normativas al comportarse de un modo determinado.

En la justificación de la pena propuesta, la función de reproche desempeña el papel central. Una reacción de desaprobación ante un comportamiento injusto puede, a mi juicio, expresarse, al menos en primer término, de modo y manera puramente simbólica o de modo que la desaprobación se comunique mediante la imposición de un mal. La sanción penal es una reacción de este último tipo, pues como consecuencia de su función adicional de «desaliento» contiene ventajas frente a reacciones simbólicas. Sin embargo, la función preventiva está justificada únicamente en una institución que incorpora también el reproche.

En esta estructura de la pena el reproche y la imposición del mal están entrelazados. Un tipo penal indica que ante determinado comportamiento se reaccionará mediante una consecuencia gravosa determinada. Esta consecuencia contiene de un lado la imposición del mal y de otro expresa el reproche. Esta relación entre ambos elementos de la penal resulta, tal como veremos más tarde, importante para el principio fundamental de proporcionalidad con el hecho.

Una debilidad de las teorías retributivas tradicionales radica, tal como se indicó, en olvidar razonar el papel del Estado en la imposición del castigo. El aspecto preventivo que aquí se propone permite justificar más fácilmente su cometido. Una de las tareas más importantes del Estado consiste en proteger a los ciudadanos ante las lesiones de sus intereses más vitales³⁴, dicho cometido justifica la prohibición de los comportamientos lesivos que conforman el núcleo del Derecho penal. A mi juicio la pena sirve a esta función

34 Vid. también ROXIN (not. 13), 54 s; VON HIRSCH (not. 25).

de protección, por su función disuasora ante comportamientos delictivos. Pero también constituye una obligación central del Estado, cumplir con sus tareas, en este caso la protección de sus ciudadanos, de modo respetuoso con las personas. Una sanción reprobadora, a diferencia de lo que ocurre tal como vimos (vid. 4.1.) con aquellas de carácter neutral, trata con respeto al afectado, al tratarlo como persona capaz de realizar consideraciones morales, e igualmente en lo que respecta a la víctima contiene el reconocimiento de que ha padecido un injusto.

Pese a esta doble justificación estaría sin embargo permitido rechazar la institución de la pena si no fuese necesaria para la prevención. Representémos una hipotética sociedad en la que las relaciones sociales y económicas se desarrollan de modo tan positivo que la violencia o el robo rara vez acaecen. La institución de la pena, con su aparato de tribunales, sanciones, etc., no sería necesaria para mantener dentro de límites tolerables estos comportamientos. ¿Estaría esta sociedad obligada a mantener esta institución con el fin de ocuparse de los malechores? A mi juicio no: la sociedad puede pretender conservar algunas formas de reproches oficiales, pero con la necesidad de prevención criminal desaparecería igualmente la necesidad de una institución tan costosa, inoportuna y gravosa como la pena³⁵.

5.3. El aspecto preventivo y el principio de culpabilidad en Derecho penal

Como se ha indicado (vid. 3.1.), una desventaja esencial de las justificaciones puramente preventivas es su incapacidad para fundamentar adecuadamente la limitación de la responsabilidad penal y de la mediación de la pena mediante la culpabilidad. De ser útiles a los fines preventivos habría que admitir la responsabilidad sin culpabilidad y las sanciones desproporcionadas. Una ventaja decisiva del modelo orientado al reproche consiste en que tal como se mostró (vid. 4.2.) ofrece una fundamentación de estos límites.

Sin embargo nuestro análisis se centra en un modelo mixto que contiene el elemento de la prevención y el reproche. ¿No constituye un caballo de Troya la introducción de estos elementos preventivos? ¿La consecución de estos efectos permite ir más allá de los límites marcados por las exigencias de culpabilidad?

Estas preguntas serían un problema si ambos elementos de la pena –reproche y prevención– actuasen en diferentes partes del derecho penal. Aceptemos por ejemplo que alguien afirmara que la necesidad de culpabilidad se encarna en el reproche contra el autor y que la sanción que a éste le será imputada tiene únicamente una función preventiva. En este caso la esencia de la

35 Vid. extensamente VON HIRSCH (not. 25), 73 s.

pena quedaría determinada de acuerdo con criterios preventivos. Este modelo no sería aceptable en el marco de los argumentos fundamentales que he desarrollado: pues si la sanción, en vez de expresar un reproche, desempeñara únicamente una función preventiva, la reacción de censura quedaría separada, fuera de la justificación de la pena que he propuesto. En este caso ya no hablaríamos de la expresión del reproche a través, debido a razones preventivas, de la imposición de un mal. El mal causado sería puramente preventivo, y al no contener reprobación alguna, constituiría una suerte de doma, en la que el autor no es tratado como persona capaz de reflexionar moralmente.

Lo esencial en el modelo mixto que propongo es el entrelazamiento de la desaprobación y la imposición del mal (cfr. supra. 5.2). Es el mal con el que se amenaza, y no sólo las pretensiones derivadas del principio de culpabilidad, quien expresa el reproche y al mismo tiempo sirve como disuasión. Si al autor se le impone un mal, precisamente en ello está el reproche que sólo está justificado si el autor actuó culpablemente, por lo que han de respetarse las exigencias materiales del principio de culpabilidad. Si la medida de la sanción se modifica, se varía también el grado de desaprobación expresado, este cambio sólo estaría justificado cuando se corresponda con la gravedad del hecho punible, por ello, tal como se ha razonado en otro lugar³⁶, el principio de proporcionalidad ha de ser respetado. Si este entrelazamiento está claro resulta infundado el miedo a caballos de Troya.

6. REPROCHE, PREVENCIÓN Y CAPACIDAD DISCURSIVA

Una objeción central contra las teorías puramente preventivas señalaba, como ya se mencionó, que éstas no respetaban la competencia de actuación moral del autor³⁷. El modelo de reprobación propuesto pretende evitar esta dificultad. Al autor, confrontado con la desaprobación de su comportamiento, se le ofrece la posibilidad de reaccionar mediante un comportamiento moralmente orientado, como por ejemplo el reconocimiento del injusto realizado. Al actor se le censura por su comportamiento, juzgado reprochable, y no porque se alcance en otras personas una mayor disposición a la fidelidad normativa, como piensan los defensores de la prevención integradora³⁸.

36 VON HIRSCH (not. 24), 15 s y not 2.; vid. también HÖRNLE (not. 31), 137 s.

37 Vid. infra. 3.1.

38 Vid. infra 3.1 y 3.4 y de forma exhaustiva HÖRNLE/VON HIRSCH (not. 7), 91-99. Debe diferenciarse entre reproche, en el sentido expresado, y estigmatización que sirve para indicar la aversión pública por el delito y su autor. Las teorías estigmatizadoras son susceptibles de tratar al autor como simple herramienta para expresar este mensaje y rechazar totalmente a los principios de «juego limpio». Sobre la base de esta última perspectiva algún penalista norteamericano ha abogado por penas humillantes, en las que las exigencias de proporcionalidad deben quedar totalmente al margen (KAHAN, *University of Chicago Law Review*, 63 (1996), 591 ss.

Aunque el reproche penal, en la forma descrita, supone un comunicación moral con el autor, tiene un cierto carácter autoritario. Qué es un comportamiento inaceptable, qué reglas procesales han de seguirse para declarar la culpabilidad del autor y qué causas de justificación y exculpación van a tener cabida, es establecido enteramente por el Estado y no mediante el libre intercambio de argumentos entre el autor y las instancias censuradoras. En cuanto que esto es así, el discurso penal no cae dentro del ámbito del modelo del discurso libre de dominio de Habermas³⁹.

Este carácter autoritario es compartido de algún modo por otras instituciones sociales, cuya tarea es ocuparse del límite entre comportamientos permitidos y no. Si por ejemplo una universidad impone una sanción disciplinaria contra un miembro de una facultad como consecuencia de un comportamiento desaprobado, adopta con ello una decisión relativa a las actuaciones que considera inaceptables; por ello no se trata de cuestiones que han de ser decididas en un discurso libre entre las autoridades académicas y el afectado⁴⁰. Este grado de autoritarismo es necesario si quieren ofrecerse normas de comportamiento duraderas y fiables.

Sin embargo este momento autoritario en la imposición de una sanción no impide per se su carácter de comunicación moral. El hecho de que puedan ofrecerse razones por las que un comportamiento se considera equivocado; que exista un espacio abierto para las reclamaciones de justificación o exculpación y que la imposición de la pena se configure con el fin de comunicar la desaprobación al autor, pero de modo tal que le invite a reflexionar sobre la corrección de su comportamiento, muestra que éste es tratado como persona, cuyas actuaciones han de conducirse por razones morales.

Pero, ¿dado que la justificación del mal es parcialmente preventiva (vid. 5.2.) y tal como se dijo una argumentación de este tipo olvida tratar a la persona como actor moral (v. 2.1.), podría realizarse un reproche similar contra ésta justificación que incluye un elemento preventivo en el seno de un concepto orientado al reproche?

La respuesta depende de la amplitud con que se conciba el marco de la actuación moralmente orientada. Según el punto de vista kantiano tradicional, únicamente se actúa moralmente si las razones que el autor toma en cuenta y ofrece son exclusivamente morales. La introducción de cualquier consecuencia ventajosa o desventajosa, ya sea en forma de estímulo o de desaliento, privaría al motivo de actuación de su carácter moral esencial. Esta perspectiva ideal resulta poco provechosa, cuando se está reflexionando acerca del modo

39 HABERMAS en, *Festschrift für Walter Schulz*, 1974, 101 ss. Este aspecto, el proceso penal no puede estar libre de dominio, ha sido desarrollado por HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, 121 s.

40 Vid. HÖRNLE/VON HIRSCH (not. 7), 94 s.

en que el derecho penal ha de tratar a los hombres, reales y falibles, que componen la sociedad.

En el modelo que he propuesto, el papel desempeñado por la imposición del mal (vid. 5.2.), parte de una representación más modesta de la acción moral. A mi juicio, cuando el Estado requiere del autor razones normativas, aunque no sean las únicas, en la realización de un comportamiento exigido lo trata como persona que actúa moralmente. Un modelo puramente intimidador no cumpliría con esta condición: el autor sería informado que debe obedecer o atenerse a las consecuencias, pero no ofrece ningún argumento normativo de por qué debe someterse. En el modelo que propongo por el contrario al autor se le aportan dos argumentos. Mediante el reproche que contiene la sanción al autor se le comunica que su comportamiento es censurable y debe ser evitado. Ha de admitirse que ésta no tiene por qué ser la única razón: la reacción de reproche se expresa a través de la imposición de un mal que actúa como «*prudential reason*» frente las de tentaciones de ejecutar el comportamiento pese a su incorrección. Mas el modelo propuesto toma en serio la capacidad de acción moral, si se acepta la concepción del hombre mantenida, como actor falible, capaz de orientarse moralmente pero a la vez necesitado de ayuda para vencer las tentaciones.

Más arriba me ocupé de las razones por las que la prevención puede ser una razón legítima y fundamentadora de la existencia de pena, sin embargo aún no me he ocupado de la severidad del nivel de penas en su conjunto. Cuando la escala de penas resulta considerablemente elevada, las razones normativas aportadas por el reproche penal para la omisión del comportamiento podrían ser dominadas por la intimidación y de este modo disminuir su importancia práctica. Esto implica que el nivel general de las penas ha de mantenerse bajo, tal como en otro lugar he mostrado más detenidamente⁴¹.

7. CONSIDERACIONES FINALES

La dicotomía absoluto/relativo ha impedido un análisis de la justificación de la pena, pues requieren que ésta o bien haya de ser exclusivamente preventiva o bien deontológica y retributiva. Ninguno de los modelos puros nos satisface. Los preventivos no aportan ninguna fundamentación convincente de los límites que impone el principio de culpabilidad al derecho penal material y a la determinación de la pena; además ofrecen una explicación

41 VON HIRSCH (not. 24), Cap. 5; VON HIRSCH (not. 2) (Buchenbach-Buch).

exclusivamente instrumental de las razones para comportamientos buenos y no tratan al autor como actor capaz de realizar reflexiones morales (v. 3). Las teorías puramente retributivas tienden a ofrecer explicaciones oscuras de los elementos de la causación del mal en la pena y no proporcionan ninguna justificación adecuada de la competencia estatal. Probablemente una mayor perspicacia podría superar estas dificultades, pero en cualquier caso el camino no está suficientemente claro.

La institución de la sanción penal tiene, a primera vista, tanto elementos preventivos como deontológicos. El elemento de censura, la crítica al autor como consecuencia de su comportamiento, contiene una apelación moral al actor como persona capaz de consideraciones morales. Este elemento no puede reducirse a mera prevención. Sin embargo, la sanción penal posee otra característica, el ser obstáculo de lesiones futuras y el modo y forma en que amenaza con consecuencias desfavorables, que obviamente algo tiene que ver con la prevención. Por ello, el análisis más convincente es el que parte de la corrección de un modelo mixto, que contiene elementos de ambos tipos.

En este ensayo he desarrollado un análisis del reproche penal el cual convierte a esta reacción en deontológica: como apelación normativa, dirigida a un actor que es considerado susceptible a consideraciones morales. Este carácter de censura es el que justifica los límites requeridos por el principio de culpabilidad en el derecho penal material y por el principio de proporcionalidad con el hecho, en el derecho de medición de la pena.

A la causación de un mal la he descrito como un «desaliento» ante la realización de hechos punibles que actúa en el interior de un concepto general orientado al reproche. A mi juicio, la razón para introducir este «desaliento», en vez de reaccionar únicamente mediante un reproche simbólico, a mi juicio, es preventiva: la pena debe también servir para ayudar al hombre, ser capaz de orientarse moralmente, pero también falible, a vencer la tentación de lesionar a otros⁴². He tratado de explicar por qué el reconocimiento de este limitado rol preventivo permite mantener los límites que para la punibilidad se derivan del

42 Mi propuesta contiene con ello una modificación en la terminología de la prevención. En la discusión tradicional la prevención general se concibe o bien «negativamente» (encaminada a intimidar a los autores potenciales e inducirles a la conformidad) o bien «positivamente» (en cuanto destinada a apelar a la representación moral del ciudadano, pero con el fin de asegurar su disposición al cumplimiento de las normas). A mi juicio, el elemento negativo de la prevención general contiene un «desaliento» en relación a la lesión, uno entre los múltiples estímulos y contraestímulos que se le ofrecen hombre en su vida cotidiana. Este desaliento no se sustenta únicamente en el temor, sino que está íntimamente vinculado con el mensaje normativo, que se contiene en el carácter de reproche de la pena (vid. infra 5.2). Mi propuesta contiene también un elemento de prevención general positiva, en el mensaje normativo, desistir de al realización del delito, que se expresa en el tratamiento desvalorado del comportamiento criminal (vid. infra not. 26). Sin embargo la legitimación de este mensaje reside finalmente en el juicio moral que se realiza a través del reproche por el comportamiento antijurídico.

principio de culpabilidad, como la necesidad de un comportamiento culpable, y el principio de proporcionalidad con el hecho. Ulteriormente he intentado explicar por qué la introducción de este elemento preventivo no cuestiona el carácter de la reacción como apelación a la competencia moral del actor.

La justificación de la pena por la que se ha optado se ha presentado en este lugar como posible base de discusión, cuya crítica podría encontrarse en incoherencias y lagunas en la argumentación que haya podido pasar por alto. Algunos aspectos de este modelo requieren de un análisis más detallado como, por ejemplo, el rendimiento del concepto de comunicación moral, que he utilizado (infra. 6) en lugar de la estricta concepción kantiana. En la discusión de este problema ha de abordarse en serio uno de los temas centrales de la «Escuela de Frankfurt», a la que está dedicada esta obra: la interacción entre puntos de vista normativos y pragmáticos. Las instituciones penales requieren una justificación normativa y no únicamente instrumental; si bien estos argumentos deben dirigirse a una concepción de la pena como institución social, mediante la que el Estado ejercita su violencia y que se orienta al fin pragmático del bienestar de los ciudadanos.