

1-346507

395.82077

2681d

1998

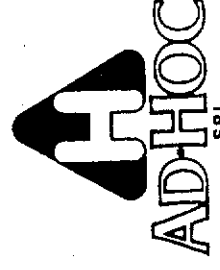
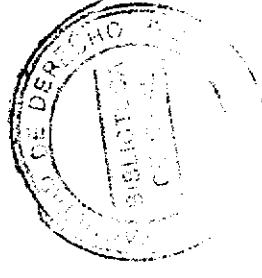
20 ed

CL

PATRICIA S. ZIFFER

# LINEAMIENTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

2ª edición inalterada



Buenos Aires

## **§ 1. Los alcances del concepto de determinación de la pena**

### **I. Definición**

La determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito. En contra de lo que parece indicar su designación, no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de la multa, entre otras. Se trata de un acto complejo, en el cual, según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible.

### **II. Función de la determinación de la pena**

Todo sistema de sanciones prevé, explícita o tácitamente, criterios que orienten la decisión acerca de cuál es la pena más adecuada para cada caso. Pero estos criterios, en general, nunca resultan unívocos, sino que su aplicación plantea siempre problemas de interpretación. Las reglas destinadas a la determinación de la pena suelen ser demasiado amplias y difíciles de conciliar entre sí. Esto se relaciona con la necesidad de que la pena satisfaga intereses que no siempre se orientan en la misma dirección. Ello implica convertir a la determinación de la pena en un proceso en el que deben ser clasificados y ponderados distintos tipos de información acerca del hecho y del autor, a fin de lograr la respuesta más equilibrada posible frente al hecho del autor, en sistemas jurídicos que no admiten —al menos— no expresamen-

te— que el castigo, por si sólo, sea la respuesta adecuada como reacción frente al delito.

La principal tarea de la determinación de la pena es la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de cuáles son las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles pueden ser descartadas en el caso. La delimitación de estos factores y su influencia sobre la pena concreta dependen en gran medida de la decisión previa acerca de cuál es la finalidad de la pena dentro del sistema. Sin embargo, si se exigiera que esta decisión fuera tomada en forma categórica, ello frustraría de antemano este trabajo. La necesidad de resolver cuál es el fin de la pena alcanza, por si misma, para desalentar cualquier intento teórico en cualquier materia. Se trata de una discusión que ha ocupado a filósofos y juristas penales de todos los tiempos, sin que se haya logrado nunca una respuesta totalmente satisfactoria. Sin embargo, los problemas que plantean las teorías acerca de la legitimación del castigo estatal al momento de determinar una pena en concreto tienen, como se verá más adelante, menos influencia real que la que podría suponerse a primera vista. Aun cuando se lograra un acuerdo absoluto en favor de una u otra teoría de la pena, la complejidad de los problemas que plantea la determinación de la pena sólo se habría reducido parcialmente.

### III. Determinación legal, judicial y administrativa de la pena

La doctrina argentina tradicional, siguiendo a Saleilles,<sup>1</sup> ha distinguido tradicionalmente entre individualización legal, judicial y administrativa o ejecutiva de la pena.<sup>2</sup> Según esta clasificación, individualización legislativa es la que realiza el legislador cuando preestablece distintas clases de penas o de medidas, de manera tal que el juez encuentra una clasificación individualizante a la que debe someterse. Pero debido al carácter abstracto que

<sup>1</sup> SALEILLES: *La individualización de la pena, Estudio de criminalidad social*, Madrid, 1914.

<sup>2</sup> Cf. SOLER: *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1978, t. II, p. 416; CHICHIZOLA: *La individualización de la pena*, Buenos Aires, 1967. Críticamente, ZAFFARONI: *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1983, t. V, pp. 272 y ss.

necesariamente debe conservar la ley, queda en manos del juez el proceso de "individualización de la pena". Esta expresión tiene su origen en la reacción a las penas rígidas y en la idea de que la pena debe adecuarse al individuo concreto, tarea que sólo puede ser efectivamente llevada a cabo por el juez. La individualización administrativa, por su parte, designa a todas aquellas medidas relativas al tratamiento penitenciario, que en esta división quedan a cargo de la autoridad administrativa.

Detrás de esta clasificación se encuentra una concepción de la determinación de la pena dividida en tres fases, una a cargo del legislador, otra a cargo del juez y otra a cargo del personal penitenciario. Sin embargo, semejante separación sólo resulta posible a partir de una simplificación de las cuestiones en juego, incompatible con un sistema jurídico que haya alcanzado cierto grado de desarrollo. Independientemente de que se admitieran amplias facultades administrativas en la ejecución de las penas,<sup>3</sup> resulta hoy evidente que el juez no puede desentenderse de la forma de ejecución de la pena, pues es justamente una parte esencial de ella, que compromete incluso su legitimidad.

Por otro lado, en el estado actual de la discusión ya no es posible creer que el juez es únicamente un mero aplicador del derecho, o en las palabras de Montesquieu, la *bourche de la loi*. Es una idea actualmente aceptada que el juez no sólo aplica sino que también "crea" derecho, como lo hace cualquier intérprete.<sup>4</sup> Esto ocurre no sólo en cuestiones en que los márgenes son laxos como en la determinación de la pena, sino también en la interpretación de todo concepto, aun los aparentemente más restrictivos.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Tal como ocurre en sistemas como el norteamericano, en que el juez fija la pena en el máximo, quedando en manos de la autoridad de ejecución la fijación de la duración efectiva de la condena, según los avances registrados desde el punto de vista de la resocialización: pena indeterminada.

<sup>4</sup> HASSEMER: *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, en "ZStW", t. 90 (1978), pp. 64 y ss., esp. p. 75.

<sup>5</sup> JAKOBS: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edic., Berlin - Nueva York, 1991 (*Lehrbuch*) ve más dificultades en lograr precisión o límites vinculantes en toda cuestión propia de la parte general, que en las de la parte especial: "La precisión del precepto legal disminuye cuando aumenta la generalidad de lo regulado" (*Lehrbuch*, 4/16). Con ello, también la medición de la pena tendría un ámbito de indeterminación, como ocurre también respecto de conceptos tales como dolo, desistimiento, autor, etc. Acerca de la indeterminación en el ámbito de las consecuencias del hecho punible en particular, *Lehrbuch*, 4/14.

Pero lo más inadecuado de la clasificación no es esto, sino la concepción a la que ella responde: la de un legislador que concede al juez una serie de posibilidades para que sea él quien elija a discreción, pues sólo él, en forma personal, puede valorar adecuadamente el hecho y el autor.

Dicho en pocas palabras, la clasificación que se critica refleja la idea de la determinación de la pena como un ámbito sujeto al libre arbitrio judicial. Esta noción no sólo favorece la justificación de penas arbitrarias, sino que, más que ninguna otra, ha desalentado las reflexiones teóricas acerca de la determinación de la pena. Si la determinación de la pena es el "feudo inextinguible del juez", ¿qué sentido tiene preguntarse acerca de cuáles son los criterios que se deben utilizar para llegar a una pena adecuada? Y si no tiene sentido razonar al respecto, ¿para qué revisar la decisión? Pues la consecuencia procesal de afirmar que la pena sólo puede ser individualizada por el juez del hecho ha sido, en la práctica, la restricción casi absoluta de las posibilidades de recurrir su decisión, de criticarla.

## § 2. La determinación de la pena y el libre arbitrio judicial

Concebir a la determinación de la pena como una decisión sujeta a la discrecionalidad de los jueces parece ser un lugar común en nuestra doctrina. Jiménez de Asúa no ve en la previsión de atenuantes y agravantes genéricas otra cosa que el reconocimiento del arbitrio judicial en la medida de la pena.<sup>6</sup> Según Chichizola, se trata de un "acto de discrecionalidad técnica del juez".<sup>7</sup> En esto coinciden, asimismo, Núñez<sup>8</sup> y Baigún,<sup>9</sup> si bien este último acentúa con mayor decisión que ello no debe implicar pura apreciación personal.<sup>10</sup> Zaffaroni, por su parte, en un nota-

<sup>6</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA: *La ley y el delito*, Buenos Aires, 1978, p. 446.

<sup>7</sup> CHICHIZOLA: *La individualización*, p. 87.

<sup>8</sup> NÚÑEZ: *Derecho Penal argentino*, Córdoba, 1965, t. II, p. 452.

<sup>9</sup> BAIGÚN: *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Buenos Aires, 1971, p. 18. Según este autor las circunstancias agravantes genéricas e inominadas actúan como una ley penal en blanco. Se traslada al juzgador la oportunidad de encuadrar una determinada situación dentro de un concepto ya tipificado en la conciencia social.

<sup>10</sup> BAIGÚN: *Naturaleza*, p. 46.

ble avance respecto de otras posiciones doctrinales, señala acertadamente que el juez debe aplicar el derecho también en la cuantificación penal y proceder con razonamiento claro y con criterio jurídico.<sup>11</sup>

Sin embargo, afirmar que el juez debe actuar aplicando el derecho o que debe prescindir de apreciaciones personales debería ser algo obvio. La vinculación del juez a la ley —y sólo a la ley— es algo de toda evidencia en un estado de derecho. Esto es así aun respecto de aquellas decisiones que legítimamente pueden ser tomadas dentro de marcos de discrecionalidad, como ocurre en el derecho administrativo. Sin embargo, en el ámbito de la determinación de la pena la cuestión ya no parece tan obvia para la doctrina mayoritaria. La historia de la determinación de la pena se ha debatido siempre entre dos valores, el de la seguridad jurídica —que conduciría a penas absolutamente predeterminadas— y la idea de "justicia", traducida en el principio de la individualización de la pena: una pena justa sólo es aquella que se adecua a las particularidades del caso concreto. Esta preeminencia de lo "individual" puede vincularse con el respeto en la cultura occidental frente al carácter único e irrepetible del individuo. Así como todo individuo tiene una conciencia que nace y muere con él, así también tiene una cualidad en esencia inaprehensible. Un sujeto con estas características mal podría ser alcanzado adecuadamente por esquemas, sino que se requiere un análisis profundo, en principio, ilimitado. El juez debe intentar acceder a esta individualidad, y ello es ajeno a toda sistematización.<sup>12</sup>

Un trasfondo cultural de esta clase ha llevado a poner el acento en las ventajas de la indeterminación del art. 41 del Código Penal y en la importancia de un sistema dúctil, que permita abarcar adecuadamente lo característico de cada caso. Por cierto, la formulación del art. 41 es por demás flexible, y en la concepción actual de la pena continúa siendo un valor indiscutido que ella se adecue al caso particular. Pero utilizar el concepto "arbitrio judicial" permite sostener, en primer lugar, que la decisión del juez no necesita estar expresamente fundada: en segundo lugar, que el juez, dentro de los límites del marco penal, no

<sup>11</sup> ZAFFARONI: *Tratado*, t. V, p. 272.

<sup>12</sup> JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, en *Mehr Transparenz in der Strafrecht*, Rehburg-Loccum, 1990, pp. 51 y s.

necesita dar cuenta a nadie de su decisión. Resulta intolerable admitir fácilmente que las razones de la imposición de una pena puedan quedar ocultas cuando lo que se halla en juego es la máxima inferencia estatal posible sobre un individuo. El hecho de que los ordenamientos procesales exijan que también la imposición de la pena concreta esté fundada en nada modifica la situación si se admite como fundamentación suficiente una serie ininterrumpida de fórmulas vacías, o incluso, la mera referencia a haber "tomado en consideración las circunstancias de los arts. 40 y 41, C. Penal". Existe una práctica consolidada en los tribunales en cuanto a la innecesidad de dedicar mayores esfuerzos a la fundamentación de la pena concreta en la mayoría de los casos. La idea del arbitrio judicial para fijar la pena es la que apoya esta conducta, así como también la concepción de los marcos penales como "marcos de libertad" para el juez.

Reconocer que la pena debe ser "individualizada", y que es el juez quien valora las particularidades del autor y de su hecho, no significa que él es señor absoluto sobre la decisión por ser el único capaz de conocer lo específico del caso a reflejarse en la gravedad de la sanción. No es suficiente con que exprese que en su íntima convicción ha ponderado las razones que justifican su decisión, pues sobre él recae el deber de explicitarlas. El principio de individualización de la pena no se refleja en un menor deber de fundamentación jurídica, sino que debe conducir a uno mayor.

### § 3. Las trabas para el desarrollo de la determinación de la pena

#### I. La irracionalidad de la decisión y el libre arbitrio

El desarrollo de la teoría de la determinación de la pena sólo ha permitido hasta el momento un amplio análisis de los factores que pueden ser considerados relevantes para la toma de la decisión y de cómo deben valorarse. El mejor ejemplo de esto es, indudablemente, la tradicional obra de Bruns.<sup>13</sup> Sin embargo, que-

<sup>13</sup> BRUNS: *Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung*, 2ª edic., Colonia, 1974; en versión más actual y destinada predominantemente a la práctica, del mismo autor, *Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, 2ª edic., Colonia, 1985.

da sin respuesta la pregunta acerca de cómo se relacionan los factores entre sí, cómo deben ser ponderados y a cuáles debe darse mayor o menor peso en la decisión final. Subsiste también sin resolución la temática de la expresión en cifras de la pena. A este respecto, se ha dicho que la principal barrera la constituye la imposibilidad de transformar en cantidades numéricas los juicios de valor.<sup>14</sup>

El proceso de determinación de la pena debe estructurar los rasgos esenciales del delito y su autor, compararlo con la imagen del hecho recogida por la ley en forma abstracta y seleccionar la pena adecuada a partir del marco penal.<sup>15</sup> Pero el principio de individualización de la pena choca necesariamente con los límites fácticos de elaboración de la información relativa al hecho y al autor. No es posible procesar la totalidad de los datos que podrían ser relevantes en el caso concreto para la fijación de la "mejor" pena. Es inevitable que la decisión caiga, parcialmente, en cierto esquematismo. Por otro lado, se debe recordar que ese esquematismo, en parte, puede ser conveniente, en la medida en que algunas de las restricciones referidas a la obtención de información relevante para la fijación de una pena adecuada al sujeto concreto se deben a límites procesales y a la aplicación de reglas que conceden cierto grado de protección a la intimidad del condenado.

Se ha sostenido que existe un componente irracional en la determinación de la pena que no puede ser totalmente erradicado.<sup>16</sup> Así, Jescheck sostiene que "la decisión del juez contiene, asimismo, un componente individual que no es accesible a un control racional, puesto que se trata de la justa transmutación de la cuantía del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales".<sup>17</sup> Tal afirmación sería más atinada si se tratara simplemente de una descripción de la realidad, pero, si se la formulara en forma irrestricta, toda reflexión sobre la determinación de la pena estaría condenada al fracaso. El objetivo de la dogmática de

<sup>14</sup> STRATENWERTH: *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübinga, 1972, p. 37.

<sup>15</sup> KRAMME: *Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolge?*, en "DRZ", 1955, p. 209.

<sup>16</sup> Así Dreher y Eberhard Schmidt, citados por von Linstrow: *Berechenbares Strafmaß*, Berlin, 1974, p. 15.

<sup>17</sup> JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, 4ª edic., Berlin, 1988, p. 780.

la determinación de la pena debe ser, justamente, tratar de identificar y de erradicar, en la medida de lo posible, todos los elementos irracionales de la decisión.

El primer paso en esta dirección es eliminar la creencia de que es legítimo que el juez cumpla en el proceso de determinación de la pena una función sacra, consistente en reconocer en el hecho y en el autor cualidades metafísicas que escapan al conocimiento de los demás mortales. La discusión en torno de la libre discrecionalidad del juez tiene una estrecha relación con los fundamentos ocultos de la selección de una pena,<sup>18</sup> es decir, con la posibilidad del juez de tomar una decisión sin expresar sus motivos, o de hacerlo por razones distintas de las manifestadas. La primera condición para que una decisión pueda merecer el calificativo de *racional* es que sea explícita y controlable en sus argumentos. Pues considerar que se trata de una categoría a la que sólo pueden acceder algunos elegidos permite sustraerse a todo esfuerzo argumentativo, hacer *ab initio* imposible la crítica de la decisión y, de este modo, hacer fracasar todo intento por encontrar los fundamentos de una determinación de la pena exacta.

## II. Las perspectivas de una solución matemática

La exactitud en materia de determinación de la pena está muy lejos de ser alcanzada. Ninguno de los esfuerzos doctrinales realizados para dotarla de precisión matemática<sup>19</sup> ha logrado avances decisivos en este aspecto. Esto sólo es posible mediante la limitación de los factores a tomar en cuenta, con la consiguiente pérdida de "individualización", o bien mediante fórmulas que exigen una valoración previa, y que por su imprecisión, aun cuando no restringen los factores a considerar, tampoco representan un

<sup>18</sup> HASSEMER: *Formalisierung*, p. 83.

<sup>19</sup> Así, las investigaciones de Haag y de von Linstow. Críticamente al respecto, HASSEMER: *Formalisierung*, *passim*. Haag intentó trasladar a la determinación de la pena el método de decisión desarrollado en las ciencias económicas y los modelos de decisión de la *operations research*, en materia de decisiones empresariales, aplicándolos sobre la base de que los problemas de decisión económicos tienen una estructura similar a los problemas de la determinación de la pena. Sin embargo, el modelo depende —como el autor mismo lo reconoce— de cuestiones estadísticas que aún no se encuentran esclarecidas satisfactoriamente.

avance decisivo respecto del modelo "tradicional". Pues los esfuerzos por aplicar métodos matemáticos sólo resultan aplicables a partir del momento en que ya se ha tomado la decisión acerca de cuáles son los factores relevantes, y cómo deben ser valorados,<sup>20</sup> y éste es uno de los puntos sobre los que existe menos acuerdo.

Sin embargo, el mérito de este tipo de esfuerzos es el haber dejado en claro que el argumento de la barrera insalvable de la transformación de los juicios de valor en cantidades numéricas<sup>21</sup> plantea incorrectamente el problema. Pues no se trata de reducir ilícito culpable y pena a un denominador común —lo cual sí parece aún imposible—,<sup>22</sup> sino de un *proceso de atribución*. "Medir", en el sentido corriente de la expresión, significa atribuir un número a ciertos objetos, por ejemplo, a ciertos hechos, de forma tal que las relaciones entre las cifras puedan reflejar ciertas relaciones entre los objetos.<sup>23</sup> Afirmar que la culpabilidad es una categoría incommensurable, que se sustrae a una "medición", pierde de vista el punto central del problema, pues nada impide, racionalmente, que a una culpabilidad de ciertas características se le atribuya una pena determinada. Esto funciona en una forma similar a la relación entre dinero y mercancías; se trata de unidades diferentes, pero esto no impide que el comerciante atribuya un "precio".

El problema central no reside tanto en si se puede medir o no, sino en que los conceptos a utilizar —ilícito, culpabilidad, peligrosidad— carecen en sí mismos de una precisión absoluta, y fundamentalmente, en que no siempre aparece claramente qué es lo que se quiere lograr con la imposición de una pena determinada o si esta finalidad es efectivamente realizable. La teoría de la determinación de la pena debe lograr claridad acerca de cuáles son los fines de la pena en su imposición en el caso y cierto grado de precisión acerca de cuáles son los factores relevantes para esto. La decisión referida a qué es lo que se pretende al imponer tal pena a tal autor es la que permite seleccionar los datos rele-

<sup>20</sup> Cf. MAECK: *Opfer und Strafzumessung*, Stuttgart, 1983.

<sup>21</sup> Así STRATENWERTH: *Tatschuld*, p. 37.

<sup>22</sup> Eso ya fue correctamente advertido por Soler, siguiendo a Mezger, cuando la teoría de la determinación de la pena se hallaba aún en ciernes (DPA, t. II, p. 419).

<sup>23</sup> VON LINSTOW: *Strafmaß*, p. 18.

vantes para la decisión y su importancia relativa. Sólo a partir de allí es posible preguntarse sobre la mejor forma de "medir" y acerca de cómo se debe elaborar una "escala" a fin de que todos los casos sean "medidos" con el mismo parámetro.

De todos modos, no es posible alentar la expectativa de alcanzar soluciones de una precisión absoluta. Pero esto es característico de prácticamente todos los ámbitos del derecho. La única diferencia es la necesidad de expresar el resultado de las reflexiones en cifras, lo cual deja al descubierto que se trata de terrenos poco firmes.

### III. El problema de la compatibilización de intereses diferentes

En la determinación de la pena operan valoraciones de muy diferentes clases; en ella concurren intereses muchas veces contrapuestos que se deben compatibilizar, como son los del autor, los de la víctima y los de la sociedad interesada en la afirmación de sus normas. Esto hace que del resultado al que se arrije no pueda afirmarse una corrección absoluta, pues sólo es posible llegar a ella a través de la argumentación y del consenso, es decir, en forma relativa. Sin embargo, esto no implica afirmar sin más ni más que dé igual una pena de cinco años de prisión o de seis. La imprecisión de los conceptos es una realidad que no le resulta ajena al jurista penal. Baste pensar, solamente, en los problemas aun —sin respuesta final— en materia de dolo eventual, comienzo de ejecución en la tentativa, fundamento y límite de la posición de garante, o elementos normativos del tipo en general. Tampoco es ajena a la tarea del jurista la ponderación de intereses contradictorios y su conciliación en una solución de compromiso. Esto es, posiblemente, la esencia de la actividad jurídica. El juez que debe fijar una indemnización por daño moral sabe que el dolor no se puede medir en dinero, del mismo modo que no puede medirse la gravedad de un homicidio en años. Sólo es posible valorar los hechos y argumentar en favor de reaccionar con determinada indemnización o cierta pena.

La tarea más característica del jurista quizá sea justamente esa: decidir entre varias soluciones sostenibles y argumentar luego en favor de la más conveniente. Afirmar que existen varias soluciones posibles no puede conducir, por sí, a sostener que todas

son correctas, sino que se deben encontrar argumentos que permitan sostener cuál es la solución más adecuada para el fin que se pretende lograr. Esto es especialmente así en materia de determinación de la pena, pero el fenómeno se repite en todos los ámbitos del derecho, aun cuando sea más perceptible en aquellos en que la discrecionalidad es mayor. Cuando el derecho administrativo permite elegir entre los integrantes de una terna, está exigiendo al funcionario de explicitar las razones que lo llevan a esa decisión, y en esa medida, la decisión es irrevisable, aun cuando también allí se espera que la decisión se tome considerando las ventajas para la función. Convertir al marco penal, empero, en una "especie" de terna, que abre una amplia gama de posibilidades para que el juez pueda elegir sin dar fundamentos distorsiona no sólo la función del juez penal, sino, fundamentalmente, la de los marcos penales, y con ello, la de la ley.

### IV. Las estrategias legislativas para evitar la imprevisibilidad de las decisiones

Una de las críticas posibles a la teoría de la determinación de la pena es su incapacidad para predecir la pena a aplicarse frente a un caso concreto. La previsibilidad de las decisiones judiciales es presentada como uno de los valores que subyacen al principio de legalidad. Si se admite que no sólo los presupuestos de la punibilidad (*nullum crimen sine lege*) sino también las consecuencias jurídicas del hecho punible (*nullum poena sine lege*) deben estar establecidas con anterioridad al hecho,<sup>24</sup> ¿cómo sería posible considerar satisfecho este principio, si, frente a un hecho concreto, sólo el juez —por mero acto de voluntad— pudiera decir cuál será la pena a imponer?

En efecto, cuando se trate de penas relativas, es decir, aquellas que prevén un marco penal, sólo será posible predecir que la pena se mantendrá dentro del marco, el cual, en la mayoría de los casos, permite una cantidad considerable de posibilidades. El valor de la previsibilidad es sacrificado por el valor de la "individualización".

La individualización, en todo caso, sólo puede ser alcanzada utilizando criterios relativos al hecho y al autor que orienten la

<sup>24</sup> Cf. Smeets: *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, Tübinga, 1960, p. 22.

decisión dentro del marco. Estos criterios, en el estado actual de la discusión, son sumamente imprecisos. Frente a esta inseguridad acerca de la pena a aplicar, en aquellos casos en que el legislador quiere "asegurar" un determinado resultado y eludir la problemática de la medición de la pena, recurre a dos estrategias básicas: la imposición de penas absolutas y la tabulación de infracciones en ciertos ámbitos, como el de las infracciones de tránsito.<sup>25</sup>

En el caso de las infracciones de tránsito la estandarización se produce sólo por la imposibilidad de una imputación individualizada frente a conductas que se cometen en forma masiva. Por ello, se estandariza el rol del conductor de vehículos: todos los conductores deben hacer lo mismo frente a una situación determinada, y de todos se espera esta conducta en la misma medida.<sup>26</sup> El establecimiento de un rol uniforme absorbe incluso toda distinción en cuanto al sufrimiento que significa una pena. Toda desviación del promedio es considerada irrelevante. Sólo interesa que se esperaba un rendimiento promedio que no fue satisfecho, sin importar las razones.<sup>27</sup>

El caso inverso al de la estandarización o tabulación es el de las penas máximas absolutas. Mientras que en las multas catalogadas la pena se dirige hacia el portador de un rol, en las penas absolutas se afecta a la persona en su totalidad: cualquier motivo o descargo que el autor pueda invocar es declarado de antemano como irrelevante. Las particularidades que pueda presentar el autor en nada interesan, en tanto no se alcance el límite de una causa de disculpa. En general, los sistemas legislativos las utilizan en casos muy restringidos. En el Código Penal argentino está limitada a la reclusión o prisión perpetua.<sup>28</sup> Aquí las particularidades del autor no interesan, no se admite que pueda invocar motivos atenuantes ni descargos,<sup>29</sup> pues, aun cuando existan, no pueden influir en ninguna forma. Se trata de delitos en los que la infracción a la norma tiene un peso tal que cualquier motivo individual debe ser dejado de lado. Todo lo que supere el mínimo

<sup>25</sup> JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, p. 42.

<sup>26</sup> JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, p. 42.

<sup>27</sup> JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, p. 43.

<sup>28</sup> Prevista para los delitos de homicidio agravado (art. 80), secuestro seguido de muerte (art. 142 bis) y traición a la patria agravada (art. 215).

<sup>29</sup> JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, p. 45.

exigido para la configuración de la culpabilidad del delito ya no interesa, pues ese mínimo es concebido como un punto más allá del cual formular cualquier distinción relativa a la persona del autor nada puede agregar. Y esto es lo que torna cuestionable el procedimiento, pues conduce indefectiblemente a tratar del mismo modo situaciones en las que se impone formular distinciones en los motivos. Por otro lado, anula la vigencia del principio de culpabilidad, el cual, si bien no funciona ilimitadamente en ningún sistema jurídico, no puede ser suprimido justamente frente a las máximas penas posibles. Y en cuanto se trate de penas perpetuas, como ocurre con la prisión y la reclusión, la inadecuación proviene del carácter inaceptable de penas que implican la supresión social absoluta del individuo y que cierran toda puerta posible a su reincorporación a la vida social.<sup>30</sup>

Un sistema de penas tasadas sólo es posible si se trata de condenar delitos masivos, como ocurre en las infracciones de tránsito o en delitos administrativos. Estos delitos presentan en sus formas de aparición elementos comunes coincidentes y pocas particularidades dignas de mención para la individualización de la pena, de modo que un tratamiento esquematizado resulta aceptable, y en cierto modo, inevitable. En cuanto a la afectación de los principios de igualdad y de culpabilidad que implica una tasación de este tipo, ello es admisible en estos casos, en la medida en que, como contrapartida, el autor no se ve obligado a tolerar ninguna injerencia en su intimidad, en tanto su "personalidad" queda fuera de la discusión. Por otro lado, el autor sólo carga con el estigma de haber fracasado en sólo uno de sus roles, y puede reivindicar que no ha fracasado en los demás ámbitos.<sup>31</sup> Pues éste es, precisamente, el precio de la estandarización. Ella es tanto más posible cuanto menor contenido de estigmatización francamente penal presuponga la sanción a aplicar. La multa administrativa, por ejemplo, no implica un estigma que señale "tú has obrado mal", sino que más bien parte de la base de que el hecho es exteriormente discordante con la expectativa, y, por eso mismo, presupone asimismo que puede deberse también a una situación de imposible o muy difícil demostración; dicho de otro

<sup>30</sup> Cf. Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), art. 5, inc. 6.

<sup>31</sup> JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, p. 48.

modo, admite la posibilidad de una "culpabilidad por la desgracia de la existencia". Cuanto mayor sea, en cambio, el carácter propiamente penal de la estigmatización, mayor será la necesidad de no dejar de lado la pregunta por la evitabilidad, porque la pena sólo estabilizará la norma como respuesta a una "culpabilidad por la voluntad defectuosa".

La previsibilidad de la decisión en materia de determinación de la pena, como se ve, sólo puede ser alcanzada a costa de una dosis de injusticia,<sup>32</sup> reduciendo al máximo las circunstancias a tener en cuenta. Pero la individualización no tiene la misma trascendencia en todos los delitos: cuanto más grave sea el delito, tanto mayor la necesidad de encontrar una pena "adecuada" al autor. El costo de una previsibilidad absoluta, quizá más acorde con el principio de legalidad, es demasiado alto. En todo caso, el problema debe plantearse no en términos de cómo lograr que la pena sea predecible en su monto exacto, sino en cómo lograr que la decisión sea racional, entendiendo por tal aquella que se toma siguiendo criterios conocidos y fundamentables a partir de argumentos normativos; en otras palabras, cómo manejarse dentro de la imprevisibilidad.

#### § 4. La función de los marcos penales

##### 1. Las valoraciones legislativas.

##### La escala de gravedad continua

La técnica legislativa preferida dentro del sistema argentino, sin embargo, no es el recurso a penas absolutas o catalogadas, sino a penas relativas, de un predominio casi total en el código argentino. A cada tipo le corresponde un marco penal, dentro del cual el juez debe fijar cuál es la pena adecuada al caso que se le presenta. La elección de la pena dentro del marco penal es, indudablemente, una de las cuestiones principales de la determinación de la pena, la cual, como es evidente, sólo plantea problemas teóricos en la medida en que la decisión deba tomarse entre varias alternativas de pena.

La función de los marcos penales no es, como podría pensarse, sólo la de poner límites a la discrecionalidad judicial. No se

<sup>32</sup> JUNG: *Sanktionssysteme und Menschenrechte*, Berna, 1992, p. 194.

trata simplemente de ámbitos dentro de los cuales el juez se puede mover libremente y sin dar cuenta de su decisión, sino que a través de ellos el legislador refleja el *valor proporcional* de la norma dentro del sistema. De este modo, se señala la importancia y rango de la respectiva norma prohibitiva o imperativa dentro del ordenamiento social. Para decidir cuál es la posición de un bien jurídico en relación con otro, la intensidad de las sanciones previstas resulta un criterio decisivo, si no el único jurídicamente admisible. De este modo, ella se convierte en un punto de partida esencial para determinar la pena en forma racional, pues es el reflejo de la escala de valores plasmada en el ordenamiento jurídico.

Con relación a este tema, Dreher ha sostenido que el marco penal configura una escala de gravedad continua en la que el legislador establece todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir, y de crecimiento paulatino. La principal consecuencia de esta teoría, llamada de la "escala de gravedad continua",<sup>33</sup> es la de reservar el límite inferior para los casos más leves, el medio —determinado matemáticamente— para los intermedios, y el máximo, para los más graves. A partir de ella, el juez puede ubicar cada caso dentro del segmento correcto de la escala penal. Con esto se pretende solucionar uno de los problemas más difíciles de la determinación de la pena: la cuestión relativa a cuál es el "punto de ingreso" al marco penal.

Si el legislador quiso plasmar casos de diferente gravedad, el juez deberá, en su decisión, identificar cuáles son los casos que pensó el legislador para cada alternativa de pena, y compararlos con el que tiene que juzgar, limitándose, con esto, a buscar la "voluntad de la ley".

La noción tiene el mérito de descalificar la idea de la "discrecionalidad" del juez y de reconocer en los marcos penales un parámetro, si bien abstracto, de todas las formas posibles que puede llegar a adoptar un delito,<sup>34</sup> y esto es de una importancia decisiva. Sin embargo, no es posible ver a los marcos penales en el trasfondo de una acción legislativa única, pues con el transcurso del tiempo se producen modificaciones

<sup>33</sup> Cf. DREHER: *Über Strafrahmen*, en FS-Bruns, Colonia, 1978, p. 146.

<sup>34</sup> STRENG: *Die Strafzumessungsbegründung und ihre Orientierungspunkte*, en "NSiZ", 1989, p. 395.

en la valoración de las conductas reflejadas en los tipos penales, ya sea que se las comience a considerar como más graves o más leves.<sup>35</sup> Y en todo caso, esto no le puede pasar inadvertido al legislador. La ley no puede permanecer ciega al problema del cambio social de las valoraciones. Por el contrario, en general trata de hacerse cargo de ello mediante conceptos normativos o cláusulas generales.<sup>36</sup> La fijación de marcos penales, también desde un punto de vista de la "voluntad de la ley", representa la técnica elegida para que el juez pueda reconocer estos cambios sociales y reflejarlos en la pena en forma dinámica. Sólo cuando estas corrientes de opinión adquieren una fuerza decisiva serán suficientes para alentar la desincriminación o el aumento de pena. Pero hasta ese momento el juez puede —y debe— reflejar las valoraciones sociales en la elección de la pena dentro del marco penal. Esto, en realidad, más que significar que el juez puede fijar la pena utilizando como criterio sus opiniones personales, hace referencia a un fenómeno mucho más trivial en materia de interpretación: frente a un acto valorativo, nadie puede sustraerse de su propio contexto. Y si la ley permite esto es, en todo caso, porque carecería de todo sentido prohibirlo, en la medida en que es inevitable que el juez decida desde su propia perspectiva. El marco dentro del cual se mueve el juez está estructurado a partir de los principios constitucionales, por las relaciones de los tipos penales entre sí, y por las valoraciones que les subyacen, pero esto es sumamente flexible, y la concreción final será eminentemente valorativa.<sup>37</sup>

Otra de las críticas que se formuló a la teoría de la escala de gravedad es que ella no permite hacerse cargo del aumento del sufrimiento penal en forma indirectamente proporcional a la duración. No es posible equiparar matemáticamente la relación entre la duración de la pena y el sufrimiento, o el mal que significa

<sup>35</sup> ALBRECHT: *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität im Vergleich*, Berlin, 1994, p. 55.

<sup>36</sup> FRISCH: *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*, Colonia, 1971, pp. 168 y s.

<sup>37</sup> O como dice DREHER: *Rationalere Strafzumessung?*, en *Pönometrie. Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*, Colonia, 1977, p. 46, al juez le corresponde "hacer el trabajo fino".

una cierta pena. Dicho con un ejemplo, dos años de prisión no son simplemente el doble de un año.<sup>38</sup>

La idea de que el marco penal prevé el caso más leve y el caso más grave concebibles también ha sido puesta en tela de juicio.<sup>39</sup> En verdad, imaginar casos de máxima gravedad —o mínima— en forma tal que no sea posible agregarle ningún elemento que lo agrave más aún, y sin caer en un tipo agravado, no es fácil. Pero la ubicación de un caso en las penas mínimas o máximas presupone no que no se pueda construir un caso más leve o más grave, sino únicamente que el ilícito, valorado en su totalidad, se encuentra en el ámbito inmediatamente cercano a estos límites. Esto ya es suficiente para que los extremos del marco penal entren en consideración.<sup>40</sup>

La existencia de escalas penales es considerada esencial dentro de un derecho penal de culpabilidad,<sup>41</sup> pues constituye el medio más apropiado para reflejar las diferentes culpabilidades posibles, o más precisamente, los diferentes grados de capacidad de motivación frente al mismo ilícito. Sin embargo, esto no alcanza para explicar que a cada delito le corresponda una escala diferente. Pues si se tratara de medir sólo capacidad de motivación, esto no requeriría distinguir según los diferentes bienes jurídicos. En verdad, si sólo se midiera "capacidad de motivación", alcanzaría con una escala única para todos los delitos.<sup>42</sup> Pero se trata de medir también el ilícito, y los diferentes ilícitos posibles corresponden con una escala de valores, con relaciones proporcionales entre la diferente gravedad de las normas. Este carácter "proporcional" constituye un rasgo esencial de los siste-

<sup>38</sup> ASI, HORN: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 6ª edic. (actualizada a septiembre de 1993), Berlin, § 46, n° 86. El propio Dreher señala el fenómeno (*Über Strafrahmen*, p. 158), pero no lo refleja en el problema del punto de ingreso, que continúa siendo el medio aritmético de la escala.

<sup>39</sup> TIMPE: *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, Berlin, 1983, p. 69; FRISCH: *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*, en "ZStW", t. 99 (1987), pp. 349 y ss., y 751 y ss., esp. p. 791.

<sup>40</sup> HORN: SK, § 46, n° 85.

<sup>41</sup> Cf. DREHER: *Über Strafrahmen*, p. 146.

<sup>42</sup> Cf. HART-HÖNIG: *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, Berlin, 1992.

mas de sanciones como se los concibe actualmente. Para que una pena merezca el calificativo de "justa" debe, ante todo, ser proporcionada a la infracción. Sin embargo, como se verá, el concepto de proporcionalidad no es unívoco, y afirmar que una pena es proporcionada, puede ser tan complejo —o más— que decir que es "justa".

## II. El mínimo y el máximo como indicadores del valor proporcional de la norma

El establecimiento de los mínimos y máximos de las penas, en principio, resultan vinculantes para el juez, salvo que se encuentre comprometida su constitucionalidad. Esto podría ocurrir en los casos en que fueran claramente desproporcionados. Al fijar los marcos penales, el legislador actúa según consideraciones preventivas de diferente naturaleza, y su actividad sólo está limitada por las normas constitucionales que le impiden fijar penas crueles; este concepto incluye las penas que no guardan proporción con las demás penas fijadas en el ordenamiento jurídico. Se ha sostenido que los máximos muy altos no violan la Constitución en tanto el marco penal permita, de todos modos, imponer una pena adecuada.<sup>43</sup> Pero de este modo se desconoce un principio básico en esta materia: la pena no es una magnitud absoluta, sino que sólo puede ser fijada en relación con un mínimo y un máximo.

De todos modos, las dificultades para fijar "casos" que necesariamente deban ubicarse en el mínimo o en el máximo del marco penal dice poco en contra de su utilidad como punto de partida esencial de la determinación de la pena. Tampoco es cierto lo sostenido por Timpe en el sentido de que de las relaciones proporcionales entre los delitos no se puede extraer más que afirmaciones generales como que el hurto agravado es más grave que el hurto simple.<sup>44</sup> Pues, entre otras cosas, a partir de la relación proporcional entre ambos, se puede establecer cuánto más grave es, y por qué, lo cual constituye una pauta de orientación cuya importancia para graduar el ilícito es evidente. El error de Timpe se origina en considerar que el derecho positivo recorta los

<sup>43</sup> STREE: *Deliktsfolgen*, p. 9.

<sup>44</sup> TIMPE: *Strafmaßnahmen*, p. 76.

marcos penales sobre tipos de hecho que se determinan según la medida de la peligrosidad para el ordenamiento y no según la medida de la culpabilidad. Según este autor, los marcos y los tipos penales son producto del pensamiento preventivo, no están determinados por la gravedad del ilícito y la culpabilidad,<sup>45</sup> y en consecuencia no pueden servir para medir la culpabilidad. Si bien es cierto que los marcos penales reflejan la peligrosidad de la conducta para el ordenamiento jurídico, esto no tiene ninguna diferencia con el ilícito. Pues cómo sería posible graduar el ilícito si no fuese teniendo en cuenta, como pauta fundamental, en qué medida ese ilícito compromete el ordenamiento jurídico. El establecimiento mismo del ilícito se realiza de acuerdo con criterios preventivos, con lo cual, necesariamente, el marco penal será relevante para graduarlo. Y en cuanto a la culpabilidad, aun cuando no se admitiera —como lo hace Timpe— que ella contiene elementos preventivos, de todos modos, la estructuración del sistema de causas de disculpa es un claro indicador de que el legislador no reclama con la misma intensidad la motivación conforme a la norma en todos los casos, y que esto se refleja en gran medida en la existencia de marcos penales privilegiados.

Una consecuencia básica de concebir a los marcos penales como indicadores del valor proporcional de la norma es considerar que la gravedad de una pena no puede ser determinada en abstracto, sino sólo en relación con el mínimo y el máximo del delito de que se trate. Por lo tanto, toda modificación del marco penal produce, automáticamente, una modificación del parámetro utilizado, y debe alterar, necesariamente, el monto de la pena. Sería un error dejar abierta la decisión acerca de cuál es el marco específico del que se parte, argumentando que la pena es correcta siempre que, de todos modos, se halle abarcada por los marcos penales en conflicto.<sup>46</sup> Pues la pena sólo puede ser fijada en forma relativa, teniendo en cuenta cuál es el mínimo y el máximo previsto. Manteniéndose constante el mínimo en un año, una pena de dos años de prisión no representa el mismo juicio de valor cuando es impuesta en relación con un máximo de seis años, que con relación a un máximo de tres. En el primer caso, es indicativa de un hecho que se mantiene "casi en el mínimo" y en el otro,

<sup>45</sup> TIMPE: *Strafmaßnahmen*, pp. 78 y ss.

<sup>46</sup> HORN: *SK*, § 46, n° 50.

representa un hecho de mayor gravedad. Esto tiene relevancia práctica no sólo en los casos en que se altera legislativamente la pena de un delito determinado, sino, con mayor frecuencia, en los casos en que el tribunal de segunda instancia subsume el hecho en un tipo penal con una escala diferente, pero la pena permanece inalterada, y en la decisión no se dedica ningún argumento a fundar la modificación *relativa* de la pena. Sostener lo contrario tornaría irrelevantes la gran mayoría de las distinciones dogmáticas de la teoría de la imputación, pues ¿para qué distinguir entre partípe y autor, o entre consumación y tentativa, o entre dolo e imprudencia, si, finalmente, la superposición de los marcos penales permite imponer la misma pena? Salvo que uno admita que el juez puede determinar, "discrecionalmente", primero, cuál es la pena "justa", y luego, buscar un tipo penal y fundarla, lo cual echaría por la borda cualquier esfuerzo de la ciencia del derecho por introducir racionalidad en las decisiones.

## Capítulo I

# Fines de la pena versus principio de culpabilidad como criterios para la determinación de la pena

**SUMARIO:** § 5. Los fines de la pena y la determinación de la pena.

I. El problema de la falta de certeza en los puntos de partida. II. La teoría del ámbito de juego (*Spielraumtheorie*). III. Teoría de la pena puntual (*Punktstraftheorie*). IV. Teoría del valor relativo (*Stellenwerttheorie*). V. Las críticas a las teorías de las "antinomias". VI. El punto de partida erróneo. El fracaso de las teorías de la pena para fijar la pena. § 6. Las teorías de la pena y el concepto de culpabilidad. I. La culpabilidad como límite a las necesidades preventivas. II. La inseguridad en la doctrina. III. El reflejo de los problemas en la praxis. IV. Los elementos preventivos en el concepto de culpabilidad. V. Las concepciones preventivas de la culpabilidad. VI. Las posiciones "preventivistas" en particular. a) Culpabilidad y responsabilidad - La tesis de Roxin. b) La culpabilidad como derivado de la prevención general positiva - La tesis de Jakobs. VII. Las críticas a las teorías "preventivistas". a) Las coincidencias con respecto a los elementos preventivos. b) Las críticas a la legitimación de la pena. c) Las críticas a la función limitadora del principio de culpabilidad. d) Las críticas a la ampliación de la punibilidad. e) La legitimación según el sistema de imputación. El modelo de Frister. VIII. La capacidad limitadora de la culpabilidad. IX. La culpabilidad en la determinación de la pena. § 7. El proceso de determinación de la pena. § 8. Los criterios para la determinación de la pena. I. Necesidad de fundamentación y explicitación de los criterios. II. El hecho en la individualización de la pena. § 9. La dirección de la valoración. I. La indeterminación de las agravantes y atenuantes. II. El problema del punto de partida de la valoración. III. Las soluciones propuestas como casos de comparación. § 10. La prohibición de doble valoración. I. Prohibición de doble valoración y *ne bis idem*. II. Prohibición de doble valoración y división de poderes. III. Incidencia específica de criterios ya valorados.

## § 5. Los fines de la pena y la determinación de la pena

### I. El problema de la falta de certeza en los puntos de partida

La determinación de la pena exige como paso previo reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena en el caso concreto. La función de la pena, o "teorías de la pena", es una cuestión que ha ocupado a filósofos y juristas de todos los tiempos sin que se haya logrado nunca una respuesta definitiva al interrogante de cuál es el fin de la pena. Ni siquiera se encuentra satisfactoriamente resuelta la "justificación" de la pena: ¿qué autoriza a algunos hombres a imponer a otros un mal como respuesta a un acto considerado disvalioso: la secuencia mal por mal. La cuestión compromete problemas éticos fundamentales y resultaría vano pretender del legislador una respuesta que despejara toda sombra. Sólo es posible partir de ciertos principios característicos de un estado de derecho y sujetar la imposición de una pena a algunos límites más o menos imprecisos. Esto tiene como consecuencia la imposibilidad de hacer depender excesivamente de la cuestión del fin de la pena a las construcciones dogmáticas sobre su determinación. Ellas deben encontrar el modo de orientar la decisión sin esperar un acuerdo que quizá no llegue nunca.

Puede considerarse que existe una cierta coincidencia en cuanto a que el ilícito culpable constituye la base de la que parte toda determinación de la pena. Su preexistencia no sólo es el presupuesto *sine qua non* para comenzar a analizar la posibilidad de una pena, sino que es el factor legítimo de la pregunta. Pero su sola existencia no alcanza para concluir, necesariamente, la necesidad de imponer una pena. El principio *nulla poena sine culpa* no puede ser invertido, y transformado en un imperativo: *nulla culpa sine poena*. Una sociedad secularizada no puede justificar la

pena sólo en la presencia de un ilícito culpable, sino que requiere algún argumento adicional: la existencia de un fin que autorice la injerencia estatal. En la medida en que es el Estado, y no un ente trascendente, quien tiene a su cargo la actividad de imponer la pena, tal actividad tiene que estar sujeta a los mismos principios que cualquier otra tarea estatal, fundamentalmente, a la necesidad de que la intervención prometa algún beneficio para los integrantes de la comunidad social. Esto torna necesario definir previamente cuál es el beneficio que la sociedad puede alcanzar con una pena. Y justamente éste es el punto sobre el cual no existe acuerdo. Sólo es posible rechazar a la pena como un fin en sí misma y admitirla sólo en tanto pueda lograrse con ella algún fin: no es función del Estado imponer la justicia en la tierra, sino que debe limitarse a satisfacer necesidades sociales.<sup>47</sup>

La falta de acuerdo acerca de cuál debe ser ese fin, y la existencia de diferentes explicaciones posibles, se refleja en la necesidad de alcanzar una solución de compromiso, que armonice en alguna medida los intereses en juego, muchas veces contradictorios, siguiendo para ello algún procedimiento. Por otro lado, no se trata únicamente de lograr fines reconocidos sólo entre los teóricos, sino que la propia ley revela la intención de alcanzar metas muchas veces incompatibles entre sí, o directamente irrealizables en la práctica.

Esta necesidad de conciliar "varios fines" de la pena y de llegar a una armonización dio origen a las llamadas "teorías de la unión",<sup>48</sup> que más que un esfuerzo teórico representan la búsqueda de un método que concilie los fines de la pena en abstracto. En su versión más conocida, se intenta quebrar el dilema de los fines antitéticos de la pena mediante una distribución de esos fines, diferenciando las etapas de penalización: prevención general en la amenaza de pena, retribución en la sentencia y prevención especial en la ejecución. Esta solución, sin embargo, además de las objeciones teóricas a que se ve expuesta, tampoco alcanza a superar la complejidad del proceso de determinación de la pena.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> HENKEL: *Die "richtige" Strafe*, Tübinga, 1969, p. 7.

<sup>48</sup> Cf., por todos, ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil* [Lehrbuch], 2ª edic., Munich, 1994, § 3.

<sup>49</sup> HENKEL: *Die "richtige" Strafe*, p. 19.

En la determinación de la pena en concreto, las teorías de la unión se manifestaron en la doctrina alemana dominante del siguiente modo:<sup>50</sup> la pena debe ser medida de tal modo que se garantice su función compensadora en cuanto al contenido de injusto y de la culpabilidad, y a la vez, posibilita, por lo menos, el cumplimiento de la tarea resocializadora para con el autor. Además, se debe proteger a la colectividad frente al delincuente peligroso, lo cual, a causa de la función penalmente limitadora de la culpabilidad, en muchas ocasiones sólo será posible acudiendo a las medidas. Por último, la salvaguarda del ordenamiento jurídico requiere que la pena se mida de manera que logre influir en la colectividad con fuerza pedagógica social. Muchas veces podrá conseguirse una armonización práctica de los fines penales por la que cada uno de ellos acabe teniendo virtualidad en la resolución judicial. Sin embargo, cuando los fines de la pena llevan a consideraciones contradictorias e incompatibles en la pena en concreto, fenómeno que tradicionalmente se conoce como la "antinomía de los fines de la pena", la justa retribución no tiene preferencia sin más, sino que todos los criterios concurrentes deben limitarse cuanto sea necesario para permitir que cada uno surta efecto lo mejor posible. El único límite lo constituye la culpabilidad, que el legislador pone como "directriz" a disposición del juez.<sup>51</sup>

No es sorprendente que una teoría como ésta encuentre eco, pues es sumamente flexible, y de este modo, permite no dejar de lado, al menos en apariencia, ninguno de los fines que se pretende lograr a través de la pena. A esto se suma que en el estado actual de la discusión doctrinaria y de las legislaciones, cuando menos la prevención general positiva, o sus sucedáneos retributivos, y la prevención especial difícilmente puedan ser suprimidas totalmente como finalidades a realizar a través de la pena.<sup>52</sup> Por lo tanto, se debe lograr la coexistencia pacífica entre

<sup>50</sup> Se toma como paradigma de la doctrina dominante la obra de JESCHECK: *Lehrbuch*, 4ª edic., pp. 793 y ss., pues aun cuando haya algunas diferencias entre los distintos autores, existe acuerdo en lo fundamental.

<sup>51</sup> JESCHECK: *Lehrbuch*, p. 794.

<sup>52</sup> Acerca del consenso social con respecto a que la pena debe cumplir varias finalidades, y con referencia a encuestas sobre el tema, cf. ALBRECHT: *Strafzumessung*, p. 30.

ambas, y toda teoría que prometa alcanzarla será recibida con tolerancia.

Para posibilitar la concordancia de los fines de la pena en el caso concreto se desarrollaron diferentes construcciones: las llamadas teorías del ámbito de juego (*Spielraumtheorie*), la teoría de la pena puntual (*Punktstrafe*) y la teoría del valor relativo o de los niveles (*Stellenwerttheorie*).<sup>53</sup> Todas ellas parten de la necesidad de determinar la pena partiendo de la ponderación de la culpabilidad como fundamento de la pena (como lo impone el § 46 StGB)<sup>54</sup> y se diferencian en el modo y amplitud en que este "primer resultado" puede modificarse por razones de prevención especial y general (positiva y negativa).

<sup>53</sup> Si se tiene en cuenta que sólo se trata de establecer un método para conciliar las supuestas antinomias de los fines de la pena, referirse a ellas como "teorías" es casi un abuso del lenguaje. Sin embargo, la designación se ha impuesto en la práctica, y aquí se ha preferido no prescindir de ella.

<sup>54</sup> El § 46, StGB, tiene una estructura similar a la del art. 41, C. P. arg., en cuanto en ambas normas se enuncian factores a ser tenidos en cuenta por el juez al fijar la pena, pero sin determinar si ellos agravan o atenúan o cuánto valor ha de asignarsele. Y si bien el art. 41 no contiene la afirmación explícita del licito culpable como base de la pena, esto ha sido tradicionalmente entendido así por la doctrina. Ello deriva, por otra parte, de la estructura general de los tipos penales. La existencia de "escalas" orientadas a la gravedad diferenciada de los hechos y el requisito de la culpabilidad permiten partir de la base de que también en el sistema argentino "la culpabilidad es el fundamento de la pena". Cf. *infra*, § 11. De este modo, gran parte de las elaboraciones doctrinarias relativas al § 46 alemán son trasladables sin ningún esfuerzo a los problemas de la determinación de la pena en la interpretación del Código Penal argentino. El § 46 dice: "§ 46. Principios de la determinación de la pena.

"(1) La culpabilidad del autor es el fundamento de la determinación de la pena. Se considerarán los efectos que son de esperar de la pena sobre la vida futura del autor en la sociedad.

"(2) Al determinar la pena el tribunal ponderará las circunstancias que hablan a favor o en contra del autor. Al respecto, se tomarán especialmente en consideración: los motivos y los fines del autor; el ánimo que expresa el hecho, y la voluntad aplicada al hecho; la medida de la contrariedad al deber; la forma de ejecución y las consecuencias culpables del hecho; la vida anterior del autor, sus condiciones personales y económicas, así como también su conducta con posterioridad al hecho, y especialmente, sus esfuerzos por reparar los daños.

"(3) No deben ser tomadas en consideración aquellas circunstancias que ya constituyen elementos del tipo legal."

## II. La teoría del ámbito de juego (*Spielraumtheorie*)

La teoría del ámbito de juego parte de la premisa de que no es posible determinar la gravedad de la culpabilidad en un punto cierto del marco penal legal y que una pena adecuada a la culpabilidad aún admite un "marco de culpabilidad" cuyos límites están constituidos por un mínimo "ya" adecuado y por un máximo "todavía" adecuado a ella; dentro de este marco o "ámbito de juego" la pena debe ser fijada teniendo en cuenta fines preventivos, en particular, fines de prevención especial.

La teoría del ámbito de juego fue elaborada por la jurisprudencia alemana,<sup>55</sup> y puede ser considerada como claramente dominante. Este predominio tiene su origen no tanto en sus extraordinarios argumentos, sino que es el producto, en todo caso, de la necesidad de la doctrina de hacerse cargo de algún modo de la inseguridad reinante en materia de determinación de la pena. Sus sostenedores reconocen que la teoría no se encuentra en condiciones de expresar un monto determinado, sino que sólo es posible formular un "marco".<sup>56</sup> Todas las construcciones teóricas que se ha intentado contraponerle padecen de los mismos defectos que se advierten en la *Spielraumtheorie*, pero ella es defendida afirmando que presenta la ventaja respecto de la pena puntual, de concebir a la pena dentro de un marco que si bien se admite impreciso, facilita al juez acertar con la pena correcta. Esto es mucho más sencillo —se afirma— si es posible moverse dentro de un "ámbito" que si se trata de hallar un "punto" preciso.<sup>57</sup>

Una de las críticas que se le ha hecho a esta teoría es la inexistencia, en realidad, del "marco", puesto que no se está en condiciones de decir cuáles son los límites de ese marco. Se trataría de "fronteras fluidas". Esta expresión, utilizada por Zipf, podría ser interpretada como lo que los matemáticos llaman una "barrera".<sup>58</sup> El marco de culpabilidad estaría limitado por barreras, cuya parte superior está limitada de la siguiente manera: existe un punto en la escala penal con la característica de que todas las penas que se encuentran por encima de ese punto no son adecuadas a la cul-

<sup>55</sup> BGHSt, t. 7, pp. 28 y ss.

<sup>56</sup> Horn: SK, § 46, n° 10.

<sup>57</sup> Tal la explicación de SCHAFSTEN: *Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach der Strafgesetzbuch*, en FS-Gallas, pp. 101 y s.

<sup>58</sup> Cit. por von Linstow: *Strafmaß*, p. 49.

pabilidad. Esto no quiere decir ya que el punto que está por debajo de esta barrera sea por eso el adecuado a la culpabilidad —en ese caso si sería un límite— sino que algún punto en la escala penal tiene esa característica. Lo mismo rige para la escala inferior.<sup>59</sup> La cuestión queda planteada de este modo como lo que se suele denominar el "problema de los continuos".<sup>60</sup> Como solución sólo resta "cortar" la continuidad con una decisión, pero ni los fines de prevención ni el concepto de culpabilidad se han demostrado capaces de hacerse cargo de esta decisión.

Las evidentes falencias de la teoría del ámbito de juego hacen difícil comprender cómo es posible que se insista tanto en otorgarle alguna entidad científica diferente del "ámbito de discrecionalidad judicial"; el *Spielraum* tiene una íntima vinculación con la noción de discrecionalidad.

En realidad, sólo es posible explicar esto si se toman en cuenta los problemas procesales que se encuentran en el trasfondo. La discusión en torno de la *Spielraumtheorie* se encuentra marcada por la cuestión de la revisibilidad de las decisiones en materia de determinación de la pena. Este origen "procesal" es señalado por Horn:<sup>61</sup> los tribunales de casación, conociendo las dificultades en que se encuentra el juez cuando tiene que expresar la pena en un monto determinado, probablemente la tarea más compleja de toda la determinación de la pena, pretendieron señalar, únicamente, que son admisibles las penas que se encuentran dentro de lo razonable. Dicho de otro modo, que sólo es posible la revisión del monto de la pena cuando existe una desproporción evidente e *intolerable*. La doctrina, sin embargo, distorsionó esta mera "contemplación" de tipo procesal y apoyó en ella la existencia de un "marco de culpabilidad".<sup>62</sup>

<sup>59</sup> VON LINSTOW: *Strafmaß*, p. 49.

<sup>60</sup> VON LINSTOW da el ejemplo siguiente: 10 cerdas insertadas en un pedazo de madera no hacen un cepillo, mientras que 2.000 sí; sin embargo, nadie puede decir cuando comienza un cepillo (*Strafmaß*, p. 49).

<sup>61</sup> Horn: SK, previo al § 46, n.º 15.

<sup>62</sup> La relación que existe entre el problema de la casación de la graduación de la pena y la concepción de la pena como determinable dentro de un "marco de culpabilidad" o como "pena puntual" fue comprobada desde el punto de vista empírico por STRENG: *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, Heidelberg, 1984, p. 34.

### III. Teoría de la pena puntual (*Punktstraftheorie*)

La teoría de la pena puntual aparece, a primera vista, como la opuesta a la teoría del ámbito de juego, en cuanto niega la existencia de un "marco de culpabilidad", y afirma, por el contrario, que la pena adecuada a la culpabilidad es sólo una.

La culpabilidad es siempre una medida fija y determinada y, por ello, la pena correcta sólo podría ser una. Pero desde el punto de vista del conocimiento no es posible saber cuál es la medida exacta de culpabilidad de un autor, y dado que la culpabilidad es un fenómeno metafísico, tampoco es posible averiguar a partir de ella una medida de pena determinada matemáticamente.<sup>63</sup> Del mismo modo, sostiene Bruns que "solamente existe una pena adecuada a la culpabilidad, sólo que nuestro conocimiento no está en situación de fijarla con seguridad".<sup>64</sup>

A pesar de la intención de sus sostenedores de separarse de la teoría del ámbito de juego, la similitud de ambas se ve con claridad, por ejemplo, en Jescheck: "el acto de la individualización de la pena debe entenderse (...) de forma que el juez parte de la pena adecuada a la culpabilidad según su parecer (*pena puntual*) y la modifica, en favor de los otros fines penales, mediante combinaciones de las diversas posibilidades de sanción. En esa actividad sólo puede apartarse de su punto de arranque mientras que la pena siga manteniendo con su fundamento una relación interna que sea aceptada como tal por la comunidad jurídica (individualización de la pena como *acto de configuración social*)."<sup>65</sup>

### IV. Teoría del valor relativo (*Stellenwerttheorie*)

La teoría del valor relativo (o "de posición"), por su parte, sostiene que se debe determinar el valor de cada uno de los fines de la

<sup>63</sup> ARTHUR KAUFMANN: *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, p. 261.

<sup>64</sup> BRUNS adoptó diferentes posiciones con relación a la teoría del *Spielraum*: en un primer momento la criticó con fuerza, luego afirmó que tenía ciertas debilidades y "fallas estéticas", para finalmente considerarla admisible con ciertas reservas, sin más argumentos que la autoridad del *Bundesgerichtshof*, que se adhirió a ella. Acerca de esta evolución doctrinaria, cf. GRASNIK: *Über Schuld, Sprache und Straf*, Tübinga, 1987, p. 10.

<sup>65</sup> Cf. Jescheck: *Lehrbuch*, p. 786 (la bastardilla se corresponde a la negrita del original).

pena en relación con cada etapa del proceso de determinación de la pena. Se debe determinar cuál es el peso de cada uno de esos fines según el momento del proceso de punición de que se trate.<sup>66</sup> Considera que la pena debe ser fijada teniendo en cuenta, en primer lugar, criterios retributivos. El primer paso de determinación de la pena es graduar la culpabilidad en proporción a la gravedad del hecho. Para hacerlo no entra en consideración ningún tipo de reflexión orientada a la prevención, y la culpabilidad queda fijada en un *punto fijo* dentro del marco legal. La prevención sólo será relevante en una segunda etapa, en la que se toma la decisión relativa a la *clase* de pena y al modo de ejecución, en las cuales deben estar ausentes las consideraciones retributivas o de culpabilidad: "es incorrecta la suposición de que la decisión acerca de la ejecución tiene algo que ver con la culpabilidad".<sup>67</sup>

La decisión relativa al monto de la pena antecede a toda otra decisión. El monto de la pena es sólo expresión de la medida y gravedad del ilícito culpablemente cometido. La determinación de la pena es la cuantificación de la culpabilidad en unidades de pena, y la unidad a utilizar es la de la pena de prisión: toda culpabilidad debe ser medida como si se tratara, en todos los casos, de una pena de prisión a cumplir.<sup>68</sup> Esto ha sido fuertemente criticado por la doctrina mayoritaria alemana, que considera que el método propuesto por la *Stellenwerttheorie* no es compatible con el § 46, en tanto esta norma ordena al juez tomar en cuenta al fijar la pena las "consecuencias para la vida futura del autor", lo cual necesariamente ha de reflejarse en el monto,<sup>69</sup> pues éste tiene influencia decisiva desde el punto de vista de la prevención especial, en cuanto limita o amplía las posibilidades de ejecución.

Por otro lado, tampoco queda demasiado claro por qué la elección de la pena de prisión como unidad de medida, y no por

<sup>66</sup> HENKEL: *Die "richtige" Strafe*, p. 23.

<sup>67</sup> HORN: SK, § 46, n.º 4.

<sup>68</sup> Tal la explicación de HORN: SK, § 46, n.ºs 2 y 3. Esto es posible en el sistema alemán en razón de que prevé una equivalencia absoluta entre la pena de prisión y la multa, a través del sistema de los días-multa, mientras que el equivalente de nuestra "inhabilitación" no tiene carácter de pena, sino de "medida de seguridad".

<sup>69</sup> Cf., ampliamente, LACKNER: *Über neue Entwicklungen in der Strafmessungslehre und ihre Bedeutung für die richterliche Praxis*, Heidelberg, 1978, pp. 15 y ss.

ejemplo, la pena de multa. Tampoco se brinda un argumento decisivo que permita explicar por qué en la elección de la clase de pena no se debería tomar en cuenta la culpabilidad, y por qué serían admisibles sólo criterios de prevención especial. Algo similar rige para la elección de la forma de ejecución de la pena. Negar que una ejecución suspensiva pueda tener relevancia para la fijación del monto de la pena, o dicho de otro modo, que la ejecución de la pena no sólo se vincula con la prevención especial, sino también con la general positiva o con la retribución, conduce necesariamente a distorsionar las decisiones y a restarles transparencia. Pretender valorar un hecho en tres años de prisión, sin distinguir si se está hablando de años en prisión, cumplidos efectivamente, o de una condena suspensiva, es "medir" en unidades de pena diferentes. La "unidad de pena" no es sólo "tiempo", sino que la "calidad" (en suspenso o no, en dinero o en prisión) tiene una importancia evidente.

## V. Las críticas a las teorías de las "antinomias"

La teoría del ámbito de juego ha llevado a afirmar que en el campo de la determinación de la pena, la ley no está en condiciones de dar un parámetro unitario de valoración, por lo cual esta "valoración es patrimonio del juez independiente".<sup>70</sup> Sin embargo, esto ción de la pena es un acto creativo del juez.<sup>70</sup> Sin embargo, esto desconoce el carácter esencial de aplicación del derecho que tiene el acto de determinación de la pena, convirtiéndolo en una especie de elección más o menos intuitiva y, fundamentalmente, cuya corrección no puede ser puesta en tela de juicio dentro de "ciertos límites". Sostener que con la misma corrección se puede afirmar una pena de seis meses que una de un año y seis meses, sin que nadie pueda comprobar un error comprensible racionalmente no hace más que entorpecer la discusión,<sup>71</sup> y sólo es posible a partir de un planteo cuando menos ingenuo del problema. La única verdadera función de la teoría del ámbito de juego es dejar en claro que hasta el momento no es posible explicar y controlar los pasos de la determinación de la pena.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> DREHER: *Über Strafrahmen*, pp. 161 y 163.

<sup>71</sup> HENKEL: *Die "richtige" Strafe*, p. 5.

<sup>72</sup> HASSEMER: *Generalprävention*, p. 41.

Uno de los puntos más débiles de una construcción como la del *Spielraum* es que atribuye a la prevención un carácter decisivo para fijar la pena, y deja de lado los casos en los que no existe ninguna necesidad de prevención, como ocurre, por ejemplo, cuando el tiempo de la pena no es suficiente para actuar sobre el autor, resocializándolo, cuando él no presta su conformidad o colaboración "socializada" o cuando él no presta su conformidad o colaboración para el tratamiento. Queda sin respuesta la pregunta relativa a cómo ha de adoptarse la decisión en estos casos.<sup>73</sup> Se podría responder a esta objeción afirmando que si no existe ninguna necesidad preventiva la pena debe mantenerse en el mínimo —o también en el máximo—, pero justamente, el problema es que estos supuestos límites son desconocidos, no quedan "fijos".

El problema de las antinomias que se pretende resolver con estas teorías, sin embargo, en cierta medida ha sido sobrevalorado. Ninguna de las teorías de la pena está en condiciones de expresar cuál es la pena "justa" más que aproximándose a ella en forma tentativa. El planteamiento de las "antinomias" desconoce esto, y la cuestión es presentada como si la prevención general positiva pudiera señalar como la pena más adecuada cinco años de prisión, la prevención especial, diez, y la retribución, cuatro; al menos por el momento, la cuestión no puede ser presentada en estos términos. Sin embargo, esto es afirmado como si estas transformaciones de diversos criterios en diversas cantidades fuera real.<sup>74</sup> Ni siquiera puede hacerlo la prevención especial, la cual, en apariencia, sería la que estaría en mejores condiciones de fijar el monto de la pena —coincidente con el tiempo de tratamiento—. Pues esto sólo puede hacerse por medio de "pronósticos", con los problemas de prospectiva y de indefinición de los tiempos que ello implica.

Ningún sostenedor de la teoría del marco de culpabilidad consideró que fuera necesario que el juez expresara en la sentencia cuáles eran los límites del marco. Esto es producto no sólo de la imposibilidad de fijar esos límites, sino también de lo injustificable que resultaría que la pena fuera fijada en el máximo en los casos en que esta decisión no pudiera fundarse en razones de prevención.<sup>75</sup> También aquí se advierte la vinculación

<sup>73</sup> Cf. FRISCH: *Gegenwärtiger Stand*, p. 363.

<sup>74</sup> Cf. ROXIN: *Lehrbuch*, § 3, n.º 5.

<sup>75</sup> Cf. HENKEL: *Die "richtige" Strafe*, p. 33.

que existe entre el ámbito discrecional y la elusión de los controles de racionalidad: si no es posible saber cuál es el marco del que partió el juez, mucho menos será posible corregir la pena; a lo sumo, podrá imponerse una nueva.

La principal objeción al ámbito de juego, y ésta salta a la vista ya con la formulación de la teoría, es su imprecisión: no está en condiciones siquiera de establecer cuál es este ámbito. Pero no es sólo una teoría imprecisa, sino fundamentalmente, incorrecta. El partir de la base de que "hay varias penas correctas", ya desde el punto de vista de la pena adecuada a la culpabilidad, presupone que sea correcto formular juicios de valor diferentes para autores que son igualmente reprochables.<sup>76</sup>

La teoría de la pena puntual, por su parte, si bien afirma que se debe llegar a una pena fija, desemboca finalmente en un ámbito de juego, por lo cual difícilmente pueda ser considerada, en su aplicación práctica, como contraria a la teoría del ámbito de juego.<sup>77</sup> La teoría de la pena puntual implica un acto heroico de conocimiento, que nadie está en condiciones de realizar, y aun cuando un conocimiento especulativo como el que presupone fuera posible, esto no puede servir para legitimar la pena estatal.<sup>78</sup>

Tanto la teoría de la pena puntual como la del ámbito de juego incurrir en el error de creer que la pena es algo que puede ser "descubierto",<sup>79</sup> y pierden así de vista que se trata de un acto de valoración, de atribución. Esto no convierte a la determinación de la pena en un acto arbitrario o con un último remanente irracional, como se ha afirmado, sino que esta característica, en última instancia, es compartida por todo concepto jurídico. Aun aquellos que aparentemente son más exactos suelen plantear serias dificultades interpretativas, y la subsunción de un hecho en ellos sólo es posible por medio de la argumentación.

#### VI. El punto de partida erróneo. El fracaso de las teorías de la pena para fijar la pena

Buscar en la prevención, sea general o especial, un punto de apoyo para fijar la pena es querer construir en terrenos pantano-

<sup>76</sup> VON HIRSCH - JAREBORG: *Strafmaß und Straferechtigkeit*, pp. 23 y ss.

<sup>77</sup> ALBRECHT: *Strafzumessung*, p. 43.

<sup>78</sup> VON HIRSCH - JAREBORG: *Strafmaß*, pp. 23 y ss.

<sup>79</sup> Cf. HENKEL: *Die "richtige" Strafe*, p. 31.

sos. La prevención especial es, por definición, insegura, pues está orientada siempre hacia el futuro. Siempre pretende formular un pronóstico que, como tal, no puede tener certeza alguna. La concreción de fines de prevención especial exige, por otra parte, condenas que puedan ser modificadas según los avances o retrocesos del condenado, flexibilidad que la mayoría de los sistemas sólo admiten —si es que lo hacen— restrictivamente.

Las teorías relativas de la pena —con la excepción de algunas versiones de la prevención general positiva— no se limitan a analizar la cuestión de los efectos de la pena en la sociedad, sino que sus afirmaciones remiten a las ciencias empíricas. Y la experiencia suele contradecir dogmas básicos de todas ellas. Esto es especialmente claro en el caso de la prevención general negativa. Está comprobado que la gravedad de la sanción sentida subjetivamente y comprobable objetivamente no necesariamente juega un papel decisivo en la conducta delictiva.<sup>80</sup> La función de las sanciones formales, en general, parece tener una capacidad limitada de conducción de la conducta. Ni siquiera el riesgo de persecución puede ser aprovechado preventivamente. Por el contrario, una reducción de las penas parece contribuir a la sensibilización frente a las penas, de tal modo, que la reducción de la intensidad de la sanción puede reflejarse en un aumento del efecto preventivo.<sup>81</sup> Por otro lado, en cuanto a las diferentes tendencias judiciales en materia de determinación concreta de la pena, al respecto no existe prácticamente ninguna comprobación de que ellas influyan sobre los índices de criminalidad.<sup>82</sup>

La prevención general parte de la hipótesis empírica de que puede influir positivamente los cambios sociales a través de la pena en el caso concreto.<sup>83</sup> De este modo la función de control del procedimiento reflejada en la publicidad se convierte en un ins-

<sup>80</sup> Acerca del fenómeno de la "intercambiabilidad de las sanciones", véase KAISER: *Kriminologie*, 7ª edic., Heidelberg, 1985, pp. 92 y 153.

<sup>81</sup> Cf. ALBRECHT: *Strafzumessung*, p. 69. Hassemer (*Generalprävention*, p. 45) señala un interesante ejemplo al respecto: durante un cierto período la policía de Frankfurt intentó reducir las infracciones de tránsito por exceso de velocidad publicando en el diario dónde se iban a instalar los radares de control, y ni siquiera en esas calles se logró reducir la cantidad de infracciones.

<sup>82</sup> VON HIRSCH - JAREBORG: *Strafmaß*, p. 69.

<sup>83</sup> HASSEMER: *Generalprävention*, p. 33.

trumento de transmisión de la norma.<sup>84</sup> Pues la prevención general presupone que se transmite la decisión a aquellas personas que se quiere influenciar, que estas personas sean motivables y que existan conocimientos empíricos acerca de los efectos de la comunicación y la motivabilidad que permitan una prognosis confiable sobre los efectos preventivo generales.<sup>85</sup>

Pero tampoco la prevención especial ofrece un panorama más claro. El fracaso de las técnicas de rehabilitación ha producido un notable retroceso de la idea de resocialización en todo el mundo.<sup>86</sup> La desconfianza frente a la prevención especial se ha visto favorecida por diferentes factores: la constancia relativa de las cifras de reincidencia a pesar de los esfuerzos en materia de resocialización, los costos de las instituciones socioterapéuticas, las tendencias politicominales a imponer penas cada vez más altas en lugar de brindar ayuda, etc. "Curar en lugar de penar, considerar al delito una enfermedad, son estrategias del ayer".<sup>87</sup> Bajo el lema "nothing works" se han cuestionado fuertemente todas aquellas prácticas que hasta este momento venían siendo admitidas como "resocializantes".<sup>88</sup>

A pesar del escaso aporte que puede hacer la prevención especial para la determinación de la pena, especialmente, en cuanto al monto de pena, esto no debe llevar sin más a eliminar todo ofrecimiento de ayuda dentro del sistema de administración de justicia penal. No es posible olvidar que la idea de resocialización contribuyó a humanizar las penas<sup>89</sup> y dirigió la atención hacia los problemas de la ejecución de las penas. El cuestionamiento de encerrar a alguien solo para mejorarlo no debe implicar perder de vista que la legislación no debe poner barreras insuperables a la reinserción social. Una fe ciega en la resocialización puede conducir a fomentar penas de encierro más largas, mientras que preservar la "idea" de prevención especial como orientadora de las penas contribuye a no perder de vista los efectos concretos de la pena. El

<sup>84</sup> HASSEMER: *Generalprävention*, p. 33.

<sup>85</sup> HASSEMER: *Generalprävention*, p. 41.

<sup>86</sup> ALBRECHT: *Strafzumessung*, p. 127.

<sup>87</sup> Se trata de una síntesis que abrevia las tesis de Martinson en su trabajo *What works? — Questions and Answers about Prison Reform*, 1974, citado por Roxin, *Lehrbuch*, § 3, nota 19.

<sup>88</sup> HASSEMER: *Generalprävention*, p. 34.

<sup>89</sup> JUNG: *Sanktionensysteme*, Berna, 1992, pp. 52 y ss.

precio de la desocialización que puede significar una pena no puede ser totalmente ajeno al proceso de determinación de la pena. Aun cuando la prevención especial no sea útil ni para fundamentar ni para precisar con exactitud la mejor pena a aplicar, si puede constituir una pauta para descartar cierto tipo de penas.<sup>90</sup>

La prevención general positiva, en cambio, en la mayoría de sus versiones corrientes, se encuentra más a resguardo de las objeciones empíricas o de la posibilidad de falsación,<sup>91</sup> particularmente en cuanto ponen el acento en el aspecto comunicativo de la pena: la pena sólo tiene por función declarar la vigencia de la norma. Esto significa no sólo renunciar a la garantía de cientificidad que implica la posibilidad de falsación, sino que únicamente es posible a través de un grado de abstracción demasiado alto. La justificación de la pena, en otras palabras, se convierte en un dogma de fe. La solución se acerca inexorablemente al planteo retribucionista y a las teorías absolutas de la pena: se pena porque se ha pecado y no para que no se peque, y de este modo, se renuncia a la prevención.

Sin embargo, no es posible desconocer que ese dogma juega un papel preponderante dentro de todo sistema jurídico, el cual para asegurar su vigencia parece no poder prescindir de un sistema de sanciones. No necesariamente el derecho penal requiere apoyarse en comprobaciones empíricas.<sup>92</sup> Aun cuando no sea empíricamente comprobable, es plausible pensar que la pena, al tratar como reprochable la conducta criminal, trasmite a los ciudadanos un mensaje moral, y de este modo, fomenta su tendencia a ser fieles al derecho.<sup>93</sup>

Lo decisivo para admitir una teoría de la pena no es tanto si tiene apoyo empírico, en tanto se encuentran comprometidas posiciones filosóficas ajenas a la experiencia; pero si una se teoriza se basa en afirmaciones que suponen el recurso a la empiria, estas afirmaciones si deben estar comprobadas. De lo contrario se estaría recurriendo a un fundamento fraudulento.<sup>94</sup> Una teo-

<sup>90</sup> Tal el caso —evidente, por cierto— de la prisión perpetua.

<sup>91</sup> Cf. ROXIN: *Lehrbuch*, § 3, n.ºs 29 y ss.

<sup>92</sup> HASSEMER: *Generalprävention*, p. 49, sostiene que incluso la afirmación de que el derecho penal requiere una base empírica debe ser previamente fundamentada.

<sup>93</sup> VON HIRSCH - JAREBORG: *Strafmaß*, p. 19.

<sup>94</sup> HASSEMER: *Generalprävention*, p. 50.

ría de la pena puede apoyarse en afirmaciones que no pueden ser probadas mediante experimento alguno, e incluso en afirmaciones dogmáticas, en la medida en que esas afirmaciones reflejen el consenso social sobre un punto. Los sistemas sociales no parecen estar dispuestos a renunciar a la pena como instrumento político, sea porque la sociedad necesita "retribución", sea porque necesita afirmar sus normas. Pero más allá de que ello pueda servir para lograr una explicación más o menos plausible de por qué se necesita de la pena, de todos modos, subsiste sin respuesta la pregunta acerca de cuál debe ser esa pena.

Ninguna de las teorías relativas de la pena, en síntesis, ha demostrado estar en condiciones de poder afirmar cuál es la pena "justa". Tampoco pueden fijar un "marco", pues si sus límites son móviles, no sirven de nada,<sup>95</sup> y hasta ahora, los únicos extremos realmente fijos son los del marco penal. Por otro lado, de nada sirve buscar "el fin de la pena" en forma general; la determinación de la pena exige confrontar esas reflexiones abstractas, y replantearlas frente al caso concreto. Y es aquí donde ofrecen pocas líneas de orientación efectiva.

## § 6. Las teorías de la pena y el concepto de culpabilidad

### I. La culpabilidad como límite a las necesidades preventivas

El problema común que plantean todos los conceptos utilitarios de la pena ("teorías relativas") es que no logran fijar límites a los medios a utilizar para lograr la finalidad. El tema central de las teorías contemporáneas de la pena es la búsqueda de parámetros normativos que permitan domesticar un derecho penal preventivo desde el punto de vista del estado de derecho.<sup>96</sup>

Esa función limitativa fue atribuida tradicionalmente al concepto de culpabilidad. Pero éste se reveló como inidóneo para lograr tamaño tarea, pues, como se ha dicho reiterada-

<sup>95</sup> Acerca de la teoría del "Spielraum" y los límites "móviles", v. DREIER: *Über Strafrahmen*, p. 163.

<sup>96</sup> KENZ: *Prävention und gerechte Zurechnung*, en "ZStW", t. 98 (1986), p. 828.

nente, la culpabilidad no puede ser fundamento de la pena y, al mismo tiempo, limitarla.<sup>97</sup> La imprecisión acerca del concepto de culpabilidad, no sólo en cuanto a su contenido como presupuesto de la punibilidad sino, especialmente, en cuanto a cómo debe ser graduada se ha reflejado en gran parte de la inseguridad de la doctrina en materia de determinación de la pena. Ninguna de las teorías (*Spiegelraum*, *Stellenwert*, *Punktstrafe*) ha podido apoyarse en un concepto de culpabilidad unívoco y esto las ha expuesto, permanentemente, a constantes críticas recíprocas.

## II. La inseguridad en la doctrina

Dentro del sistema penal se atribuyen al principio de culpabilidad básicamente tres funciones: 1°) fundamentar la punibilidad conjuntamente con la tipicidad y la antijuridicidad; 2°) indicar que entre ilícito y culpabilidad debe existir una relación de congruencia, es decir, que no puede haber elementos del ilícito que sean indiferentes a la culpabilidad y que no se reflejen en ella; y 3°) señalar la adecuación que debe darse entre pena y culpabilidad (principio de proporcionalidad).<sup>98</sup>

La culpabilidad debe servir de principio para la medida de la pena, e incluso se afirma que la individualización de la pena no es otra cosa más que la expresión de la culpabilidad en unidades de pena.<sup>99</sup>

Si bien se reconoce al principio de culpabilidad rango constitucional, en general, como derivación de la dignidad del hombre, el acuerdo doctrinal en cuanto a su necesidad es puramente formal, ya que las divergencias en torno a cuál debe ser su contenido concreto permiten poner en duda que efectivamente pueda alcanzar los objetivos que debería lograr. Es sabido que no es suficiente con declarar que un principio ha sido acogido por la Constitución, sino que primeramente se debe determinar qué contenido corresponde atribuirle, acerca de lo cual no hay ningún acuerdo.

<sup>97</sup> Cf. entre otros, KUNZ, op. y loc. cit.

<sup>98</sup> ARTHUR KAUFMANN: *Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht*, en "Jura", 1986, pp. 227 y ss.

<sup>99</sup> HORN: SK, § 46, n.º 24.

El concepto de culpabilidad tradicional, apoyado en el libre albedrío, tal como lo concibe el BGH<sup>100</sup> (Tribunal Supremo Federal), que ve a la culpabilidad como reprochabilidad personal, en general, es rechazado por la doctrina. En lo fundamental, se sostiene un concepto que esté en condiciones de prescindir de postulados de libertad, y en el que no se realicen juicios de condena moral. Así, se ve en la culpabilidad la mera "caracterización de la responsabilidad social del autor" (Bruns, Roxin,<sup>101</sup> entre otros), o un "derivado de la prevención general" (Jakobs), o sea, como reflejo de las necesidades que sirven primariamente al reforzamiento de la norma.<sup>102</sup>

Se entiende a la culpabilidad como un reproche social al autor que no ha realizado aquello que se le exigía como ciudadano responsable en esa situación. Se trata de un concepto que se abstiene de formular consideraciones acerca de la libertad.<sup>103</sup> No se trata de una culpabilidad "moral", sino del fracaso del autor frente a ciertas exigencias de comportamiento.<sup>104</sup>

Tampoco existe coincidencia en cuanto a cuáles son los factores que deben constituir la base del juicio de culpabilidad. La culpabilidad por conducción de vida y la culpabilidad de carácter, por un lado, y la culpabilidad por el hecho, por el otro, marcan en este punto las posiciones más extremas. En general, la tendencia es a admitir sólo la culpabilidad por el hecho, a pesar

<sup>100</sup> BGHSt 2, pp. 194 y ss., esp. 200 y s. "Pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de disvalor de la culpabilidad se reprocha al autor el haberse decidido por el injusto a pesar de que podía haber actuado conforme a derecho, de que podía haberse decidido por el derecho. El fundamento interno del reproche de culpabilidad reside en que el hombre posee autodeterminación moral, libre y responsable y por ello está capacitado para decidir a favor del derecho y en contra del ilícito, de conducir su conducta conforme a las normas del deber jurídico y evitar lo prohibido jurídicamente, en cuanto ha alcanzado la madurez moral y en tanto la situación de libre autodeterminación moral no esté perturbada por uno de los llamados procesos enfermizos transitorios del § 51, StGB, o dañada permanentemente. Presupuesto para que el hombre se decida por el derecho y en contra del ilícito en libre, responsable y moral autodeterminación es el conocimiento del derecho y del ilícito...."

<sup>101</sup> ROXIN: *Lehrbuch*, § 19, pp. 715 y ss.

<sup>102</sup> STRENG: *Strafzumessung*, p. 22.

<sup>103</sup> STRENG: *Schuld ohne Freiheit*, en "ZStW", t. 101 (1989), p. 275.

<sup>104</sup> HENKEL: *Die "richtige" Strafe*, p. 27.

de lo cual numerosos factores considerados irrenunciables para la gradación de la culpabilidad sólo pueden ser explicados como expresión de la culpabilidad por conducción de vida.

El principio de culpabilidad ha sido objeto de fuertes críticas en cuanto a su capacidad efectiva de rendimiento. Debe actuar como límite, restringiendo la aplicación de la pena sólo a aquellos casos en que pueda formularse un reproche al autor, y debe constituir fundamento y parámetro para la aplicación de la pena. Pero para que una tarea de semejante complejidad pueda ser cumplida se requiere algo más que fórmulas sin contenido específico, tales como "reprochabilidad", "posibilidad de actuar de otro modo", "decisión consciente y querida en favor del ilícito", o "exigibilidad de otra conducta", en cuanto estos conceptos sean determinados normativamente y no según el autor individual.

Pero el concepto de culpabilidad ha sufrido críticas no sólo por la indefinición de sus contenidos, sino también por el carácter retributivo que no le es ajeno, y que, sublimado, reaparece en la prevención general positiva.<sup>105</sup> La culpabilidad tal como se la concibe tradicionalmente debería llevar a la aplicación de una pena a pesar de la inexistencia de una necesidad social que la justificara.

La referencia a la culpabilidad eliminaría, bajo ciertas circunstancias, la necesidad de establecer la libertad del autor en concreto, la cual simplemente se da por presupuesta. Es una forma de imputación que no obliga a desarrollar otras formas de elaboración del conflicto social que configura la lesión de una norma, que tiendan a reemplazar a la punibilidad.<sup>106</sup> Entre otras propuestas, se plantea como alternativa reemplazar el principio de culpabilidad por el principio de proporcionalidad, idea que, en general, no ha sido aceptada por la doctrina. Esta sería —se afirma— la única forma de llevar a la culpabilidad al mundo de lo social. El principio de proporcionalidad exige una valoración de los medios utilizados para el logro de un fin en relación con sus efectos colaterales.<sup>107</sup> Si el derecho penal, en donde típicamente se trata de la restricción de los derechos fundamentales, reemplazara el principio de culpabili-

<sup>105</sup> LESCH: *Zur Einführung in das Strafrecht: über Sinn und Zweck staatlichen Straßens*, en "JA", 1994, pp. 510, 590 y 598.

<sup>106</sup> ELLSCHILD - HASSEMER: *Strafe ohne Vorwurf*, en "Jahrbuch für Sozialwissenschaften", t. IX, 1970, pp. 27 y ss.

<sup>107</sup> ELLSCHILD - HASSEMER: *Strafe ohne Vorwurf*, p. 283.

dad por el de proporcionalidad, se lograría una concordancia práctica entre la realización de los derechos fundamentales del autor, por un lado, y la protección de los bienes jurídicos, por el otro. La idea de proporcionalidad debería ser determinante no sólo para las medidas de seguridad sino también para la pena misma.<sup>108</sup> Esta idea fue, en general, rechazada por la doctrina alemana. Entre otras objeciones, se expresa que la proporcionalidad no es suficiente como para reemplazar a la culpabilidad, ya que ella constituye tan sólo uno de sus aspectos.<sup>109</sup> Por otra parte, apoyándose en la lesión a los bienes jurídicos no es posible establecer una relación de proporcionalidad entre pena y delito. Se necesita de una elaboración más compleja para poder determinar cuál es la pena proporcional al hecho, con lo cual, es poco lo que se avanza en la concreción de la pena adecuada. Sin embargo, no es posible negar la importancia de esta propuesta, pues la exigencia de proporcionalidad en la reacción constituye una pauta decisiva para la determinación de la pena.

El punto crítico en donde mejor se advierte la ausencia de un concepto de culpabilidad que vaya más allá de meras fórmulas es en la falta de criterios que permitan una explicación plausible de las causas de disculpa, en las cuales, a pesar de que es posible actuar de otro modo, tal conducta no es exigida por la ley en forma igualitaria. La pregunta acerca de si el autor era capaz de autodeterminarse no puede formularse ilimitadamente. Existe un interés político criminal en mantener las causas de disculpa dentro de ciertos límites, y este interés predomina sobre el principio de culpabilidad tal como se lo entiende tradicionalmente.<sup>110</sup> La culpabilidad como fundamento de la reprochabilidad del autor no es afirmada positivamente por el juez, sino negada bajo ciertas condiciones muy estrictas.<sup>111</sup>

Intrínsecamente, es decir, sin recurrir a argumentos ajenos al principio de culpabilidad, no es posible lograr una ex-

<sup>108</sup> ELLSCHILD - HASSEMER: *Strafe ohne Vorwurf*, p. 284.

<sup>109</sup> ARTHUR KAUFMANN: *Schuldprinzip*, p. 227, quien hace referencia al carácter puramente formal del principio de proporcionalidad; también el Tallón es proporcional.

<sup>110</sup> ELLSCHILD - HASSEMER: *Strafe ohne Vorwurf*, p. 274: "El carácter irrenunciable que se le atribuye al principio de culpabilidad es una ficción".

<sup>111</sup> Ellscheid - Hassemer: *Strafe ohne Vorwurf*, p. 276.

plicación plausible de las limitaciones que rigen para la exclusión de la culpabilidad en los casos de inculpabilidad o de error de prohibición. Esto también lo demuestra el recurso a la construcción de la culpabilidad por conducción de vida, que aparece en la base de la punición de los autores emocionales, o en los problemas de la imprudencia, en donde se encubren necesidades preventivas, a fin de hacerlas compatibles con la idea de culpabilidad.<sup>112</sup> La ley y la jurisprudencia no contemplan en igual medida todos los déficit de libertad empíricamente comprobables, sino que actúan disculpando sólo frente a aquellas circunstancias cuyo reconocimiento no haga temer una pérdida relevante de estabilidad para el ordenamiento jurídico.<sup>113</sup>

Stratenwerth coincide en que la influencia ejercida por las exigencias de la prevención sobre la conformación concreta del principio de culpabilidad se percibe tanto en la teoría como en las discusiones de reforma: "la medida en la cual la lesión de una norma es imputada a la culpabilidad de un autor ha sido evidentemente decidida desde el punto de vista de lo que se requiere para el mantenimiento del orden jurídico, es decir, preventivamente".<sup>114</sup> La política criminal ha influido siempre sobre la determinación de las reglas de la imputación penal. Así, p.ej., un reconocimiento demasiado amplio del error de prohibición conduciría a una exculpación demasiado amplia para el autor. Se renuncia, pues, a la determinación de la capacidad individual, y se utiliza un concepto "general y social de culpabilidad" que no incluye ya ningún momento de reproche individualizado.<sup>115</sup> La eficacia policriminal del derecho penal correría serio peligro si la culpabilidad dependiera realmente de la libertad individual para comportarse de acuerdo con la norma.<sup>116</sup>

Los conceptos tradicionales de culpabilidad coinciden en un punto: todos ellos parten de la existencia de una relación psíquica entre el autor y su hecho. Pero así como no es posible reconocer la existencia de la libertad en general, tampoco es posible

<sup>112</sup> STRATENWERTH: *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid, 1980, pp. 122 y s.

<sup>113</sup> HART-HONIG: *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, p. 105.

<sup>114</sup> STRATENWERTH: *El futuro*, pp. 94, 96.

<sup>115</sup> STRATENWERTH: *El futuro*, p. 99.

<sup>116</sup> STRATENWERTH: *El futuro*, p. 101.

reconocer la libertad individual como dimensión psíquica. Frente a esto sólo es posible un reproche social como caracterización de una conducta antijurídica y que es considerada digna de pena, sin contenido de reproche ético individual.<sup>117</sup>

Pero aun cuando fuera posible comprobar la existencia de la libertad, de todos modos, esto no sería suficiente para justificar la retribución con una pena sólo por eso, pues un estado secular sólo puede actuar legítimamente con fundamento en la utilidad social de sus medidas.<sup>118</sup>

### III. El reflejo de los problemas en la praxis

Pero la inseguridad en cuanto al concepto de culpabilidad plantea problemas no sólo en el plano teórico, sino que, como es lógico, la falta de certeza también se refleja en la aplicación práctica del derecho. Los efectos de la indefinición de la culpabilidad fueron analizados empíricamente por Streng,<sup>119</sup> quien en su estudio de habilitación presenta los resultados de una investigación cuyo objetivo era determinar cuáles son los factores que conducen a desigualdades relativas en la aplicación de las penas. Según las conclusiones a que se llegó, el principio de culpabilidad, por la diversidad de los contenidos que se le atribuyen, es uno de esos factores. Las diferencias en los parámetros valorativos del juzgador conduce a diferencias en la valoración de la culpabilidad. Pues ninguno de los conceptos de culpabilidad contiene parámetros objetivos para su cuantificación: por ello, la mensuración de la pena de culpabilidad, si bien debe reflejar los parámetros transmitidos socialmente, termina convirtiéndose en el espejo de los valores personales del juzgador.<sup>120</sup> A esto se suma la necesidad de expresar la pena en unidades (inexistentes) de culpabilidad. La utilización de conceptos de culpabilidad diferentes resulta problemática desde el punto de vista de la justicia relativa, porque se trata de un concepto con un potencial de justificación específico para la imposición de penas, y que se traduce efectivamente en penas diferentes para hechos similares.

<sup>117</sup> STRENG: *Schuld ohne Freiheit?*, pp. 277 y ss.

<sup>118</sup> STRENG: *Schuld ohne Freiheit?*, p. 280.

<sup>119</sup> En *Strafzumessung, passim*.

<sup>120</sup> STRENG: *Strafzumessung*, p. 24.

Según las conclusiones de la investigación, cuanto más grave la pena declarada como adecuada, tanto mayor la correspondencia con un concepto de culpabilidad basado en la idea de una libre decisión en favor del ilícito.<sup>121</sup> Streng propone definir el concepto en la ley, sobre la base de la *relevancia social del hecho para la comunidad jurídica*. De este modo, se expresaría, independientemente del reproche ético individual, que la conducta del autor no ha correspondido determinadas expectativas de conducta irrenunciables de la comunidad, y que por ello se lo hace responsable, en la medida en que esto aparece como ineludible para el mantenimiento del orden jurídico. La propuesta de definir el concepto de culpabilidad en la ley tiene por detrás la intención de poner fin, de facto, a la discusión doctrinaria en su torno. Pero esto puede ser visto con algún escepticismo, ya que las definiciones legales pocas veces logran unificar las opiniones doctrinales: por vía de interpretación se suele llegar a las mismas conclusiones divergentes que habían sido sostenidas antes del intento legislativo.

#### IV. Los elementos preventivos en el concepto de culpabilidad

El reconocimiento de que la política criminal juega un papel decisivo en la determinación de la culpabilidad y de que es imposible lograr una explicación consistente de la culpabilidad penal a partir de criterios puramente individuales tuvo como consecuencia una focalización de la discusión en los contenidos preventivos de la culpabilidad.

En el momento en que comienza a juzgarse la culpabilidad no ya según criterios de posibilidades reales del individuo, comprobables empíricamente, sino a través de generalizaciones, de situaciones promedio, se introducen consideraciones de política criminal en el concepto de culpabilidad mismo, lo cual va a tener como consecuencia relaciones cada vez más complejas entre culpabilidad y prevención. La determinación del concepto de culpabilidad se realiza otorgándole contenido material recurriendo cada vez más a las teorías preventivas de los fines de la pena.

Los sostenedores de un concepto de culpabilidad tradicional ponen el acento en la necesidad de mantener separados los concep-

<sup>121</sup> STRENG: *Strafzumessung*, p. 283.

tos de culpabilidad y prevención, pues sólo esta separación estricta permite que la culpabilidad funcione como límite de una pena orientada a la prevención. La prevención se vincula a los fines que persigue el estado con la imposición de la pena, mientras que la culpabilidad debe mantener la actividad tendiente al logro de estos fines dentro de los límites de lo reprochable personalmente al ciudadano.<sup>122</sup>

Las perspectivas de culpabilidad y prevención también son diferentes: la culpabilidad se orienta retrospectivamente al hecho cometido, mientras que para la prevención interesa el futuro del autor.<sup>123</sup> Culpabilidad y prevención deben ser interpretadas como conceptos contrapuestos, la una mirando al pasado y la otra, al futuro.<sup>124</sup>

Sin embargo, la evolución de la teoría de la culpabilidad demuestra que no es posible una separación estricta de ambos conceptos. El fracaso del modelo de limitación de la prevención por medio de la culpabilidad se debe a que culpabilidad y prevención aparecen como medidas que se enfrentan sin relación entre sí, y a una concepción en la cual la primera debe servir únicamente a la idea de la justicia y la segunda a la idea de la pura utilidad social. La justicia aparece como carente de elementos preventivos y la prevención como carente de elementos de justicia.<sup>125</sup>

#### V. Las concepciones preventivistas de la culpabilidad

Según las concepciones preventivistas, hay culpabilidad cuando existen la oportunidad y la necesidad de evitar comportamientos futuros errados por medio de la pena. En este sentido, Burkhardt habla de reformulaciones teleológicas, pragmáticas, instrumentalistas o utilitarias del principio de culpabilidad.<sup>126</sup> Por cierto, no se trata de concepciones nuevas, pero sí que han entrado en la discusión con más fuerza hace relativamente poco tiempo.<sup>127</sup>

<sup>122</sup> ZIPF: *Die Strafzumessung*, p. 24.

<sup>123</sup> ZIPF: *Die Strafzumessung*, pp. 23 y s.

<sup>124</sup> HIRSCH: *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, en "ZStW", t. 106 (1994), pp. 758 y ss.

<sup>125</sup> KUNZ: *Prävention*, p. 830.

<sup>126</sup> BURKHARDT: *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, en "GA", 1976, pp. 321 y ss.

<sup>127</sup> Acerca de la vinculación de estas ideas con el utilitarismo de Bentham y Simmel, cf. BURKHARDT: *Zweckmoment*, pp. 323 y s. Retrotrayendo más aun el origen de las teorías preventivas de la pena, cf. ARTHUR KAUFMANN: *Über die gerechte Strafe*, en *Festschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin, 1986, pp. 425 y ss.

Con relación al tema del libre albedrío, adoptan un punto de partida neutral, agnóstico o levemente determinista, lo cual constituye una diferencia con respecto a quienes afirman una culpabilidad material, con estructuras *a priori*, o que ven en ella un fenómeno metafísico, y que pueden ser calificadas como "deontológicas".<sup>128</sup> Pero mientras que éstas "dependen" de la libertad del individuo para decidirse en contra del derecho, lo cual es imposible de determinar en el caso concreto, en aquellas, el problema del libre albedrío puede quedar de lado, pues la imputación de culpabilidad se corresponde con una disposición *general* a aceptar la responsabilidad en la situación en que se encuentra el autor. Y esto es independiente del libre albedrío, que sólo es necesario cuando se pretende descalificar al individuo (reprochabilidad), y no cuando lo que se quiere lograr es un determinado efecto social. No es tanto que el "poder" individual sea una mera ficción, como se afirma en la tan citada frase de Kohlrausch,<sup>129</sup> según la cual la culpabilidad es una "ficción necesaria para el Estado", sino que se trata de una construcción normativa.<sup>130</sup>

El avance de las teorías relativas de la pena se relaciona con el reconocimiento casi mayoritario de que la mera retribución no puede verse como razón suficiente para justificar la aplicación de una pena por parte del Estado, el cual sólo puede actuar de este modo si realiza un fin social que vaya más allá de la mera aplicación de un sufrimiento. Al ir desarrollándose una concepción de la pena cada vez menos "expiatoria", y cada vez con mayor contenido preventivo, inevitablemente la culpabilidad misma se vuelve portadora de rasgos claros propios de un instrumento de prevención. El sentido de la pena está determinado por fines racionalmente descriptos y no por la compensación de la culpabilidad.<sup>131</sup>

Entre culpabilidad y prevención existe una interrelación que no puede ser perdida de vista si se pretende elaborar conceptos que luego puedan ser sostenidos en forma consecuente. Ni siquiera un derecho penal totalmente utilitario podría prescindir totalmente de penas vinculadas a la gravedad del hecho, salvo

<sup>128</sup> BURKHARDT: *Zweckmoment*, pp. 321 y ss.

<sup>129</sup> KOHLRAUSCH, en *Güterbock Festgabe*, pp. 1 y ss., esp. p. 26 (cit. por JAKOBES en *Schuld und Prävention*, p. 8).

<sup>130</sup> ASL, JAKOBES: *Lehrbuch*, 17/23.

<sup>131</sup> Acerca de esta evolución, cf. STRATENWERTH: *El futuro, passim*.

que renunciara a estructurar el derecho penal como sistema "sancionatorio". Del mismo modo, la culpabilidad como fundamento de una pena no puede pretender validez sin estar orientada al fomento de un orden social reconocido como valioso. Los requerimientos preventivos de la pena no pueden elaborarse sin considerar reglas de responsabilidad aceptadas socialmente.<sup>132</sup>

## VI. Las posiciones "preventivistas" en particular

### a) CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD - LA TESIS DE ROXIN

Las dificultades para encontrar un principio material común a todos los casos de exclusión de la culpabilidad llevaron en su momento a Maurach a dividir la imputabilidad en dos niveles: "responsabilidad por el hecho" y "culpabilidad", partiendo de que la culpabilidad es la posibilidad de actuar de otra manera: decidirse en favor del ilícito. Todos los demás casos son casos de falta de responsabilidad por el hecho —nivel que precede al de la culpabilidad—, y en el que no se toma en cuenta la capacidad individual, sino que se "presume el poder de actuar promedio". Pero en verdad, la capacidad individual tampoco se tiene en cuenta en la culpabilidad, en la medida en que ésta no resulta comprobable.<sup>133</sup> Maurach advierte parte del problema, pero en tanto no encuentra un denominador común para todas las causas de exclusión de la culpabilidad, poco es lo que se avanza. La búsqueda de este principio común constituye el hilo conductor de las argumentaciones de Roxin sobre este tema. Su tesis central es que la categoría sistemática "culpabilidad" lleva en sí los principios politicocriminales de la teoría de los fines de la pena: mientras que los tipos muestran modelos de prohibiciones dirigidas a los ciudadanos, teniendo en cuenta la prevención general, la culpabilidad se vincula con el hecho de sí, desde el punto de vista penal, es necesaria una sanción contra el autor individual.<sup>134</sup> Lo que importa no es si el individuo pudo haber actuado de otro

<sup>132</sup> KUNZ: *Prävention*, p. 831.

<sup>133</sup> Cf. ROXIN: *Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*, en *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin, 1974, pp. 179 y s.

<sup>134</sup> ROXIN: *FS-Henkel*, p. 181.

modo, sino si el legislador *quiere* hacerlo responder por ese acto. De allí que Roxin prefiera hablar de "responsabilidad".<sup>135</sup>

Sólo la teoría de los fines de la pena permite explicar por qué en situaciones en las que existe la posibilidad de actuar de otra manera, y en este sentido, hay culpabilidad, al renunciar a la aplicación de una pena, el legislador lo hace sólo parcialmente, como ocurre en el estado de necesidad disculpante —como en el caso del bombero, quien, en principio, no podría negarse a enfrentar un riesgo contra la vida de un necesitado de auxilio sobre la base de que la situación genera un riesgo para él—. <sup>136</sup>

Las causas de exclusión de la culpabilidad son casos de falta de responsabilidad por razones de finalidad, solución que es preferible a hablar de una reducción de la reprochabilidad, pues esto no explica la punibilidad de ciertos casos que, en principio, resultarían idénticos.<sup>137</sup>

Roxin no ve en la introducción de la "responsabilidad" como categoría sistemática ninguna consecuencia respecto del principio de culpabilidad, en tanto ésta se mantiene como presupuesto de la punibilidad. De lo único que se trataría es de reconocer que no toda culpabilidad supone una pena.<sup>138</sup> Ante la objeción de que su concepción restringe la función limitadora del principio de culpabilidad, responde que, en realidad, ella sólo importa admitir un nuevo límite: de este modo se explica por qué, a pesar de que hay culpabilidad, se renuncia a la aplicación de una pena. Pero esta respuesta no parece ser suficiente, ya que, en verdad, en ella se invierte la cuestión. Aquello que los críticos plantean

<sup>135</sup> La propuesta ha sido fuertemente criticada, pues representaría en gran medida sólo un cambio de terminología innecesario. Incluso se ha llegado a afirmar que es desaconsejable utilizar la expresión responsabilidad, pues fue la que se utilizó en los países soviéticos y condujo finalmente a la supresión del principio de culpabilidad (cf. Hirsch: *Schuldprinzip*, p. 759). Sin entrar en polémicas de este estilo, es indudable que un cambio de terminología genera un alto riesgo de confusión en la discusión cuando no está bien claro que con la nueva expresión se haga referencia a algo diferente, y esto no ocurre en la categoría que propone Roxin.

<sup>136</sup> Roxin: *FS-Henkel*, pp. 181 y s.

<sup>137</sup> Roxin: *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Straf-recht*, en *Festschrift für Bockelmann*, Munich, 1979, p. 282.

<sup>138</sup> Roxin: *FS-Bockelmann*, p. 296.

como problemático no es que se deje de aplicar pena en ciertos casos a pesar de que hay culpabilidad, sino que se la aplique en otros que normalmente son reconocidos como supuestos de disminución de la reprochabilidad hasta el límite necesario para admitir la disculpa.

Roxin no abandona totalmente los postulados de las posiciones tradicionales, con lo cual su propia posición se torna contradictoria en algunos puntos, especialmente en lo que se refiere a la función limitadora de la culpabilidad. El carácter antitético de culpabilidad y prevención no debería ser abandonado totalmente, según él, y la culpabilidad debería tomar sólo algunos de estos fines preventivos,<sup>139</sup> operando como límite únicamente para la individualización de la pena con relación a los fines de prevención especial y general negativa. A su vez, la prevención especial podría conducir a limitar la prevención general en los casos en que se pudiera llegar a la desocialización,<sup>140</sup> pero como categoría fundamentadora de la pena, la culpabilidad no cumpliría ya ninguna función limitadora. El intento por continuar manteniendo una separación entre culpabilidad y prevención, por medio de la "responsabilidad", genera sólo confusión, y deja sin solución la cuestión de cuál debe ser el contenido de cada una de las categorías y de cómo limitar el ingreso de cualquier tipo de finalidad que pudiera atribuirse a la pena.<sup>141</sup>

#### b) LA CULPABILIDAD COMO DERIVADO DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA - LA TESIS DE JAKOBS

Sin lugar a dudas, Jakobs<sup>142</sup> es quien ha llevado al máximo las ideas preventivistas en materia de culpabilidad. Su punto de partida es establecer que la finalidad del derecho penal es combatir las defraudaciones a las expectativas mediante la imputación a un autor cuya conducta es tematizada como errada. Quienes actúan en forma fiel al derecho deben poder confiar en

<sup>139</sup> Roxin: *FS-Bockelmann*, p. 308.

<sup>140</sup> Roxin: *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, en *Festschrift für Schultz*, Berna, 1977, p. 477.

<sup>141</sup> Strenge: *Schuld ohne Freiheit?*, p. 306.

<sup>142</sup> Cf., especialmente, *Schuld und Prävention*, "Recht und Staat", cuaderno 452/3, Tübinga, 1976, *passim*.

el cumplimiento general de las normas; y esta confianza se ve perturbada cuando uno de los miembros de la comunidad jurídica rechaza el carácter decisivo de la norma. En este contexto, la pena aparece como la contradicción del quebrantamiento de la norma.<sup>143</sup> El derecho penal debe lograr la estabilización de un determinado orden, objetivo que, con graves fallencias, puede considerarse alcanzado en líneas generales en la actualidad, y para ello, una de las condiciones es la vinculación de la pena a la culpabilidad.<sup>144</sup>

Si el derecho penal tiene una finalidad, y se trata de un derecho penal de culpabilidad, es inevitable que la finalidad tiña la culpabilidad. La culpabilidad tiene su fundamento en la prevención general, y se mide de acuerdo con ella.<sup>145</sup>

Todos los intentos por determinar el contenido material de la culpabilidad tienen algo en común: la culpabilidad aísla una de las condiciones dadas del hecho deprecionante, un defecto de motivación, como penalmente relevante, y al mismo tiempo, se deja de lado la cuestión de la causa del defecto de motivación, pues ella sólo incumbe al autor. En una sociedad en la que los contactos sociales están regulados ampliamente por reglas jurídicas, los hombres son definidos como personas competentes por su propia voluntad motivada suficientemente al cumplimiento de la norma. La culpabilidad debe ser vista en el contexto de la misión del derecho penal de ejercitar en el reconocimiento de la norma. No existe previamente al derecho penal, sino que es introducida y legitimada por él.<sup>146</sup>

Únicamente la finalidad otorga contenido al concepto de culpabilidad. Esto se advierte con mayor o menor claridad en los grupos de problemas individuales; pero en donde mejor se puede ver es en el hecho de que los datos psíquicos son reformulados normativamente: el objeto de la valoración es sólo una construcción.<sup>147</sup>

<sup>143</sup> STÜBINGER: *Nicht ohne meine Schuld! Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs*, en "Kritische Justiz", año 26, cuaderno 1, p. 35.

<sup>144</sup> JAKOBS: *Schuld und Prävention*, p. 3.

<sup>145</sup> JAKOBS: *Schuld und Prävention*, p. 9.

<sup>146</sup> STÜBINGER: *Kritik*, p. 37.

<sup>147</sup> JAKOBS: *Schuld und Prävention*, pp. 14 y s.

Las causas de exculpación estado de necesidad y exceso son explicables a partir de su finalidad. Se trata de conflictos poco frecuentes, que pueden ser reelaborados sin recurrir a la pena, y sin que se plantee la necesidad de estabilizar la confianza en el ordenamiento. Esto se ve aun más claramente cuando se analizan las excepciones, los casos de aquellos a quienes si se les exige el cumplimiento de la norma. Sólo se disculpa en la medida en que esto resulte tolerable para el ordenamiento jurídico.<sup>148</sup> Idéntica situación psíquica no conduce a idéntica culpabilidad cuando la finalidad no es también la misma, tal como ocurre, por ejemplo, en los casos en los cuales es el autor mismo quien se colocó en la situación de peligro, que son resueltos mediante la teoría de la *actio libera in causa*.<sup>149</sup> En los casos de error, la vinculación con la finalidad no es tan clara. El reconocimiento de la posibilidad de error es una distribución de los riesgos en perjuicio del derecho, necesaria para que la factibilidad general del derecho resulte aceptable, o cuando menos, tolerable.<sup>150</sup> Aquel que es fiel al derecho siempre es capaz de cumplir la norma, y dado que el "logro" de la fidelidad al derecho le es atribuida al individuo como tarea autónoma, con respecto a la capacidad, no interesa un resultado psíquico, sino un elemento normativo, cuyo contenido está determinado por la finalidad.<sup>151</sup>

La estabilización está limitada a ámbitos en los cuales la producción de defraudaciones es evitable con buena voluntad, y debe estar limitada a aquello que ya no resulta tolerable, cuando supera incluso a aquellos que tienen buena voluntad.<sup>152</sup> Este es el fundamento de la atribución de imputación a procesos motivacionales, reales o contruídos.

La culpabilidad es definida por Jakobs como la "competencia por una falla en la motivación conforme a derecho".<sup>153</sup> La función que debe cumplir este concepto es caracterizar a la no motivación conforme a derecho como fundamento del conflicto. Para la determinación de la culpabilidad se debe resolver cuánto de coacción social se puede cargar al autor, y cuántas de las cuali-

<sup>148</sup> JAKOBS: *Schuld und Prävention*, p. 21.

<sup>149</sup> JAKOBS: *Schuld und Prävention*, p. 22.

<sup>150</sup> JAKOBS: *Schuld und Prävention*, p. 18.

<sup>151</sup> JAKOBS: *Schuld und Prävention*, p. 19.

<sup>152</sup> JAKOBS: *Schuld und Prävention*, p. 24.

<sup>153</sup> JAKOBS: *Lehrbuch*, 17/1.

dades perturbadoras del autor deben ser aceptadas por el Estado, por la sociedad y por la víctima.<sup>154</sup>

## VII. Las críticas a las teorías "preventivistas"

### a) LAS COINCIDENCIAS CON RESPECTO A LOS ELEMENTOS PREVENTIVOS

Si bien estas posiciones han sido objeto de numerosas críticas, aun los autores más tenaces en su defensa del principio de culpabilidad reconocen, de uno u otro modo, la imposibilidad de determinar un concepto de culpabilidad con total independencia de los fines preventivos.

Así, por ejemplo, Arthur Kaufmann, uno de los más decididos sostenedores de un concepto tradicional de culpabilidad, coincide con Jakobs en que a partir sólo de la culpabilidad no es posible determinar el tipo y medida de la pena. No admite que el concepto sea meramente formal, pero define a la culpabilidad como la decisión consciente y querida del ilícito,<sup>155</sup> y reconoce que esto es demasiado genérico, con lo cual el fin de la pena codeterminaría la culpabilidad; pero aunque la pena deba reafirmar el ordenamiento jurídico, ésta no es su función principal, sino la de resocializar al autor. Sin embargo, sostiene que en ciertos casos, a pesar de la innecesariedad de una intervención resocializadora, de todos modos corresponde aplicar una pena que confirme la vigencia de la norma, con lo cual se termina concediendo prioridad a la prevención general positiva.

Burkhardt realiza una encendida crítica de las teorías utilitaristas, pero limitada sólo a ciertos aspectos, pues tampoco él niega ni la necesidad ni la importancia de los elementos preventivos de la culpabilidad, los cuales también impregnan la definición de Wolter.<sup>156</sup> "culpabilidad es el no alcanzar el autor la medida de conducta que se espera del ciudadano promedio en la situación de hecho concreta".

Hart-Höning, aun cuando considera ilegítimo determinar la pena basándose directamente en fines preventivos,<sup>157</sup> advierte que

<sup>154</sup> JAKOBS: *Lehrbuch*, 17/21.

<sup>155</sup> ARTHUR KAUFMANN: *Schuldprinzip*, p. 229.

<sup>156</sup> WOLTER: *Schuldinertlokt und Strafzumessung. Rechts- und Sozialstaat, Rechts- und Sozialwissenschaften im Strafprozess*, en "GA", 80, p. 86.

<sup>157</sup> HART-HÖNING: *Strafzumessung*, p. 128.

es en este punto, justamente, en el que se hace más marcada la imposibilidad de un derecho penal con una culpabilidad libre de elementos preventivos.<sup>158</sup>

Stratenwerth, por su parte, critica la posibilidad de que las consideraciones preventivas sean suficientes para interpretar el principio de culpabilidad, o que sean capaces de reemplazarlo, pero a pesar ello, reconoce que las exigencias de la culpabilidad jurídico-penal contienen elementos mas o menos amplios de política criminal.<sup>159</sup>

### b) LAS CRÍTICAS A LA LEGITIMACIÓN DE LA PENA

A pesar de que la prevención general positiva podría ser calificada como la "opinión dominante" en la discusión actual acerca de los fines de la pena, y de que la mayoría de los autores coincide en la imposibilidad de definir la culpabilidad sin hacer referencia a contenidos preventivos, se suele sostener que una culpabilidad que se nutre de estos fines no está en condiciones de "legitimar" la pena.<sup>160</sup>

Se afirma que la pena necesita para su justificación, además de su utilidad preventiva, de un principio autónomo de legitimación, para lo cual sólo podría entrar en consideración la culpabilidad.<sup>161</sup> Una y otra vez se hace referencia a que el reemplazo del concepto de culpabilidad por un concepto preventivista tendría funestas consecuencias para la vigencia del estado de derecho.<sup>162</sup>

La mayor parte de estas críticas se dirige con especial énfasis hacia Jakobs y su trasfondo funcionalista: se sostiene que un

<sup>158</sup> HART-HÖNING: *Strafzumessung*, p. 31.

<sup>159</sup> *El futuro*, p. 121. Un criterio similar es sostenido por SCHÖNEMANN: *La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo*, en *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, *passim*, esp. p. 159.

<sup>160</sup> Los argumentos utilizados son, en general, una reiteración de las críticas a la prevención general positiva en el ámbito de las teorías de la pena, por lo que son reproducidos aquí sólo parcialmente.

<sup>161</sup> Así, SCHÖNEMANN: *La función*, p. 162.

<sup>162</sup> SCHÖNEMANN: *La función*, pp. 160, 167. Cf. asimismo PÉREZ MANZANA: *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1986, p. 255.

principio normativo derivado de la teoría de los sistemas acabaría cayendo en una apología del sistema de que se trate, y conduciría sólo a justificar el sistema actual de derecho penal.<sup>163</sup> Pero, en verdad, el argumento crítico alcanzaría a muchos de los autores que formulan las objeciones, en la medida en que también ellos parten de la necesidad de la pena para la estabilidad de un determinado ordenamiento jurídico, y que, en este sentido, también hacen una "apología del sistema". La distancia existente entre la concepción de Jakobs y los restantes sostenedores de la prevención general positiva es más aparente que real. Posiblemente si constituya una diferencia el hecho de que Jakobs es menos tímido en las formulaciones, pero sin que exista una diferencia sustancial en los contenidos, respecto de los demás preventivistas.

No es posible negar que una perspectiva funcionalista es "descripiva", y que en ese sentido justifica cualquier sistema. Pero las construcciones dogmáticas siempre son intrasistemáticas, y ése es su mérito. Admitir una culpabilidad cuyos fundamentos éticos no derivan del propio ordenamiento jurídico (del "sistema") contradice principios básicos del estado de derecho. Se ha sostenido que la formalidad del concepto de culpabilidad de Jakobs lo torna manipulable, convirtiéndolo en una estructura que también podría ser utilizada en un régimen ilícito, distorsionando la carga de fundamentación que debe tener la culpabilidad. Se ha llegado a decir, incluso, que esto abre la puerta para las confusiones temporarias del ciudadano promedio, y conduciría a la caza de brujas, la persecución de razas y otras corrientes ideológicas criminógenas.<sup>164</sup> Sin embargo, la alternativa es un concepto de culpabilidad apoyado en contenidos éticos que difícilmente puedan ser definidos sin recurrir a vagas nociones de justicia, y esto

<sup>163</sup> Tal el caso de las críticas que formulan Pérez Manzano: *Culpabilidad y prevención*, p. 208. Schünemann: *La función*, p. 167, y Baratta: *Integración-Prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en "Doctrina Penal", 1985, n° 29, pp. 3 y ss.

<sup>164</sup> Tal la opinión de Hirsch: *Schuldprinzip*, p. 753. Se omite indicar, sin embargo, que el concepto de culpabilidad tradicional tampoco es capaz de poner freno a estos problemas, y que difícilmente exista algún recurso jurídico que pueda hacerlo. La cuestión relativa a cuáles son las conductas que deben ser perseguidas penalmente tiene escasa relación con el principio de culpabilidad: ello se vincula, en todo caso, con el principio de reserva o con el de legalidad.

no necesariamente llevará a mejores soluciones o evitará persecuciones ideológicas. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica la propuesta de Jakobs de apoyarse en el "sistema" no es otra cosa que fundar la culpabilidad en el propio ordenamiento jurídico y en sus valores, y en tanto la "legalidad" sea considerada un valor, esto no puede representar un peligro para el estado de derecho.<sup>165</sup>

#### c) LAS CRÍTICAS A LA FUNCIÓN LIMITADORA DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Otro argumento de peso que se esgrime en contra de estas concepciones se funda en que el concepto de culpabilidad debe cumplir una importante función restrictiva de la injerencia penal del Estado, y que esta función limitadora no se desprende de una interpretación de la culpabilidad a partir de los fines de la pena.

El principio de culpabilidad aparece en su desarrollo histórico como un principio restrictivo, que debe limitar el marco dentro del cual es legítimo tender al logro de fines preventivos, con lo cual la introducción de estos fines en la culpabilidad misma resulta paradójica.<sup>166</sup> Solo el principio de culpabilidad puede evitar que el Estado llegue a castigar incluso aquellos hechos que el autor no podía evitar y por los cuales no se le puede dirigir ningún reproche personal.<sup>167</sup>

Con una interpretación del principio de culpabilidad como la de Jakobs —se afirma—, éste no resulta apto para poner límites a la intervención del Estado en favor de la prevención general.<sup>168</sup> El conflicto sólo puede existir respecto de la prevención especial, la cual no ha entrado en la culpabilidad. En efecto,

<sup>165</sup> Asi, Hirsch: *Schuldprinzip*, p. 753, critica que en la visión de Jakobs la protección de las normas aparece como un fin en sí mismo y desplaza la justicia material al ámbito de la prevención general: "Se pena al asesino no por la destrucción de una vida sino por negar la norma del § 211". Pero es correcto que esto sea así, pues la destrucción de una vida sólo interesa desde el punto de vista del derecho penal en la medida en que existe una norma que prohíbe el homicidio. Tomando estrictamente lo sostenido por Hirsch el principio de legalidad carecería de todo sentido, pues en muchos casos lleva a soluciones "injustas".

<sup>166</sup> BURGARDT: *Zusammenfassung*, p. 336.

<sup>167</sup> SCHÜNEMANN: *La función*, p. 163.

<sup>168</sup> STRATENWERTH: *El futuro*, p. 106.

Jakobs sostiene: "si la culpabilidad está determinada por la finalidad: la finalidad no puede ser limitada por la culpabilidad, y la culpabilidad con finalidad es la que fundamenta la pena".<sup>169</sup> Pero sí se puede limitar aquello que es necesario para alcanzar aquellas finalidades que no entran en la culpabilidad. La culpabilidad como derivado de la prevención general limita la pena necesaria para la prevención especial, y sólo una culpabilidad con finalidad permite reconocer una medida y constituir un límite.<sup>170</sup> El principio de culpabilidad sólo significa que la imputación del hecho al autor es necesaria porque no existe otra forma de solución del conflicto (por lo menos, no sin que la norma se desestabilice).<sup>171</sup> Para algunos, esto representa la caída del principio de culpabilidad y la consagración de la instrumentalización del individuo en pos de fines sociales.<sup>172</sup> no se lo declara culpable por su aporte al hecho sino porque no existe la posibilidad de procesar el conflicto de otra manera.<sup>173</sup> Cuando se sostiene, siguiendo a Kant, que la dignidad del hombre prohíbe convertirlo en un mero objeto de la acción estatal, es decir, que nadie puede ser penado sólo para el logro de un fin social, se pierde de vista que incluso las teorías de la pena en sus versiones más absolutas no serían ajenas a esta crítica, pues siempre permitirían reformular la pregunta acerca de *por qué se pena en para qué se pena*, por ejemplo, "para que todos sepan lo que sus hechos valen".

Por otra parte, el argumento de la instrumentalización sólo es esgrimido con relación a la pena, sin que se lo haga valer frente a otros casos en los que se admite sin mayores reparos que la persona sea convertida en "objeto" para alcanzar fines penales. Así, por ejemplo, nadie afirma que la obligación de testimoniar atente contra la dignidad del hombre.<sup>174</sup> Aun cuando también en

<sup>169</sup> JAKOBS: *Schuld und Prävention*, p. 32.

<sup>170</sup> JAKOBS: *Schuld und Prävention*, p. 32.

<sup>171</sup> Cf. JAKOBS: *Lehrbuch*, 17/29.

<sup>172</sup> KÖHLER: *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, passim*.

<sup>173</sup> Cf. PEREZ MANZANO: *Culpabilidad y prevención*, p. 170.

<sup>174</sup> Este argumento es desarrollado con mayor amplitud por FRISTER: *Schuldprinzip. Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlin, 1988, pp. 28 y s., en una interesante conjunción de las perspectivas constitucional, penal y procesal.

este caso una persona es considerada sólo desde el punto de vista de su "utilidad" para el proceso, que alcanza para legitimar la coacción sobre ella para que actúe de una determinada manera, no se ve en la voluntad de no declarar del testigo un valor propio de la persona digno de ser respetado, sino que se la considera como un mero instrumento para el logro de un fin.

Del principio de culpabilidad, con esto, no quedaría sino la idea de que la finalidad de prevenir delitos exige, en cierta medida, la imputación al autor de la contravención de la norma, y que se le haga responder por ella.

#### d) LAS CRÍTICAS A LA AMPLIACIÓN DE LA PUNIBILIDAD

Vinculado con el tema de la debilitación del principio de culpabilidad en su función limitadora, se sostiene que siguiendo estas concepciones se debería producir una expansión de la punibilidad que alcanzara incluso a los inimputables. Sólo el principio de culpabilidad permite explicar por qué no se les aplica pena.<sup>175</sup> ¿Quién asegura que la prevención general no exigirá penar a los anormales o a los incapaces de culpabilidad? ¿Por qué no aplicar pena a los inimputables, si es sabido que, por ejemplo, los niños, son susceptibles a las sanciones?<sup>176</sup> Y, por lo demás, aun cuando la pena no pudiera tener efecto preventivo sobre ese autor, podría tener efecto sobre los demás. El punto de partida "sencillo", de que una pena sin culpabilidad no tiene efectos preventivos, no permite excluir que también una pena sin culpabilidad disminuya la cantidad de hechos punibles. En verdad, la sociedad daría signos más bien contrarios a esto: no está para nada claro que la población viva como injusta una pena sin culpabilidad.<sup>177</sup>

En realidad, ni Roxin ni Jakobs afirman nada que deba conducir necesariamente a estos extremos, y por lo demás, ambos se hacen cargo de esta objeción, dando explicaciones plausibles de

<sup>175</sup> STRATENWERTH: *El futuro*, p. 116.

<sup>176</sup> BURKHARDT: *Zweckmoment*, pp. 300, 336.

<sup>177</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, p. 21, nota 16, quien cita como uno de los ejemplos más espectaculares el caso de los Estados Unidos, en donde luego del atentado de Hinckley contra Reagan en el año 1982, en más de veinte estados hubo propuestas —en parte, algunas con éxito— para restringir o excluir las defensas con base en la inimputabilidad (cf. el informe publicado en "Newsweek", el 24/5/82, pp. 56 y ss.).

por qué no es así. Por otro lado, en esta crítica se pierde de vista que, precisamente, lo que se presenta como problemático es que *de hecho* —y de derecho!— el sistema no trata de igual modo situaciones en que la culpabilidad, definida como posibilidad de actuar de otro modo, es la misma.

Con relación a la imposibilidad de limitar los fines de prevención general, Roxin afirma que la voluntad de limitar no puede ser sólo función del principio de culpabilidad, sino que también constituye un componente firme de los objetivos de política criminal. El estado actual de la cultura no permitiría penar a quien no es culpable, esto es, sin que la condena sea impedida por el principio de culpabilidad. El principio de culpabilidad y una política criminal racional coinciden en afirmar que carece de sentido penar a alguien que no es motivable por la norma. Si la psiquiatría afirma que alguien es inimputable, no hay razones preventivas para aplicar una pena, lo cual, por lo demás, sería contradictorio dentro de un sistema de doble vía.<sup>178</sup>

De esto surge claramente que el objetivo no es ampliar la punibilidad, aun cuando esto no siempre aparezca fundamentado con argumentos lo bastante sólidos. De todos modos, a pesar de que se admitiera la posibilidad de que se llegara a penar a los niños o a los inimputables, este riesgo no se elimina con ninguna teoría. Hasta el momento, el principio de culpabilidad tradicional nunca logró evitar que las restricciones para la aplicación del derecho penal a los menores, o que la edad límite para la imputabilidad misma, se ampliaran o se redujeran en forma más o menos arbitraria por supuestas o alegadas razones de prevención ¿se podría sostener, sensatamente, que alguna de las veces en que se redujo el límite de, por ejemplo, 16 años de edad, a 14, se violó el principio de culpabilidad para la franja intermedia? Y, a la inversa, ¿se podría sostener necesariamente que al elevarse de nuevo de 14 a 16 quedaron sin sanción hechos delictivos culpables, también en la franja intermedia? Del mismo modo, las diferencias de opinión entre los psiquiatras acerca de quienes pueden o no ser considerados inimputables no pocas veces han sido resueltas en favor de la imputabilidad, con el argumento de que no sería posible exculpar a la "maldad en persona".<sup>179</sup> En este

<sup>178</sup> STRENG: *Schuld ohne Freiheit?*, p. 277.

<sup>179</sup> JAKOBS: *Schuld und Prävention*, p. 17.

sentido es correcto lo afirmado por Roxin: sin una política criminal con voluntad garantizadora difícilmente el principio de culpabilidad pueda constituir un límite real y efectivo.

Los argumentos de Jakobs se orientan, en parte, en otra dirección. En el caso de los inimputables —sostiene— se trata de personas respecto de las cuales la no imputación como culpables indica, al mismo tiempo, que no entran en consideración como miembros completos del ámbito social regulado por el derecho. Son factores de perturbación, similar a lo que ocurre con una desgracia de la naturaleza. El conflicto es redefinido como desgracia natural, y de este modo, se pone de manifiesto que la expectativa fue errada, y la norma es preservada, manteniéndola fuera del conflicto.<sup>180</sup>

Esta opinión —si bien con otra formulación— es compartida por Streng. El hombre de la calle parte de la base de que todos los hombres "sanos" deciden, en cierta medida, libremente. Este es un punto de vista decisivo en la comprensión de las relaciones sociales. Quien no está psiquicamente sano no es considerado un ciudadano "completo". Sus acciones casi no representan un peligro de contagio, y por eso es posible la exculpación.<sup>181</sup> La pregunta acerca de si el autor hubiera podido actuar de acuerdo con la comprensión del ilícito, de haberlo querido, no se puede responder empíricamente, sino sólo recurriendo a las opiniones del hombre de la calle. La noción de capacidad de conducción conforme a la norma es, más bien, un medio para expresar cuándo los ciudadanos esperan que el autor sea penado para la autoeducación.<sup>182</sup>

En síntesis, la noción de culpabilidad es elaborada a partir de parámetros de normalidad, y en cuanto se la concibe normativamente, la extensión del conjunto de excluidos de ella también es definido normativamente. El riesgo de que se atribuya responsabilidad a inimputables no es privativo de una culpabilidad "funcional", sino, en todo caso, de una culpabilidad normativa, y ésta, en una u otra versión, es la única culpabilidad jurídicamente factible. El principio de culpabilidad corporiza la decisión de que no se aplique pena ni a los niños ni a los dementes, pero la defini-

<sup>180</sup> JAKOBS: *Schuld und Prävention*, p. 17.

<sup>181</sup> STRENG: *Schuld ohne Freiheit?*, p. 298.

<sup>182</sup> STRENG: *Schuld ohne Freiheit?*, p. 300.

ción de quiénes son niños y quiénes son dementes es externa a este principio.

Objeciones similares son formuladas con respecto al error de prohibición inevitable, sosteniéndose que desde una perspectiva estricta de prevención general también aquí resultaría eficiente la aplicación de una pena, pues nada cuestiona más la vigencia de una norma que su desconocimiento.<sup>183</sup>

Stratenwerth propone reformular la idea de Jakobs, a partir de la posibilidad de concebir un comportamiento contrario a la norma como la defraudación a una expectativa normativa, sólo si ese comportamiento aparece como una decisión personal contra el derecho. La regla general debería formularse, por lo tanto, de esta manera: la validez de una norma no está en tela de juicio cuando el autor carece de capacidad para cumplirla. Otra forma de elaborar el conflicto resultaría prescindible —tesis inversa a la de Jakobs—, en la medida en que pueda explicarse que al autor no puede reprochársele culpabilidad. De este modo, el principio de culpabilidad readquiriría primacía objetiva.<sup>184</sup> La solución sería, según este punto de vista, un planteo negativo de la cuestión: aun cuando no se pueda afirmar que alguien hubiera podido actuar conforme a la norma, de todos modos, si se podría sostener que no pudo hacerlo. Esto puede ser una solución para los casos extremos, en los cuales queda fuera de discusión que el autor era absolutamente incapaz de responder a las expectativas de la norma, pero no para los casos de duda, que no pueden ser respondidos sin una decisión previa acerca de si tal o cual enfermedad excluye la culpabilidad, o sin establecer previamente a partir de qué edad se es imputable.

De todas maneras, como señala Achenbach,<sup>185</sup> parece inevitable reconocer que, si en la imputación individual para la imposición de una pena no se determina individualmente un poder (actuar de otro modo o evitar), sino que se *imputa* a partir de expectativas de comportamiento que la sociedad estima legítimas

<sup>183</sup> STRATENWERTH: *El futuro*, p. 114; PÉREZ MANZANO: *Culpabilidad y prevención*, pp. 151 y s.

<sup>184</sup> STRATENWERTH: *El futuro*, pp. 113 y s. Pero la cuestión relativa a cuándo el autor carece de capacidad, es determinado normativamente!

<sup>185</sup> ACHENBACH: *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad, El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, p. 145.

mas, esto conmueve las bases de la definición tradicional del principio de culpabilidad.

Pero antes de mirar con excesivo recelo esta reformulación es necesario preguntarse si, en realidad, no ha sido siempre así, si detrás de un principio de culpabilidad "material" que debía actuar como un bastión frente a la injerencia penal del Estado, las excepciones no se habían convertido en la regla.

#### e) LA LEGITIMACIÓN SEGÚN EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN. EL MODELO DE FRISTER

Teniendo en cuenta las objeciones que se formulan a la prevención general positiva con relación a su incapacidad para dar un fundamento suficiente para la pena, resulta interesante el análisis que realiza Frister.<sup>186</sup> Su trabajo tiene por finalidad determinar si la pena presupone la culpabilidad desde el punto de vista constitucional. Para lograr este objetivo no se puede utilizar como base una interpretación de la culpabilidad orientada únicamente a fines de prevención. "La comprensión de la culpabilidad como mera atribución según la medida del interés de prevención no es compatible con el objetivo de la investigación de fundamentar constitucionalmente el principio 'no hay pena sin culpabilidad'".<sup>187</sup> Este concepto constitucional de culpabilidad no puede partir de una teoría relativa de la pena, en la que la culpabilidad no fundamenta por sí la admisibilidad de una pena, sino que exige que la culpabilidad misma esté fundamentada en los fines de la punición.

Según Frister, una perspectiva constitucional debe recurrir a un concepto tradicional de culpabilidad, cuyos rasgos característicos son: 1º) que se trate de una conducta propia del penado; 2º) que la conducta lesione una norma jurídica; y 3º) que el penado sea responsable por su conducta antijurídica.<sup>188</sup>

Estos constituirían los presupuestos mínimos, y ya la amplitud de su formulación permite anticipar su compatibilidad prácticamente con cualquier concepción preventivista. Si se afirma que la Constitución exige esos tres requisitos, que constituyen el

<sup>186</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, cit.

<sup>187</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, p. 16.

<sup>188</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, p. 17.

contenido del principio de culpabilidad, a partir de ese momento, toda construcción que los respete estará avalada constitucionalmente; y con esto quedará también sin efecto la objeción de la falta de legitimación, pues la pena estará fundamentada en la culpabilidad exigida constitucionalmente.

Para sostener la necesidad de una fundamentación constitucional, pasa revista a la mayoría de los argumentos que se utilizan, exponiendo sus falencias para lograr los fines que hipotéticamente el principio de culpabilidad debería cumplir. Así, por ejemplo, se suele afirmar que la pena requiere una legitimación especial por constituir la mayor injerencia posible del Estado sobre el individuo, pero luego no se da una explicación plausible de por qué esto no se aplica también a las medidas de seguridad.<sup>189</sup>

La afectación de derechos y bienes del individuo puede ser justificada de dos formas:

- en el principio del interés preponderante, sin hacer referencia a la persona del afectado, o en
- principios de imputación, en donde al interés preponderante se agrega la existencia de una relación menos digna de protección del afectado con la causa de la injerencia.<sup>190</sup>

Como consecuencia del reconocimiento de la dignidad del hombre —como reacción al nacionalsocialismo—, rige una concepción del Estado en la cual no es posible legitimar el actuar estatal sólo a partir del provecho social general. La afectación de un tercero ajeno al conflicto tiene el límite constitucional de la indemnización, y si se prescindiera de la imputación, a través de la aplicación de una pena se estaría imponiendo al afectado un sacrificio *inadmisible* en favor de la generalidad.<sup>191</sup> La pena sólo se puede justificar por la existencia de fines de prevención general, a través de la necesidad de evitar los peligros que se desprenden de una lesión al derecho para el reconocimiento y respeto de la norma por parte de la generalidad. Pero el legislador sólo puede utilizar principios de imputación que puedan justificarse constitucionalmente. La imputación del interés en evitar lesiones al derecho es un presupuesto *necesario* para la garantía de los derechos, como ocurre con las medidas de policía y de seguridad.

<sup>189</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, p. 29.

<sup>190</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, p. 30.

<sup>191</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, pp. 32 y ss.

Sin esto, todo conflicto debería resolverse no según normas abstractas sino mediante una ponderación de bienes en el caso particular.<sup>192</sup> Pero el principio de culpabilidad no es un principio constitucional derivado de la dignidad del hombre o del estado de derecho. El "derecho" a no ser penado sin culpabilidad está contenido, antes bien, en toda garantía de derechos fundamentales.<sup>193</sup> Esto es de vital importancia dentro de este modelo, pues de esta forma queda excluida la posibilidad de legitimar excepcionalmente una pena sin culpabilidad mediante la ponderación, lo cual sí sería factible si se tratara de un derecho fundamental no escrito. Pero la ponderación resulta inadmisibles en tanto el principio "no hay pena sin culpabilidad" ya es el resultado de la ponderación constitucional entre los derechos fundamentales del individuo y los intereses de la generalidad, por lo cual ya no puede ser relativizado por ponderación.<sup>194</sup> Esto tiene como consecuencia la vigencia absoluta del principio, es decir, que una pena sin culpabilidad *siempre* es inconstitucional. El autor puede ser afectado penalmente por el peligro para la aceptación de la norma que deriva de su hecho punible sólo porque ha creado ese peligro por su hecho cometido responsablemente en forma evitable; una culpabilidad puramente formal no permite una valoración ética del hecho.<sup>195</sup> Al llegar a este punto se cae, aparentemente, en una concepción de la culpabilidad, o bien demasiado declarativa, o bien con las mismas falencias que las que dieron origen a la discusión. Pero, más adelante, se afirma que "los límites materiales para las normas de prohibición penal surgen de otras normas constitucionales, especialmente del principio de proporcionalidad: las prohibiciones penales contienen siempre una injerencia

<sup>192</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, pp. 34 y ss.

<sup>193</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, pp. 37 y ss.

<sup>194</sup> Cuando se habla de "ponderación", se hace referencia, en este contexto, al método utilizado en el derecho constitucional, según el cual dado un principio constitucional X, éste nunca es absoluto, sino que puede ser relativizado por la vigencia simultánea del principio Y, de tendencia contraria, siendo necesario recurrir a la argumentación para determinar a cuál ha de darse prioridad y cómo debe solucionarse la tensión entre ambos. Por ejemplo, la tensión entre *Estado liberal* versus *Estado social*, o más concretamente, la tensión entre el principio de inocencia y la facultad de los jueces de encarcelar preventivamente en procura de metas procesales.

<sup>195</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, p. 41.

en la libertad de acción general o en derechos fundamentales más específicos, y por ello, sólo son constitucionales cuando la injerencia es adecuada, necesaria y proporcional para el logro de un fin legítimo".<sup>196</sup>

La injerencia penal se justifica por tratarse de una aplicación de la justificación material de injerencias en los derechos fundamentales por medio del principio de imputación. El afectado debe tolerar la injerencia penal porque a él le es imputable el peligro que se deriva de su conducta para la aceptación de la norma sobre la base de su culpabilidad.<sup>197</sup> Si el legislador parte de que el ilícito culpable no fundamenta por sí solo el interés en la punición, entonces, la pena es inadmisibles. Puede haber si fundamentos materiales para no evitar, en ciertos casos, un peligro para la aceptación de la norma que deriva de una conducta culpable.<sup>198</sup>

El trabajo concluye con el rechazo de la pena de sospecha y con la consiguiente inconstitucionalidad de todas aquellas normas que la impliquen, y con la formulación de los alcances procesales del principio de culpabilidad, que constituiría la contracara del principio de inocencia, y que impone la necesidad ineludible de que la culpabilidad sea constatada en un proceso por condena firme.<sup>199</sup>

### VIII. La capacidad limitadora de la culpabilidad

Las ideas que reinterpretan el principio de culpabilidad teniendo en cuenta su vinculación con la política criminal, como se ha visto, son objeto de un encendido debate. Sin embargo, por momentos parece perderse de vista que para que críticas tan ve-

<sup>196</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, p. 45.

<sup>197</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, p. 48.

<sup>198</sup> FRISTER: *Schuldprinzip*, pp. 49 y s.

<sup>199</sup> Esto parece obvio, pero tiene importantes consecuencias, como, por ejemplo, la inconstitucionalidad de algunas condiciones objetivas de punibilidad y la del § 153 a StPO, en el que se prevé la posibilidad de prescindir de pena, en los casos en que se dan determinados presupuestos, por aplicación del principio de oportunidad, y que acarrea como consecuencia la asunción de ciertos deberes por parte del imputado que el Estado no estaría legitimado para imponer por la falta de comprobación procesal de la culpabilidad. Cf. *Schuldprinzip*, pp. 130 y s.

hementes tengan verdadera razón de ser es necesario demostrar previamente la capacidad de rendimiento del concepto de culpabilidad "tradicional" —por llamarlo de algún modo— para cumplir efectivamente la función garantizadora que se le atribuye. Por cierto, a pesar de las críticas, hasta ahora no se ha logrado elaborar una explicación alternativa plausible acerca de por qué se aplica pena a pesar de que, tomando estrictamente la definición de la que ellas parten, no habría culpabilidad, y sin que tampoco se manifeste seriamente la voluntad de renunciar a continuar aplicando penas en estos casos. Las "excepciones" al principio de culpabilidad tienen demasiado peso como para que se pueda eludir la explicitación de cuál es su fundamento.

La mayoría de las objeciones se alimentan de la supuesta ampliación de la punibilidad a que conduciría la incorporación de fines de prevención general positiva a la culpabilidad,<sup>200</sup> pero no están en condiciones de brindar una respuesta diferente, y parten de un principio de culpabilidad cuyo contenido no tiene la definición suficiente como para poder dar una solución adecuada a los casos límite, que son, por cierto, los que verdaderamente ponen en crisis el concepto tradicional.

Si se afirma que en un estado de derecho toda actuación estatal debe tender al logro de un fin para estar justificada, y si el principio de culpabilidad es presentado como el principio que debe establecer los límites dentro de los cuales es legítimo tender al logro de ese fin, se plantea un dilema de difícil solución: debe limitar los fines, pero por regla general esto significará que esos fines no puedan ser alcanzados, con lo cual la pena se habrá tornado ilegítima. El único medio de quebrar el dilema es reconocer que también la culpabilidad tiene una finalidad.<sup>201</sup>

Las deficiencias del concepto tradicional de culpabilidad demuestran que es posible partir de la idea de que la culpabilidad no sólo contiene elementos preventivos, sino que, además, nunca fue independiente de las decisiones de política criminal. Pero el

<sup>200</sup> De hecho, pareciera que esto no es así, cf. STRENG: *Strafzumessung*, p. 283.

<sup>201</sup> Cf. JAKOBS: *Das Schuldprinzip*. "Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften", Conferencias, G 319, Tübinga, 1993, pp. 7 y s. En este punto se ve que la argumentación de JAKOBS es, cuando menos, más coherente, sin aferrarse a una culpabilidad de contenido indescifrable.

reconocimiento de fines de prevención general positiva no significa necesariamente que éstos puedan imponerse sin restricción alguna, o que supongan la supresión de todas las garantías del estado de derecho.<sup>202</sup> En todo caso, habrá que buscar cuáles son esos límites que se encuentran fuera del principio. Las fuentes referencias a criterios "sociales" que hacen los sostenedores de la prevención general positiva suelen tener poco que ver con las opiniones "efectivas" de la sociedad, y mucho menos con incorporar a la pena supuestos reclamos de venganza frente a un crimen espectacular, sino más bien con el intento de interpretar las valoraciones sociales a partir de la norma, es decir, *ex ante* y en forma general y abstracta, y sin que haya que precaverse de que el juez utilice al autor para satisfacer los oscuros deseos de las masas.<sup>203</sup> La consecuencia que si puede extraerse es la necesidad de que toda argumentación referida a la graduación de la culpabilidad esté apoyada en pautas normativas, lo cual parece estar vinculado no a la caída sino a la esencia del estado de derecho. Un principio de culpabilidad que incorpora elementos de prevención general, o bien que se identifica con ella, cumple una función limitadora, en la medida en que indica la necesidad de buscar dentro del ordenamiento jurídico una pena justa, que es la única que puede refirmar la norma.

Contra esto se ha dicho que las penas injustas o excesivas también podrían tener efecto preventivo. Si de lo que se trata es de reforzar la norma, no es cierto que una pena injusta no cumpla con este requisito. Pues para la prevención general positiva la pena sirve no para influenciar argumentativamente al hombre sino que es más bien un medio psicológico de conducción de la conducta.<sup>204</sup>

<sup>202</sup> La crítica que no toma en cuenta esta aclaración es llevada al extremo por HIRSCH en *Schuldprinzip*. Lo mismo parecen sugerir algunos párrafos de Burkhardt, quien afirma que Jakobs tiene en cuenta la seguridad en las expectativas de la sociedad, pero no la seguridad en las expectativas de aquél que entra en conflicto con ella (*Zweckmoment*, p. 34 f). En realidad, también para Jakobs la seguridad de las expectativas de quien entra en conflicto con la sociedad, es decir, el respeto de las garantías, forma parte de las expectativas de la sociedad.

<sup>203</sup> Y cuando esto ocurre efectivamente no es necesario buscar fundamentos en los teóricos de la prevención general positiva.

<sup>204</sup> Cf. FRSTER: *Schuldprinzip*, p. 22.

En realidad, no es cierto que no haya un intento argumentativo, sino todo lo contrario. Esto lo demuestran las referencias constantes a la relevancia "comunicativa" en Jakobs, que constituye un verdadero criterio interpretativo, y revela el intento por conocer qué es lo que se expresa a la sociedad mediante la aplicación de la pena y cómo es recibido ese mensaje. Aun cuando ello no sea empíricamente comprobable, es razonable pensar que la pena, al tratar como reprochable la conducta criminal, transmite un mensaje a los ciudadanos, y de este modo, fomenta su tendencia a ser fieles al derecho.<sup>205</sup> y esto sólo es posible, básicamente, desde un punto de vista argumentativo.

Por otro lado, cuando se argumenta en contra de la prevención general y la posibilidad de que propicie penas "injustas", sólo se entiende por tales las penas excesivas, y no se extiende la crítica a aquellas dictadas, por ejemplo, en violación de principios procesales, con relación a las cuales se producen reacciones sociales similares. Esto ocurre, seguramente, porque es asumido como obvio que tales principios deban ser respetados, y que ningún sostenedor de una concepción preventivista iría tan lejos. Sin embargo, así como se afirma que una concepción preventivista podría llevar a penar a los niños, también se podría ir más allá en las críticas y sostener que la prevención general podría fomentar una condena a pesar de haber sido violados principios procesales esenciales. Pero aquí se advierte que la prevención general está limitada por el ordenamiento jurídico, o como diría Jakobs, deriva de él. No es posible afirmar el ordenamiento jurídico violando sus normas, esto sería negarlo. Y es aquí donde se advierten las "ventajas" de encerrarse en un sistema que tiene por objeto garantizar seguridad en las expectativas y que los peligros de la prevención general positiva no son tales. Sólo una pena justa, es decir, acorde con el ordenamiento jurídico, puede servir para refirmar ese ordenamiento. El contenido del principio de culpabilidad, dentro de esta línea, está complementado, asimismo, por la vinculación de la pena a un principio de responsabilidad personal y medida. La individualización de la pena debe orientarse a las necesidades de estabilización, pero esto no significa que todo lo que se articule como necesario pueda ser satisfecho, legíti-

<sup>205</sup> Cf. von HIRSCH - JAREBORG: *Strafmaß*, p. 19.

manente, con una pena.<sup>206</sup> La pena debe ser lo suficientemente grave como para que la generalidad no dude de la confianza en que es correcto cumplir la norma, pero todo lo que vaya más allá es superfluo. Esa confianza puede afirmarse con penas leves, pero esto dependerá de cuán en claro tenga la sociedad lo intensa que puede ser incluso una pena leve.<sup>207</sup>

La necesidad de medida en la reacción viene impuesta, además, por la imposibilidad fáctica de reprimir la totalidad de los hechos delictivos, lo cual genera desigualdades y la obligación de renunciar a un exceso de dureza en las penas.<sup>208</sup> Pero la necesidad de que las reacciones sean razonables y proporcionadas a la infracción deriva, fundamentalmente, de la esencia de todo sistema de sanciones que pretenda señalar el valor de una conducta en la sociedad, pues para que el fin preventivo surta efecto deben ser observadas las relaciones de proporcionalidad.<sup>209</sup>

Es frecuente que en la discusión se pierda de vista que los fines de prevención general positiva, en gran medida, están predeterminados. Los fines preventivos están incorporados *de antemano* al ordenamiento jurídico, a través de la determinación de los marcos penales y de las relaciones de los bienes jurídicos entre sí; es a partir de su interpretación de donde surgen los fines preventivos y las valoraciones sociales, los cuales se encuentran preestablecidos. De esto se deriva, asimismo, que una parte importante de las funciones garantizadoras que se atribuyen al principio de culpabilidad pueden ser asumidas, más eficientemente, por el principio de legalidad en sentido amplio.

### IX. La culpabilidad en la determinación de la pena

La idea de culpabilidad adquiere verdadera relevancia en la determinación de la pena, es decir, como gradación de la culpabilidad. Al igual que lo que ocurre con el ilícito, es en este punto en

<sup>206</sup> Cf. JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, p. 60.

<sup>207</sup> Cf. JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, p. 60. Con relación a esto Jakobs agrega que si ese esclarecimiento social acerca de la gravedad de las penas no tiene éxito, finalmente los requerimientos sociales se impondrán a largo plazo: "Nadie puede escapar de su propia sombra, tampoco la sociedad".

<sup>208</sup> Cf. STRENG: *Strafrechtliche Sanktionen*, Stuttgart, 1991, p. 12.

<sup>209</sup> Cf. von HIRSCH - JAREBORG: *Strafmaß*, *passim*.

que las dificultades conceptuales se multiplican. Si bien aquí se plantea la cuestión respecto de la culpabilidad, la problemática es similar a la de los problemas de gradación del ilícito, y resultan aplicables todas las referencias ya hechas en cuanto a la necesidad de recurrir en la fijación de la pena a pautas que no se vinculan con el ilícito culpable.

Una de las estrategias para ampliar el "hecho" de la determinación de la pena ha sido recurrir a un concepto de culpabilidad más amplio, diferente del de la teoría del delito. Así, no se encuentra unánimemente aceptado que la culpabilidad que fundamenta la pena sea la misma que la de la determinación de la pena. Entre otros autores, en particular Achenbach<sup>210</sup> y Roxin<sup>211</sup> han desarrollado la idea de que la culpabilidad de la teoría del delito se distingue de la de la determinación de la pena, pues sus elementos son diferentes, y especialmente porque los de aquella no son graduables. Según este último autor, la prevención general no juega ningún papel en la fundamentación de la pena, mientras que es determinante para establecer su monto; una pena adecuada a la culpabilidad es una pena adecuada a los fines preventivos. Al depender la gravedad de la culpabilidad de la lesión al bien jurídico, que a su vez se refiere al valor del bien en la sociedad, la prevención se convierte en un factor decisivo para la graduación de la culpabilidad, y es en el ámbito de la individualización de la pena en donde es especialmente importante poner freno a las necesidades preventivas de sanción.<sup>212</sup> Esto lleva a Roxin a sostener la teoría del ámbito de juego.<sup>213</sup> construcción que se encuentra muy vinculada a la "culpabilidad de la determinación de la pena".

También Zipf sostiene esta división del concepto de culpabilidad. Según él, el legislador determina en el marco penal la culpabilidad posible para una cierta materia de ilícito; el juez, en la determinación de la pena, es quien dentro de ese marco fija cuál es el marco de culpabilidad, fijando una zona límite que debe ser lo más estrecha posible.<sup>214</sup> La culpabilidad en la men-

<sup>210</sup> ACHENBACH: *Imputation*, *passim*.

<sup>211</sup> ROXIN: *FS-Bockelmann*, p. 282.

<sup>212</sup> ROXIN: *FS-Henkel*, p. 186.

<sup>213</sup> ROXIN: *FS-Schultz*, pp. 466 y ss.

<sup>214</sup> ZIFF: *Strafzumessung*, p. 26.



suración de la pena no sería idéntica a la de la teoría del delito, sino que sigue reglas propias. Las bases de la medición de la pena son la gravedad del hecho en su significación para el ordenamiento jurídico, y se determina por la medida de la conducta contraria al deber y por la medida de las consecuencias imputables del hecho.<sup>215</sup>

Nowakowski, en cambio, sostuvo que se trata de la misma culpabilidad, pero a partir de la posición de la culpabilidad de carácter,<sup>216</sup> es decir, con un concepto de culpabilidad que tampoco se restringe al hecho. Desde esta perspectiva la persona responde frente al derecho por su carácter y por cómo se ha expresado en la acción punible.<sup>217</sup> Los diferentes niveles de culpabilidad están dados —según esto— por la mayor o menor dificultad que tendría una persona de carácter normal para actuar conforme a la norma.<sup>218</sup>

Incluso un sostenedor acérrimo de la culpabilidad en su sentido tradicional como Arthur Kaufmann se mostró accesible a una ampliación de la culpabilidad. Si bien considera obvio que en un derecho penal de culpabilidad la pena esté orientada a la culpabilidad, reconoce que esto no significa que ése sea el único factor de medición de la pena. Sólo deberían tener influencia para la medida de la pena las circunstancias respecto de las cuales el autor actuó culpablemente, pero considera dudoso que este punto de vista pudiera ser llevado adelante en forma consecuente.<sup>219</sup>

La distinción entre culpabilidad fundamentadora de la pena y culpabilidad de la determinación de la pena tiene la gran desventaja de abrir una categoría en la que puede ingresar cualquier factor como relevante para fijar la pena. Aun admitiendo que no sólo el ilícito culpable sea decisivo para hacerlo, de todos modos, todo otro factor que sea tenido en cuenta requiere ser interpretado restrictivamente, y fundamentalmente, exige una justificación particular. Esta necesidad de fundamentar el ingreso "precario" de factores ajenos al ilícito culpable se desnaturaliza si cualquier circunstancia a la que pudiera darse relevancia para la pena puede

<sup>215</sup> Ziff: *Strafzumessung*, p. 28.

<sup>216</sup> NOWAKOWSKI: *Das Ausmaß der Schuld*, "SchwZSt", año 65, pp. 301 y ss.

<sup>217</sup> NOWAKOWSKI: *Das Ausmaß der Schuld*, p. 310.

<sup>218</sup> NOWAKOWSKI: *Das Ausmaß der Schuld*, p. 314.

<sup>219</sup> ARTHUR KAUFMANN: *Das Schuldprinzip*, pp. 255 y ss.

ingresar al análisis ya legitimada de antemano, por el solo hecho de ser parte de la "culpabilidad"<sup>220</sup> en sentido amplio.

### § 7. El proceso de determinación de la pena

La determinación de la pena supone un complejo de decisiones relativas a diferentes cuestiones, lo cual implica una serie de operaciones intelectuales que se realizan en diferentes niveles. Según Ziff, es la valoración de un hecho determinado conforme un proceso ordenado según puntos de vista jurídicos.<sup>221</sup> La complejidad de estas decisiones varía según el ordenamiento jurídico de que se trate, y según la mayor o menor libertad que se reconoce al juez para este acto. A mayor cantidad de posibilidades de pena, tanto más compleja será la elección. Por el momento, se dejará de lado el problema de si estas decisiones deben respetar necesariamente un cierto orden, a la manera de los niveles de la teoría del delito, y simplemente se enunciarán los pasos principales, en forma esquemática, siguiendo el orden que parece más razonable, pero sin dejar de advertir que la cuestión puede ser discutible.<sup>222</sup>

1. *Determinación del marco penal*: la subsunción de la conducta en un tipo penal permite reconocer cuál es el marco penal a aplicar al caso. En el sistema legal argentino la decisión no ofrece mayores dificultades, pues los marcos penales, en general,

<sup>220</sup> JAKOBS: *Lehrbuch*, 17/1, nota 1, en donde se cita, críticamente, a Achenbach y Roxin, entre otros. En el trabajo de Achenbach citado (*supra*, nota 200) se intenta contrarrestar estas críticas imputando a Jakobs anacronismo metodológico y sosteniendo que la distinción tradicional funcional entre imputación del hecho y medición de la sanción, que incluye profundamente incluso en el proceso penal, constituye un punto de vista material decisivo, y responde a una decisión estructural, sin que queden claras las razones para esta afirmación (ACHENBACH: *Imputación individual*, p. 135).

<sup>221</sup> Ziff: *Die Strafzumessung*, p. 77.

<sup>222</sup> La clasificación realizada en el texto toma por base las formuladas por GÜNTHER: *Grade des Unrechts und Strafzumessung*, en FS-Göppinger, Berlin, 1990, p. 455; por BAGALUPO: *La individualización de la pena en la reforma penal*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", 1980, pp. 55 y ss.; y por ZIFF: *Die Strafzumessung*, p. 77, todos los cuales parten, a su vez, de la formulada por Bruns, si bien con algunas modificaciones.

no sufren modificaciones que no surjan del propio acto de subsunción. El marco penal legal sólo se altera en los supuestos de tentativa (art. 42, C.P.), participación (art. 46, C.P.) y concurso real (art. 55, C.P.) e ideal (art. 54, C.P.). Un caso más complejo es el del art. 80 *in fine*, que autoriza a aplicar el marco penal del art. 79 cuando en los casos de parricidio (80 inc. 1<sup>o</sup>) mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación.<sup>223</sup>

La decisión relativa al marco penal aplicable constituye el punto de partida de la determinación de la pena, y se trata de una decisión ineludible: esto parece obvio, pero no lo es tanto en aquellos casos en que varios tipos penales podrían resultar aplicables. No es suficiente con elegir la pena dentro del tramo en que las escalas se superpongan, pues la pena sólo puede ser fijada en relación con el marco penal. Por ejemplo, no sería posible eludir las dificultades interpretativas del art. 42, C. Penal, en cuanto a cómo debe realizarse la reducción de la escala prevista para la consumación, argumentando que la pena impuesta, de todos modos, estaría abarcada por cualquiera de las interpretaciones posibles. De este modo, si un criterio de reducción de la pena arroja que la escala penal de la tentativa de homicidio (arts. 42, 44, 79, C. Penal) es de 4 a 16 años y 8 meses, y el otro criterio arroja 2 años y 8 meses a 12 años y 6 meses, no se podría razonar así: dado que la pena de 5 años estaría alcanzada de todos modos por ambos marcos, es irrelevante decidir cuál es el criterio correcto. Pues antes de fijar la pena hay que establecer el marco (!).

2. *Determinación de los fines de la pena:* la decisión acerca de los fines que debe cumplir la pena es la que permitirá orientar la decisión respecto de qué circunstancias serán consideradas relevantes y qué valor se les dará. Constituye el trasfondo de la decisión concreta, un marco conceptual ineludible, y permite realzar una selección previa del material a ser tomado en cuenta y un primer lineamiento acerca de cuál es la importancia, el valor que se otorga a ese material.

3. *Delimitación de las circunstancias a ser tomadas en cuenta:* a partir de la decisión acerca de qué es lo que se quiere lograr con la aplicación de la pena en el caso concreto será posible asignar relevancia a ciertas cuestiones y descartar aquellas que no

<sup>223</sup> Este caso plantea dificultades interpretativas idénticas a los casos "menos graves" del sistema alemán.

modifiquen la decisión por no tener influencia para la finalidad a alcanzar. La decisión debe actuar como "filtro", evitar que jueguen un papel en la fijación de la pena cuestiones que para nada están vinculadas con el objetivo a alcanzar.

4. *Valoración de los factores reales de la determinación de la pena:* la decisión relativa al fin de la pena es la que permitirá reconocer aquello que se denomina en la doctrina alemana "dilección de la valoración", que no es otra cosa que explicitar si un determinado factor considerado relevante para fijar la pena actúa como agravante o como atenuante. Esto es particularmente importante en los sistemas como el argentino, en los cuales la ley no predetermina cómo deben ser valoradas las circunstancias que impone tomar en cuenta (art. 41, C.P.)

5. *Conversión de las reflexiones anteriores en una pena concreta:* este momento exige, a su vez, la decisión acerca de cuál será la clase de pena a aplicar, en aquellos delitos en que se prevean penas alternativas, la ponderación de las consecuencias accesorias de la pena elegida, el análisis de las formas posibles de ejecución, y finalmente, la transformación del "hecho" en un equivalente numérico, sea en tiempo de prisión, de inhabilitación, o en cantidad de multa. Este es, obviamente, el momento crítico de la decisión, y será tanto más complejo cuanto mayor sea la cantidad de alternativas que el sistema de sanciones prevea para el caso de que se trate. Una de las dificultades más importantes que aquí se plantean es —además del problema, tradicionalmente considerado irresoluble, de la conversión en cifras— la decisión acerca de cómo deben influir los fines de la pena en la elección de la clase de pena y en la determinación del modo de ejecución, y cuál de esos fines debe resultar aquí prioritario.

El orden o la importancia, o incluso el contenido que debe darse a cada uno de estos pasos es objeto de controversias en la doctrina. En general se distinguió tradicionalmente entre factores reales o efectivos, factores finales o determinantes de la finalidad de la pena y factores lógicos, que se refieren a la relación entre ambos. Esta división, que tiene estrecha vinculación con el proceso de determinación concreto, fue enunciada por Spendel<sup>224</sup> en una de las primeras obras sobre el tema, y se mantuvo casi sin mayores cuestionamientos

<sup>224</sup> SPENDEL: *Die Lehre vom Strafmaß*, Frankfurt, 1954.

hasta la actualidad. Dentro de los factores reales se encuentra el tipo abstracto del delito, y abarca aquellas circunstancias que caracterizan la gravedad concreta del hecho. También constituyen factores reales los síntomas de la personalidad, y otros factores independientes, propios de la medida de la pena y que guarden relación con el hecho.<sup>225</sup> Esta distinción fue mantenida por Bruns, si bien para él los factores finales constituyen un antecedente de la decisión.<sup>226</sup> Esta modificación fue criticada por Spendel, que no admitía que la pena pudiera anteceder al delito.<sup>227</sup>

La división en factores reales, lógicos y finales se origina casi con la teoría de la determinación de la pena misma, en un momento en que era importante poner de relieve la independencia de la determinación y comenzar a darle orientaciones teóricas. Actualmente, sin embargo, es muy poco lo que puede aportar, y desplaza la atención del punto decisivo de la determinación de la pena: la graduación del ilícito culpable. Ilícito y culpabilidad aparecen, en esa perspectiva, como un factor más, entre muchos otros a ser considerados, y esto hace que las exposiciones generales sobre determinación de la pena se conviertan en una mera enunciación de los posibles factores a tener en cuenta, sobre la base del relevamiento de todas aquellas circunstancias que alguna vez fueron motivo de decisiones jurisprudenciales. El único camino para superar este estancamiento es lograr alguna claridad en cuanto al marco teórico de las teorías de la pena, pero fundamentalmente, destacar la importancia de los conceptos de ilícito y culpabilidad como núcleo de la determinación de la pena.

## § 8. Los criterios para la determinación de la pena

### I. Necesidad de fundamentación y explicitación de los criterios

La individualización de la pena no es, como se sostuvo durante mucho tiempo, una cuestión propia de la discrecionalidad

<sup>225</sup> SPENDEL: *Die Begründung des richterlichen Strafmaßes*, en "NJW" 1964, pp. 1759 y ss.

<sup>226</sup> BRUNS: *Zum gegenwärtigen Stand der Strafzumessungslehre*, en "NJW", 1956, pp. 241 y ss., esp. p. 243.

<sup>227</sup> SPENDEL: *Zur Entwicklung der Strafzumessungslehre*, en "ZStW", t. 83 (1971), p. 208.

del juez, sino que en su estructura misma es "aplicación del derecho".<sup>228</sup> Esto significa que su corrección debe ser comprobable desde el punto de vista jurídico. Esto supone que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos. El juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica.<sup>229</sup>

El deber del juez de fundamentar la sentencia alcanza no sólo a la imputación del hecho, sino también a la pena. Existe un cierto acuerdo en cuanto a que el juez debe dar las razones que lo llevan a afirmar la necesidad de una determinada pena. Este deber surge, en gran medida, del propio ordenamiento material (art. 41, C.P.) Al ordenar los factores que deben pesar en la decisión se instaura el deber de fundamentación, pues, de lo contrario, sería imposible controlar el cumplimiento de ese deber. Sin embargo, los alcances de este deber de fundamentación no se encuentran nada claros, y los requisitos no parecen ser demasiado estrictos. Los criterios utilizados para decidir la pena suelen ser descriptos en las sentencias en forma vaga, con escasa referencia al caso concreto, y en algunos casos, se considera suficiente la mera afirmación de haber "tomado en cuenta las pautas de los arts. 40 y 41, C.P." No pocas veces queda sin aclarar como influyen algunos de los factores en los que se apoya la pena: de la lectura de la sentencia no sólo no es posible saber cuánta importancia tuvo un factor en la decisión final, sino que ni siquiera se especifica si fue considerado para agravar o atenuar la pena. Un lugar común entre los prácticos alemanes resulta totalmente aplicable a nuestro medio: existen cuatro clases de fundamentos para la determinación de la pena: los consultados, los expresados, los que quedan asentados por escrito y los reales.<sup>230</sup>

Cabe agregar que, si el tribunal debe fundar su decisión sobre la pena —o el juez su voto— según criterios racionales extraídos de la ley, entonces quien persigue o quien se defiende pueden

<sup>228</sup> Cf. BRUNS: *Das Recht der Strafzumessung*, p. 1; en el mismo sentido, FRISCH: *Revisionsrechtliche Probleme*, pp. 121 y ss.

<sup>229</sup> Cf. NOWAKOWSKI: *Das Ausmaß der Schuld*, p. 331.

<sup>230</sup> BRUNS: *Das Recht der Strafzumessung*, p. 9.

y deben argumentar de la misma manera para influir en la sentencia. Según se observa, éste parece un requisito ineludible para garantizar la posibilidad de resistir la persecución penal en el punto (defensa relativa a la determinación de la pena) y provoca, además, la aparición de una serie de reglas procesales que intentan resguardar para el imputado una posibilidad cierta y eficaz para resistir la proposición del acusador.

## II. El hecho en la individualización de la pena

La selección de los factores relevantes para la determinación de la pena se ve influida, necesariamente, por la decisión acerca de los fines de la pena. La fijación de los factores relevantes desde el punto de vista de la culpabilidad y de la prevención constituye la base sobre la cual se apoya la decisión relativa a la pena a aplicar. La necesidad de conciliar ambos puntos de vista torna relevantes circunstancias que tienen sólo una vaga relación con el hecho en sí, lo cual plantea el problema de limitar lo que se suele denominar "el hecho de la determinación de la pena". Esta denominación no sólo padece de una cierta ambigüedad, sino que induce a suponer que el "derecho penal de hecho" se encuentra ya salvaguardado, con la mera referencia al "hecho" de la determinación de la pena, cuando la pregunta crítica es cuáles son los factores que se pueden incorporar legítimamente al análisis de cuál será la pena a aplicar y en qué medida es posible apartarse del ilícito culpable. La diversidad de funciones que se pretende satisfacer mediante la pena produce una multiplicación de los factores que pueden ser relevantes, y esto hace necesario construir un marco teórico que permita organizar y estructurar la selección.<sup>231</sup> En el estado actual de la cuestión, el conjunto de materiales propios de la determinación de la pena no puede reducirse, sino a lo sumo ordenarse, y esto sólo es posible logrando alguna claridad respecto de la función de la pena, y especialmente, de la de la culpabilidad.<sup>232</sup>

<sup>231</sup> Cf. JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, p. 51: "Sólo la teoría de la culpabilidad puede evitar que la determinación de la pena se convierta en una confusión incontrolable de posibles circunstancias y poner algún orden en la selección".

<sup>232</sup> JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, p. 61.

La dualidad del ordenamiento jurídico en cuanto explícitamente reclama del acto de determinación de la pena que logre armonizar las necesidades de prevención, siempre orientada hacia el futuro, y la formulación del grado de reproche de culpabilidad, referido al hecho pasado, plantea como problema previo cuál ha de ser el criterio dominante, y si éste puede ser fijado en forma general o si, en cambio, es admisible que se modifique según el hecho a analizar.

Las reglas del ordenamiento jurídico que tienen un espíritu más preventivista (p. ej., la condena de ejecución condicional) y de respeto de las necesidades de resocialización, suelen estar reservadas a hechos considerados leves. Esto permite partir de la necesidad de distinguir según la gravedad del hecho: la prioridad de uno u otro fin no se establece en forma genérica sino que puede sufrir modificaciones según el delito de que se trate. La ausencia de normas que otorguen a la resocialización valor suficiente como para eliminar la pena en los casos en que ella no puede ser lograda, o incluso en casos en que es posible presumir que la aplicación de la pena no sólo no contribuirá a la rehabilitación, sino que probablemente generará daños sociales de relevancia, indica que no es éste el interés dominante. Las alternativas "sociales" sólo resultan tolerables frente a ciertos hechos, y para definirlos no resulta decisiva la peligrosidad del autor, sino el valor de la norma comprometida dentro del ordenamiento jurídico. La prevención especial es un "lujo" reservado para aquellos casos en que se trata, finalmente, de desviaciones de poca monta. Más allá de este punto el riesgo de desocialización se asume a conciencia, dando prevalencia al valor "estabilización de la norma". Esto permite inferir que la selección de criterios relevantes para la determinación de la pena no puede hacerse en forma general sino que estará marcada de antemano por la gravedad del hecho del ilícito: frente a un ilícito muy grave no entran en consideración las mismas alternativas que frente a uno leve. En la medida en que el sistema de sanciones se vuelve más complejo, en cuanto abre un abanico más amplio de penas y modos de ejecución posibles, ya no es posible plantear la pregunta acerca del fin de la pena en la forma tradicional,<sup>233</sup> sino que es necesario reconocer los fines en el caso concreto, a partir de las decisiones legislativas diferenciadas.

<sup>233</sup> ALBRECHT: *Strafzumessung*, pp. 135 y s.

Esto debería conducir a elaborar una "parte especial" de la determinación de la pena, propuesta que va ha sido formulada por la doctrina,<sup>234</sup> y que consistiría en el análisis de las particularidades de la determinación de la pena en cada grupo de delitos. Sin embargo, esto no impide caracterizar la relación entre culpabilidad y prevención, a fin de deducir ciertos criterios generales acerca de qué factores pueden ser relevantes y en qué sentido.

Los factores de determinación de la pena son divididos, tradicionalmente, en dos grandes grupos: los que se vinculan al ilícito culpable y los que tienen relación con las necesidades de prevención.<sup>235</sup> Esta división tiene importancia para determinar cuál es el momento decisivo para el análisis. En el caso del ilícito, la atención se dirige hacia lo ya acontecido, sólo interesa el momento del hecho, mientras que la perspectiva preventiva exige que se analice la situación en el momento de tomarse la decisión, pues los requerimientos de la prevención pueden haber sufrido modificaciones. Por ejemplo, si se trata de valorar la necesidad de resocialización, ya no resulta decisiva la situación del autor en el momento del hecho, sino en el del dictado de la sentencia; así, frente a una pena de multa, si en el interin el autor perdió su fuente de ingresos, esto podrá ser tomado en cuenta aunque no pueda ser vinculado al hecho de ninguna forma, en tanto produce una modificación de su "sensibilidad a la pena".

## § 9. La dirección de la valoración

### I. La indeterminación de las agravantes y atenuantes

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el sistema argentino (al igual que el alemán) se limita en las disposiciones relativas a la determinación de la pena a enumerar algunos de los posibles factores a tener en cuenta al fijar la pena, sin pretender agotarlos, y sin establecer de antemano si ellos configuran atenuantes o agravantes, y en qué medida agravan o atenúan la pena. El juez no recibe ninguna directiva explícita que lo guíe en cuanto a cómo deben ser valorados esos factores. Para determinarlo se deberá recurrir al caso concreto y orientarse a partir de

<sup>234</sup> BRUNS: *Das Recht der Strafzumessung*, pp. 6 y s.

<sup>235</sup> BRUNS: *Das Recht der Strafzumessung*, p. 144.

otras pautas sistemáticas que permitan una interpretación coherente. Aquellas circunstancias cuya prefijación, por una u otra razón, al legislador le parece ineludible, se encuentran tipificadas en los tipos particulares como calificantes, y para ellas si se determina en qué medida agravan o atenúan, a través de un marco especial particular. Las demás, imposibles de prever en su totalidad o en su peso, quedan "abiertas". Esta técnica legislativa, lejos de ser criticable,<sup>236</sup> permite incorporar en la determinación de la pena numerosas circunstancias que pueden resultar decisivas para una pena "individualizada" y cuyo carácter atenuante o agravante sólo puede ser decidido frente a un hecho particular, y que por su diversidad no pueden ser previstas eficientemente.

### II. El problema del punto de partida de la valoración

Sin embargo, la indeterminación de las agravantes y atenuantes aumenta las dificultades para resolver un problema común a todo sistema de determinación de la pena que parte de la *graduación* del hecho: no sólo no está establecido de antemano qué es lo que hay que tomar en cuenta para atenuar o agravar, sino tampoco con relación a qué se agrava o atenúa. Hablar de atenuantes o agravantes supone necesariamente establecer una relación, comparar el caso a resolver con otro. Sólo así puede tener sentido decir que algo es más grave o menos grave. La pregunta es cuál es el caso respecto del cual se determina la gravedad o leñidad del *sub lite*. Así planteadas las cosas, parece obvio que no es posible limitarse al caso concreto, en tanto no es posible comparar utilizando como parámetro el mismo objeto a ser comparado, sino que es necesario definir el punto de referencia utilizado.

Cualquiera que se haya manejado con los conceptos de atenuante y agravante irreflexivamente sentiría cierto estupor si se le pidiera que explicara cómo llega a afirmar la gravedad del hecho, y especialmente, en relación con qué. Es posible pensar que el parámetro utilizado para la comparación siempre se encuentra tácitamente, en la discusión. Pues desde siempre los tribunales han *graduado* las penas, "agravando" y "atenuando" hechos, sin que esto se formule, y sin que la cuestión sea vista como proble-

<sup>236</sup> De la misma opinión, BACIGALUPO: *La individualización*, pp. 5 y ss.

mática. Ello, de por sí, no sería cuestionable, siempre y cuando fuera posible reconstruir el caso del que se parte, y siempre y cuando todos partieran del mismo caso. De ese modo estaría medianamente garantizado que se llegaría al mismo resultado, o cuando menos, sería posible la discusión sobre el punto.

Pero aun en el supuesto de que se lograra formular explícitamente el caso con el que se maneja la práctica para establecer las comparaciones, todavía quedaría por llegar a un acuerdo acerca de cuál es la pena adecuada para ese hecho, para determinar, en concreto, cuánto se debe atenuar o agravar la pena. Por ejemplo, si se considera que el hecho-base, cualquiera que sean sus características, merece una pena de cuatro años de prisión en una escala de tres a seis años, toda agravante llevaría la pena por encima de los cuatro años, y toda atenuante la mantendría por debajo. De este modo, se solucionaría el problema del "punto de ingreso" al marco penal.

Las cuestiones que se plantean, por lo tanto, son: 1. Cómo debe estar estructurado el caso que debe servir de punto de referencia para la comparación del caso a juzgar, y 2. Cuál es la pena que le corresponde a ese caso ideal dentro del marco penal.

### III. Las soluciones propuestas como casos de comparación

En el estado actual de la dogmática de la determinación de la pena no es posible encontrar soluciones convincentes a esta problemática. La estructura del caso comparativo parece marcar un límite difícil de superar en el desarrollo teórico sobre el tema. Hasta el momento sólo es posible encontrar aportes de importancia en esta materia en cuanto a cuáles son los criterios que deben resultar decisivos para fijar la pena, pero el problema de cuál es el caso del que se parte y de la cuantificación, del peso que se debe otorgar a cada uno de los criterios relevantes por sí o en sus relaciones recíprocas, por ahora, no ha sido respondido satisfactoriamente. De todos modos, podría uno suponer que si en la práctica las penas han sido fijadas siempre sin que fuera ésta la cuestión que apareciera como más conflictiva, ello puede deberse ya a que el problema no fue advertido, ya a que no se lo percibe como un problema, entre otras razones porque es posible, si bien con esfuerzo, llegar a delinear las características del caso del que se parte, y aproximarse a su ubicación dentro del marco penal. Se trata de un problema similar al de la calificación de un exa-

men. Entre la expectativa máxima, a la que le corresponde la nota máxima y la mínima, existe una serie de posibilidades intermedias, mucho más difusas, y que sólo comienzan a delinearse a medida en que se logra fundar una decisión intermedia, y a partir de allí, comparar los exámenes siguientes. Ciertamente, es más sencillo elaborar un caso que se aproxime a los extremos, y esta solución ha sido una de las propuestas.<sup>237</sup> Se ha sugerido apoyarse, o bien en el mínimo, y considerar a todos los factores como agravantes, o bien en el máximo, y considerarlos atenuantes. Esta solución intenta lograr la precisión acerca de la pena que corresponde al caso comparativo, haciéndola coincidir con uno de los extremos del marco penal legal, pero deja sin resolver el problema principal. Pero aun dejando de lado esto, ya desde el punto de vista del lenguaje, resulta irritante reducir todo factor de determinación de la pena a "agravantes" o "atenuantes". Par- tir de casos ubicables en los extremos de la escala llevará, por lo general, a utilizar casos de una levedad o una gravedad tal que prácticamente ya nada tengan en común con el caso a juzgar, y que, por lo tanto, dejen de servir de guía.<sup>238</sup> El mínimo y el máximo de la escala penal constituyen pautas de orientación con relación a las cuales se debe ubicar un tercer punto,<sup>239</sup> que debería estar configurado por un caso respecto del cual exista consenso en cuanto a la pena que le corresponde, y a partir de allí si atenuar o agravar.<sup>240</sup>

Como soluciones prácticas se ha propuesto, además de la ya mencionada, el recurrir al denominado caso regular,<sup>241</sup> que es aquel que puede ser configurado a partir de la llamada "criminalidad cotidiana", que presenta una gravedad proporcionalmente escasa y que es ubicada generalmente en el tercio inferior del

<sup>237</sup> Respecto de esta solución y de los problemas particulares que plantea, cf. FRISCH: *Über die „Bewertungsrichtung“*, pp. 338 y ss. Críticamente, también, ALBRECHT: *Strafzumessung*, p. 112.

<sup>238</sup> SREXG: *Die Strafzumessungsbegründung*, p. 396. Tampoco resultaría de utilidad la utilización simultánea del mínimo y el máximo, pues esto significaría tener que analizar los factores a la vez como atenuantes y como agravantes, lo cual sólo generaría aun más desorientación, loc. cit.

<sup>239</sup> FRISCH: *Über die „Bewertungsrichtung“*, pp. 371 y s.

<sup>240</sup> Cf. FRISCH: *Strafzatsystem*, p. 36.

<sup>241</sup> Cf. HORX: SK, § 46, n.º 87 a 94.

marco legal. No se trata de una noción fundada en estadísticas, sino más bien de un concepto jurídico, que es construido por el juez según su experiencia. Se trata de una construcción evidentemente difusa, a pesar de lo cual, esta definición del caso regular puede ser considerada una descripción más o menos precisa de cómo actúa la praxis forense. A partir de allí es posible tener en claro que si el juez juzga de acuerdo con casos que abstrae a partir de su experiencia, y si todos los jueces tienen en gran medida experiencias diferentes, juzgarán también, siguiendo parámetros diferentes. Y esto conduce, indefectiblemente, a soluciones similares con soluciones diferentes!

El caso regular es diferente del llamado caso de gravedad media, el cual es ubicado por Dreher<sup>242</sup> en la mitad matemática de la escala penal: ha sido criticado no por la imprecisión en la definición de cuál es el caso medio, sino por la pena que se considera adecuada para este caso. Este concepto desconoce una noción relativamente aceptada: que la gravedad de la pena no aumenta en forma directamente proporcional al tiempo de su duración (o a su importe), sino en una relación proporcional mayor. Esto significa que en una escala de tres a ocho años de prisión, seis años significan más que sólo el doble de tres años. Esta concepción del aumento geométrico de la gravedad de las penas tiene como consecuencia que al caso medio no le corresponde automáticamente la pena de la mitad aritmética, sino una que debe ubicarse *por debajo* de ella.<sup>243</sup> Sin embargo, la objeción decisiva —y común a la mayoría de las propuestas— reside en que un delito tiene infinitud de formas posibles de comisión, por lo cual, sería prácticamente imposible elaborar un caso de gravedad media, sino que entrarían en consideración casos con estructuras totalmente diferentes.<sup>244</sup>

Frente a estos intentos más bien orientados a la praxis, se encuentran las propuestas de elaborar el caso regular normativamente. Según Frisch,<sup>245</sup> se debe intentar buscar el punto de partida de la valoración legislativa y formular expresamente las

<sup>242</sup> Cf. DREHER: *Über Strafrahmen, passim*.

<sup>243</sup> Cf. HORN: SK, § 46, n° 94.

<sup>244</sup> Cf. STRENG: *Die Strafzumessungsbegründung*, p. 396.

<sup>245</sup> FRISCH: *Über die „Bewertungsrichtung“*, pp. 354 y ss.

valoraciones implícitas en el tipo,<sup>246</sup> a fin de caracterizar un hecho "regular" que permita identificar las circunstancias que se apartan de él. Frente a la desviación del caso regular previsto tácitamente por la ley, se podrá definir si esto debe agravar o atenuar. Así, por ejemplo, sería posible partir de la base de que el caso regular previsto por el legislador es un caso en el que el autor actúa con plena capacidad de culpabilidad, en que la víctima no ha actuado culpablemente, y en que no ha habido reparación del daño. O en las agravantes, por ejemplo, en el hurto, es posible suponer que se parte del supuesto de que quien hurta no tiene medios suficientes para procurarse el bien sustraído.<sup>247</sup>

La idea básica del caso regular normativo sería la construcción de un caso ideal, de un punto cero, un caso en el que no haya nada que hable ni en favor ni en contra del autor, o en el que se compensen las circunstancias atenuantes y agravantes.<sup>248</sup>

Se ha intentado relativizar la importancia de la cuestión sosteniendo que, en realidad, de lo que se trata es de, a partir del hecho concreto, reconocer cuáles son las características del hecho que hablan en favor de una pena leve o de una pena severa.<sup>249</sup> Esto significa, que existan argumentos para mantener la pena dentro del mínimo del marco penal, o para comenzar a

<sup>246</sup> Una idea muy próxima a la formulación de Frisch ya había sido esbozada por SCHRÖBER, en *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung*, en FS-Mezger, 1954, p. 426, quien sostenía que los problemas que plantea al juez la valoración del grado de gravedad de un hecho son los mismos que se le plantean al legislador. Los criterios, por lo tanto, deberían ser los mismos.

<sup>247</sup> Frisch: *Über die „Bewertungsrichtung“*, p. 368. Justamente, ese fue el caso jurisprudencial que originó el trabajo citado. El BGH sostiene que la ley no toma por base un caso normal a partir del cual se debe atenuar o agravar, sino que sólo resultan decisivas las características del hecho concreto. Frente a un caso en que el tribunal consideró como agravante la ausencia de necesidad económica, se planteó el problema de los factores de determinación de la pena formulados negativamente. El BGH resolvió la cuestión sosteniendo que "la ausencia de una causa de atenuación no constituye una causa de agravación", dogma que se encuentra relativamente asentado entre la doctrina dominante, a pesar de que esto implica desconocer la relatividad de los conceptos "atenuante-agravante".

<sup>248</sup> Cf. ALBRECHT: *Strafzumessung*, pp. 104 y ss.

<sup>249</sup> STRENG: *Die Strafzumessungsbegründung*, p. 397, sostiene que los juristas se han dejado encerrar en una "trampa semántica".

desplazarla hacia arriba. Para hacerlo, es necesario tener en cuenta todas las formas posibles de realización del hecho —tal como lo hace el legislador—, y a partir de allí, determinar si las características del hecho fundamentan una pena grave o una pena leve.<sup>250</sup> Como se ve, la promesa de supresión de la relatividad de los conceptos se desvanece frente a la necesidad de calificar el hecho como "leve" o "grave", para poder ubicarlo en algún punto de la escala penal.

Los intentos por lograr una "salida normativa" padecen, por cierto, de un alto grado de abstracción, lo cual hace que caigan en definiciones tan generales como el tipo penal mismo.<sup>251</sup> De todos modos, representan el máximo avance dogmático sobre uno de los temas más complejos de la determinación de la pena. Aun cuando dejen sin solución la cuestión de la configuración concreta del caso regular, su principal aporte consiste en destacar la función primordial que debe cumplir una construcción de esta clase: describir un punto de partida *normativamente* fundado para la determinación de la pena.

## § 10. La prohibición de doble valoración

### I. Prohibición de doble valoración y *ne bis in idem*

Cuando el legislador establece un marco penal, fija los diferentes grados posibles de gravedad de un delito. Para ello, tiene en cuenta diferentes circunstancias de hecho que marcan el fundamento, el sentido de censurar una cierta conducta. Esto queda plasmado en el tipo penal en forma abstracta, y a partir del texto de un tipo penal es posible "reconstruir" qué es lo que caracteriza el disvalor de una determinada conducta, no sólo en forma general, sino también en las diferentes gradaciones posibles del hecho. Es decir, que el legislador intenta que la fórmula elegida

<sup>250</sup> STRENG: *Die Strafzumessungsbegründung*, p. 397.

<sup>251</sup> Cf., críticamente, HORN: *Strafschärfung und Strafmilderung im Verhältnis wozu?*, en "StV", 4/1986, p. 170; STRENG, *Die Strafzumessungsbegründung*, p. 396. Este problema es advertido también por FUSCH: *Strafsystem*, p. 36, quien si bien acentúa al máximo los aspectos normativos de la construcción del caso regular, ha destacado, recientemente, la necesidad de recurrir al material que proporciona la práctica, y reelaborarlo teóricamente.

para redactar el tipo penal comprenda en la forma más completa y precisa posible todas las valoraciones sociales sobre cierto hecho reprochable. Esto no sólo indica el rango de la norma, sino que en la fijación de los límites penales también quedan ya reflejadas cuáles son las necesidades de prevención general respecto de determinado delito.

Todas aquellas reflexiones que ya han sido tomadas en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, o dicho de otro modo, todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto. Esto es lo que en la doctrina se conoce como "prohibición de doble valoración". Por ejemplo, no sería posible agravar un homicidio porque el hecho "culminó con una muerte lamentable", o un robo, porque para el apoderamiento se utilizó violencia, pues estas circunstancias son propias del homicidio y del robo, respectivamente, y tomarlas en cuenta implicaría agravar dos veces por la misma circunstancia: en la elección del tipo penal y en la elección de la pena. Es la prohibición de "llevar doble contabilidad", como lo dice Bruns,<sup>252</sup> y alcanza no sólo a los elementos del tipo estrictamente, sino también al "fin de la norma".

Cuando los casos planteados son tan obvios como los de los ejemplos citados, la cuestión parece trivial. Sin embargo, se plantean supuestos en los que los límites son mucho más difíciles de trazar. Ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad. Para esto es imprescindible recurrir a las circunstancias que fundamentan la punibilidad y establecer su grado. La gradación del ilícito es el terreno propio de la prohibición de doble valoración.<sup>253</sup> Así, en el caso del robo, si bien no se podría valorar el uso de violencia "en sí", nada impediría considerar el grado de violencia, leve o intensa, que hubiera empleado el autor para el hecho. La multiplicidad de problemas vinculados con el tema se advierte cuando se compara este caso con el del homicidio. Mientras que no parece haber ningún problema en valorar si en un robo se usó un palo o una ametralladora, la cuestión ya no es tan

<sup>252</sup> Citado por SEEBALD: en *Das mißverständene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen*, en "GA", 1975, pp. 230 y ss., esp. p. 235.

<sup>253</sup> HORN: *SK*, § 46, n.º 99.

clara si uno quisiera atenuar una pena porque la víctima tenía una escasa esperanza de vida, o agravarla porque se trataba de una persona "socialmente valiosa". El medio para descartar consideraciones de esta clase es interpretar la norma del homicidio en un determinado sentido: el legislador prohíbe el homicidio sin consideración a las características de la víctima, pues ésta es la única forma en que puede expresarse que la protección de la vida es irrestricta; es decir, que distinguir según la "calidad de vida" de la víctima podría considerarse contrario a la dignidad humana.<sup>254</sup> Como se advierte, los problemas más difíciles de la prohibición de doble valoración se refieren a la identificación de aquellas valoraciones que están en el trasfondo de la norma, a cuáles son las valoraciones "permitidas" y cuáles no.

La prohibición de doble valoración no se encuentra específicamente prevista en la legislación argentina, pero la doctrina ha interpretado que es un requisito de la coherencia interna de la sentencia,<sup>255</sup> vinculando el problema al principio de *ne bis in idem*. La aplicabilidad de las circunstancias descriptas por el art. 41, C.P., estaría regida por este principio, y tendría especial relevancia para la cuestión de la valoración de la reincidencia.<sup>256</sup> Pero las particularidades del problema hasta el momento no han sido analizadas.

Otro de los problemas relacionados con este tema consiste en saber si en ningún caso es posible valorar dos veces la misma circunstancia —independientemente de que ella haya sido tomada en cuenta por la prohibición—, o si hay situaciones que autorizan a hacerlo, como por ejemplo, la doble valoración del mismo factor en la fijación de la pena y en la decisión acerca de la ejecución. Esto es admitido por la doctrina alemana, sobre la base de que los criterios utilizados en ambas decisiones son diferentes.<sup>257</sup> Esto

<sup>254</sup> Con esto no se pretende rechazar la idea de que el homicidio sea susceptible de gradación según la víctima, ni afirmar que no sea posible formular ninguna clase de distinción según su calidad, y que, por ejemplo, sea idéntico el caso del homicidio de un enfermo terminal que el de un niño de cuatro años. Sólo se intenta señalar ejemplificativamente que la clase de norma infringida puede marcar una dirección diferente de la valoración.

<sup>255</sup> ZAFFARONI: *Tratado*, t. V, p. 334.

<sup>256</sup> NÚÑEZ: *DPa*, t. II, p. 464.

<sup>257</sup> Cf. ZIFFER: *Die Strafzumessung*, Heidelberg, 1977, p. 42.

supone, sin embargo, admitir que las decisiones acerca del monto de la pena y de su forma de ejecución pueden ser separadas estrictamente. Esta idea está fuertemente arraigada entre los teóricos de la pena, que en su mayoría sostienen que la decisión relativa a la ejecución de la pena debe adoptarse sólo a partir de consideraciones de prevención especial.<sup>258</sup> Esto es difícilmente sostenible en el sistema legal argentino, que en el art. 26, Código Penal, cuando menos en su texto, es sumamente restrictivo y hace referencia explícita a la "naturaleza del hecho". Pero no se trata solamente de un problema relativo a los textos legales sino a si verdaderamente ambas decisiones pueden independizarse, o si esto no trae como consecuencia una considerable pérdida de transparencia en las decisiones. Pues el modo de ejecución de una pena ejerce una influencia decisiva en cuanto a la gravedad misma de la pena, y al pretender separar ambas decisiones, fijación del monto y modo de ejecución, se producen, inevitablemente, "correcciones", que podrían ser evitadas admitiendo que el modo de ejecución también es decisivo en cuanto a la determinación de la pena adecuada a la culpabilidad, desde el punto de vista retributivo o de afirmación del ordenamiento jurídico, según se prefiera.

La posibilidad de valorar dos veces el mismo factor para elegir la clase de pena y para fijar el monto tiene especial importancia en cuanto a las condenas anteriores. Esta posibilidad es rechazada por parte de la doctrina,<sup>259</sup> si los antecedentes ya fueron tomados en cuenta para elegir la clase de pena no se pueden volver a tomar en cuenta para fijar el monto de la sanción.

## II. Prohibición de doble valoración y división de poderes

Se discute si el aumento de la comisión de un determinado delito puede ser tomado en cuenta para considerar que esto hace a la gravedad del hecho en un determinado momento.<sup>260</sup> Si bien es cierto que el juez debe interpretar la gravedad de un hecho según el momento histórico y según las valoraciones éticosociales de ese momento, la gravedad desde el punto de vista de la prevención ge-

<sup>258</sup> Asi, ZIFFER: op. y loc. cit.; ZAFFARONI: *Tratado*, t. V, pp. 437 y ss.; HORN: *SK*, § 46, n° 39; ZIELINSKI: *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, p. 217.

<sup>259</sup> Cf. JUNG: *Sanktionensysteme*, p. 212.

<sup>260</sup> Cf. SEEBALD: *Doppelverwertungsverbot*, p. 234.

neral negativa de un cierto hecho es una circunstancia decisiva en la decisión legislativa respecto de la forma y modo de prohibir un hecho. La prevención intimidatoria, con prescindencia de los cuestionamientos que pueda merecer, es, en todo caso, una técnica de política criminal privativa del legislador. Admitir que el juez pueda tomar en sus manos esta función no sólo viola la prohibición de doble valoración en la medida en que el tipo penal ya fue construido, especialmente en lo que se refiere a la pena, como respuesta a una cierta conducta considerada disvaliosa, y teniendo en cuenta la frecuencia en que esta conducta aparece en la sociedad, sino que afecta la división de poderes. Cuando los jueces hacen valoraciones de prevención general asumen funciones que clásicamente se atribuyen al legislador, asignándose la posibilidad de reconocer y poder influenciar los índices de criminalidad mediante su decisión en el caso concreto.<sup>261</sup> La elección de los instrumentos con que se enfren-ta el aumento de cierto delito es tarea privativa del legislador, y si el legislador no modifica el tipo penal, por ejemplo, agravando las penas previstas, esto puede deberse a que —cualesquiera que fueran las razones— prefiere no responder con mayor represión. El aumento de un delito puede responder a diferentes factores; y cómo se debe actuar en ese caso no es función del juez sino del legislador, pues esto puede deberse a un cambio de las valoraciones sociales sobre una conducta, o bien, a un déficit en el sustrato social presu-puesto por la norma. Esto sin entrar a analizar la cuestión, vincula-da a otro grupo de problemas, de por qué debería ser el autor quien debiera responder con una mayor pena frente a un fenómeno social como el "aumento de la criminalidad".

La prohibición de doble valoración implica siempre formular argumentos acerca de la división de tareas entre el juez y el legis-lador.<sup>262</sup> Así fue explicada tradicionalmente por los diferentes au-tores. Según Maurach,<sup>263</sup> el legislador, al fijar los tipos penales, se hace cargo de una parte de la tarea propia de la determinación de la pena: de allí que no puedan volver a considerarse las mis-mas circunstancias. También Zipf<sup>264</sup> ve en la valoración de los

<sup>261</sup> HASSEMER: *Generalprävention und Strafzumessung*, en HASSEMER, LÜDERSSEN y NAUCKE: *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt, 1979, pp. 29 y ss., esp. p. 32.

<sup>262</sup> TMPE: *Strafmilderungen*, p. 33.

<sup>263</sup> Cit. por TMPE: *Strafmilderungen*, p. 33.

<sup>264</sup> Cit. por TMPE: *Strafmilderungen*, pp. 33 y s.

elementos típicos una injerencia del juez.<sup>265</sup> Esta interpretación tradicional, sin embargo, sólo resulta de ayuda en casos extre-mos, en que la decisión judicial claramente pueda ser vista como un avance sobre funciones de otro poder. En la mayoría de los casos, en cambio, la interpretación hecha por el juez podrá ser considerada dentro de lo que permite su actividad, pues no exis-ten normas jurídicas que no exijan ser interpretadas, que no su-pongan una cierta "creación" del juez.<sup>266</sup> Pero la prohibición de doble valoración no se vincula únicamente a la división funcional, sino que tiene que ver, además, con la relación existente entre el principio de individualización de la pena y el deber de fundar la sentencia. Al determinar la pena el juez debe tomar en cuenta el hecho concreto y valorarlo en sus particularidades, a fin de dejar establecida su gravedad. Este deber carecería de sentido si se admitiera como fundamentación suficiente un argumento que puede servir para cualquier hecho subsumible en el tipo penal de que se trate, pues esto no puede constituir una fundamentación individualizante, sino genérica, y válida para todas las conductas subsumibles en ese delito.<sup>267</sup> La prohibición de doble valoración, por lo tanto, circunscribe la obligación del juez de fundar la sen-tencia, imponiéndole utilizar argumentos que se relacionen con las particularidades del caso y dejar de lado aquellos que ya fue-ron "consumidos" por el legislador.

### III. ¿Incidencia específica de criterios ya valorados?

Con todo, es posible que una circunstancia ya valorada por la ley en un cierto sentido pueda tener una incidencia específica dentro de un marco penal más general en que cupieran otras circunstancias de menor especificidad.

<sup>265</sup> TMPE: *Strafmilderungen*, p. 34.

<sup>266</sup> TMPE: *Strafmilderungen*, p. 37. Sin embargo, que el juez realice una actividad creadora en la interpretación de las normas no puede lle-var a afirmar que la división de funciones carece de importancia para los fundamentos de la prohibición de doble valoración, como lo sugiere Tímpe. Pues admitir la actividad creadora del intérprete, o los límites a los siste-mas de división de funciones en el sentido tradicional, no necesariamente conduce a afirmar que no existe una división de funciones, aun cuan-do sea más compleja que como se la concebía durante el Iluminismo.

<sup>267</sup> TMPE: *Strafmilderungen*, pp. 44 y ss.

Así, por ejemplo, si un padre es autor del delito de corrupción de menores, su posición de padre de la víctima ya produce según la ley una agravación respecto del delito básico (arts. 125 y 125 *in fine*, C.P.). Desde este punto, no debería volver a valorarse en la medición de la pena que se trata *justamente del padre*. Sin embargo, en términos comparativos, la corrupción cometida por un padre podría ser más grave que la cometida por "otra persona encargada de la educación o guarda" que, sin embargo, también está alcanzada por la agravante correspondiente. En esta medida, no habría una violación a la prohibición de doble valoración si, al graduar la pena, se le atribuye a la calidad de padre una incidencia específica respecto de un "guardador genérico" del menor.

En cambio, la incidencia específica no puede valorarse autónomamente cuando ya está prevista como tal en la ley. Así, por ejemplo, cuando el art. 106, C.P., reprime el abandono de una persona a la que "se deba mantener o cuidar", con una escala que es agravada por el art. 107, C.P., por razones de parentesco, la incidencia específica de ser pariente —razón por la cual ya se debe "mantener o cuidar" en el sentido del art. 106— ya está ponderada en la propia agravante de la ley.