

Reseñas Bibliográficas

“TEORÍAS DE LA PENA” DE TATJANA HÖRNLE

Marcelo D. LERMAN*

Fecha de recepción: 1.º de noviembre de 2016

Fecha de aceptación: 14 de noviembre de 2016

HÖRNLE, Tatjana, *Teorías de la pena* (título original “Straftheorien”, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, trad. Nuria PASTOR MUÑOZ con la colaboración de Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 65 pp.

La rigurosa traducción de Nuria PASTOR MUÑOZ de esta obra de la profesora de la *Humboldt-Universität zu Berlin* permite conocer en español la renovada discusión que sobre este tema clásico ha existido en los últimos años. Se trata de un libro breve y su objetivo es esbozado al comienzo: la búsqueda de una aproximación normativa (por oposición a descriptiva) a la problemática de la fundamentación de la pena estatal, que tenga en miras brindar una justificación para la pena que no pueda ser considerada una mera “tapadera” aparentemente racional de lo que efectivamente se ha desarrollado en la realidad de modo irracional.

El presupuesto principal de la autora también es explicitado al inicio: entiende que no es posible una teoría de la pena que presente un “principio simple”, “de una sola pieza”. Desarrolla esta cuestión luego, al señalar que quien, a diferencia de ella, busque una fórmula uniforme para la teoría de la pena (como partidario de esta posición menciona a PAWLIK), parte de la base de que la limitación de la pena estatal se tiene que corresponder con la fundamentación de la teoría, en el sentido de que el fundamento de la pena brinda, a la vez, las razones para limitarla, lo que a su entender es un error. Por cierto, éste es, a mi juicio, un tema crítico de la obra, ya que tal renuncia a un fundamento único que brinde, a la vez, sentido y límite a la pena estatal determina el principal problema al que se verá sometida su postura: cómo dar coherencia a un sistema en el

* Doctor de la UIBA (área derecho penal). *Magister Legum* (Universität Regensburg). Contacto: lermanmarcelo@hotmail.com.

cual el fundamento y el límite de la pena estatal sean buscados en principios múltiples, que resultan difíciles de conciliar.

La teoría que presenta HÖRNLE es compleja en un doble sentido. Por un lado, porque entiende que la tarea de fundamentación debe hacerse en diferentes planos; por otro, porque renuncia, como se dijo, a un principio único. Lo primero determina la estructura del trabajo y lo segundo el resultado final: la construcción de una teoría de la pena que recurre a fundamentos múltiples de índoles bien diversas, algunos de los cuales no son mencionados en las teorías usuales de fundamentación del castigo estatal.

HÖRNLE organiza su trabajo en función de cuatro preguntas, a las que le asigna cierto nivel de autonomía (p. 16):

- I. ¿Cuál es el fin de las normas penales?
- II. ¿Son las normas penales legítimas frente a los afectados?
- III. ¿Qué sentido tienen las condenas de los tribunales penales?
- IV. ¿Es la imposición de la pena legítima frente a los afectados?

La autora deja expresamente de lado una quinta cuestión, que consiste en la pregunta por la ejecución de la pena. Tal restricción temática no le parece problemática, en tanto considera equivocada la idea de que la teoría de la pena prejuzga sobre las directrices de la determinación de la pena y entiende que el juicio de desvalor referido al caso concreto puede y debe seguir reglas distintas de las que debe seguir la fundamentación de la amenaza penal y la imposición de la pena (p. 17). Ahora bien, los lineamientos centrales de las respuestas a los cuatro interrogantes señalados que estructuran la obra son los siguientes:

I. La respuesta a la pregunta por el fin de las normas penales (esto es, la conminación penal) es para HÖRNLE clara: se trata de un acto de comunicación (p. 17). A su juicio, los destinatarios de tal acto no son exclusivamente las autoridades del Estado (como algunos proponen), sino también aquellos que están sometidos al poder punitivo del Estado. El contenido del mensaje resulta ser una llamada a comportarse de conformidad a la norma en interés de los conciudadanos.

Las normas penales expresan públicamente, entonces, valores esenciales para la sociedad y dan buenas razones a los ciudadanos para comportarse de una determinada manera (p. 18). A ello HÖRNLE lo denomina “Prevención general de anuncio” (p. 20), destacando con ello que no es relevante considerar las normas penales sólo como la formulación de una *amenaza*, pues para los ciudadanos dispuestos a cumplir la norma basta con el *anuncio* del legislador de la prohibición, para que se cumpla con la conducta esperada.

II. Con relación a la pregunta de si son legítimas las normas penales frente a los afectados (es decir, aquellos a quienes está dirigida la conminación penal), HÖRNLE entiende que sí lo son, en la medida en que sean comprendidas, tal como antes se explicó, como “anuncios de sanciones”, que desempeñan un papel en complejos mecanismos de decisión. En tal sentido, considera que, por estar éstas dirigidas a personas, no puede enténderselas como un mero mecanismo de estímulo-respuesta. Es por ello que refiere que es decisivo que los destinatarios comprendan el sentido de la exigencia de conducta que se encuentra en la base de las normas (p. 21). Pero además entiende que deben tenerse en consideración “reglas de astucia” (*Klugheitsregel*) como motivos para la interacción entre personas de una forma determinada. Con esto último, lo que parece indicar la autora es que la norma penal que busca regular una conducta, si bien debe tener un fundamento ético comprensible para aquellos a quienes está dirigida, también puede funcionar como determinante de la conducta en un sentido práctico: los destinatarios podrán decidirse a obedecerla, no sólo por convicción, sino, además, porque es conveniente para ellos evitar el perjuicio anunciado por la norma para el caso de realizar la conducta prohibida. En este sentido, hay una referencia a la inteligencia práctica de los destinatarios de la norma (que no es tomada en sentido negativo, sino más bien como la habilidad para decidir lo más conveniente para la propia persona).

De esta manera HÖRNLE busca sortear los problemas habituales vinculados al concepto de amenaza en la fundamentación de la pena. Para ello, sostiene que mediante la conminación penal no se estaría amenazando a humanos “con un palo”, como se lo haría con un perro (de acuerdo con la famosa crítica formulada por HEGEL a la prevención general negativa), sino que se les anuncia sanciones cuyo motivo ético los destinatarios pueden comprender, a la vez que se los reconoce como entes dotados de inteligencia práctica, que se pueden orientar hacia lo que les convenga. Este último modo de direccionar comportamientos no es algo que, a juicio de HÖRNLE, le está vedado al Estado, pues éste tendría permitido utilizar un estándar más práctico que presuponga “tanto la receptividad moral como la tendencia a la evitación de perjuicios”.

III. Al analizar la pregunta relativa a qué sentido tienen las condenas de los tribunales penales, HÖRNLE realiza inicialmente el recorrido clásico de todo trabajo sobre la materia: revisa las diferentes teorías de la pena históricas, exponiendo su criterio respecto de la capacidad de cada una para responder esta cuestión.

Lo primero que se destaca es una crítica a la habitual distinción entre teorías absolutas y relativas de la pena. Así, afirma que se etiqueta de “absoluta” toda teoría que no se orientan a fines preventivos. Ello, a criterio de la autora, ignora que existen fundamentaciones de la pena orientadas a intereses individuales o generales más allá del concepto de prevención. A juicio de HÖRNLE la asociación que se realiza en Alemania de las teorías absolutas con los textos históricos de KANT y HEGEL es problemática, ya que en la época en la que éstos fueron escritos, las intervenciones en los derechos fundamentales y la carga que éstas implicaban no tenían prioridad en la fundamentación. Si bien esta crítica a las referencias a KANT y HEGEL pretende ser constructiva, en el sentido de fomentar discusiones más amplias, entiendo que se subestima la relevancia de la lectura de los clásicos. Una profunda lectura de los autores clásicos siempre será productiva para la discusión actual en materia penal.¹

El análisis continúa descartando ciertas versiones de teorías absolutas de la pena. Por empezar, HÖRNLE desecha la posibilidad de que se pueda dejar de fundamentar el motivo de una sanción, como si la pena fuera algo absoluto en el sentido de no requerir explicación. Para ello se

¹ Es cierto que hay una tendencia a leer a los clásicos de una manera segmentada. Por ejemplo, ROXIN señala en un trabajo relativamente reciente: “[a] la forma más pura de la teoría absoluta la encontramos en una muy conocida cita de Kant” (sigue una referencia al ejemplo de KANT de la sociedad que va a disolverse, la que, a juicio de KANT, debería aplicar, de todos modos, las penas pendientes), indicando inmediatamente luego ROXIN en nota al pie, “[d]esde ya que se discute -en virtud de otras citas- si Kant realmente sostuvo una teoría exclusivamente absoluta” (a esta frase le sigue una referencia justamente a HÖRNLE [“Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion” en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, *Strafe- Warum?*, Baden Baden, Nomos, 2011], lo que da cuenta de que la autora claramente no representa la visión simplista de los clásicos). Pero sigue ROXIN: “[e]llo, con todo, puede quedar pendiente, pues desde un punto de vista histórico, sólo han tenido influencia las citas de Kant a partir de las cuales puede afirmarse una teoría absoluta” (ROXIN, “Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena” (trad. Alejandra VERDE), en *Revista de derecho penal y criminología*, La Ley, año V, n.º 6, julio 2015, p. 4 y nota 13). Este recorte de KANT, en función de lo que fue más citado en manuales orientados a estudiantes no es aceptable en trabajos profundos sobre teorías de pena. Pues un verdadero análisis de textos clásicos que resulte enriquecedor debería tratar de captarlos en su complejidad. Por cierto, para la enseñanza del tema puede regir otra cosa, pero sólo a efectos pedagógicos. ROXIN refiere al final de la nota citada que sobre otras variantes de teorías absolutas debe verse la obra de HÖRNLE que aquí se comenta, lo que acredita su relevancia en la discusión actual. Respecto de la necesidad de no subestimar las fundamentaciones clásicas de KANT y HEGEL en otro ámbito, como el de la legítima defensa, ver PAWLIK, “La legítima defensa en Kant y Hegel”, en PAWLIK *et al.*, *La antijuridicidad en el Derecho penal*, Montevideo, B de F, 2013.

funda en dos argumentos. En primer lugar, sostiene que en un Estado moderno toda intervención en derechos fundamentales del individuo requiere que se expliciten racionalmente sus motivos. En segundo término señala que "hay que fundamentar de manera racional frente a la comunidad de los contribuyentes el gasto de grandes sumas para la justicia criminal" (p. 23). Por este mismo motivo descarta también lo que denomina como otras versiones de teorías "absolutas", esto es, las que sostienen que la pena pueda estar desvinculada de toda finalidad, o las que afirman que ésta debe existir al único fin de retribuir la culpabilidad, o que debe contribuir a la "justicia" o servir a un fin extra-mundano.

La cuestión de la justificación del gasto frente a los contribuyentes es una idea recurrente en la obra. Si bien es una perspectiva interesante, entiendo que a veces no resulta sencillo conciliarla con la idea general de la fundamentación del castigo. De parte de las argumentaciones que se realizan en esta línea en la obra que se comenta, parecería poder derivarse que la idea de justificar el gasto del sistema penal tiene como presupuesto la necesaria recepción por parte de los contribuyentes de una "contraprestación" por la porción de sus impuestos destinada a tal fin, como si tuvieran que recibir algo de valor equivalente a lo que pagan. Sin embargo, que la pena estatal tenga que tener un beneficio práctico para todos aquellos que están obligados a solventarla es una premisa que requiere de fundamentación. No necesariamente toda actividad estatal debe traducirse en un beneficio en tales términos prácticos. Más allá de ello, no puede negarse que existe una pretensión legítima de los contribuyentes para que se expliquen los motivos de los gastos del Estado. Por ello, la perspectiva en cuestión suma razones por las cuales la tarea de los teóricos de la pena es necesaria.

Ahora bien, luego de ello HÖRNLE analiza la idea de prevención especial, consistente en que mediante la pena se puede influir de forma positiva en el comportamiento legal futuro de los autores. Indica que ello plantea la cuestión de si es posible demostrar empíricamente el nexo entre la pena y los pretendidos efectos y la de si esos efectos son tales que puedan justificar el alto costo del sistema penal. Entonces, analiza si existe una efectividad tal a partir de las tres ideas clásicas de prevención especial. Así, sobre el efecto "intimidación", indica que éste sólo puede ser analizado comparando las tasas de delitos de quienes nunca tuvieron una condena, con las de quienes ya la padecieron. Esta comparación demuestra, a su juicio, el fracaso del efecto intimidatorio de la pena: el hecho de haber sido condenado por un tribunal no parece tener efectos positivos para evitar la reincidencia. Con relación a la idea de "resocialización", o mejora mediante la pena, HÖRNLE se muestra sólo un poco más optimista; señala que los resultados son modestos y que

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año II, número 3 (2016)

dependen de la edad de la persona. En adultos entiende que es cuestionable que el Estado pueda obtener mediante la pena cambios de conducta estables de modo generalizado. Sobre la “inocuidación” (entendida como aislamiento mediante el encierro) la autora señala que por supuesto tiene efectos, aunque agrega con ironía “al menos fuera de la prisión” y luego indica los altos costos que se generan por cada día de prisión.

A su criterio, en definitiva, los pocos beneficios comprobados que se obtienen desde una perspectiva de la prevención especial no alcanzan para justificar los costos del sistema penal.² Para influir en las conductas de las personas, entiende que es más efectivo invertir el dinero en ayudar a la primera infancia. Claro que luego afirma que para determinar el *cómo* de la sanción sí habría que volver a la prevención especial, pero no para fundamentar la aplicación de la sanción.

Luego, HÖRNLE pasa a analizar la prevención general positiva. Explica que ésta toma por destinatario del mensaje de la pena a las personas que no contemplan la posibilidad de cometer un delito. Sostiene que la teoría tiene como premisa que la disposición de estas personas “*a reconocer el orden normativo como vinculante y a comportarse conforme a él es socavada cuando los quebrantamientos de la norma quedan sin respuesta*” (p. 30). Si bien HÖRNLE sostiene que un problema de esta posición radica en que no es posible comprobar la existencia de una relación entre la falta de aplicación de sanciones y tal erosión de la disposición a reconocer el orden normativo -pues ello sólo podría corroborarse en situaciones de total carencia de normas y en ellas sería muy complejo aislar el problema a analizar-, le asigna a esa premisa cierta plausibilidad y en virtud de ello considera que la explicación de la prevención general positiva debe estar presente en “*un modelo de teoría de la pena suficientemente complejo*” (p. 31).

Al momento de extraer conclusiones sobre la prevención general en materia de su teoría de la pena, sostiene que ésta es uno de los “*pilares que la sostienen argumentativamente*” y le asigna así tanto un rol a la prevención general negativa como a la positiva, señalando que las combinaciones de

² Concepciones actuales siguen defendiendo una fundamentación de la pena a partir de la prevención especial, ver por ejemplo LÜDERSSEN, “Einführung zum StV- Ringspublikationsprojekt ‚Prävention und Zurechnung‘ – Präventionsorientierte Zurechnung”, en *StV*, 4/2014, pp. 247 ss.

³ Una cuestión adicional que plantea es la de si, desde la perspectiva de la prevención general positiva, es conveniente aplicar pena por la comisión todos los delitos o sólo de algunos, teniendo en miras que la aplicación de penas a todos los delitos podría remarcar que existen muchos incumplimientos de las normas. HÖRNLE hace una referencia a estudios empíricos que sostendrían que, respecto de delitos violentos cometidos frente a otros, lo más relevante (para evitar su comisión) sería la formación de la primera infancia en la que se desarrollan disposiciones de conducta conforme con ideas morales básicas, mientras que en otras clases de delitos, en los que no se tiene contacto directo con la víctima que sufre, la cuestión de la imposición habitual de penas puede tener efectos en la idea de respeto a las normas.

ambas son preferibles frente a planteos monistas (p. 32). Ese dualismo, que juzga necesario, entiende que se origina en las diferencias entre personas y delitos que requieren influencias al estilo de la prevención general negativa o positiva, según el caso. Empero, a juicio de HÖRNLE la perspectiva de la prevención general es insuficiente como fundamentación del castigo Estatal, y destaca que existen casos en los que considera que hay merecimiento de pena, sin necesidades de prevención. Es en este punto cuando entra a considerar las llamadas teorías expresivas de la pena⁴, siendo ésta la parte más original de la obra. A su juicio las teorías expresivas parten de la idea de que la pena se orienta hacia un fin que se funda en “*intereses legítimos de las personas*”, aunque para ellas lo relevante no es controlar la tendencia a delitos futuros, sino el tratamiento adecuado del comportamiento pasado. Estas teorías subrayan así el aspecto comunicativo de la pena.

La autora distingue entre teorías comunicativas “orientadas a la norma” y “orientadas a la persona”. En las teorías comunicativas orientadas a las personas, el mensaje comunicativo de la pena se dirige a determinadas personas, que pueden ser las que han sabido del hecho, el autor o la víctima. Las teorías comunicativas orientadas a la norma, por su parte, entienden que el mensaje de pena se dirige a la generalidad (y este consiste en una confirmación de la norma).

Tras realizar esta clasificación, HÖRNLE analiza distintas variantes de teorías comunicativas orientadas a la norma. Una de ellas, que en la obra se atribuye a autores angloamericanos, asume que la pena se dirige a afianzar conductas morales. HÖRNLE entiende que habría un problema en estas posturas, por el hecho de no separar moral de derecho. En cambio, estima que esa crítica se diluye si se considera que el objetivo de la pena es afianzar normas *juridicas*. Como ejemplo de esta última posición menciona a JAKOBS, de quien dice que si bien llama a su posición prevención general positiva, sería a su criterio más adecuado ubicarla dentro de las teorías expresivas orientadas a la norma (p. 34). Así, considera que si JAKOBS sostiene que la contradicción del delito con la pena es necesaria porque la comunicación sobre las normas se concibe como esencial para las sociedades, la pena expresiva puede ser interpretada como fin en sí mismo, y no puede ni debe ser considerada de modo empírico. HÖRNLE señala que esta postura fue criticada afirmándose en tanto llevaría a que la estabilización de las normas fuera concebida como un fin en sí mismo, sería equivalente al sinsentido de las teorías absolutas. Para HÖRNLE esa crítica es parcialmente injusta,

⁴ Otro reciente trabajo de fundamentación de la pena que se denomina a sí mismo como exponente de una teoría expresiva puede verse en PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, *InDret*, 4/2014. Sobre la relación de las teorías de la pena con un concepto expresivo de delito ver FRISCH, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, *InDret*, 3/2014, especialmente p. 15.

pues si las normas resultan convenientes para la convivencia pacífica y el bienestar en sociedad, entonces debe coincidir en que hay un beneficio obvio en su estabilización. Sin embargo, a su juicio, ésta teoría no constituye una explicación suficiente para la pena estatal. Y ello porque entiende que también hay intereses de determinadas personas que hablan en favor de no aceptar sin reacción alguna transgresiones a las normas (p. 35). Esto último considera que se logra aclarar con las teorías expresivas de la pena orientadas a las personas, lo que requiere consideraciones diversas de acuerdo a la “persona” de que se trate.

Así, presenta, en primer lugar, los modelos de teorías expresivas de la pena orientadas al autor. En este punto analiza la cuestión del *reproche* que se encuentra unido al acto de la condena. HÖRNLE propone el ejercicio de considerar la posibilidad de una condena sin infligir ningún mal, a los efectos de advertir que el reproche no es una mera modalidad unida a la pena como mal, sino un elemento diferente. A su juicio, la más exigente teoría expresiva de la pena que se orienta a la persona del autor es la teoría de la expiación. Según su opinión, esta teoría fue incorrectamente asociada a una teoría absoluta, a pesar de que según sus fundamentos (los de la teoría de la expiación) la pena tiene un fin que se encuentra en la comunicación mediante la pena en interés del autor: contribuir al conocimiento propio y la auto-mejora. Sin embargo, a criterio de HÖRNLE estas posiciones deben ser criticadas porque el Estado no puede justificar la coacción mediante la pretensión de mejorar moralmente a los individuos.

Por ello, pasa a analizar las teorías expresivas orientadas a los “sentimientos de indignación” de aquellos que conocieron el delito concreto. Ello, incluye según HÖRNLE no sólo a la víctima, sino a quienes fueron testigos y también a quienes lo conocieron con posterioridad. Considera que hay que mitigar con la pena los sentimientos de indignación de tales personas. Si bien describe ciertos intentos de fundamentación sociológica sobre ello -basados en la necesidad de evitar la justicia por mano propia, o bien en considerar que la aceptación del ordenamiento jurídico depende de que se tomen en serio sentimientos de indignación- el núcleo de la posición de HÖRNLE radica en que, normativamente, *tras la constatación de sentimientos de indignación hay prácticas normativamente adecuadas*. Y que es preferible (en toda forma de trato interpersonal y, en particular, en los procesos estatales) un “enfoque participativo” que no cosifique al autor, sino que ante un autor capaz de culpabilidad, se reaccione mediante un reproche dirigido al autor. De esa forma, la pena contendría un mensaje de reproche dirigido al autor que sería una reacción estatal ante los sentimientos de indignación que su conducta generó en ciertas personas. HÖRNLE subraya, a su vez, la función comunicativa de la pena frente a la víctima, siendo éste uno de los puntos centrales

de su teoría. Así, remarca que en la visión tradicional de la teoría de la pena, la víctima no era incluida en la justificación de la sanción y sólo recientemente se pasó a discutir si puede haber un interés legítimo de la víctima en el castigo del autor. Conforme con su opinión la existencia de una reparación o una disculpa no son suficientes para la víctima (a pesar de que los haya aceptado), pues entiendo que no es relevante lo que el individuo concreto que es víctima considera como una reacción adecuada frente al delito. Asume como decisivo, en cambio, el determinar si el juicio jurídico-penal de desvalor tiene que cumplir *para las víctimas en general* una función de reconocimiento por disposición del derecho (p. 40). Desde ya que la utilización de esa noción de "las víctimas en general" resulta altamente problemática, lo que seguramente generará ulteriores discusiones.

Lo cierto es que la autora sostiene que, normativamente, habría un interés legítimo de la víctima en la aplicación de la pena como acto de comunicación; con ella se le confirmaría a la víctima que le ha ocurrido un injusto y que su destino no lo ha decidido una casualidad o una desgracia. Y asume que si se renunciara al juicio institucionalizado que desvalora el hecho, el mensaje sería que no ha habido lesión, que ésta no es suficiente para aplicar recursos estatales (más allá del procedimiento civil), que la culpa es de la víctima, o bien que no hay que tomarla en serio. Si se renunciara a tal juicio ante una lesión grave al derecho, ese mensaje que afecta a la víctima es claro para HÖRNLE: "tú no mereces que el Estado se ocupe de tus asuntos". En definitiva, este es el punto en el que teoría de HÖRNLE hace un mayor hincapié. Esta justificación vinculada a la comunicación orientada a la víctima tiene un rol central en su teoría de la pena compleja, en la cual también le asignó un lugar a la prevención general positiva y negativa y en la que puede haber diferentes fundamentos a la pena dependiendo de la clase de delitos. Eso no implica, para la autora, que se le deba dar más derechos a la víctima en el proceso penal, como ser la facultad de decidir la elección de la sanción, pues ello implicaría para ella renunciar a "logros civilizadores esenciales". El correcto alcance de su posición lo describe con la siguiente referencia a una figura del derecho civil: el Estado sería frente a las víctimas un "fiduciario" en la medida en el que "el juicio estatal de desvalor también se produce en interés de la víctima del hecho" (p. 42).

Tras esto HÖRNLE se dedica a analizar por qué, partiendo de una justificación de la pena de esta clase, al juicio de desvalor se le debe sumar *el mal* de la pena. La autora sostiene que toda teoría que le asigne a la pena un valor expresivo tiene que dar una explicación de esta clase, es decir, dar cuenta de por qué no es suficiente como acto de comunicación que el Estado se limite a formular un juicio de desvalor, sin aplicar coacción real, sin infligir un mal. Ello en tanto podría

pensarse un sistema en el que se le otorgue relevancia al factor comunicativo, pero en el cual el mal de la pena sea eliminado. La pregunta es, en definitiva, si es posible justificar con una teoría expresiva de la pena una práctica penal que castiga con una aplicación de sanciones que implican un mal real. La respuesta es para HÖRNLE afirmativa, en la medida en que, a su juicio, una expresión meramente verbal no podría emitir el mensaje necesario, sobre todo a nivel cuantitativo. Para ella “[I]a aclaración de la seriedad de una declaración se logra mediante el apoyo simbólico en forma de privación o entrega de bienes tangibles” (pp. 42 y 43). El mal de la pena vendría a funcionar como un refuerzo y como forma de diferenciación del acto comunicativo necesario. Así, entiende que a nivel simbólico sólo se podría cuantificar un reproche con categorías muy burdas como, grande, muy grande, mediano; mientras que el mal de la pena permite cuantificar con mayor detalle. La cuestión de cuán intenso debe ser el refuerzo de lo verbal mediante la sanción real se hace depender en la obra bajo análisis de “la sensibilidad, históricamente marcada, de una sociedad” (p. 43).

IV. Por último analiza la pregunta sobre si la imposición de la pena criminal es legítima frente al penado. Esta cuarta cuestión está más bien orientada a la existencia de fines preventivos en la teoría de la pena sostenida por la autora. Es que a su juicio, la fundamentación de la legitimidad de la sanción frente al penado depende de cuánto deba servir la pena a fines que estén más allá del acto comunicativo de la condena. Lo esencial es que para teorías de la pena que dan prioridad al reproche, la justificación frente al autor es sencilla. Y si el mal se considera como refuerzo y diferenciación del acto comunicativo también éste queda para HÖRNLE justificado. En cambio, si hay metas de prevención de delitos futuros, la justificación frente al autor no es tan sencilla, pues se lo estaría usando para fines que le son ajenos. Sin embargo, para HÖRNLE la idea de que se estaría instrumentalizando al autor debe ser relativizada, pues esta afirmación sólo permitiría fundar prohibiciones absolutas para casos extremos de intervenciones estatales, como la tortura. Pero respecto de otros ámbitos, debería pensarse la cuestión de si el autor no ha consentido acaso, de algún modo, su propio castigo.

HÖRNLE analiza esta última cuestión y trata primero las posiciones que buscan legitimar *en abstracto* un consentimiento del autor recurriendo al contrato social, en el marco del cual se habría producido un consentimiento del futuro castigo. Sin embargo, cuestiona tales construcciones por no corresponderse con la realidad, por el hecho de que parten de la idea de un *homo oeconomicus*, puramente racional-calculador, que no se correspondería con el modo real en que están constituidas las personas.

Por otra parte, explora la posibilidad de que se afirme la existencia de un consentimiento del autor en el caso concreto, como se si pudiera decir que con su delito ha consentido su propio castigo. Considera, sin embargo, que esto es incorrecto, porque en el acto del delito no se puede entender incorporada la afirmación de que, a partir de entonces, el autor está de acuerdo con su propio castigo.

Analiza entonces la posibilidad de que la respuesta a este cuarto interrogante se encuentre en el concepto de culpabilidad: si el autor sabe que con su conducta realiza un tipo penal y pese a ello decide actuar de esa manera, no puede alegar, si luego hubiera una condena con fines de prevención general positiva y negativa, que se le ha tratado de manera deshonesta. Quien sabía lo que podía ocurrirle y podría haberlo evitado tiene que asumir las consecuencias. Pero para la autora ese argumento es incorrecto, porque del haber sido consciente de la posibilidad de castigo, no se puede derivar que ese castigo sea legítimo. Por otro lado, HÖRNLE señala que la referencia a la culpabilidad depende de la decisión sobre la cuestión de la libertad de voluntad, respecto de la cual afirma que no se ha llegado a un grado de certeza suficiente.

Prefiere, por ello, una justificación frente al autor con referencia a la "honestidad" o "juego limpio" (*fairness*), que procure demostrar que al autor no se lo trata con la pena de manera deshonesta "*unfair*" (p. 50). Ello, por un lado, mediante referencia a las posibilidades de participación democrática que habría tenido en el proceso jurídico, pero, sobre todo, porque también el mismo autor ha sido favorecido efectivamente por el hecho de que, en el pasado, muchas otras personas se han comportado de conformidad a la norma (lo que a su juicio rige también para un extranjero recién llegado), lo que implicaría que no es injusto castigarlo si él no lo hace.

En definitiva, el texto de HÖRNLE presenta una teoría de la pena compleja en la cual la dicotomía entre teorías absolutas y relativas es sustituida por teorías orientadas a la prevención y concepciones expresivas; y en el marco de la cual, en esencia, las concepciones preventivo generales y expresivas orientadas a la víctima son utilizadas de modo pretendidamente complementario para lograr una fundamentación. Los intereses de las víctimas en el acto comunicativo parecen cobrar especial relevancia cuando las teorías preventivas se topan con problemas para fundamentar una sanción (que se entiende correcta).

Como puede advertirse, el libro permite reflexionar sobre muchos problemas de fundamentación de la pena que normalmente no son considerados en los análisis clásicos. Dos son las cuestiones que se estima merecerían un detallado tratamiento a partir de una concepción de esta clase y que no son suficientemente tratados en esta obra: la forma en la que se define la pena cuando los principios múltiples llevan a resultados antinómicos y cuál es la manera en que esta posición encuentra un límite certero para la pena estatal. Si bien en el capítulo dedicado a la fundamentación de la pena frente al penado pueden visualizarse las bases para dar cuenta de la existencia de límites a la sanción estatal, queda pendiente una explicación de cómo los conceptos allí vertidos operan para fijar restricciones a las aspiraciones de sanciones que pueden encontrarse en fundamentos preventivo generales y en la posición expresiva orientada a la víctima. Cómo se coordinan tales expresiones y cómo se limitan son respuestas que toda teoría que recurra a principios múltiples para fundamentar la facultad de sancionar debería poder brindar. Por cierto, las novedosas perspectivas de análisis que se presentan en la obra permiten que una discusión sobre esta cuestión se vea enriquecida.