

ANUARIO

Nº33 · 2017

**A modo de colofón:
valorar y razonar la pena**

Páginas 135-150

A MODO DE COLOFÓN: VALORAR Y RAZONAR LA PENA

Jonatan Valenzuela

Doctor en Derecho. Profesor
Asistente de Derecho Procesal
en la Universidad de Chile,
Santiago, Chile.

jvalenzuela@derecho.uchile.cl

RESUMEN

En el presente trabajo se da cuenta de dos rasgos esenciales de la reflexión acerca de la pena estatal: su capacidad de vincularse a cuestiones morales o de justificación y su capacidad de vincularse a razonamientos con proyección pragmática relativas a cuánto puede castigarse. La exploración aquí presentada se compromete fuertemente con una visión retributiva de la pena y, por tanto, marcadamente retrospectiva de la práctica punitiva.

PALABRAS CLAVE

Pena – justificación -
retribucionismo.

THE PLACE OF THE AS

A COLOPHON: VALUE AND REASON THE PENALTY

ABSTRACT

In the present work two essential features of the reflection about the state penalty are given: its ability to be linked to moral or justification issues and its ability to be linked to reasoning with a pragmatic projection regarding what can be punished. The exploration presented here is strongly committed to a retributive view of punishment and, therefore, markedly retrospective of punitive practice.

KEYWORDS

Penalty - justification - retribution

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito jurídico penal se ha mostrado como un escenario particularmente fecundo para el despliegue de las discusiones filosóficas que miran a la justificación de las diversas instituciones que dan cuenta del uso del *ius puniendi* estatal. Con ello es y ha sido tradicionalmente un punto de encuentro para estudiosos del derecho que cultivan diversas expresiones del fenómeno jurídico.

En este trabajo, simplemente, quisiera dar cuenta de las impresiones que un grupo de estudios específicos (de Vera, Figueroa, Toledo y Agüero) produce en alguien que cultiva una disciplina con cometidos claramente empíricos respecto de la justificación de la pena.

En el grupo de artículos aludidos encontramos un ejemplo palpable del rendimiento que puede llegar a tener un texto que se enfoca en el relato de las diversas formas en que el discurso de justificación de la pena puede tener lugar y, por tanto, da cuenta de la necesidad que se tiene, desde el derecho procesal, de recepcionar estos fenómenos pensando en el ejercicio jurisdiccional en sí mismo y con ello, en algún sentido, en la creación del derecho. Destacados autores, con perspectivas muy diversas, dan forma a un grupo de reflexiones de primer nivel y que a su vez reflejan la calidad de los argumentos de Vilajosana.

Un rasgo, a mi juicio, muy relevante de los textos que enfrentamos es que comparten la preocupación acerca de uno de los puntos capitales de toda teoría de la pena: sus vinculaciones con una teoría de la responsabilidad y de las condiciones para responsabilizar. En este sentido, resulta un trabajo particularmente interesante dado su esfuerzo por vincular razones morales y razones jurídicas, de modo tal de encontrar la mejor lectura posible de esta sección de los argumentos de Vilajosana. No hay pena sin libertad y, en algún sentido, sin libre albedrío, pero aún más interesantes son las escasas posibilidades de existencia de la libertad y el libre albedrío sin la pena.

Es por ello que el desarrollo de una importante secuencia de argumentos en el nivel metodológico, procesal penal y tributario, permiten mostrar

la importancia del libro de Vilajosana que aquí se comenta, así como la claridad de los comentaristas me permiten articular unos breves comentarios al respecto.

En las páginas que siguen no puedo, por tanto, desplegar una revisión crítica de estos textos sino que me abocaré a revisar ciertos puntos que, me parece, quedan sugeridos y resultan, en alguna medida, interesantes para alguien que pretenda explicar la praxis punitiva.

II. VALORAR LA PENA

Probablemente, una idea que merezca ser rescatada, aun en estos días, es aquella que indica que la pena tiene un valor político irrenunciable en la comunidad. Creo que, en gran medida, la irrenunciabilidad de la pena pasa por reconocer en ella un claro componente retributivo.

El valor que tiene la pena en la comunidad política supone dar, en todo caso, por concurrente la idea de castigo y con ello de responsabilidad en la comunidad política. Creo que la mejor versión para comprender correctamente una práctica punitiva pasa por reconocer un claro componente retributivo en la justificación de la pena estatal (Valenzuela, 2017).

La retribución constituye una razón por la cual se afirma la punición particular de un sujeto en un determinado momento, acorde con la intuición moral del uso del derecho penal en contra de un culpable (Moore, 2003).

Bedau, siguiendo la propuesta de Hart, caracteriza a las teorías retribucionistas de acuerdo con las siguientes proposiciones:

1. Una persona debe ser penada, si y solo si, ha actuado de manera voluntaria y defectuosa;
2. La pena debe igualar, o ser equivalente, al mal irrogado por la ofensa;
3. La justificación para penar una persona está determinada por el restablecimiento del bien –lo justo moral- frente al mal generado por la ofensa moral voluntaria (1978: 602-603).

Podemos identificar entonces estas tres proposiciones con los tres principios que conforman a una tesis retributiva de la pena: el principio de la responsabilidad (1), el principio de proporcionalidad (2) y el principio de compensación (3).

Naturalmente, estos principios deben ser relacionados con dos ideas básicas: el sujeto culpable y el merecimiento.

Debe existir una persona que sea “seleccionable” como culpable, para ello debe ser un sujeto del cual pueda predicarse la culpabilidad (Bedau, 1978: 605)¹. Este reconocimiento forma parte de la definición de lo que entendemos por punición. La relación entre la aptitud de causar un mal relevante y su causación efectiva es el merecimiento².

Una teoría de la pena así articulada ofrece un dato de especial relevancia: la justificación de la pena siempre necesita reconocer su capacidad retrospectiva. Es decir, la pena, para justificarse lógicamente, debe reconocer al autor y su hecho hacia el pasado³ (Tunick, 1992: 37). Lo verdaderamente interesante es que esta función es exactamente aquella que entendemos central en la actividad probatoria en el proceso penal.

El castigo que se manifiesta en la pena está pensado para expresar reproche. Esto se ha considerado como parte del proceso de expresión del mal que se incorpora en el hecho constitutivo de delito. Nos parece que el delito es algo malo y que las consecuencias penales de ese delito deben expresar este juicio moral (Von Hirsch, 1998: 35-38).

1 Bedau ha visto el problema desde la lectura de Hart. Ha reducido la necesidad de encontrar a un culpable de acuerdo con la coordinación entre la proposición de la compensación del mal causado por otro mal y la proposición de que alguien es elegible como un culpable cuando es capaz de realizar culpablemente un acto criminal.

2 Esta aptitud del autor, de ser culpable del hecho, y de merecer el reproche contenido en la pena es precisamente uno de los tres puntos sobre los cuales debe argumentarse para una teoría retributiva de la pena del menor. Sobre ello me extenderé más adelante.

3 Existen, además, versiones de especial fuerza que intentan recordar la vinculación entre el acto de imposición de la pena y la venganza. Por ejemplo, Tunick, revisando el argumento de Menninger, recuerda que el derecho penal es una moderna institución que tapa un instinto que debería mantenerse en silencio.

Por ello, el acto comunicativo que se encuentra naturalmente tras la pena es la censura. Se censura a alguien por un comportamiento reprensible y porque existe un consenso moral en quienes censuran para hacerlo (Von Hirsch, 1998: 35).

Existen ciertas propiedades de este reproche. Son vistas como funciones morales positivas del reproche en términos de Von Hirsch.

En primer lugar, el reproche considera a la víctima. Se reconoce el padecimiento del daño por parte de un igual, y este es parte del sentimiento de empatía con que se acompaña habitualmente esta clase de padecimientos (Von Hirsch, 1998:36).

En segundo lugar, se considera al autor. Se elabora un mensaje que expresa que se le reprocha el acto que ha cometido culpablemente. Se aspira, entonces, participar también con el autor en el reproche, esperando una respuesta que demuestre un juicio disvalioso del propio autor ante su hecho. La indiferencia puede, luego, ser objeto de una crítica (Von Hirsch, 1998: 36)⁴.

Con todo, el objetivo del sometimiento del autor a la pena no busca su arrepentimiento como un dato que configure su imposición. El rol de juzgador no puede vincularse a la contingencia del estado anímico del infractor, sino que necesita anclarse al hecho delictivo como expresión de infracción del derecho.

Finalmente, como tercer punto, Von Hirsch considera la posibilidad de que la censura pueda influir en terceros y hacerlos desistir de su conducta

⁴ Es cuestionable la naturaleza de esta necesidad de arrepentimiento o pesar de parte del autor. En Von Hirsch puede precisarse que quizá la indiferencia del autor ante el reproche pueda ser, en un primer momento, causa de una crítica o un juicio de reproche moral desprovisto de pretensión de juridificación. La indiferencia que, en cambio, está acompañada por actos también reprochables daría lugar a un reproche caracterizado especialmente. Pensemos en el caso de la comisión de lesiones corporales. Naturalmente, el reproche será comunicado al autor. Si este manifiesta indiferencia ante el reproche, la pena se graduará de todas maneras conforme a la gravedad del delito. Si esa actitud de indiferencia se vuelca en la ejecución de un nuevo delito de lesiones, entonces la comunidad cuenta con un juicio de reproche caracterizado por esta indiferencia. Aquí el mensaje será reforzar el reproche por medio de la consideración de la reincidencia.

probablemente delictiva. La sanción penal apela, entonces, al sentimiento general de no aceptación de las conductas punibles. Esto otorgaría razones para evitar la realización de estas conductas (Von Hirsch, 1998: 37)⁵.

La sanción penal, por tanto, configura un modo de enfrentamiento del problema penal en relación con la consideración de agentes morales iguales de quienes participan en la configuración de la conducta. Reconocer el *status* de agente moral igual es parte de lo que se encuentra en juego. Si, siguiendo Von Hirsch, se tomara el camino de prescindir de esta dimensión de la imposición de la pena, nos encontraríamos tratando a las personas como “tigres de circo”, que reaccionan ante la amenaza de una consecuencia indeseable de manera neutra o meramente instrumental (Von Hirsch, 1998:37).

III. RETRIBUCIÓN Y VENGANZA

Un punto de interés para comprender una teoría retributiva, es determinar la exacta posición de la idea de “venganza” y la idea de “retribución”. Un buen ejemplo al respecto es considerar el caso de la *lex talionis* (Cid, 2009: 21)⁶.

Una teoría retribucionista de la pena puede identificarse con la mecánica de ojo por ojo y diente por diente presente en la creencia cristiana. Sin embargo, ni la ley taliónica ni una teoría de la pena retribucionista deben ser confundidas con la venganza. La venganza necesita, para constituirse, reconocer el interés moral personal de quien impone la sanción. Es venganza cuando nos enfrentamos a una aplicación de un mal por parte de quien es víctima directa y tiene intensiones subjetivas en la aplicación de ese mal (Tunick, 1992: 87)⁷.

5 Con todo, debe quedar claro que Von Hirsch no espera una intimidación en términos utilitaristas de la potencial influencia de la pena en terceros. Si se pide a la gente que desista de cometer delitos de acuerdo con una consideración moral (el delito está mal), deben entregarse razones por las cuales ese acto se encuentra enfrentado al consenso moral (existen razones por las cuales lo que está mal, está mal).

6 Existen posiciones que identifican a la justificación retributiva de la pena con la venganza, por ello me parece necesario referirme a este punto.

7 En realidad, la ley del talión es un índice de proporcionalidad entre la ofensa y el mal que se entiende debe irrogarse a causa de esa ofensa.

La idea de venganza se asocia a una versión no institucional de castigo, o al menos a una versión incivilizada de este (Tunick, 1992: 88).

Una versión civilizada de castigo requiere considerar que el acto de venganza es un acto de desorden contingente respecto de lo que se espera por parte de la comunidad. La retribución expresa precisamente el ordenamiento del reproche, de acuerdo a lo que nos parece correcto esperar respecto de un acto incorrecto. La cuestión central está en que no se trata, a pesar de estar vinculado a una intuición moral, de lo que nos parece contingente o subjetivamente esperable, sino de lo que nos parece moralmente esperable, más allá de la estructura de la vindicta (Tunick, 1992: 90).

Por ello, una teoría retributiva de la pena expresa la necesidad de condena de parte de la sociedad respecto del acto incorrecto que configura al delito.

La identificación entre retribución y venganza ha sido tradicionalmente asumida por quienes sustentan una ética consecuencialista del castigo (Betegon, 1992: 116).

La acusación radica en la presunta afinidad que puede encontrarse entre el significado moral que se esconde detrás de una justificación retribucionista y la comprensión (presuntamente) ordinaria de la idea de venganza (Betegon, 1992: 116).

Sin embargo, esta es una cuestión aparente. La idea de venganza ha sido repudiada moralmente por los filósofos desde la antigüedad y de hecho, ha sido opuesta a la idea de castigo retributivo (Betegon, 1992: 112).

En la venganza:

[S]e hallaría presente este especial estado de ánimo natural a la relación de enemistad que ha surgido de la conducta alevosa del ofensor respecto de quien se va a erigir en sujeto activo de la venganza [...] (Betegon, 1992: 123-124)

Este estado de ánimo es precisamente desechado en la óptica retributiva. Cuando se establece la realización culpable del delito como condición

necesaria para la imposición de la pena, se dota de fuerza expresiva precisamente a ese acto en el pasado, y por ello se justifica a la pena retrospectivamente.

Por otra parte, en el acto de imposición de la pena, precisamente, se otorga un carácter público al hecho del castigo, que la venganza no necesita para ser considerada como tal (Betegon, 1992: 124).

La venganza puede tener lugar, por ejemplo, frente a actos morales apreciables (un delincuente puede vengarse de quien impidió su acción delictual), la pena nunca podrá imponerse ante un acto conforme al consenso moral de la comunidad, nunca estará justificada la punición de una conducta conforme a derecho (Betegon, 1992: 125).

IV. PREVENCIÓN Y REPROCHE. ¿ES POSIBLE LA COMPATIBILIDAD?

Un problema importante que debe enfrentar un retribucionista es la aceptación o negación de la concurrencia de la prevención, como una idea plausible ante la imposición de la pena.

Sobre esto, Von Hirsch ha manifestado su aceptación. Si bien es claro que en la tesis de Von Hirsch lo primordial es el merecimiento, acepta que el Estado, al momento de conminar e imponer una pena, puede admitir la consideración de los terceros ajenos directos al acto (1998:39).

De hecho, esta asunción permite liberar a Von Hirsch de la etiqueta de retribucionista, pues como él mismo ha señalado:

El derecho penal [...] 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 esa forma se suministra a los ciudadanos razones morales y no sólo prudenciales para desistir de ciertos comportamientos. (Von Hirsch, 1998: 39)

La tesis de Von Hirsch descansa en reconocer, sin embargo, un tipo de relación entre los dos puntos que fundamentarían la práctica punitiva. La retribución del mal causado debe primar por sobre la prevención de la comisión de delitos por parte de la sociedad. Para Von Hirsch, la función preventiva consiste en:

[E]n 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 tentación. (Von Hirsch, 1998: 39)

La tesis de Von Hirsch consiste en reconocer dos clases de razones para comprender la imposición de una pena. Por una parte, existen razones morales y por la otra, razones prudenciales.

Las razones morales se vinculan al sentido de la pena en tanto reproche. Se reprocha de acuerdo a un plan moral o una intuición moral compartida acerca de la necesidad de comunicar al autor de un delito que lo hecho culpablemente está mal.

Las razones prudenciales, por su parte, dicen relación con razones metamorales, que sirven de base para construir un juicio lógico de desistimiento ante el delito, por encontrarse construido por medio de una prohibición reforzada penalmente.

La cuestión está en entender que la prevención, en la formulación de Von Hirsch, no puede situarse como un paso de justificación interna de la pena, sino que pasa por reconocer un sector del juego comunicativo de la conminación de la pena, que otorga razones de prudencia que se alinean con la razón moral contenida en la prohibición (Von Hirsch, 1998: 40).

Resulta clarificador considerar la relación que se plantea entre estos dos elementos. Von Hirsch es consciente que el ingreso de la prevención en el terreno de la justificación de la punición puede generar un problema al caer en una medida utilitarista del castigo (Von Hirsch, 1998)⁸.

Lo fundamental es, a pesar de reconocer este juego preventivo, no socavar la exigencia de proporcionalidad. La sanción debe evitar ser comprendida como un mero imperativo, sino que debe ser considerada como una razón moral para el cumplimiento de una conducta conforme a derecho. Por ello, la función reprobatoria en Von Hirsch, tiene primacía, se basta para justificar la existencia de la punición. Por lo mismo, la función preventiva opera solo *dentro* de la función reprobatoria (1998: 41)⁹.

Al existir una justificación dual, en la tesis de Von Hirsch, una pena que careciera de razones preventivas podría ser abolida (1998: 41). Podemos imaginar una sociedad donde el bienestar social encuentre niveles tan altos, que la punición de las conductas sea innecesaria. En una sociedad donde la amenaza de comisión de crímenes sea excepcionalmente baja, Von Hirsch contesta afirmativamente a la pregunta sobre la abolición de la punición (1998: 41).

Naturalmente, esta es una cuestión controvertida. En este punto, Von Hirsch ha hecho una concesión que puede conducir a considerar su tesis como utilitarista moderada antes que retributiva moderada.

Si las expectativas de comisión del crimen son bajas, un retribucionista no puede agregar al juego de las premisas de imposición de la pena una razón que permita el resultado ilógico ya apuntado por Moore.

8 En términos del propio Von Hirsch, se corre el riesgo de entender el castigo penal como un mecanismo de entrenamiento de tigres. Una tesis utilitaria, según este autor, trata a los integrantes de la comunidad como tigres que reaccionan ante el placer o disgusto de las amenazas.

9 Esta idea de Von Hirsch, en un sentido, puede permitir abandonar la justificación “dual” de la pena que ofrece el autor. Si la función preventiva está supeditada a la reprobatoria y si opera *dentro* de los márgenes de la reprobación, la única función que puede advertirse por los agentes morales es la retribución. La prevención sería una característica externa del acto de comunicación que se produce respecto del infractor. Al ser la imposición de la pena un acto público por definición, Von Hirsch explora un modo de hacer patente la dimensión de este acto comunicativo ante terceros.

Imaginemos una sociedad donde un determinado delito casi no se comete, por ejemplo, una con un tabú moral muy fuerte sobre el abuso sexual, donde los delitos de esta índole no se cometen salvo marginalmente. ¿Podría aceptarse, desde la óptica retribucionista, la abolición de la punición?

Si se considera que la intuición moral acerca de lo punible es, en algún sentido, artificial, la respuesta es positiva. Dentro de la reprobación se halla una razón sobre la prudencia, que permite abandonar la pretensión de castigar penalmente. Sin embargo, aún en un ejemplo totalmente hipotético de una sociedad sin crimen, la intuición moral acerca de lo que está mal constituye a esa sociedad, pues reconoce la calidad de agentes morales libres de sus ciudadanos. Si, como señala el propio Von Hirsch, la prevención debe supeditarse a la retribución, entonces allí donde se reconozcan consensos acerca de lo que está mal, la pena debe mantener su lugar, cuando encontremos fuertes razones preventivas para abandonarla.

V. RAZONAR LA PENA: ¿CUÁNTO CASTIGAR?

Una vez afirmado el núcleo de la justificación de por qué castigar, es necesario preguntarse cómo esta teoría puede determinar al cuánto de la pena (Von Hirsch, 1998: 41-47).

La pregunta puede ser respondida esquematizando las condiciones de aplicación de la pena:

1. las sanciones penales deben expresar censura y reproche. En eso consiste su “forma punitiva”;
2. la severidad de la sanción se correlaciona con la intensidad del reproche;
3. las sanciones pueden ser ordenadas de acuerdo a la gravedad de la conducta (Von Hirsch, 1998: 42).

El primer punto muestra la pretensión sancionadora contenida en el acto de imposición de la pena. La sanción, como hemos insistido, no es moralmente neutra, contiene un juicio de disconformidad de la sociedad, que tiene base en un acuerdo moral explicitado en la pena.

El paso dos establece que, en el caso particular, la imposición de la pena es el medio por el cual se comunica la disconformidad. A mayor gravedad del comportamiento, mayor severidad en la reprobación.

El tercer paso incorpora la exigencia de justicia en el acto particular de imposición de la pena. Cuando tratamos al autor como un agente moral igual, se le aplica un juicio de demérito a su acción defectuosa. Cuando se castiga una determinada conducta con más pena que otra, se está ofreciendo un índice acerca de qué es peor. Es peor, desde el punto de vista del contenido moral de la pena, un acto que tiene aparejada una pena superior (Von Hirsch, 1998: 43).

Para la explicación coherente del marco penológico de un determinado derecho penal, las penas deben correlacionarse con la gravedad de los delitos. Un orden coherente se obtiene asumiendo que el índice a tener en cuenta es la reprobación como rasgo principal de la pena (Von Hirsch, 1998: 43-45)¹⁰.

La proporcionalidad, siguiendo a Von Hirsch, puede ser *ordinal* y *cardinal*. La proporcionalidad ordinal está referida a la pretensión de igualdad que se encuentra tras el acto de imposición de la pena. Las personas que deben padecer una pena, por actos semejantes, deben recibir un trato igual. Cuando se alteran los criterios para el trato de sujetos que han cometido actos similares (por ejemplo, por consideraciones de prevención del delito) la proporcionalidad (ordinal) se ve infringida (1998: 45).

La proporcionalidad ordinal necesita la satisfacción de tres subjuicios: la paridad, la graduación de acuerdo al rango y el espaciar las penas.

¹⁰ En este sentido, Von Hirsch admite, como hemos advertido, la posibilidad de contar con argumentos preventivos de manera accesoria al argumento reprobatorio para explicar la imposición de la pena. El mismo autor advierte que, a pesar de esto, la existencia de esta variable preventiva no debe asumirse en el mismo nivel que la reprobatoria a riesgo de socavar la proporcionalidad.

La paridad importa cuando existan condenados por infracciones similares, la severidad del castigo sea sustancialmente similar. Desde luego, la pretensión no consiste en construir dos modos de padecimiento de la pena exactamente iguales, pero sí sustancialmente iguales (Von Hirsch, 1998: 99-115)¹¹.

La graduación de acuerdo al rango exige consistencia en la consideración de gravedad del delito y su pena. Los delitos más graves deben tener penas mayores. Así, la escala de penas debiera reflejar la gravedad de los delitos.

Espaciar las penas consiste en lo siguiente: los delitos A, B y C tienen una gravedad ascendente. B es considerablemente más grave que A pero solo un poco menos grave que C. Entonces, la distancia entre la pena de A y B debe ser mayor y la distancia entre B y C debe ser menor (Von Hirsch, 1998: 46)¹².

Desde luego, el juicio de proporcionalidad requiere determinar la gravedad del punto de partida. Cuando se asigna una determinada pena a un tipo de delitos, podemos, comparando, determinar si el siguiente delito es más o menos grave de acuerdo a una convención primaria de desaprobación. De todos modos, al ser una convención, la introducción de una determinada pena puede verse como una alteración convencional y con ello terminar con la consideración del punto de partida.

La proporcionalidad de una determinada pena requiere considerar todavía otro nivel. La proporcionalidad ordinal es una proporcionalidad relativa. Es posible que exista, en una determinada sociedad, una proporcionalidad no relativa o *cardinal* (Von Hirsch, 1998: 46-47).

Este juicio incorpora al sistema de penas en su conjunto y lo caracteriza de acuerdo a una premisa general. Si pensamos en una sociedad donde toda clase de infracciones tiene aparejada una pena de prisión, incluso las infracciones bagatelarias, y si en esa sociedad pueden encontrarse razones

11 Esta exigencia puede encontrar una excepción en las denominadas "sanciones intermedias". Se refieren a penas que se expresan en alternativas a la prisión, que sean más graves que las sanciones de baja severidad (pequeñas multas por ejemplo) y que incluyan, con matices, pequeñas privaciones de libertad. El derecho penal de menores es, como veremos, un terreno con un marco penológico caracterizado por el ingreso de esta clase de penas.

12 Con todo, establecer espacios entre las penas de delitos con gravedad diversa implica poder diferenciar con cierta exactitud la gravedad de una determinada conducta. Esta es una cuestión en extremo compleja, como reconoce el propio Von Hirsch.

para oponerse a ese trato penal (por ejemplo, por protección de los derechos de los condenados por delitos poco graves), estamos estableciendo un límite cardinal o no relativo

La cuestión sobre la proporcionalidad cardinal es polémica. Como punto de partida, y mirando el límite superior de la proporcionalidad, tenemos que la respuesta por la proporcionalidad cardinal de una determinada escala de penas no puede darse en términos binarios (sí o no, o, desproporcionado o proporcionado) sino que se da en torno a la idea de grado. Así, una escala de penas puede ser más desproporcionada que otra. El argumento de Von Hirsch, para apreciar la proporcionalidad cardinal, descansa en tres pasos. Primero, la consideración de cuán reprensibles son los delitos de la escala inferior de penas, y de cuánto es el daño que se considera, comportan esta clase de delitos. Segundo, la consideración de la gravedad de la privación de bienes importantes para los penados por medio de una pena demasiado severa. Tercero, la trivialización del juicio de reproche de delitos graves al establecer penas muy altas para delitos poco graves (1998: 71-73)¹³.

Creo que razonar con la pena supone dar concreción en los hechos a los argumentos que definen sustantivamente a una determinada práctica punitiva. Es por ello que, en gran medida, al denominado derecho procesal le cabe como desafío fundamental conducir estos razonamientos.

Lo anterior no es en absoluto extraño. Generalmente, el proceso penal dota de sentido a las disposiciones penales que contienen amenazas de pena. Con ello, da lugar a la creación de reglas jurídicas en las sentencias penales que, a su vez, suponen el comportamiento de parte de los jueces para reconocer como reglas a aquellas amenazas de pena que dan forma a lo que llamamos delito.

En este sentido, definir cuánto tiempo debe pasar un sujeto en la cárcel da cuenta del razonamiento clave para crear una regla que permita sostener que la realización efectiva de un determinado delito tiene aparejada una

¹³ En cuanto al límite inferior Von Hirsch se pronuncia –aceptando la crítica de Jareborg– por permitir, en abstracto, su inexistencia en la medida que se cumplan las funciones que establece para la pena. Sostiene, que, de todos modos, un límite inferior estará en los hechos determinados por la función preventiva ya apuntada.

sanción concreta. Solo podemos afirmar pragmáticamente que el delito de homicidio tiene una pena de X años de cárcel si es que podemos reconocer en nuestra práctica punitiva esa sanción.

De este modo, las reflexiones que se han vertido en este libro pueden organizarse precisamente bajo esta intuición: la pena puede y debe ser valorada desde una perspectiva abiertamente moral, marcada por una justificación retributiva, y debe ser razonada desde su potencial de articular una práctica punitiva.

BIBLIOGRAFÍA

Bedau, Hugo (1978). "Retribution and the Theory of Punishment". En *The Journal of Philosophy*. Vol 75, Num. 11, pp. 602 – 603.

Cid, José (2009). *La elección del castigo. Suspensión de la pena o "probation" versus prisión*. Barcelona: Bosch.

Duuf, Robin (2003) "Penance, Punishment and the limits of community". En *Punishment and Society*. 5, pp. 295 – 312.

Tunick, Mark (1992). *Punishment: Theory and Practice*. Berkeley: University of California Press.

Valenzuela, Jonatan (2017). *Hechos, pena y proceso*. Santiago: Rubicón.

Von Hirsch, Andrew. (1998). *Censurar y castigar*. Barcelona: Trotta editorial (trad. Elena Larrauri).