

Censurar y castigar

Andrew von Hirsch

Traducción de Elena Larrauri

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

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 del 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. Castigando 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 inmerecida, 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 desincentivo 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 reprobables. 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 definitorio. 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 déjenme 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.

GRAVEDAD Y SEVERIDAD

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

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

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

I. VALORACIÓN DE LA GRAVEDAD DEL DELITO

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

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

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

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

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

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

5. Ashworth (1992, 113-117).

6. Véase Wasik (1983).

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

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

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

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

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

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

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

9. Von Hirsch y Jareborg (1991).

10. Sen (1987).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. VALORACIÓN DE LA SEVERIDAD DE LOS CASTIGOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

20. Walker (1991, 99).