

1-372807

345.82077

Z681d

1999

20 ed

C L

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 sí 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 sí 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,¹ ha distinguido tradicionalmente entre individualización legal, judicial y administrativa o ejecutiva de la pena.² 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

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

² 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,³ 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 *bouche de la loi*. Es una idea actualmente aceptada que el juez no sólo aplica sino que también "crea" derecho, como lo hace cualquier intérprete.⁴ 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.⁵

³ 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.

⁴ HASSEMER: *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, en "ZS(W)", t. 90 (1978), pp. 64 y ss., esp. p. 75.

⁵ JAKOBS: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª edic., Berlín - 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 inexpugnable 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.⁶ Según Chichizola, se trata de un "acto de discrecionalidad técnica del juez".⁷ En esto coinciden, asimismo, Núñez⁸ y Baigún,⁹ si bien este último acentúa con mayor decisión que ello no debe implicar pura apreciación personal.¹⁰ Zaffaroni, por su parte, en un nota-

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

⁷ CHICHIZOLA: *La individualización*, p. 87.

⁸ NUÑEZ: *Derecho Penal argentino*, Córdoba, 1965, t. II, p. 452.

⁹ BAIGÚN: *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Buenos Aires, 1971, p. 18. Según este autor las circunstancias agravantes genéricas e innominadas 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.

¹⁰ 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.¹¹

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.¹²

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

¹¹ ZAFFARONI: *Tratado*, t. V, p. 272.

¹² 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 tácitamente que las razones de la imposición de una pena puedan quedar ocultas cuando lo que se halla en juego es la máxima injerencia 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.¹³ Sin embargo, que-

¹³ 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.¹⁴

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.¹⁵ 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.¹⁶ 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".¹⁷ 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

¹⁴ STRATENWERTH: *Tatschuld und Strafzumessung*, Tubinga, 1972, p. 37.

¹⁵ KRUMME: *Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolge?*, en "DRIZ", 1955, p. 209.

¹⁶ Así Dreher y Eberhard Schmidt, citados por von Linstow: *Berechenbares Strafmaß*, Berlín, 1974, p. 15.

¹⁷ JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts*, 4ª edic., Berlín, 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,¹⁸ 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 matemática¹⁹ 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

¹⁸ HASSEMER: *Formalisierung*, p. 83.

¹⁹ 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,²⁰ 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 numéricas²¹ plantea incorrectamente el problema. Pues no se trata de reducir ilícito culpable y pena a un denominador común —lo cual sí parece aún imposible—,²² 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.²³ 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-

²⁰ Cf. MAECK: *Opfer und Strafzumessung*, Stuttgart, 1983.

²¹ Así STRATENWERTH: *Tatschuld*, p. 37.

²² Esto 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).

²³ 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 él 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 eximiendo 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,²⁴ ¿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

²⁴ Cf. STREE: *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, Tubinga, 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.²⁵

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.²⁶ 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.²⁷

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.²⁸ Aquí las particularidades del autor no interesan, no se admite que pueda invocar motivos atenuantes ni descargos,²⁹ 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

²⁵ JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, p. 42.

²⁶ JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, p. 42.

²⁷ JAKOBS: *Die gerechte Strafe*, p. 43.

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

²⁹ 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.³⁰

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.³¹ 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

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

³¹ 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,³² 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

I. 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

³² JUNG: *Sanktionensysteme 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",³³ 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,³⁴ 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

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

³⁴ STRENG: *Die Strafzumessungsbegründung und ihre Orientierungspunkte*, en "NSTZ", 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.³⁵ 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.³⁶ 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.³⁷

Otra de las críticas que se formula 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

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

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

³⁷ 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.³⁸

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.³⁹ 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.⁴⁰

La existencia de escalas penales es considerada esencial dentro de un derecho penal de culpabilidad,⁴¹ 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.⁴² Pero se trata de medir también el ilícito, y los diferentes ilícitos posibles se 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-

³⁸ Así, 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 Strafraumen*, p. 158), pero no lo refleja en el problema del punto de ingreso, que continúa siendo el medio aritmético de la escala.

³⁹ 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.

⁴⁰ HORN: SK, § 46, n° 85.

⁴¹ Cf. DREHER: *Über Strafraumen*, p. 146.

⁴² 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.⁴³ 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.⁴⁴ 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

⁴³ STREE: *Deliktsfolgen*, p. 9.

⁴⁴ TIMPE: *Strafmilderungen*, 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, y en consecuencia no pueden servir para medir la culpabilidad.⁴⁵ 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.⁴⁶ 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,

⁴⁵ TIMPE: *Strafmilderungen*, pp. 78 y ss.

⁴⁶ 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 partícipe 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 (*Punktstrafethorie*). *IV.* Teoría del valor relativo (*Stellwerttheorie*). *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 preventivistas 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 legitimante 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.⁴⁷

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",⁴⁸ 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.⁴⁹

⁴⁷ HENKEL: *Die "richtige" Strafe*, Tubinga, 1969, p. 7.

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

⁴⁹ 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:⁵⁰ 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, posibilite, 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 pedagógicosocial. 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 "antinomia 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.⁵¹

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.⁵² Por lo tanto, se debe lograr la coexistencia pacífica entre

⁵⁰ 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.

⁵¹ JESCHECK: *Lehrbuch*, p. 794.

⁵² 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*).⁵³ 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)⁵⁴ 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).

⁵³ 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.

⁵⁴ 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 predeterminar si ellos agravan o atenúan o cuánto valor ha de asignársele. Y si bien el art. 41 no contiene la afirmación explícita del ilícito 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,⁵⁵ 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".⁵⁶ 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.⁵⁷

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".⁵⁸ 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-

⁵⁵ BGHSt, t. 7, pp. 28 y ss.

⁵⁶ HORN: SK, § 46, n° 10.

⁵⁷ Tal la explicación de SCHAFFSTEIN: *Spielraum-Theorie, Schuld begriff und Strafzumessung nach der Strafreformgesetzten*, en FS-Gallas, pp. 101 y s.

⁵⁸ 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.⁵⁹ La cuestión queda planteada de este modo como lo que se suele denominar el "problema de los continuos".⁶⁰ 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:⁶¹ 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".⁶²

⁵⁹ VON LINSTOW: *Strafmaß*, p. 49.

⁶⁰ 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 cuándo comienza un cepillo (*Strafmaß*, p. 49).

⁶¹ HORN: SK, previo al § 46, n° 15.

⁶² 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.⁶³ 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".⁶⁴

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*)."⁶⁵

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

⁶³ ARTHUR KAUFMANN: *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, p. 261.

⁶⁴ 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. GRASNICK: *Über Schuld, Sprache und Strafe*, Tübinga, 1987, p. 10.

⁶⁵ 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.⁶⁶ 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".⁶⁷

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.⁶⁸ 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,⁶⁹ 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

⁶⁶ HENKEL: *Die "richtige" Strafe*, p. 23.

⁶⁷ HORN: *SK*, § 46, n.º 4.

⁶⁸ 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".

⁶⁹ Cf., ampliamente, LACKNER: *Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslehre 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", "la determinación de la pena es un acto creativo del juez".⁷⁰ 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,⁷¹ 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 explicitar y controlar los pasos de la determinación de la pena.⁷²

⁷⁰ DREHER: *Über Strafrahmen*, pp. 161 y 163.

⁷¹ HENKEL *Die "richtige" Strafe*, p. 5.

⁷² 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 ello no es necesario porque él ya está "socializado" 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.⁷³ 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.⁷⁴ 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 prospección 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.⁷⁵ También aquí se advierte la vinculación

⁷³ Cf. FRISCH: *Gegenwärtiger Stand*, p. 363.

⁷⁴ Cf. ROXIN: *Lehrbuch*, § 3, n° 5.

⁷⁵ 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.⁷⁶

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.⁷⁷ 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.⁷⁸

Tanto la teoría de la pena puntual como la del ámbito de juego incurren en el error de creer que la pena es algo que puede ser "descubierto",⁷⁹ 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-

⁷⁶ VON HIRSCH - JAREBORG: *Strafmaß und Strafgerechtigkeit*, pp. 23 y ss.

⁷⁷ ALBRECHT: *Strafzumessung*, p. 43.

⁷⁸ VON HIRSCH - JAREBORG: *Strafmaß*, pp. 23 y ss.

⁷⁹ 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.⁸⁰ 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.⁸¹ 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.⁸²

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.⁸³ De este modo la función de control del procedimiento reflejada en la publicidad se convierte en un ins-

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

⁸¹ 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.

⁸² VON HIRSCH - JAREBORG: *Strafmaß*, p. 69.

⁸³ HASSEMER: *Generalprävention*, p. 33.

trumento de transmisión de la norma.⁸⁴ Pues la prevención general presupone que se transmita 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.⁸⁵

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.⁸⁶ 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 politicocriminales 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".⁸⁷ Bajo el lema "*nothing works*" se han cuestionado fuertemente todas aquellas prácticas que hasta este momento venían siendo admitidas como "resocializantes".⁸⁸

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 penas⁸⁹ y dirigió la atención hacia los problemas de la ejecución de las penas. El cuestionamiento de encerrar a alguien sólo 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

⁸⁴ HASSEMER: *Generalprävention*, p. 33.

⁸⁵ HASSEMER: *Generalprävention*, p. 41.

⁸⁶ ALBRECHT: *Strafzumessung*, p. 127.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ HASSEMER: *Generalprävention*, p. 34.

⁸⁹ 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, sí puede constituir una pauta para descartar cierto tipo de penas.⁹⁰

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,⁹¹ 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.⁹² Aun cuando no sea empíricamente comprobable, es plausible pensar que la pena, al tratar como reprochable la conducta criminal, transmite a los ciudadanos un mensaje moral, y de este modo, fomenta su tendencia a ser fieles al derecho.⁹³

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 teoría se basa en afirmaciones que suponen el recurso a la empiria, estas afirmaciones sí deben estar comprobadas. De lo contrario se estaría recurriendo a un fundamento fraudulento.⁹⁴ Una teo-

⁹⁰ Tal el caso —evidente, por cierto— de la prisión perpetua.

⁹¹ Cf. ROXIN: *Lehrbuch*, § 3, n.ºs 29 y ss.

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

⁹³ VON HIRSCH - JAREBORG: *Strafmaß*, p. 19.

⁹⁴ 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,⁹⁵ 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.⁹⁶

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

⁹⁵ Acerca de la teoría del "Spielraum" y los límites "móviles", v. DREHER: *Über Strafrahmen*, p. 163.

⁹⁶ KUNZ: *Prävention und gerechte Zurechnung*, en "ZStW", t. 98 (1986), p. 828.

mente, la culpabilidad no puede ser fundamento de la pena y, al mismo tiempo, limitarla.⁹⁷ 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 (*Spielraum*, *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: 1º) fundamentar la punibilidad conjuntamente con la tipicidad y la antijuridicidad; 2º) 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 3º) señalar la adecuación que debe darse entre pena y culpabilidad (principio de proporcionalidad).⁹⁸

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.⁹⁹

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 declamar 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.

⁹⁷ Cf. entre otros, KUNZ, op. y loc. cit.

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

⁹⁹ HORN: *SK*, § 46, n° 24.

El concepto de culpabilidad tradicional, apoyado en el libre albedrío, tal como lo concibe el BGH¹⁰⁰ (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 realizan juicios de condena moral. Así, se ve en la culpabilidad la mera "caracterización de la responsabilidad social del autor" (Bruns, Roxin,¹⁰¹ 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.¹⁰²

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.¹⁰³ No se trata de una culpabilidad "moral", sino del fracaso del autor frente a ciertas exigencias de comportamiento.¹⁰⁴

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

¹⁰⁰ 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..."

¹⁰¹ ROXIN: *Lehrbuch*, § 19, pp. 715 y ss.

¹⁰² STRENG: *Strafzumessung*, p. 22.

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

¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵ 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 eliminaria, 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.¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷ Si el derecho penal, en donde típicamente se trata de la restricción de los derechos fundamentales, reemplazara el principio de culpabili-

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

¹⁰⁶ ELLScheid - HASSEMER: *Strafe ohne Vorwurf*, en "Jahrbuch für Sozialwissenschaften", t. IX, 1970, pp. 27 y ss.

¹⁰⁷ ELLScheid - 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.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ La culpabilidad como fundamento de la reprochabilidad del autor no es afirmada positivamente por el juez, sino negada bajo ciertas condiciones muy estrictas.¹¹¹

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

¹⁰⁸ ELLScheid - HASSEMER: *Strafe ohne Vorwurf*, p. 284.

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

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

¹¹¹ 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.¹¹² 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.¹¹³

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".¹¹⁴ 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.¹¹⁵ La eficacia politicocriminal del derecho penal correría serio peligro si la culpabilidad dependiera realmente de la libertad individual para comportarse de acuerdo con la norma.¹¹⁶

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

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

¹¹³ HART-HÖNIG: *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, p. 105.

¹¹⁴ STRATENWERTH: *El futuro*, pp. 94, 96.

¹¹⁵ STRATENWERTH: *El futuro*, p. 99.

¹¹⁶ 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.¹¹⁷

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.¹¹⁸

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,¹¹⁹ quien en su escrito 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.¹²⁰ 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.

¹¹⁷ STRENG: *Schuld ohne Freiheit?*, pp. 277 y ss.

¹¹⁸ STRENG: *Schuld ohne Freiheit?*, p. 280.

¹¹⁹ En *Strafzumessung, passim*.

¹²⁰ 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.¹²¹ 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 irrenunciabiles 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-

¹²¹ 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.¹²² 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.¹²³ Culpabilidad y prevención deben ser interpretadas como conceptos contrapuestos, la una mirando al pasado y la otra, al futuro.¹²⁴

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.¹²⁵

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, instrumentales o utilitarias del principio de culpabilidad.¹²⁶ Por cierto, no se trata de concepciones nuevas, pero sí que han entrado en la discusión con más fuerza hace relativamente poco tiempo.¹²⁷

¹²² ZIFF: *Die Strafzumessung*, p. 24.

¹²³ ZIFF: *Die Strafzumessung*, pp. 23 y s.

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

¹²⁵ KUNZ: *Prävention*, p. 830.

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

¹²⁷ Acerca de la vinculación de estas ideas con el utilitarismo de Bentham y Simmel, cf. BURKHARDT: *Zweckmoment*, pp. 323 y s. Retro trayendo 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".¹²⁸ 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 aquéllas, 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,¹²⁹ según la cual la culpabilidad es una "ficción necesaria para el Estado", sino que se trata de una construcción normativa.¹³⁰

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.¹³¹

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

¹²⁸ BURKHARDT: *Zweckmoment*, pp. 321 y ss.

¹²⁹ KOHLRAUSCH, en *Güterbock Festgabe*, pp. 1 y ss., esp. p. 26 (cit. por JAKOBS en *Schuld und Prävention*, p. 8).

¹³⁰ Así, JAKOBS: *Lehrbuch*, 17/23.

¹³¹ 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.¹³²

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.¹³³ 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.¹³⁴ Lo que importa no es si el individuo pudo haber actuado de otro

¹³² KUNZ: *Prävention*, p. 831.

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

¹³⁴ ROXIN: *FS-Henkel*, p. 181.