

**Determinación**  
**Judicial**  
de la  
**PENA**

---

Claus Roxin  
Mary Beloff  
Mario Magariños  
Patricia S. Ziffer  
Eduardo A. Bertoni  
Ramón T. Ríos

*Prólogo de Julio B. J. Maier*

© 1993 **editores dEL PUERTO s.r.l.**  
Anchorena 1775 - 5º A  
(1425) Buenos Aires

**Diseño:** Sandra Monteagudo  
Juan M. Ventura

Impreso en julio de 1993 en  
EDIGRAF S.A.  
Delgado 834  
Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723  
ISBN 987-99437-2-4

# DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA

*Claus Roxin*

*Mary Beloff*

*Mario Magariños*

*Patricia S. Ziffer*

*Eduardo Andrés Bertoni*

*Ramón Teodoro Ríos*

*Prólogo de Julio B. J. Maier*





<b>Prólogo</b>	
<i>Julio B. J. Maier</i> .....	11
<b>Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad</b>	
<i>Claus Roxin</i> .....	15
<b>Teorías de la pena: la justificación imposible</b>	
<i>Mary Beloff</i> .....	53
<b>Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena</b>	
<i>Mario Magariños</i> .....	71
<b>Consideraciones acerca de la problemática de la individualización judicial de la pena</b>	
<i>Patricia S. Ziffer</i> .....	89
<b>La cesura del juicio penal</b>	
<i>Eduardo Andrés Bertoni</i> .....	113
<b>La ejecución de la pena</b>	
<i>Ramón Teodoro Ríos</i> .....	127



PROLOGO

*Julio B. J. Maier*



# PROLOGO

Otro libro producto del seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que, año tras año, constituye el foro académico de un grupo de amigos, unidos por la ambición común de conocer algo más en materias penales. Y, con este, ¡ya llevamos publicados *cuatro libros!* A juzgar por las condiciones según las cuales se desarrolla nuestra ciencia jurídica y nuestro mundo académico, y por la propuesta actual de nuestras empresas editoriales, la labor cumplida casi no puede ser creída. Pero ella es real, existente, y debe enorgullecernos, darnos fuerzas renovadas para persistir en nuestra pequeña empresa y concedernos esa luz de esperanza en un mundo mejor, sin la cual parece imposible vivir. El esfuerzo vale la pena aun con todos los defectos a que lo somete, seguramente, nuestra condición de universitarios "amateurs" y los presupuestos negativos del trabajo científico en nuestro medio, donde las fuentes de información son escasas, las bibliotecas actualizadas poco menos que inexistentes, sobre todo si se trata de literatura extranjera, y el tiempo de reflexión muy breve, dada la absoluta necesidad de ganarse la vida con la práctica jurídica activa como tarea cotidiana principal.

Este, como los anteriores, es un libro hecho por jóvenes, por jóvenes que tienen que construir ese mundo futuro; para poder vivir ellos y para su posteridad, jóvenes que, gracias a Dios, no han perdido la esperanza, sino que, por lo contrario, la necesitan para poder vivir, jóvenes que todavía sienten el placer de rondar por el mundo de las ideas y no han convertido su mundo personal en un recuento de aquello que acumulan o consumen día a día.

De esa juventud participa, también, entre nosotros, el tema elegido para el seminario y el libro. Nos sugirió la necesidad de comenzar con el estudio del tema la constatación de que los esfuerzos analíticos destinados a fijar los presupuestos según los cuales una persona responde penalmente por su hecho y aquellos según los cuales se emite una

decisión en este sentido, superan con holgura a los esfuerzos analíticos -casi inexistentes entre nosotros- por racionalizar la medida de la reacción estatal contra el hecho ilícito, supuesta la existencia de alternativas penales. La literatura y la práctica jurídico-penales, si bien no ignoraron el tema lo han, hasta ahora, degradado, por el escaso desarrollo que le brindaron. En cierta manera, nos pareció curioso este desarrollo, puesto que la pena estatal resulta el centro o el núcleo del sistema y, por ende, su tema básico, tanto en sentido constructivo como en sentido crítico. El hecho de que los desarrollos analíticos sobre ella en sí misma sean raquíticos, frente a la opulencia del análisis sobre su presupuesto, el hecho punible, verifica, de alguna manera, el extravío del Derecho penal y del Derecho procesal penal, cerrados sobre sí mismos y escasamente atentos al núcleo del problema y al interés general. Por lo demás, arribamos al tema de la mano del espectáculo que brinda una decisión sobre la pena casi absolutamente desprovista de las garantías judiciales que rigen para la determinación del hecho punible, sin fundamento material alguno, consecuencia más de la voluntad -influida por motivos ideológicos y psicológicos no revelados- que de la razón de quien la impone.

Por último, también el editor es joven. La nueva casa "Editores del Puerto", surgida de nuestro propio seno, por la voluntad y el esfuerzo de jóvenes juristas, comprometidos con la ciencia penal, merece todo nuestro apoyo. Si ellos tienen éxito en su nueva empresa, ese éxito nos alcanzará a nosotros, no sólo por el placer de verlos realizados, sino, antes bien, porque constituirá, seguramente, una vía más que idónea para canalizar nuestros esfuerzos intelectuales.

Resta, tan sólo, mi agradecimiento personal, pues el sentirme rodeado de estos jóvenes, cada uno de los cuales, a su manera, me brinda su cariño, su amistad y su apoyo, me permite seguir viviendo de manera positiva, apostando a un mundo mejor y más justo para todos.

*Julio B. J. Maier*  
*Buenos Aires, mayo de 1993.*

FIN Y JUSTIFICACION  
DE LA PENA Y DE  
LAS MEDIDAS DE  
SEGURIDAD

*Claus Roxin*



# FIN Y JUSTIFICACION DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD\*

Claus Roxin

## I. EL FIN DE LA PENA. LAS TEORIAS DE LA PENA

La tarea del derecho penal, esto es, las normas penales, debe ser distinguida de la finalidad de la pena a imponer en el caso concreto. Si el derecho penal debe servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, y de este modo, al libre desarrollo del individuo y al mantenimiento de un orden social basado en este principio, mediante esta determinación de tareas, en principio, sólo se establece qué conductas pueden ser amenazadas con pena por el estado. Pero con esto todavía no está decidido, sin más ni más, de qué modo debe actuar la pena para cumplir con la misión del derecho penal. Esta pregunta es respondida por la teoría del fin de la pena, la cual, por cierto, siempre debe quedar referida al fin del derecho penal que se encuentra detrás de aquel -lo cual, con frecuencia, no es suficientemente tenido en cuenta<sup>1</sup>. Desde la Antigüedad<sup>2</sup> se discuten acerca del fin de la pena fundamentalmente tres concepciones (*infra*, 1 a 3), las cuales, en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión.

\* Traducción del original alemán *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (§ 3, T. I, pp. 26/47), C. H. Beck, Munich, 1992. Borrador de Liliانا Blanco; versión definitiva, Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor.

<sup>1</sup> En contra de esto, Callies, "NJW", 1989, p. 1338, considera que la discusión acerca de los fines de la pena y de las teorías de la pena resulta superflua, y se manifiesta en favor de que "el derecho penal, como concreción del derecho constitucional, sea colocado en el centro de la discusión" (p. 1342). Con relación a esto, con más detalle, Callies, 1974.

<sup>2</sup> Acerca de la historia de las teorías de la pena, v. Hippel, *StrafR I*, 1925, pp. 459 y ss.; Nagler, 1918. En tiempos más recientes, cf. por ejemplo, Kaenel, 1981, pp. 28 a 77; Frommel, 1987.

## 1. La teoría de la retribución (teorías de la justicia y de la expiación)

La teoría de la retribución ve el sentido de la pena no en la persecución de alguna finalidad socialmente útil<sup>3</sup>, sino que, por medio de la imposición de un mal, la culpabilidad que el autor carga sobre sí mismo como consecuencia de su hecho es retribuida, compensada, expiada en forma justa. Se habla aquí de una teoría "absoluta", porque para esta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, se "suelta" de él (del latín, *absolutus* = soltado). La concepción de la pena como una retribución compensadora es conocida, en su objeto, desde la antigüedad, y permanece vigente en la conciencia del lego, en cierta medida, como obvia: la pena debe ser justa, y esto presupone que en su duración e intensidad se corresponda con la gravedad del hecho dañoso, la pena compensa. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el antiguo principio del Talión -ojo por ojo, diente por diente-. Considerada también históricamente, describe el desarrollo de la pena en forma absolutamente correcta, en tanto en el transcurso del desarrollo de las culturas, la pena estatal reemplazó a la venganza privada y a las luchas entre familias y tribus, de tal modo que el derecho de retribución fue trasladado a una instancia de autoridad que procede mediante reglas formales, neutralmente, y así, logra la pacificación.

Pero lo que ha asegurado a la teoría de la retribución una influencia tan significativa durante tanto tiempo en la ciencia, no fue tanto su dignidad histórica o su plausibilidad en las teorías cotidianas, sino más bien su fundamentación por parte de la filosofía del idealismo alemán, cuya importancia para el desarrollo de la historia espiritual de nuestro derecho penal apenas si puede ser sobreestimada. Kant<sup>4</sup>,

<sup>3</sup> Se encuentra discutido si, según esta teoría, se puede caracterizar a la retribución justa como "fin" de la pena. Con frecuencia, la pena retributiva es caracterizada como "libre de finalidad", y se ve en la compensación de la culpabilidad sólo su "sentido" o "esencia". La decisión de la cuestión depende de si el concepto de fin es considerado como aplicable sólo a objetivos sociales, empíricos, o si lo es también a la realización de una idea (de justicia). Si se responde afirmativamente a la segunda posibilidad, lo cual es una cuestión puramente terminológica, puede decirse sin objeciones que la teoría absoluta ve el fin de la pena en la retribución justa.

<sup>4</sup> Para la introducción en la teoría de Kant, instructivo, Naucke, 1962; ídem, "SchlHA", 1964, p. 203; H. Mayer, *Engisch-FS*, 1969, pp. 74 y ss.; Köhler, 1983; ídem, 1986; E. A. Wolff, "ZStW", núm. 97, 1985, pp. 786 y ss.; Bielefeldt, "GA", 1990, p. 108.

en la *Metafísica de las costumbres* (1798), intentó fundamentar las ideas de retribución y de justicia como leyes inquebrantables, e imponerlas frente a todas las concepciones utilitaristas con gran agudeza (*op. cit.*, § 49 E I): “Tan asesinos son, por tanto, quienes han cometido el asesinato, o lo han ordenado, o han colaborado en él, y tantos son los que deben padecer también la muerte; esa es la voluntad de la justicia como idea del poder judicial conforme leyes generales fundamentadas *a priori*”. Y más adelante: “La ley penal es un imperativo categórico”; aquel que por cualquier finalidad terrena libera “de la pena, o incluso de sólo una parte de ella” al autor del mal es llamado por Kant “desgracia”: “Pues si la justicia sucumbe, carece ya de todo valor que los hombres vivan sobre la tierra”. Efectivamente, para Kant la pena “debe ser” aun cuando el estado y la sociedad ya no existan; aun en el caso de que se disolvieran, para él: “el último asesino que se encontrara en prisión debería ser antes ejecutado, para que todos sepan lo que sus hechos valen, y para que la culpabilidad de la sangre no caiga sobre el pueblo que no insistió en su castigo”.

Hegel<sup>5</sup>, en su *Filosofía del Derecho* (1821), uno de los textos de filosofía del derecho más importantes hasta hoy, llega a conclusiones similares, cuando concibe al delito como negación del derecho, y a la pena, como la negación de la negación<sup>6</sup>, como “anulación del delito, que de otro modo sería válido”, y de este modo, como “restablecimiento del derecho” (*op. cit.*, § 99). Dice (§ 101): “la superación del delito es el castigo, pues según el concepto, es lesión de la lesión”. Se diferencia de Kant, según el objeto, en que reemplaza el principio del Talión, no realizable prácticamente, por la igualdad valorativa entre delito y pena, y de este modo luego fue como también se impuso la teoría de la retribución en los siguientes 150 años. En total coincidencia con Kant, sin embargo, tampoco Hegel reconoce finalidades de preven-

<sup>5</sup> Acerca de Hegel, instructivo, Piontkowski, 1960; Flechtheim, 2da. ed., 1975; Seelmann, “JuS”, 1979, p. 687, quien, naturalmente, -en contradicción con la historia de la recepción-, interpreta a Hegel más en un sentido de prevención general.

<sup>6</sup> La fórmula, con fuerza de lema, de la pena como “negación de la negación” del derecho, muy utilizada para caracterizar la teoría de la pena de Hegel, no está contenida expresamente en el texto de sus *Grundlinien* [*Filosofía del derecho*]. Se encuentra sólo en el “Complemento al § 97”, que fue tomado por el discípulo de Hegel, Gans, de las notas de clase de Hotho, y que posteriormente se agregara al texto.

ción, como el mejoramiento y la intimidación, como fines de la pena; en él se afirma: "Es como si con la fundamentación de la pena en esta forma se levantara el palo contra un perro, y el hombre no es tratado según su honor y libertad, sino como un perro" (*op. cit.*, complemento al § 99).

También las iglesias de ambas confesiones<sup>7</sup> han apoyado hasta la época de posguerra preponderantemente la teoría de la retribución, al concebir la realización de la justicia como un mandato de Dios, y a la imposición de la pena como la ejecución en representación de la magistratura divina.

En la jurisprudencia, la teoría de la retribución ha tenido un importante papel hasta hace poco tiempo. En BVerfGE, T. 22, p. 132 [Sentencias del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal)], se afirma que "toda pena criminal es por esencia, retribución mediante la imposición de un mal", y en muchas otras sentencias del Tribunal Constitucional Federal se menciona, junto al mejoramiento y a la intimidación, la retribución, como esencia o fin de la pena<sup>8</sup>. También en las sentencias del BGH [*Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal)] aparece con frecuencia la idea de la retribución en forma dominante, por ejemplo, cuando en BGHSt, T. 24, p. 134, se afirma: "La pena no debe separarse en su contenido ni hacia arriba ni hacia abajo de su determinación como compensación justa de la culpabilidad". Correspondientemente, la legislación hace un espacio para el principio de la retribución. Cuando el § 46, I, 1, dice: "La culpabilidad del autor es el fundamento para la individualización de la pena", este precepto no debe ser interpretado en el sentido de la teoría de la retribución, pero tampoco queda excluida esta interpretación.

La ventaja de la teoría de la retribución reside en su fuerza de impresión socio-psicológica, y en que ofrece un principio de medida para la magnitud de la pena. Si la pena debe "corresponder" a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido, de cualquier forma, ejemplificar mediante la imposición de una pena drástica en caso de una culpabilidad leve. La idea de retribución impone un límite al poder estatal, y en esta medida, cumple una función liberal, aseguradora de la libertad. Si bien no es posible determinar con precisión matemática qué

<sup>7</sup> Cf. citas en Jescheck, *AT*, 4ta. ed., § 8, III, 3.

<sup>8</sup> Cf. la compilación realizada por Volk, "ZStW", núm. 83, 1971, p. 405, así como las referencias en núm. 33.

pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad, con ayuda de las reglas de la individualización de la pena (§ 46!), y de una doctrina científicamente refinada de la individualización de la pena, es posible, con todo, lograr magnitudes de pena en alguna medida mensurables.

De todos modos, la teoría de la retribución hoy ya no es sostenible científicamente. Si tal como se mostró en párrafos anteriores, la misión del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de esa tarea, no puede servirse de una pena que prescindiera de toda finalidad social. La idea de la retribución fomenta la pena también allí donde no es necesaria por razones de protección de los bienes jurídicos (cf. núm. 3); pero en ese caso, la pena no sirve ya a las funciones del derecho penal y pierde legitimación social. Dicho de otro modo: el estado, como institución humana, no está capacitado ni legitimado para realizar la idea metafísica de justicia. La voluntad del ciudadano lo obliga al aseguramiento de la convivencia humana en paz y libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o eliminar un mal mediante la imposición de otro mal (el sufrimiento de la pena) sólo es accesible a una creencia a la cual el estado no puede obligar a nadie, a partir de que él ya no deriva su poder de Dios sino del pueblo. La pena tampoco puede ser portadora únicamente de la creencia en una "culpabilidad" a ser retribuida; la culpabilidad individual está vinculada a la existencia del libre albedrío, el cual por ser improbable resulta inadecuado como único fundamento de la injerencia estatal.

También hablan en contra de la teoría de la retribución sus consecuencias socio-políticas no deseadas. Una ejecución penal que parte del principio de la imposición de un daño no puede curar los daños en la socialización que frecuentemente son causa de la comisión de hechos punibles, y por ello, no resulta un instrumento adecuado para la lucha contra el delito. El retraso de la ley alemana de ejecución penal, con relación a la cual hasta 1977 faltaba todo fundamento legal, se origina, esencialmente, en la influencia de la teoría de la retribución, dominante durante mucho tiempo.

La teoría de la compensación de la culpabilidad ya no puede ser sostenida tampoco en su reformulación como "teoría de la expiación". Esto se entiende por sí mismo si, como ocurre con un difundido uso del lenguaje, se entiende el concepto de "expiación" sólo como otra

palabra para "retribución". Sin embargo, con frecuencia se entiende por "expiación" que el autor acepta internamente la pena como compensación justa de la culpabilidad, elabora anímicamente su conducta delictiva, se purifica, y mediante esta expiación recupera su integridad humana y social. Todo esto es, naturalmente, deseable. Pero no puede servir para la justificación de la pena por retribución porque una experiencia expiatoria de este tipo, que en la realidad se produce sólo pocas veces, constituye un acto de la personalidad moral autónomo que no puede ser impuesto coactivamente, y que por lo demás, no es alcanzado por una pena retributiva, sino más bien por una pena con fines de ayuda.

## 2. La teoría de la prevención especial

La posición extrema contraria a la teoría de la retribución consiste en la concepción de que la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. El fin de la pena es, de acuerdo con esto, la prevención, dirigida al autor individual (especial). Por ello, según esta opinión se habla de "prevención especial" como el fin de la pena. A diferencia de la concepción de la pena retributiva "absoluta", la teoría de la prevención especial es una teoría "relativa", porque está referida a la finalidad de la evitación del delito (relativo viene del latín, *referre*, referirse a). También esta posición se remonta a los inicios del pensamiento penal. Ya se encuentra en Séneca (m. 65 d.C.), con relación a la concepción de Protágoras (aprox. 485 a 415 a.C.), transmitida por Platón (427 a 347 a.C.), la formulación clásica de todas las teorías preventivas: "*Nam, ut Plato ait: 'nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...'*" ("Pues, como dice Platón, 'ningún hombre prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque...'"<sup>9</sup>).

Esta tesis fue reformulada en la época de la Ilustración en una teoría de la prevención especial autónoma, posteriormente refrenada por la teoría de la retribución, pero revivida a fines del siglo XIX, en forma hasta hoy influyente, mediante la "Escuela sociológica de derecho penal". Su principal sostenedor fue Franz von Liszt (1851-1919), el político criminal alemán más importante. Según su concepción, la prevención especial se puede llevar a cabo en tres formas: asegurando a la generalidad frente al autor penal mediante su encierro, intimidando al autor mediante la pena para la no comisión de otros hechos punibles, y mediante su mejoramiento, protegiéndolo de la reinci-

<sup>9</sup> Seneca, *De ira*, liber I, XIX-7. Hace referencia a Platón, *Gesetze*, 934 a.

dencia. De acuerdo con esto, Liszt enseñaba en el llamado "Programa de Marburgo", fundamental para su trabajo posterior<sup>10</sup> (1882) un diferente tratamiento según el tipo de autor: la inocuización del delincuente consuetudinario que no puede ser intimidado ni tratado, la intimidación del autor meramente ocasional y el mejoramiento de los susceptibles de mejoramiento. Especialmente la tercera posibilidad de actuación preventivo especial, el mejoramiento, designado en lenguaje técnico resocialización o socialización, tuvo un importante papel aun en la época de la posguerra (cf. núm. 13, y § 4, núms. 15 y ss.). La *Internationale Kriminalistische Vereinigung* [Unión de Criminalística Internacional] (IKV), fundada en 1889 por von Liszt, junto con el belga Prins y el holandés van Hamel, contribuyó mucho para la difusión de las nuevas concepciones político-criminales. En 1924 surgió, además de aquella, la *Association Internationale de Droit Penale* (AIDP), hoy todavía existente<sup>11</sup>. El grupo alemán de la IKV fue disuelto en 1937 por quienes tenían el poder en ese momento. Después de la guerra, especialmente la *Internationale Gesellschaft für Soziale Verteidigung*<sup>12</sup>, fundada en 1947, continuó la labor de von Liszt. También el "Proyecto Alternativo de Código Penal" (AE), publicado en el año 1966 por juristas penales de Alemania occidental (entre ellos, el autor de este libro), y que ejerciera notable influencia sobre la reforma del derecho penal en la República Federal de Alemania (al respecto, § 4, núms. 20 y ss.) mucho es lo que le debe a la teoría de la prevención especial -y con ello, especialmente a Franz von Liszt<sup>13</sup> y a la idea de la defensa social<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Bajo el título *Der Zweckgedanke im Strafrecht* en "ZStW", núm. 3, 1883, p. 1; (ídem, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, T. 1, 1905 [reimpresión 1979], pp. 126 y ss.) Para introducirse en las ideas de Liszt y su importancia actual resulta adecuada la compilación publicada en el 50º aniversario de su muerte, *Franz von Liszt zum Gedächtnis*, 1969 (ídem, en "ZStW", núm. 81, 1969, cuaderno 3, pp. 541 a 829), además los trabajos para el 100º aniversario del Programa de Marburgo, en "ZStW", núm. 94, 1982: Naucke, (pp. 525 y ss.); Frisch, (pp. 565 y ss.); Müller-Dietz, (pp. 599 y ss.).

<sup>11</sup> Con más detalle, en Jescheck, "ZStW", núm. 102, 1980, pp. 997 y ss. Una imagen de la "Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV/AIDP" es dada por Burgstaller, "ZStW", núm. 102, 1990, p. 637.

<sup>12</sup> Gramatica, 1961; H. Kaufmann, v. Weber FS, 1963, p. 418; Rebban, 1963; Ancel, 2da. ed., 1966; Melzer, 1970.

<sup>13</sup> Al respecto, especialmente Roxin, "ZStW", núm. 81, 1969, p. 613.

<sup>14</sup> Al respecto, Melzer, 1970, pp. 102 y ss.; ídem, "ZStW", núm. 84, 1972, pp. 648 y siguientes.

El establecimiento de objetivos de prevención especial también se manifestaron en forma diversa en las legislaciones de reforma a partir de 1969 en la República Federal. En el § 46, I, 2, de la nueva Parte General se expresa, con relación a la individualización de la pena: "Se deberán considerar los efectos que deban esperarse de la pena sobre la vida futura del autor en la sociedad". Numerosas renovaciones del sistema de sanciones en la legislación de reforma de Alemania occidental (con más detalle, § 4, núms. 27 y ss.) tienden al logro de objetivos de resocialización, mencionado también por el § 2 de la nueva Ley de ejecución penal como "objetivo de la ejecución": "En la ejecución de la pena privativa de libertad el detenido debe ser capacitado para conducir en el futuro una vida socialmente responsable exenta de hechos punibles".

Bajo la impresión de estas reformas también la jurisprudencia más reciente le ha dado mayor lugar que antes a la idea de la resocialización. Así, afirma el BVerfG (E T. 35, pp. 202, 235 y s., sentencia Lebach): "Como titular de derechos fundamentales que surgen de la dignidad del hombre y que garantizan su protección, el autor de hechos punibles condenado debe conservar la oportunidad de incorporarse nuevamente a la comunidad luego del cumplimiento de su pena. Considerado desde el autor, este interés en la resocialización se desprende de su derecho fundamental a partir del art. 2, párr. 1, en relación con el art. 1 GG. Considerado desde la comunidad, el principio del estado social exige la previsión y el cuidado a cargo del estado"<sup>15</sup>. También el BGH sostiene ahora, haciendo referencia al desarrollo de la reforma en materia penal, que "la pena no tiene por finalidad la compensación de la culpabilidad por ella misma"<sup>16</sup>, sino que sólo está justificada si se manifiesta al mismo tiempo como medio necesario para el cumplimiento de la misión de protección preventivo especial del derecho penal". La cláusula de prevención especial de la norma legal de individualización de la pena permite reconocer un "significativo desplazamiento del acento hacia el punto de vista de la prevención especial" (BGHSt T. 24, pp. 40, 42).

En la medida en que la teoría de la prevención especial sigue el prin-

<sup>15</sup> En el mismo sentido, BVerfGE T. 36, pp. 174 (188); T. 45, pp. 187 (239).

<sup>16</sup> Más correctamente: por ello [Se trata de una corrección formulada por el autor; en alemán "compensación" es masculino. N. de los T.J.]

cipio de la resocialización, que entre sus sostenedores hoy se encuentra en el primer plano, sus ventajas teóricas y prácticas son evidentes. En tanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, se adapta excelentemente a la misión del derecho penal (cf. *supra*, § 2), ayuda igualmente al autor, es decir, no lo rechaza ni lo marca a fuego, sino que quiere integrarlo, y de este modo, se adapta mejor que cualquier otra teoría a las exigencias del principio del estado social. Al fomentar un entrenamiento social y un programa de ejecución que se apoya en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y se libera de la esterilidad práctica del principio de la retribución.

De todos modos, la ejecución del punto de partida preventivo-especial también plantea problemas, los cuales si bien son conocidos desde antiguo, luego de los años de la reforma, condujeron nuevamente a un creciente escepticismo respecto de esta teoría. Su falencia más grave consiste, por cierto, en que a diferencia de la teoría de la retribución, no ofrece ningún principio de medida para la pena. Llevaría a la consecuencia de mantener detenido a un condenado hasta que estuviera resocializado. Esto debería conducir a la introducción de una condena de duración indeterminada<sup>17</sup>, y dado el caso, también debido a un delito leve, cuando ello constituyera un síntoma de una perturbación profunda de la personalidad, podría imponerse una pena privativa de la libertad de larga duración. En efecto, un tratamiento (re)socializador debería entrar en consideración incluso cuando alguien se revelara como criminalmente muy peligroso, sin que hubiera cometido hasta el momento un hecho punible concreto comprobable. Todas estas serían injerencias que irían mucho más allá de la medida autorizada por la teoría de la retribución; limitarían la libertad del individuo de manera mucho más incisiva que lo que es de desear en un estado de derecho liberal, y de lo que se puede permitir.

La teoría de la prevención especial también se ve expuesta a la cuestión de con qué derecho hombres adultos están obligados a dejarse educar y tratar por el estado. Kant y Hegel veían en ello una lesión a

<sup>17</sup> Tal la que preveía el § 19 JGG [*Jugendgerichtsgesetz* = Ley de los Tribunales de Menores], que fue suprimido debido a objeciones de política criminal, educativas y de derecho constitucional por la 1ª JGGÄndG [*Jugendgerichtsgesetz Änderungs-gesetz* = Ley de reforma de la Ley de Tribunales de Menores] del 30-8-1990; cf. impresión de BT, 11/5829.

la dignidad del hombre (cf. sólo la cita de Hegel en el núm. 4). Pero también el BVerfG dijo alguna vez (E T. 22, p. 219): "El estado... no tiene por función 'mejorar' a sus ciudadanos". Según ello, el Art. 1, I GG prohíbe una educación coactiva en aquellos casos en que afecte el núcleo de la personalidad intangible de un adulto.

En efecto, aproximadamente desde 1975 se puede comprobar en la política criminal internacional en diversa forma, un abandono de la idea de la resocialización antes dominante, y un retorno a la teoría de la retribución y de la prevención general (núms. 21 y ss.). Esta orientación, que se opone a un derecho penal de tratamiento, ha adquirido importancia particularmente en Estados Unidos y en los países escandinavos bajo el nombre de "neoclasicismo", y se manifiesta especialmente en contra de las penas de duración indeterminada y de los tratamientos coactivos que en esos países habían sido considerados admisibles hasta ese momento, sobre la base de objetivos terapéuticos criminales<sup>18</sup>.

Otro punto débil de esta concepción reside en que no resuelve qué hacer con aquellos autores que ya no necesitan ser resocializados. Este problema se plantea no sólo en los casos de numerosos autores imprudentes y de autores ocasionales de delitos de poca gravedad, sino también en el caso de aquellas personas que han cometido delitos graves respecto de los cuales, sin embargo, no existe el peligro de la reiteración, porque el hecho fue cometido en una situación de conflicto irrepetible o porque las circunstancias de tiempo modificadas hacen imposible su nueva comisión. ¿Cómo se podría justificar desde una perspectiva preventivo especial, por ejemplo, la punición de delincuentes nazis que hoy no son peligrosos y viven pasando inadvertidos en la sociedad?

Finalmente, también ha contribuido a la desilusión frente a la prevención especial, la circunstancia de que a pesar de los esfuerzos en el país y en el extranjero, hasta hoy no ha sido posible desarrollar un concepto exitoso con una base amplia para la socialización de los penados. Mientras que la pena retributiva lleva el fin en sí misma, y por ello, es independiente de todo "resultado", los objetivos de pre-

<sup>18</sup> Acerca de Escandinavia, cf. Anttila, "ZStW", núm. 95, 1983, pp. 739 y ss., y Löfmarck, 1987, pp. 15 y ss.; acerca de Estados Unidos, Weigend, "ZStW", núm. 90, 1978, pp. 1116 y s., y "ZStW", núm. 94, 1982, pp. 801 y siguientes.

ención especial, si son considerados como teóricamente correctos, pierden sentido, cuando permanecen sin resultados durante mucho tiempo. Las dificultades que se planteaban en el camino de la realización práctica de los proyectos de resocialización han conducido no pocas veces, cuando menos, a un resignado cansancio, que se vuelve contra el punto de partida. Esta tendencia ha encontrado su expresión internacional más efectiva bajo el lema *nothing works*<sup>19</sup> (nada funciona).

### 3. La teoría de la prevención general

La tercera de las teorías de derecho penal tradicionales, finalmente, ve el fin de la pena no en la retribución ni en la actuación sobre el autor, sino en la influencia sobre la generalidad, a la cual se le debe enseñar a través de las amenazas penales y de la ejecución de las penas lo relativo a las prohibiciones legales, y disuadirla de su infracción. También aquí se trata, por lo tanto, de una teoría que tiene por objetivo la evitación preventiva del delito (y de este modo, de una teoría preventiva y relativa), de acuerdo con la cual, la pena, sin embargo, no debe actuar en forma especial sobre el condenado, sino general, sobre la generalidad. Se habla, por lo tanto, de una teoría de la prevención general.

En su forma histórica más efectiva, fue desarrollada por Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833), quien es considerado el fundador de la ciencia penal alemana moderna<sup>20</sup>. Feuerbach derivó su teoría de la prevención general a partir de la llamada "teoría psicológica de la coacción", desarrollada por él (correctamente desde el punto de vista idiomático, teoría de la coacción psicológica; cf. al respecto, *infra*, § 5, núms. 22 y s.). Se imaginaba el alma del autor potencial que estaba cayendo en la tentación como un campo de batalla entre los motivos que lo impulsaban y los que lo refrenaban de la comisión del delito, y pensaba que se debía generar sentimientos de desagrado en la psiquis

<sup>19</sup> Se trata de una síntesis que abrevia las tesis de Martinson en su trabajo *What works? Questions and Answers about Prison Reform*, 1974.

<sup>20</sup> Feuerbach es el padre del filósofo Ludwig v. Feuerbach (1804-1872) y abuelo del pintor Anselm v. Feuerbach (1820-1880). Digno de lectura, también para los estudiantes: Radbruch, P. J. A. *Feuerbach. Ein Juristenleben*, 1934, 2da. ed., 1957, 1969 (3ra. ed., compilada por E. Wolff). Además, Kipper, P. J. A. *Feuerbach. Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter*, 2da. ed., 1989; Naucke, *Paul Johann Anselm v. Feuerbach*, "ZStW", núm. 87, 1975, pp. 861 y siguientes.

del dubitante por medio de la conformación de las amenazas penales, las cuales podrían generar la prevalencia de los esfuerzos contrarios a la comisión, y de este modo, ejercer una "coacción psicológica" para la omisión del hecho. El *Lehrbuch* de Feuerbach<sup>21</sup> contiene en el § 13 una síntesis precisa de esta concepción tanto racionalista como, determinista: "Todas las infracciones tienen su causa de origen psicológico en la sensualidad, en tanto la capacidad de comisión del hombre es estimulada mediante el deseo hacia o a partir de la acción a su comisión. Este estímulo sensual puede ser eliminado en tanto todos sepan que como consecuencia de su hecho se derivará en forma inevitable un mal que es más grande que la insatisfacción que se deriva del estímulo hacia el hecho no satisfecho"<sup>22</sup>.

Esta teoría, en tanto tiene por objetivo prevenir el delito mediante normas penales es, en primer lugar, una teoría de la amenaza penal. Pero en sus efectos es, necesariamente, también una teoría de la imposición y ejecución de la pena, pues de ella depende la eficiencia de su amenaza. También Feuerbach vio esto así (*op. cit.*, § 16). Para él, la "finalidad de la imposición" de una pena reside en la "fundamentación de la efectividad de la amenaza penal, en la medida en que sin esta amenaza quedaría vacía (inefectiva). Dado que la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, pero la ejecución debe dar efecto a la ley, la finalidad mediata (finalidad última) de la imposición es, igualmente, la mera intimidación de los ciudadanos mediante la ley".

La teoría de la prevención general tiene aún hoy gran influencia como teoría de la pena<sup>23</sup>. Tiene una cierta evidencia en la psicología maneja-

<sup>21</sup> P. J. A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1ra. ed., 1801. Citado aquí según la última edición (14ta.), 1847, p. 38. Fundamental, además, su *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2 partes, 1799, 1800 (reimpresión 1966). Acerca de su teoría, Hartmann, 1958; Naucke, 1962.

<sup>22</sup> También la teoría preventivo general de la pena de Schopenhauer, que recientemente readquiriera atención, hace referencia a Feuerbach; cf. sólo Hoerster, *ARSP*, 1972, p. 555; Küpper, 1990, p. 207. Küpper también hace mención al parentesco de la teoría preventiva de la unión aquí postulada (núms. 36 y ss.) con la concepción de Schopenhauer.

<sup>23</sup> Recientemente, fue sostenida con especial énfasis por Schmidhäuser, 2da. ed., 1971, y por Hoerster, "GA", 1970, p. 272; hoy, en la forma de "prevención general positiva" (núms. 26 y s.)

da por el lego, y es posible fundamentar también con consideraciones de psicología profunda<sup>24</sup>, que muchos hombres sólo ponen freno a sus deseos instintivos contrarios a las leyes cuando ven que aquel que para su satisfacción se vale de vías extra legales no tiene éxito, sino que sufre un grave perjuicio. Ya Freud<sup>25</sup> vio “uno de los fundamentos del ordenamiento penal” en las necesidades de la prevención general: “Cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido, esto debe estimular el mismo deseo en todos los miembros de la sociedad; para disminuir esta tentación, se le deben quitar los productos de su osadía a aquel que en realidad es envidiado...”. La doctrina actual distingue entre los aspectos negativos y positivos de la prevención general<sup>26</sup>.

El aspecto negativo puede describirse “con el concepto de intimidación de los demás que están en peligro de cometer similares hechos punibles”. Se trata del punto de vista acentuado por Feuerbach (núms. 22 y s.). Sin embargo, hasta hoy existe acuerdo en que sólo una parte de los hombres con tendencia a la criminalidad se aproxima a un hecho con tanta reflexión como para ser accesible a una “intimidación”, y que aun así, no es la gravedad de la pena amenazada la que actúa intimidando, sino la medida del riesgo de ser atrapado. Desde el punto de vista socio-político se debe extraer la consecuencia de que no es la agravación de las amenazas penales, tal como es exigido una y otra vez por la opinión pública, sino más bien una intensificación de la persecución penal (por ejemplo mediante el reforzamiento de la policía y su mejor instrucción), lo cual hace posible tener éxitos preventivo-generales.

puede ser calificada prácticamente de dominante. Ejemplar, en el sentido de la prevención general positiva, el *Lehrbuch* de Jakobs, AT, 1/1 a 52. Críticamente respecto de la prevención general, E. A. Wolff, “ZStW”, núm. 97, 1985, pp. 786 y ss. Arzt ofrece en su libro *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, 1976, un análisis ponderando el movimiento americano de *law and order* e investiga también el “potencial de un movimiento en favor del derecho y el orden en Alemania” (pp. 132 y ss.).

<sup>24</sup> En contra de la intención de la mayoría de los psicoanalistas, quienes se esfuerzan por la exculpación de los autores de hechos punibles, y con frecuencia, también por la abolición del derecho penal (cf. respecto de esto último, Plack, 1974).

<sup>25</sup> Sigmund Freud, *Totem und Tabu*, en Studienausgabe, t. IX, 1974, p. 361. Fundamental, Engelhardt, 1976; Haffke, 1976.

<sup>26</sup> Al respecto, con más detalle, BVerfG E T. 45, pp. 255 y s., en donde se encuentran las citas utilizadas en núms. 25 y siguiente.

El aspecto positivo de la prevención general "es visto en general en la conservación y reforzamiento de la confianza en la fuerza de existencia y de imposición del ordenamiento jurídico". De acuerdo con esto, la pena tiene "la misión de reforzar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico frente a la comunidad jurídica y de reforzar de este modo la confianza de la población en el derecho". Actualmente es a este punto de vista al que se le da mayor significación que al mero efecto intimidatorio.

Considerado con precisión, es posible separar aún otros tres objetivos y efectos diferentes de la prevención general positiva, si bien relacionados entre sí<sup>27</sup>: el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el "ejercicio en la confianza en el derecho"<sup>28</sup> que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado. Especialmente el efecto de satisfacción mencionado en último término es invocado con frecuencia actualmente con el nombre de "prevención de integración"<sup>29</sup> para la justificación de la reacción penal.

En efecto, el punto de partida intelectual de la teoría de la prevención general es evidente. Al tener por objetivo la evitación del delito, está orientada inmediatamente a la tarea de protección del derecho penal, a diferencia de lo que ocurre con la teoría de la retribución, y no pierde su significación mediante el reconocimiento de la prevención especial. Pues desde el punto de vista de la prevención del delito no es suficiente con que la pena actúe sólo sobre el penado; además es socio-políticamente deseable prevenir la comisión de hechos punibles en general y de antemano, y justamente, este es el objetivo del punto de partida de la prevención general.

<sup>27</sup> Con más detalle, Roxin, 1987, p. 48.

<sup>28</sup> Jakobs, 1976, 10/31.

<sup>29</sup> El concepto fue utilizado con esta acepción por primera vez por Roxin, *Bockelmann FS*, 1979, pp. 305 y s. Con más detalle, Müller-Dietz, *Jescheck FS*, T. II, 1985, pp. 813 y ss.; Moos, *Pallin FS*, 1989, pp. 283 y ss.; Zipf, *Pallin FS*, 1989, pp. 479 y ss.; Mir Puig "ZStW", 1990, p. 914.

La teoría de la prevención general tiene, también, dos ventajas esenciales sobre la prevención especial. En primer lugar, puede declarar sin ninguna restricción que aun en el caso de la ausencia de peligro de reiteración no se puede renunciar totalmente a la pena; la sanción es necesaria, porque los hechos punibles que permanecen sin consecuencias para el autor incitan a la imitación. Y en segundo lugar, el principio de la prevención general no tiende a reemplazar las descripciones claras del hecho por pronósticos de peligrosidad oscuros y objetables desde el punto de vista del estado de derecho; por el contrario, exige en lo posible determinaciones exactas, porque el objeto de la prohibición debe estar fijado de antemano si el ciudadano debe ser motivado a tomar distancia de un determinado comportamiento (cf. al respecto *infra*, § 5, núms. 22 y s.).

Finalmente, es beneficioso para la influencia de la teoría de la prevención general que, a pesar de que se apoya en suposiciones socio-psicológicas, a diferencia de lo que ocurre con los esfuerzos de prevención especial (núm. 20), esta teoría difícilmente pueda ser refutada por la práctica. Pues a la objeción de que todo hecho punible demuestra la ineficacia de la prevención general siempre se le puede contraponer que su efectividad se ve en que, a pesar de toda la criminalidad, la mayoría de la población permanece fiel al derecho. Aun cuando empíricamente todavía no está claro, y resulta difícil demostrar convincentemente en qué medida esto es atribuible a los aspectos negativos y positivos de la prevención general, justamente por ello, la hipótesis de que la práctica de la punición estatal juega a este respecto un papel decisivo es difícilmente falseable<sup>30</sup>.

Por otro lado, el principio de la prevención general también presenta falencias importantes, teóricas y prácticas. En primer lugar, no contiene, al igual que la prevención especial, ningún parámetro para la limitación de la duración de la pena. De este modo, cuando menos la prevención general negativa, siempre se encuentra expuesta al peligro de convertirse en terror estatal. Pues la idea de que penas más altas y

<sup>30</sup> Acerca de los *Empirische Grundlagen der Generalprävention* cf. Schöch, *Jescheck FS*, T. II, 1985, pp. 1081 y ss., quien acentúa que "la función preventivo general del derecho penal está absolutamente fundada empíricamente" (pp. 1103 y s.). También en *Zur Wirksamkeit der Generalprävention*, Schöch, 1990, p. 95. Acerca de esto último, *Realität oder Illusion der Generalprävention*, Dölling, "ZStW", núm. 102, 1990, p. 1.

más severas tienen mayor efecto intimidatorio -a pesar de ser probablemente incorrecta- ha sido históricamente la causa más frecuente de penas "desmedidas". También la objeción de que mediante una pena debida a fines preventivos se lesiona la dignidad del hombre tiene mayor peso que respecto de la prevención especial<sup>31</sup>. Pues mientras que la resocialización (por lo menos también) debe ayudar al condenado, la punición por motivos de prevención general carga al autor únicamente en beneficio de la generalidad (es decir, de otros), y la facultad para ello requiere una justificación que esta teoría no está en condiciones de proporcionar por sí misma. Finalmente, la teoría de la prevención general comparte con la teoría de la retribución la falencia de no poder dar impulso a la ejecución de la pena. Esto rige para todas las formas de la prevención general en la medida en que esta se dirige siempre hacia la generalidad y no hacia el autor. Pero esto vale especialmente para la prevención general negativa. Pues una ejecución que tiene por objetivo "la mera intimidación de los ciudadanos" (Feuerbach), más bien fomentará la reincidencia en lugar de evitarla, y será más lo que perjudicará que lo que beneficiará la lucha contra el crimen.

#### 4. Las teorías retributivas de la unión

Las teorías retributivas de la unión, que antes eran absolutamente dominantes y que aun hoy continúan siendo determinantes para la jurisprudencia, consisten en una combinación de las concepciones hasta aquí presentadas. Consideran a la retribución y a la prevención general y especial como finalidades de la pena a ser perseguidas en forma conjunta. Con relación a esto, el fin de retribución tuvo originalmente la función absolutamente dominante. "... resulta decisiva... en primer lugar, la necesidad de expiación, el fin de retribución de la pena, y junto a ella, por cierto, también el fin de intimidación. Los demás fines de la pena, los fines de mejoramiento y de aseguramiento, se encuentran frente a aquéllos en un segundo plano" (RGSt 58, 109). También en la actualidad se continúa destacando con frecuencia que sólo se debería hablar de una "verdadera" teoría de la unión en "sentido tradicional" si los fines preventivos no lesionaran el carácter retributivo de la pena y si fueran perseguidos únicamente dentro del

<sup>31</sup> Cf. al respecto Köhler, 1983.

marco trazado por la retribución<sup>32</sup>. A partir del punto de partida aquí sostenido, esta teoría ya debería ser rechazada porque, como mera modificación de la teoría de la retribución, se encuentra expuesta a todas las objeciones presentadas en contra de esta (núms. 8 a 10), y por ello, igualmente, tampoco puede ser sostenida hoy.

En formulaciones más recientes de la teoría de la unión, retribución, prevención especial y general son tratadas más bien como finalidades de la pena de igual jerarquía. Se parte de que ninguna de las teorías de la pena es prescripta o prohibida por la ley, de modo tal que -en cierta medida, según las necesidades- es posible colocar en el primer plano a este o aquel fin de la pena. Resulta representativa la toma de posición del BVerfG (E T. 45, pp. 187, 253 y ss.): "El Tribunal Constitucional Federal se ha ocupado repetidamente del sentido y fin de la pena estatal, sin tomar posición, en lo fundamental, con relación a las teorías de la pena sostenidas en la ciencia... Ha señalado como tarea principal del derecho penal el proteger los valores fundamentales de la vida en comunidad. Compensación de la culpabilidad, prevención, resocialización del autor, expiación y retribución del ilícito cometido son señalados como aspectos de una sanción penal adecuada". La pena criminal sería "-sin perjuicio de su tarea de intimidar y de resocializar- retribución por el ilícito cometido" (BVerfGE T. 39, pp. 1, 57). En la línea señalada se mueve también el BGH; al presentar las teorías de la pena precedentes ya se han señalado ejemplos con relación a cuán pronto es acentuado tal o cual punto de vista.

Tal teoría de la unión parte del criterio correcto de que ni la teoría de la retribución ni las teorías de la prevención por sí solas son capaces de determinar de forma adecuada al objeto el contenido y límites de la pena. Sin embargo, le falta el fundamento teórico, en la medida en que sus sostenedores se contentan simplemente con equiparar la compensación de la culpabilidad, la prevención general y especial como fines de la pena. Tal "teoría aditiva de la unión"<sup>33</sup> no elimina las

<sup>32</sup> Especialmente claro, Maurach, *AT*, 4ta. ed., 1971, § 6, I, D (algo atenuado, pero similar aún, Maurach/Zipf, *AT/1*, 7ma. ed., 6/8); Lenckner, 1972, p. 13.

<sup>33</sup> Al respecto, Roxin, "JuS", 1966, p. 387 (*Grundlagenprobleme*, p. 28). Ampliamente de acuerdo con mi posición, Kaenel, 1981, quien además hace referencia al parentesco de la concepción de teoría de la pena sostenida por mí con la de Carl Stooss (cf. § 1, nota 1).

falencias de las distintas concepciones particulares, sino que las suma, y ante todo, conduce a oscilaciones sin un punto fijo entre los diferentes objetivos de la pena, lo cual hace imposible una concepción unitaria de la pena como instrumento socialmente satisfactorio.

Frente a esto, la misión de una teoría de la unión resistente a las condiciones actuales consiste en -abandonando la idea de la retribución- suprimir la absolutización de los puntos de partida de las demás teorías de la pena, respectivamente diferentes, en forma tal que se conserven sus aspectos correctos en una concepción amplia, y se reduzcan sus déficits por medio de un sistema de complementación y limitación mutua. Se puede hablar aquí de una teoría "dialéctica" de la unión, en la medida en que por medio de tal procedimiento se elaboran las teorías presentadas con su fijación de objetivos antitéticos en una síntesis. Esto será tratado en lo que sigue con mayor detalle.

## **5. La teoría preventiva de la unión**

### **a) La finalidad de la pena exclusivamente preventiva**

El punto de partida de toda teoría de la pena sostenible en la actualidad debe residir en el criterio de que la finalidad de la pena sólo puede ser de tipo preventivo: pues dado que las normas penales sólo están justificadas cuando tienen por objetivo la protección de la libertad individual y un ordenamiento social tendiente a ella (cf. § 2, núms. 9 y ss.), la pena concreta también debe perseguir sólo esta finalidad, es decir, una finalidad de prevención del delito (cf. núms. 15, 28). De esto resulta, además, que la prevención especial y general deben coexistir como finalidades de la pena. Pues dado que los hechos punibles pueden ser evitados tanto mediante la influencia sobre el individuo como sobre la generalidad, ambos instrumentos se subordinan a la finalidad última y son en igual medida legítimos.

La persecución simultánea de fines de prevención especial y general no resulta problemática allí donde la pena determinada en la sentencia concreta es adecuada para el logro de ambos objetivos, en forma tan efectiva como sea posible. La concepción tampoco se ve en dificultades cuando en el caso concreto, por no existir peligro de reiteración, la sanción únicamente contiene los componentes de prevención general de la pena. Pues el objetivo de prevención general de la pena se mantiene aun cuando la prevención no sea necesaria en todos los aspectos simultáneamente.

Esta idea adquiere importancia, especialmente, también cuando el condenado ya no puede ser ganado para una ejecución de la pena resocializadora. Una pena que pretenda compensar las falencias de socialización del autor sólo puede ser exitosa pedagógica y terapéuticamente cuando se establece una relación de cooperación con el condenado. Una "socialización coactiva" no prometería éxito alguno ni sería admisible conforme el Art. 1, GG. Si, por lo tanto, el condenado niega su colaboración en la resocialización, si bien su disposición puede ser estimulada dentro de las posibilidades, ello no puede ser coaccionado. Naturalmente, la pena debe ser ejecutada también en ese caso; pero, entonces, la necesidad de prevención general es suficiente para su justificación. De este modo, al mismo tiempo decaen todas las objeciones presentadas en contra del fin de resocialización con el argumento de que conduce a una adaptación coactiva violatoria de la personalidad (cf. núms. 17 y s.). Pues si el condenado, por propio impulso, colabora, durante la ejecución, en su desarrollo, esto no viola su personalidad, sino que sirve a su desarrollo. Si la resocialización presupone la voluntariedad, también queda claro por qué no constituye una contradicción irresoluble cuando el BVerfG establece por un lado una pretensión de derecho fundamental a la resocialización (núm. 14), pero, por el otro, niega al estado la facultad de "mejorar a sus ciudadanos" (núm. 17). Solamente está prohibida la educación coactiva de adultos; de todos modos, el condenado puede pretender que el estado lo ayude a una reincorporación a la sociedad que él mismo se pone como objetivo.

Lo mismo vale para las objeciones que resultan de que programas de (re)socialización bienintencionados hasta el momento no han demostrado ser exitosos. Tales críticas se apoyan, en parte, en la no consideración de los puntos de vista que se acaba de presentar y, en parte, en que el derecho penal de socialización se encuentra en los inicios de su realización. Los esfuerzos realizados hasta el momento en la República Federal han mostrado resultados alentadores en varias formas<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Cf. Jescheck, "ZStW", núm. 91, 1979, p. 1055: "La conocida expresión de Martinson *nothing works*... no se ha confirmado entre nosotros"; Schultz, *Jescheck FS*, 1985, pp. 799 y s.; Kaiser, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 2da. ed., 1988, § 115, núm. 30. Escéptico, por el contrario, Albrecht, "ZStW", núm. 97, 1985, pp. 831 y ss., quien se expresa en favor de la prevención especial sólo "en el sentido de una minimización de las consecuencias dañosas producidas debido a la internación social". Acerca de la relación entre *Kriminologie und Spezialprävention*, Bock, "ZStW", núm. 102, 1990, p. 504.

Pero tampoco los inevitables caminos errados pueden conducir a un "fiasco de teoría de la pena", porque la función de prevención general de la pena, en caso necesario, apoya a esta por sí sola, y no puede ser afectada por algunos fracasos de prevención especial que aparezcan aquí o allá.

Sólo se produce una contradicción entre prevención especial y general allí donde ambos objetivos exigen medidas de pena diferentes. Así, en el caso concreto (por ejemplo, cuando un joven ha cometido durante una riña lesiones con resultado de muerte), por razones de prevención general, y aplicando el § 226 II puede parecer adecuado un castigo de tres años de prisión, mientras que los requerimientos de la prevención especial sólo podrían admitir un año, de ejecución condicional, porque una pena más severa desocializaría al autor y podría esperarse en el futuro un desvío hacia la criminalidad. Cualquiera de ambas soluciones posibles paga, por lo tanto, una ganancia en materia de prevención, por un lado, con una pérdida, por el otro. En tal caso es necesario ponderar los fines de prevención especial y general entre sí, y establecer una jerarquía. En este caso, la prevención especial merece prioridad hasta un grado a ser determinado con más detalle, de modo tal que en el caso de nuestro ejemplo, por tanto, debería imponerse un año de prisión de ejecución condicional. Pues, en primer lugar, la resocialización es un mandato constitucional (cf. núm. 14), que no puede ser desatendido, en aquellos casos en que es posible su cumplimiento. Y, en segundo lugar, se debe tomar en cuenta que, en caso de conflicto, dar prioridad a la prevención general amenaza con hacer fracasar a la prevención especial, mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye efectos de prevención general de la pena, sino que, a lo sumo, se desvía en forma difícilmente mensurable; pues también una pena más leve tiene efecto de prevención general. Por otro lado, las necesidades de prevención especial sólo disfrutan de preferencia, en la medida en que requisitos mínimos de prevención general todavía estén asegurados (lo cual es el caso en nuestro ejemplo). La pena, por tanto, no puede ser reducida por razones de prevención especial hasta un punto en que la sanción ya no sea tomada en serio por la población; pues esto conmovería la confianza en el ordenamiento jurídico, y estimularía, de este modo, la imitación. En algunos casos, pero no necesariamente siempre, ya el límite mínimo del marco penal asegura el respeto del

“mínimo de prevención general”<sup>35</sup>.

La significación de la prevención general y especial recibe un acento diferente también en el proceso de imposición del derecho penal. El fin de la amenaza penal es, en primer término, de prevención general. En la imposición de la pena en la sentencia, por el contrario, deben ser consideradas necesidades de prevención especial y general, según las pautas de lo expresado en números 37 a 40, en igual medida. Finalmente, en la ejecución de la pena la prevención especial entra en un primer plano en forma absoluta, y así es como el § 2 de la StVollzG [*Strafvollzugsgesetz* (Ley de Ejecución Penal)] menciona únicamente a la (re)socialización como “objetivo de la ejecución”. Sin embargo, esto no debe ser malinterpretado en el sentido de que los fines de la pena podrían “distribuirse” según los distintos estados de realización del derecho penal en una separación estricta. No se trata de distribuir en niveles, sino de un diferente peso. Pues si la amenaza penal debe conservar su función motivadora, tampoco la ejecución debe perder totalmente su efecto de prevención general (cf. *supra*, núm. 40, e *infra*, núm. 44); ella no puede ser tomada aquí como objetivo por sí misma, pero debe estar asegurada mediante sus condiciones marginales. Por otro lado, la pena también puede desarrollar sus efectos de prevención especial sólo si esto ya está programado previamente en las disposiciones legales.

La teoría preventiva de la unión, por lo tanto, toma los puntos de partida de la prevención especial y general, de modo tal que tan pronto estos, tan pronto aquellos, entran en el primer plano: si bien cuando ambos objetivos se contradicen, el fin de resocialización preventivo-especial toma el primer lugar (núm. 40), en compensación, la prevención general domina en el ámbito de las amenazas penales (núm. 41), y justifica la pena por sí sola en caso de ausencia o fracaso de los fines de prevención especial (núms. 37 y s.), mientras que no puede darse una pena preventivo especial, sin ninguna intención de prevención general, a pesar del dominio absoluto del objetivo de socialización en la ejecución (núms. 40 y s.). La teoría de la unión, tal como es aquí sostenida, por lo tanto, no legitima una utilización arbitraria de puntos

<sup>35</sup> Acerca del problema de la ponderación entre prevención especial y general con incorporación de los preceptos legales sobre individualización de la pena, cf. en particular el capítulo “Individualización de la pena” (en el Tomo II).

de vista de prevención especial y general, sino que los coloca en un sistema cuidadosamente equilibrado y que sólo mediante el ensamble de sus elementos brinda un fundamento teórico para la punición estatal.

#### **b) La renuncia a toda retribución**

Por el contrario, en una teoría de la unión bien entendida, la retribución no puede entrar en consideración como una finalidad a ser tenida también en cuenta junto con la prevención<sup>36</sup>. En contra de los fundamentos ya presentados en números 8 a 10 para esta conclusión, se objeta ocasionalmente que sólo la retribución puede justificar la punición de los autores de los delitos de violencia del nazismo, quienes viven hoy socialmente integrados y ya no constituyen un peligro. Pero esto no es correcto. Pues la punición de estos hechos es necesaria por razones de prevención general, porque su no persecución debería conmover fuertemente la conciencia jurídica general: si tales asesinatos permanecieran sin castigo, todo otro autor de un delito de homicidio con relación al cual no existiera peligro de reiteración, podría invocar esto y exigir igualmente la impunidad. Esto debería relativizar en forma insoportable la vigencia de la prohibición de homicidio y su efecto preventivo.

La idea de la retribución tampoco puede ser integrada en las teorías de la unión, como ocurre frecuentemente, cuando se ve en la imposición retributiva de un mal la "esencia" de la pena, y sus fines justificantes, por el contrario, en los objetivos preventivos del derecho penal<sup>37</sup>. Pues las instituciones jurídicas no tienen una "esencia", independientemente de sus finalidades, sino que esta "esencia" está determinada por el objetivo que con ellas se quiere alcanzar. Únicamente

<sup>36</sup> De otra opinión, en tal medida, Armin Kaufmann, 1983, quien se atiene a la fuerza legitimante de la retribución a pesar de que rechaza una retribución "pura", separada de la prevención.

<sup>37</sup> Henkel, 1960, p. 9, objeta en contra de la suposición de que la "esencia" de la pena es la retribución, correctamente: "Cuando los padres castigan a un niño desobediente, lo hacen, razonablemente, para educarlo, y ellos faltan a este sentido verdadero del acto de la punición cuando se dejan llevar por 'golpes retributivos', provocados emocionalmente. Nadie discute que, además, ... las penas de menores previstas en el derecho penal de menores no tienen carácter retributivo, sino que deben ser concebidas como penas educativas".

es correcto que toda pena constituye una injerencia coactiva del estado y un perjuicio para el condenado. En tal medida, le es propio un elemento represivo; decretar unas vacaciones de descanso en Mallorca no podría ser calificado como una pena. Pero esto no se debe a un carácter retributivo de la pena conforme a su esencia, sino a que su irrenunciable componente de finalidad de prevención general fracasaría si (núms. 40 y s.) ella motivara a la comisión de hechos punibles en lugar de a su omisión. Por el contrario, una pena de tratamiento que consistiera en "entrenamiento social" no contradiría en absoluto la "esencia de la pena". Pues ella exige del condenado esfuerzos más grandes que un mero "cumplir" la ejecución en encierro, es decir que no prescinde en modo alguno del efecto de prevención general.

Es correcto, por lo demás, que en la pena reside una "censura ético-social", como actualmente se supone en general. Mediante este criterio se ha intentado diferenciar la pena materialmente de otras sanciones, tal como la pena disciplinaria como una "advertencia de deberes", y la multa como un "medio de doblegamiento". Ciertamente, estas distinciones son algo artificiales, porque apenas si es posible advertirlas en el efecto sobre el afectado, y porque al realizar tales diferenciaciones no se desconoce que la delimitación entre sanciones criminales y no criminales en los límites arriba mencionados es una libre decisión del legislador (cf. con más detalle § 2, núms. 39 y ss.). Pero, sea como fuese, de la circunstancia de que en la punición reside una "censura social" no se deriva que la pena sea, conforme a su esencia, retribución, ni, tampoco, sólo la imposición de un mal<sup>38</sup>. Pues, a partir de la desaprobación de una conducta también se puede derivar la consecuencia de tener por objetivo su futura evitación, en el sentido de actuación resocializadora.

### c) El principio de culpabilidad como medio para la limitación de la injerencia

De todos modos, sin perjuicio de renunciar a toda retribución, debe incorporarse un elemento decisivo de la teoría de la retribución, también en la teoría preventiva de la unión: el principio de culpabilidad como medio para la limitación de la pena. La falencia que es propia de todas las teorías preventivas, el hecho de que su punto de partida no contenga los límites al poder penal necesarios en un estado de

<sup>38</sup> Divergente en este punto, Jescheck, *AT*, 4ta. ed., § 8, I, 2, b.

derecho (núms. 16, 31), puede solucionarse de la mejor manera mediante una prohibición de superar la culpabilidad. De acuerdo con esto, la pena no puede ir más allá de la medida de la culpabilidad en su duración, tampoco cuando intereses de tratamiento, de seguridad, o de intimidación hicieran parecer deseable un encarcelamiento más prolongado. En tales casos, se quiebra el poder de injerencia del estado frente al interés de la libertad del condenado, el cual debe someterse a las necesidades del estado no según su libre arbitrio, sino sólo en el marco de su culpabilidad. El principio de culpabilidad tiene, por lo tanto, una función liberal, independientemente de toda retribución, y, en favor de la libertad del ciudadano, debe ser conservado también en un derecho penal moderno.

La exigencia de que la pena en ningún caso puede ser superior a la culpabilidad del autor se encuentra reconocida en la República Federal en forma preponderante. En general, se admite incluso que una pena que superara la medida de la culpabilidad lesionaría la dignidad del hombre (Art. 1 GG), de modo tal que el principio de culpabilidad tendría rango constitucional, de acuerdo con esto, en su función limitadora de la pena (BVerfGE 20, 323, 331)<sup>39</sup>. Esto resulta dudoso, cuando menos desde la perspectiva de la medida de la pena, porque en modo alguno se cuestiona la constitucionalidad de las medidas de seguridad, no limitadas por el principio de culpabilidad (al respecto, *infra*, núms. 54 y ss.), y porque ordenamientos jurídicos extranjeros a los cuales no se los podría acusar de despreciar la dignidad del hombre, en general, no han establecido legalmente en forma alguna el principio de culpabilidad. De todos modos, el principio de culpabilidad es, sin embargo, el medio más liberal y psico-socialmente más efectivo para limitar el poder penal del estado que ha sido encontrado hasta el momento. Pues dado que el monto de la culpabilidad es determinado por factores internos de la personalidad del autor y por la medida del daño causado, puede ser opuesto a las necesidades de prevención determinadas por necesidades sociales en forma efectiva. Además, la limitación de la medida máxima de la pena a una dura-

<sup>39</sup> La decisión, por cierto, hace referencia expresamente sólo al principio del estado de derecho y vincula, también, sólo la fundamentación de la pena (no el monto de la pena) unívocamente a la culpabilidad: "El principio de que toda pena presupone la culpabilidad tiene rango constitucional. Está fundamentado en el principio del estado de derecho".

ción acorde con la culpabilidad se corresponde con las sensaciones jurídicas, y en esa medida, tiene sentido también desde el punto de vista preventivo<sup>40</sup>. El sentimiento de justicia, al que se atribuye gran importancia para la estabilización de la conciencia jurídica general, exige que nadie sea penado más allá de lo que se merece; y “merecida” es solamente una pena que se corresponde con la culpabilidad.

Por el contrario, no existe objeción alguna desde el punto de vista teórico-penal en contra de una pena cuyo monto permanezca por debajo de la medida de la culpabilidad<sup>41</sup>. Si bien la pena no debe superar la medida de la culpabilidad, sí puede no alcanzarla, en tanto el fin de prevención lo admita. En esto reside una diferencia decisiva frente a la teoría de la retribución, que aunque limita igualmente la pena mediante la medida de la culpabilidad, exige una pena que se corresponda con ella en todos los casos, con independencia de toda necesidad preventiva.

La concepción aquí sostenida evita también las objeciones que se presentan contra una utilización del concepto de culpabilidad en el derecho penal desde la perspectiva del determinismo. Pues, aunque la culpabilidad supone intelectualmente la libertad de actuar de esta o de otra manera, cuando la afirmación de la culpabilidad humana sólo sirve para establecer un límite a la necesaria injerencia estatal por razones preventivas, la legitimidad de su reconocimiento como medio de asegurar la libertad de los ciudadanos no depende de su comprobabilidad empírica o desde el punto de vista de la teoría del conocimiento. Su admisión es un presupuesto normativo, una regla de juego social que no se expresa con relación a la cuestión de cómo

<sup>40</sup> Acerca de las complejas relaciones entre culpabilidad y prevención, cf. con más detalle los capítulos sobre “Culpabilidad” (§ 19) e “Individualización de la pena” (Tomo II).

<sup>41</sup> Acerca de la compatibilidad de esta concepción con el derecho vigente, especialmente con el § 46, I, y acerca de la discusión con las opiniones divergentes, cf. el capítulo sobre “Individualización de la pena” (Tomo II). Ampliamente de acuerdo con la concepción aquí sostenida, Haft, AT, 4ta. ed., p. 124 (“modelo especialmente convincente”). Frente a esto, Fletcher se manifiesta en favor de un derecho penal retributivo justamente debido a los peligros para el principio de igualdad que él ve en la fijación de objetivos utilitaristas, “ZStW”, núm. 101, 1989, p. 803. En torno de esta objeción –en su mayoría contradiciendo a Fletcher– giró la discusión en las Jornadas de profesores de derecho penal de 1989, en Trier (“ZStW”, núm. 101, 1989, p. 908).

está compuesta la libertad del hombre según el ser, sino que únicamente dispone que el hombre debe ser tratado por el estado por principio como libre y capaz de responsabilidad. La cuestión acerca de la existencia real del libre albedrío, debido a su imposibilidad de ser decidida objetivamente, debe ser dejada de lado al respecto<sup>42</sup>. Dado que el principio de culpabilidad sólo sirve como instrumento para la limitación de la prevención, no perjudica al individuo, sino que lo protege; incluso un determinista puede admitir un principio de regulación jurídica tal, porque no lesiona su convicción acerca de la estructura del curso del mundo. La situación que se plantea en el derecho con relación a la inculpabilidad y a la libertad es como la que se plantea con respecto a la dignidad del hombre (que la presupone), cuya existencia tampoco es "comprobable", pero cuya admisión tampoco es atacable con argumentos empíricos.

Diferente es lo que ocurre cuando se ve la retribución como un fin de la pena. Pues entonces la injerencia estatal ejerce no una necesidad preventiva, sino la compensación de la culpabilidad; por el contrario, con derecho se puede hacer valer que la injerencia estatal no puede apoyarse en suposiciones improbables sino solamente en las necesidades sociales. Pero esta objeción no alcanza a la teoría de la unión aquí sostenida.

Mediante la vinculación de la pena al principio de culpabilidad se eliminan también las objeciones éticas que se dirigen a que el individuo, mediante la persecución de fines preventivos es tratado como "medio para un fin", y, de este modo, perjudicado en su dignidad como per-

<sup>42</sup> Esto significa que cada uno puede responder a esta pregunta según su opinión personal. En contra de esta posibilidad, sobre todo, Arthur Kaufmann, "JZ", 1967, p. 555; ídem, *Luige FS*, 1976, p. 28; Lenckner, 1972, pp. 13 y ss., 17 y s.; Dreher, 1987; Gröfel, "ZStW" núm. 98, 1986, pp. 28 y ss.; ídem, "GA", 1989, pp. 193 y ss. En contra, especialmente, Bockelmann, "ZStW", núm. 75, 1963, p. 384, acentúa que el problema del libre albedrío en el derecho penal no "necesita ser recortado". Expresamente de acuerdo con mi opinión, Backes, *Maithofer FS*, 1988, pp. 54 y ss., bajo la referencia a la coincidencia con las teorías de ciencias sociales más nuevas. En favor de una "culpabilidad sin libertad", Streng, "ZStW", núm. 101, 1989, pp. 273 y ss. Cf. además, Pothast, 1980; Kunz, "ZStW", núm. 98, 1986, pp. 823 y ss.; Tiemeyer, "ZStW", núm. 100, 1988, pp. 527 y ss. El problema no puede ser presentado en forma completa en este marco. Las "Cuestiones fundamentales de la teoría de la responsabilidad" son tratadas con más detalle en el § 19 de este libro.

sona (núms. 4, 17, 31). Desde la perspectiva del esfuerzo hacia la socialización preventivo-especial, la objeción se elimina, por cierto, ya mediante la exigencia de colaboración libre y por propia responsabilidad del condenado (núm. 38). Pero en la medida en que subsisten los objetivos de la pena de aseguramiento individual y general, y de intimidación, sólo puede alcanzar aquellos casos en que el individuo es convertido en objeto de la fijación de objetivos preventivos más allá de la medida de su responsabilidad. Pues dentro del marco de lo "merecido" toda pena, en tanto es impuesta al autor en contra de su voluntad, trata al afectado como medio para un fin que primariamente no es el suyo; si este fin es de tipo preventivo-social o ideal (retribución compensatoria de la culpabilidad), esto en nada modifica que el condenado, en cualquier caso, se convierta en el objeto del poder coactivo del estado. Considerar esto como inadmisibles significaría que el estado debería renunciar en todo caso a la pena y la coacción, sin que ningún ordenamiento jurídico conocido se halle en situación de hacerlo<sup>43</sup>.

Ocasionalmente se intenta renunciar al principio de culpabilidad, cargado por su temprana vinculación con la teoría de la retribución y por las controversias filosóficas, y trasladar la necesaria limitación de la pena al principio de proporcionalidad<sup>44</sup>. Sin embargo, esta no es la vía idónea para la solución del problema<sup>45</sup>, como lo demuestra una mirada a la ley. Pues, según el derecho vigente, las medidas de seguridad encuentran su límite en el principio de proporcionalidad (§ 62). Pero si el legislador recurre a las medidas de seguridad siempre que no es

<sup>43</sup> Por lo demás, en la estructura de las "medidas de seguridad" pueden justificarse en el caso concreto también injerencias que son independientes de la culpabilidad del autor o que van más allá de ella; cf. al respecto, núm. 56 y siguientes.

<sup>44</sup> Ellscheid/Hassemer, 1970. Callies, 1974, p. 187, opina que detrás del principio de culpabilidad se oculta, en verdad, el principio de proporcionalidad. Un intento orientado criminológicamente de prescindir del principio de culpabilidad en el derecho penal y de solucionar el problema de la limitación de la injerencia mediante el principio de proporcionalidad es ofrecido por Schefler, 1985, e ídem, 1987. En contra del principio de culpabilidad y en favor de un "derecho de las medidas de seguridad referidas al hecho", también, Baumann, 1987. Cf. también los contrarios al principio de culpabilidad, *infra* § 19, núms. 43 y siguientes.

<sup>45</sup> Cf. al respecto, Roxin, 1973, p. 322; ídem, "SchwZStr", núm. 104, 1987, p. 363; Arthur Kaufmann, *Lange FS*, 1976, pp. 31 y siguientes.

posible asegurar la protección de la sociedad por medio de la pena en forma exitosa (cf. al respecto, núms. 54 y ss.), esto se debe a que las medidas de seguridad, a pesar de su restricción mediante el principio de proporcionalidad, posibilitan injerencias mucho más intensas en la libertad del imputado que lo que permite la punición en los límites del principio de culpabilidad. Esto puede ser sencillamente aclarado también desde un punto de partida teórico. Pues el interés de prevención es justamente dejado de lado mediante el principio de culpabilidad -debido a su fijación al hecho pasado- en el caso de la individualización del monto de la pena, y este efecto limitador de la pena no puede ser alcanzado por ningún otro principio. El principio de proporcionalidad significa sólo una prohibición de exceso en el marco de una duración de la sanción determinada en una forma puramente preventiva (cf. núm. 58), y aporta mucho menos para la limitación del poder de injerencia del estado; por lo tanto, no puede reemplazar al principio de culpabilidad.

#### d) Resumen

La teoría de la pena aquí sostenida puede ser resumida, de acuerdo con esto, como sigue: la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello los requisitos mínimos de prevención general. Tal concepción en modo alguno tiene significación preponderantemente teórica; más allá de lo señalado, tiene también numerosas e importantes consecuencias prácticas. La forma en que esta teoría actúa en lo particular en la aplicación del derecho vigente, sin embargo, puede ser considerada con mayor detenimiento sólo en las partes siguientes de este libro, al tratar la culpabilidad (§ 19), el sistema de sanciones (tomo II) y la individualización de la pena (tomo II).

## **II. FINALIDAD Y LIMITACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. LA RELACION ENTRE PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD**

Ya se ha mostrado que nuestro Código penal conoce, además de las penas, las medidas de seguridad, y que esta doble vía del sistema de sanciones caracteriza el elemento fundamental de la estructura de nuestra regulación de las consecuencias jurídicas (§ 1, núms. 2 a 4). A

partir de lo señalado con relación a las teorías de la pena puede verse por qué un derecho penal obligado al principio de culpabilidad requiere la segunda vía de las medidas de seguridad: la autolimitación del poder de injerencia del estado que se deriva de la vinculación a la medida de la culpabilidad, si bien por regla general posibilita una compensación adecuada entre los requerimientos de protección estatales y los intereses de libertad de los sometidos al derecho, en el caso particular, la peligrosidad de un autor para la generalidad puede ser tan grande que la pena, según la culpabilidad, no sea suficiente para asegurar en forma suficiente a la generalidad de sus ataques. Cuando por ejemplo una persona mentalmente disminuida, culpable sólo en una medida muy reducida, comete hechos violentos graves, y es de prever que los continuará cometiendo, entonces, su culpabilidad disminuida justifica sólo una pena pequeña (§ 21). Pero la protección de la generalidad hace necesario internarlo en un hospital psiquiátrico (§ 63), yendo más allá de esa culpabilidad, con fines de mejoramiento y de seguridad. Similar es lo que ocurre en los casos de adictos al alcohol o a las drogas, cuya culpabilidad frecuentemente es escasa, pero que deben ser internados en un establecimiento de desintoxicación (§ 64), a fin de evitar los peligros que de ellos se derivan (y en su propio interés). También puede ser impuesta una reclusión de seguridad sobre aquellos autores que no presentan tales perturbaciones manifiestas, pero que reinciden una y otra vez y amenazan con continuar produciendo graves daños (cf. § 66), la cual en su duración supera la pena posible según el principio de culpabilidad. También las restantes medidas de seguridad que son resumidas en el § 61 y que en lo particular serán tratadas posteriormente (tomo II), se apoyan en su totalidad en la idea de una peligrosidad del autor para la generalidad que no puede ser eliminada mediante la pena.

El fin de las medidas de seguridad, por lo tanto, es de tipo preventivo. Su misión primaria es siempre de prevención especial, porque de lo que se trata es de evitar por medio de las medidas de seguridad futuros hechos punibles del afectado por ella. Ciertamente, en tal medida los acentos están distribuidos de manera diferente, en tanto el fin de prevención especial según la medida de seguridad de que se trate no se manifiesta de la misma forma. Así, por ejemplo, la reclusión de seguridad expresa únicamente el componente de seguridad de la prevención especial, mientras que en el caso de los hospitales psiquiátricos la finalidad de seguridad y de resocialización coexiste en un mis-

mo rango. Además, las medidas de seguridad actúan asimismo, en su mayoría, desde el punto de vista de la prevención general, y esto también ha sido calculado por el legislador como finalidad secundaria: una medida de seguridad como la privación del registro de conducción (§ 69) frecuentemente produce mayor efecto intimidatorio en la generalidad que la pena que se espera en los delitos de tránsito, y, también en el círculo de los autores propensos, la reclusión de seguridad es frecuentemente más temida que la pena.

De ello resulta, por lo tanto, que el fin de la pena y la medida de seguridad no se diferencia en lo esencial. Si bien los fines preventivos son perseguidos mediante las medidas de seguridad en forma diferenciada, y en general, separada en el caso individual de la fijación de la función de la pena, la tendencia básica preventiva es la misma. Pena y medida de seguridad, por lo tanto, no se diferencian entre sí por el objetivo, sino en la limitación. La medida de seguridad está vinculada en su duración y gravedad no a la medida de la culpabilidad, sino solamente al principio de proporcionalidad, que permite injerencias más amplias que lo que le está autorizado a la pena.

De ello se deriva la cuestión de cómo puede ser justificada la facultad estatal para sanciones-medidas de seguridad tan intensas. Hasta ahora, esto ha ocupado a la ciencia mucho menos que la cuestión de la justificación de la pena<sup>46</sup>, pero no es de menor importancia. La respuesta sólo puede surgir de la idea de la ponderación de bienes; según esto, una libertad puede ser privada cuando su utilización conducirá, con gran probabilidad, a perjuicios para otros, los cuales, en su totalidad, son mucho más graves que las restricciones que debe tolerar el que causa el peligro por la medida de seguridad<sup>47</sup>. Con relación a esto, “valor y dignidad del hombre se encuentran... con todo su peso del lado de la balanza. Cuanto más sean valorados por el orde-

<sup>46</sup> Cf. Kaiser, 1990, p. 6, nota 15: “... no existe un desarrollo independiente de la doctrina, comparable con la teoría de la pena”.

<sup>47</sup> En principio, coincidentemente, Nowakowski, v. *Weber FS*, 1963, p. 103: “Principio del interés preponderante”; Stratenwerth, *AT*, 3ra. ed., núm. 36; similar, también, Schmidhäuser, *LB AT*, 2da. ed., 21/8, nota 4: “Interés de una vida en comunidad en alguna medida productiva”; ídem, *StuB AT*, 2da. ed., 16/7. También Kaiser, 1990, pp. 48 y s., encuentra la justificación de las medidas de seguridad en el “interés público preponderante... El interés público prepondera cuando los delitos son graves y la probabilidad de su comisión, alta”.

namiento jurídico, tanto más estrecho será el círculo de peligros contra los cuales entran en consideración medidas de seguridad precautorias<sup>48</sup>. Con frecuencia se hace referencia, en lugar de al principio de ponderación de bienes, a la idea de la vinculación a la comunidad de la libertad humana, la cual se pierde en caso de abusos graves, mientras que con relación a las personas con defectos físicos o psíquicos es la "idea del tratamiento curativo" la que justifica la medida de seguridad<sup>49</sup>. La idea del abuso, sin embargo, no aclara justamente la cuestión decisiva de por qué se "pierde" el derecho a la libertad más allá de la medida de la propia responsabilidad; y la idea del tratamiento curativo, como tal, no justifica todavía la coacción. Estas lagunas de fundamentación, en ambos casos, sólo pueden ser llenadas por el principio de la ponderación de bienes.

Desde el punto de vista de este principio resulta obvio lo que todavía expresa por sí el § 62: que una medida de seguridad, a pesar de la peligrosidad, no puede ser ordenada, "cuando no guarda relación con la significación de los hechos cometidos y esperados del autor, al igual que con el grado de peligrosidad que de él se deriva". El principio de proporcionalidad fluye de la idea del estado de derecho (BVerfGE 23, 127, 133, con otras citas), tiene por tanto rango constitucional y concreta el principio de la ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso: los daños y peligros que derivan del autor deben ser aceptados a pesar del interés de prevención en evitarlos cuando son menores que la afectación de la libertad que la medida de seguridad acarrearía para el afectado. En el caso de algunas medidas de seguridad, esta idea está más detallada en las normas particulares (cf., p. ej., § 66, I, N° 3, para la reclusión de seguridad).

<sup>48</sup> Nowakowski, v. *Weber FS*, 1963, p. 105. A partir de allí se ve que si bien la dignidad del hombre requiere una utilización discreta de las medidas de seguridad que superan la culpabilidad, tales injerencias no están sin más ni más en contra de aquella (cf. ya núm. 47, nota 43). Por otro lado, está claro que frente a una solución que autorizara en general la superación de la medida de la culpabilidad es mejor, desde el punto de vista del estado de derecho, una regulación que, como la nuestra, vincule la facultad para las sanciones de derecho criminal, como principio, a la medida de la culpabilidad, y que autorice sobrepasarla sólo en casos especiales (cf. al respecto, núm. 62).

<sup>49</sup> Así, Jescheck, *AT*, 4ta. ed., § 9, II, vinculado principalmente a Welzel, *StrafR*, 11ra. ed., § 32, II.

La concepción aquí sostenida, según la cual pena y medida de seguridad tienen el mismo objetivo y se diferencian sólo en el tipo de limitación, significa un acercamiento a la vía única. Pues las sanciones, según el Código penal, están fijadas en una sola vía en su finalidad, y corren por dos vías sólo en su limitación. Frente a esto, la teoría de la retribución muestra una forma más marcada de la doble vía en la medida en que la pena y las medidas de seguridad se diferencian claramente tanto según su finalidad como según sus límites: para ella la pena mira hacia el hecho pasado y se orienta a la culpabilidad, mientras que la medida de seguridad mira hacia el futuro y se apoya únicamente en la peligrosidad futura. Sin embargo, dado que tal comprensión de la pena hoy ya no es posible, y que la pena persigue, además, también fines preventivos (núms. 36 y ss.), un sistema de sanciones entre la doble y la única vía es la expresión correcta para nuestra comprensión modificada de la pena.

Tampoco se aporta nada cuando se construye una diferencia en la esencia de pena y medida de seguridad de tal forma que se ve en la punición una censura ético-social que no estaría presente en la imposición de la medida de seguridad<sup>50</sup>. Pues no se ve por qué en una "ebriedad en el tránsito" (§ 316) la censura social sólo estaría expresada en la punición, pero no en la "privación del registro de conducción" que se vincula a ella (§ 69). Lo mismo rige para la reclusión de seguridad, para la prohibición del ejercicio profesional, etc.: la generalidad y el autor mismo considerarán la imposición de tales medidas de seguridad, con razón, como la expresión de un fracaso social especialmente grave, y en caso de responsabilidad, también digno de censura, de modo tal que la suposición de que la censura sólo se hace valer mediante la pena contradice la realidad de la vida y agrega distinciones que en ella misma no se encuentran.

La tesis de la vía única en los objetivos de la pena y las medidas de seguridad es confirmada por la ley mediante la institución del llamado "sistema vicarial"<sup>51</sup>. Según el § 67, en el caso de disponerse simultáneamente una pena privativa de libertad y una medida de seguridad que priva de la libertad, la internación en el hospital psiquiátrico (§ 63) y en un establecimiento de desintoxicación (§ 64), por regla

<sup>50</sup> Así, por ejemplo, Bockelmann/Volk, *AT*, 4ta. ed., § 43, I, 1.

<sup>51</sup> En latín, *vicarius* = reemplazante. "Vicarial" significa, por lo tanto, "reemplazarse mutuamente".

general será ejecutada antes que la pena, y computada en ella, de modo tal que en numerosos casos la pena ni siquiera necesita ser cumplida en un establecimiento penitenciario. Naturalmente, la pena también puede ser ejecutada antes de la medida de seguridad, "cuando el fin de la medida de seguridad" pueda ser logrado más sencillamente de este modo (§ 67, II). Esta intercambiabilidad discrecional entre pena y medida de seguridad, orientada sólo al parámetro de la efectividad preventiva, demuestra en forma irrefutable que el legislador ve la finalidad de ambas consecuencias jurídicas en la prevención, y que utiliza como parámetro para su aplicación sólo la efectividad al servicio de la prevención del delito. Por cierto, la reclusión de seguridad, dado que ella no es mencionada en el § 67, siempre debe ser ejecutada recién después de la pena, pero también esto tiene su fundamento preventivo: dado que la medida de seguridad del § 66 tiene por objetivo un mero aseguramiento a través de la reclusión, resulta conforme a la finalidad ejecutar primero la pena que debe estar conformada en forma resocializadora y que puede hacer superflua, dado el caso, según el § 67, c, I, la ulterior reclusión de seguridad.

Se puede plantear la pregunta acerca de si la amplia fungibilidad entre pena y medida de seguridad no demuestra un paso total hacia la vía única, y, de este modo, la renuncia a la pena. Esta exigencia ha sido planteada una y otra vez por reformadores, y en el extranjero ha sido parcialmente llevada a la práctica (Suecia, Inglaterra, Bélgica, Grecia)<sup>52</sup>. De todos modos, debe darse preferencia al sistema utilizado en la República Federal, que mantiene la doble vía para la limitación de la pena. Pues, de acuerdo con esto, la pena, debido a su vinculación con la culpabilidad, constituye una injerencia menor en la libertad del ciudadano con relación a las medidas de seguridad. La conservación de la pena significa que el legislador ha decidido, como regla general, concretar su interés de prevención sólo en el marco delimitado por la culpabilidad por el hecho, y que también admite perjuicios preventivos en favor de la libertad del ciudadano que pueden resultar cuando la medida de la culpabilidad pone límite a la duración de la sanción. Sólo en los casos excepcionales de una puesta en peligro de la generalidad especialmente tenaz, puede ser superado este límite mediante la imposición de una medida de seguridad. Si mediante la abolición de la pena se convirtiera esta excepción en regla

<sup>52</sup> Con más detalle, al respecto, Jescheck, *AT*, 4ta. ed., § 9, II, 3.

de validez general, se habría abandonado de este modo una importante pieza de la liberalidad y se habría realizado un nuevo paso hacia el estado de bienestar total, lo cual no parece deseable desde el punto de vista socio-político.

### III. ¿LA REPARACION DEL DAÑO COMO TERCERA VIA DEL DERECHO PENAL?

En los últimos años se discute vivamente la cuestión de si es posible convertir a la reparación del daño, como nuevo tipo de sanción junto a la pena y las medidas de seguridad, en una "tercera vía" del derecho penal<sup>59</sup>. Ya el derecho vigente contiene los puntos de partida para una integración de la reparación del daño en el derecho penal (§§ 56 b, 57, III, 57 a, III, 59 a, II, 46, II; en la JGG [*Jugendgerichtsgesetz* (Ley de Tribunales de Menores)] §§ 15, 45, 47); sin embargo, se ha hecho aún poco uso de ello en la práctica. Frente a esto, razones convincentes hablan en favor de una incorporación amplia de la reparación del daño en el derecho penal. Pues de este modo los intereses de la víctima se ven mejor atendidos que con una pena privativa de libertad o una multa, que justamente, con frecuencia, hace fracasar la reparación del daño. También investigaciones empíricas han demostrado que el lesionado, al igual que la generalidad, le otorgan escaso o ningún valor a una punición adicional del autor frente a la reparación del daño en forma de un acuerdo entre autor y víctima, en casos de criminalidad leve o media. Por ello, se podría prescindir de la pena en casos que hoy son castigados con penas de multa leves, frente a una reparación total del daño; en los casos de delitos graves, la reparación del daño podría, con todo, tener como consecuencia la ejecución condicional de la pena o una atenuación obligatoria.

<sup>59</sup> De la extensa bibliografía sobre reparación del daño mencionen-se aquí solamente: Seelmann, 1981, pp. 44 y ss.; Rössner/Wulf, 1984; Frehsee, 1987; Roxin, 1987, pp. 37 y ss.; Weigend, 1989; Rössner, 1990, p. 164. Críticamente frente a una "tercera vía" y respecto de una incorporación extensa de la reparación del daño en el derecho penal, Hirsch, "ZStW", núm. 102, 1990, p. 534. Frente a esto, Lüderssen, 1989, p. 38, opina "que sólo queda como legítima fundamentación para el derecho penal público aquella que ve en él una protección generalizada de la víctima"; de acuerdo con él (p. 60) se debe "tratar, de ahora en más, de compensación y de resocialización". La discusión internacional es documentada ampliamente por Eser/Kaiser/Madlener (compiladores), 1990; también aquí quedan claras las diferentes posiciones en los informes finales de Roxin (p. 367) y Hirsch (p. 377).

Según esta concepción, la reparación del daño no es ya una cuestión puramente de derecho civil, sino que realiza un aporte esencial también para el logro de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser vivenciado por él -con frecuencia más que la pena- como justo y necesario, y de este modo, fomentar el reconocimiento de las normas. Finalmente, la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre el autor y la víctima, y, mediante esto, facilitar notablemente la reincorporación de aquel que ha cometido el hecho punible. Además, la reparación del daño es muy útil a la prevención de integridad (núm. 27), al realizar un aporte significativo a la recuperación de la paz jurídica. Pues sólo cuando el daño ha sido reparado, la víctima y la generalidad considerarán superada la perturbación social generada por el hecho -en muchos casos, incluso, independientemente de una punición-.

La legitimación jurídico-política de la reparación del daño como una "tercera vía" de nuestro sistema de sanciones la ofrece el principio de subsidiariedad (cf. § 2, núms. 28 y ss.). Así como la medida de seguridad reemplaza o complementa la pena como "segunda vía" allí donde esta no puede satisfacer las necesidades de prevención especial, o sólo puede hacerlo limitadamente, debido al principio de culpabilidad, la reparación del daño como "tercera vía" reemplazaría la pena o la atenuaría en forma complementaria en aquellos casos en que los fines de la pena y las necesidades de la víctima pueden ser satisfechos tan bien como con una pena no disminuida, o mejor que con ella. Naturalmente, todo esto es hasta ahora más programático que realidad: recién se podrá hablar de un derecho penal de tres vías (en lugar de dos, como actualmente) cuando el legislador la tome en cuenta en el sistema de sanciones en forma totalmente diferente a como ocurre actualmente<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> Un impulso en este sentido podría darlo el "Procedimiento conciliatorio para la solución de una causa penal", vigente en los nuevos *Bundesländer* luego del Tratado de Unificación (§§ 40 y ss. de la Ley de sedes de arbitraje en las comunidades del 13-9-1990), el cual intenta lograr el restablecimiento de la paz social y la compensación entre el autor y la víctima mediante la asunción voluntaria de obligaciones por parte del autor, y para cuyo cumplimiento se prevé el sobreseimiento del proceso por parte de la Fiscalía ( Cf. §§ 43, 45, *loc. cit.*).



TEORIAS DE LA  
PENA: LA  
JUSTIFICACION  
IMPOSIBLE

*Mary Beloff*



# TEORIAS DE LA PENA: LA JUSTIFICACION IMPOSIBLE

Mary Beloff

*"... porque me parece duro caso hacer esclavos a los que Dios y naturaleza hizo libres. Cuanto más, señores guardas -añadió Don Quijote-, que estos pobres no han cometido nada contra vosotros. Allí se lo haya cada uno con su pecado; Dios hay en el cielo, que no se descuida de castigar al malo, ni de premiar al bueno, y no es bien que los hombres honrados sean verdugos de los otros hombres, no yéndoles nada en ello" (Miguel de Cervantes Saavedra, El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha).*

## I. INTRODUCCION

Mucho se ha escrito sobre la pena y sus discursos de justificación. Este trabajo, en ese marco de profusión teórica, tiene por finalidad sólo la de describir el estado actual del debate en materia de teorías de la pena. Para ello se parte de una premisa metodológica elemental: distinguir entre teorías que justifican el castigo y aquellas que lo explican.

Se realizará un recorrido por las posturas tradicionales y las críticas de las que fueron objeto, se dará cuenta de las teorías más recientes y, finalmente, se verificará la insuficiencia de estos planteos como doctrinas de justificación de la pena, en la medida en que los postulados en los que se basan no reconocen comprobación empírica alguna.

Afirma Paul Wolf que las cruzadas y campañas históricas del derecho contra la injusticia llamada "crimen", han sido llevadas a cabo en nombre de altos ideales de la pena<sup>1</sup>. Por esta razón sostiene que siempre se ha considerado científicamente legítimo presentar la cambiante

<sup>1</sup> Cf. Wolf, P., *Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena*, en Poder y Control, PPU, Barcelona, 1986, Nº 0, p. 59.

historia del derecho penal como una historia de los ideales y de las teorías de la pena.

Nos proponemos entonces, siguiendo a Wolf, abordar la cuestión de si el discurso tradicional de las teorías de la pena -tal como fuera cultivado en el pasado y en parte todavía hoy-, contiene perspectivas de futuro para el derecho penal, y de si, en consecuencia, este discurso podría, efectivamente, corresponder a la "pretensión siempre legítima de producir una orientación paradigmática en la lucha por un derecho penal mejor"<sup>2</sup>.

Así, veremos en qué medida han contribuido, en la historia más reciente, las grandes ideas sobre la pena como "retribución", "intimidación", "expiación" o "prevención" en esta lucha, anticipando que, en este sentido, la historia de las teorías de la pena se revela como la historia del fracaso por un derecho penal mejor.

Precisemos. Esta historia de la pena es la historia de la pena estatal. Y esta sucesión de fracasos -a los que aludimos- se inicia con una transformación cualitativa y radical que sufrió el derecho penal al finalizar la Edad Media. De representar, básicamente, un aspecto regulador de las conductas de las personas que integran una sociedad, pasó a constituir, fundamentalmente, una función del Estado, lo que Maier denomina "la regulación jurídica de la reacción estatal frente a quien atenta contra el poder constituido y, más modernamente, frente a la violación de prohibiciones o mandatos con contenido penal"<sup>3</sup>.

Esta transformación esencial se relaciona con un profundo cambio en la organización social: el surgimiento y consolidación de un poder político centralizado, el Estado Nacional. Y consiste, básicamente, en expropiar a los ciudadanos el poder de reaccionar contra el ofensor, en mandar a ciertos órganos del Estado a proceder de oficio, sin esperar ni atender la voluntad de los individuos, y en instituir a la pena y el derecho penal en general, como un poder del Estado para el control social de los súbditos.

Para Maier, el debate sobre la función y los fines de la pena, tanto desde el punto de vista sociológico-empírico, cuanto filosófico-jurídico, es el que preside el discurso científico que expone y pretende dar solución a este problema.

<sup>2</sup> Cf. Wolf, P., *op. cit.*, p. 61.

<sup>3</sup> Cf. Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, pp. 532 y siguientes.

Intentaremos entonces repasar ese debate y esperamos demostrar que estos discursos científicos no han logrado dar solución al problema, sencillamente porque es insoluble. De estas cuestiones, en síntesis, nos ocuparemos en lo que sigue.

## II. ACERCA DE LAS TEORIAS ABSOLUTAS DE LA PENA

Las teorías absolutas de la pena encuentran su fundamento jurídico y su sentido exclusivamente en la retribución. A través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito. La pena se libera de toda finalidad y se presenta únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida en forma culpable. Y es precisamente la negativa a subordinar la aplicación de la pena a determinados fines concretos la que ha llevado a considerar esta tesis como absoluta<sup>4</sup>.

Estas teorías encuentran sustento ideológico en el reconocimiento del Estado como guardián de la justicia terrenal y como conjunto de ideas morales, en la fe, en la capacidad del hombre para autodeterminarse y en la idea de que la misión del Estado frente a los ciudadanos debe limitarse a la protección de la libertad individual<sup>5</sup>.

En Kant, para quien la ley penal es un imperativo categórico, encuentra la retribución un sólido defensor<sup>6</sup>.

Para Kant, la pena sólo tiene sentido si es retribución de la culpabilidad y, en consecuencia, no puede imponerse simplemente como medio para conseguir otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad, sino que tiene que imponerse en todo momento contra el delincuente porque ha delinquido. Cualquier otro fin constituiría, para él, una afrenta a la dignidad de la persona, ya que jamás un hombre puede ser utilizado como instrumento o degradado a la condición de objeto.

A fin de demostrar que ni siquiera un trasfondo de prevención gene-

<sup>4</sup> Cf. Naucke, *Strafrecht. Eine Einführung*, Frankfurt, 1987, p. 50, cit. por Guariglia, F., *El estado actual de la discusión en torno al concepto de pena*, inédito, 1990.

<sup>5</sup> Cf. Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1981, t. I, p. 96.

<sup>6</sup> No obstante, Stratenwerth señala que el principio de la retribución ya había sido discutido en la antigüedad. Cf. Stratenwerth, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Edersa, Madrid, 1982, p. 11.

ral puede acompañar a la pena, trae Kant a cuento un ejemplo consistente en que, si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverla, antes de que ello se llevara a cabo, debería ejecutarse al último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merecen sus hechos<sup>7</sup>.

Posteriormente, Hegel trató de dar respuesta al sentido que este rigor excesivo debería tener en la comunidad. Basado en la dialéctica, sostuvo que el orden jurídico representa la voluntad general y que este orden niega con la pena la voluntad especial del delincuente expresada en la lesión jurídica que, en consecuencia, queda anulada por la superioridad moral de la comunidad. De esta manera se restablece, en su esquema, la coincidencia de la voluntad general con la especial mostrando la inutilidad del delito y su falta de vigencia<sup>8</sup>.

Finalmente, Hegel coincide con Kant en descalificar la persecución de fines distintos a la mera restitución del derecho lesionado mediante la pena. En especial critica a Feuerbach, afirmando que una teoría que sustente la aplicación de la pena a partir de la necesidad de intimidación del hombre supone considerar a este como un ser carente de libertad, lo que se opone en forma manifiesta a las nociones de derecho y justicia que ven en la libertad y en la voluntad su fundamento básico<sup>9</sup>.

Las críticas no tardan en llegar. Stratenwerth<sup>10</sup> señala varios defectos de esta concepción. Por un lado, la falacia de concebir a la libertad de la voluntad como propiedad esencial abstracta de la persona y presu- puesta en el caso del hombre concreto en una situación social dada. Para él, sólo es posible tomar en cuenta la falta fáctica de libertad, lo que dificulta hablar de culpabilidad.

Por el otro, distingue la imposibilidad de determinar judicialmente la culpabilidad personal, concepto en el que se apoya toda esta construcción teórica. La culpabilidad jurídico-penal es algo bien distinto de la culpabilidad personal: constituye un concepto negativo, en

<sup>7</sup> Cf. Kant, I., *Metafísica de las Costumbres*, Madrid, 1989, pp. 165 y ss.

<sup>8</sup> Cf. Hegel, G. F., *Filosofía del Derecho*, Claridad, Buenos Aires, 1937, p. 202.

<sup>9</sup> Cf. Roxin, C., *La parte general del derecho penal sustantivo*, en AA.VV., *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 54 y siguientes.

<sup>10</sup> Cf. Stratenwerth, G., *op. cit.*, pp. 11 y siguientes.

cuanto se trata de la simple constatación de la ausencia de determinadas causas que excluyen la responsabilidad personal del autor. En consecuencia, nada aporta a una verdadera legitimación de la pena y menos aún cuando la sociedad sancionadora no sólo determina qué comportamientos son criminales y perseguibles como tales sino que es responsable del surgimiento y el mantenimiento de las fuerzas que provocan el comportamiento desviado.

Otra objeción importante, remarcada tanto por Roxin como por Stratenwerth, es aquella que señala la inadmisibilidad del argumento retribucionista que parte de la aplicación del "mal" de la pena para compensar la lesión jurídica. Este presupuesto, expresión de una "mala metafísica" para Stratenwerth y sólo admisible mediante "un acto de fe" para Roxin, se encuentra frente al problema de que la relación pena-compensación, relación necesaria para el pensamiento retributivo, no se verifica en la realidad y es inadmisiblemente racionalmente. En palabras de Stratenwerth "la violación del derecho puede desencadenar, por cierto, sea en el afectado por el hecho o en la opinión pública, vehementes necesidades de retribución, que sólo podrían ser acalladas con la sanción del 'culpable'. Pero ello solamente significará que en nuestra tradición los conflictos sociales a los que se vincula el derecho penal se resuelven de esta manera. Pero, por el contrario, ello no implica que la pena sea la única forma posible, ni siquiera la más razonable, de superar estos conflictos. Aquí la teoría de la retribución desemboca en una cuestión: hasta qué punto la existencia de nuestro orden social depende realmente de que el comportamiento desviado sea reprimido con la pena"<sup>11</sup>.

Roxin objeta a esta teoría, asimismo, el no especificar los presupuestos de la pena, esto es, no responder a la pregunta sobre cuándo hay que penar, sino limitarse a señalar que si existe un hecho amenazado con pena, y este es cometido, la pena debe ser aplicada. Queda así librado al legislador, en sus términos, un "peligroso cheque en blanco"<sup>12</sup>.

Para concluir con el análisis de estas teorías, cabe destacar el llamado de alerta que hace Zaffaroni respecto de que, si bien ellas implicaron en su tiempo una limitación al poder absoluto del Estado, ello no trajo aparejado una proporcional reducción de la crueldad. Y recuerda a

<sup>11</sup> Cf. Stratenwerth, G., *op. cit.*, p. 13.

<sup>12</sup> Cf. Roxin, C., *Problemas básicos del derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, p. 14.

Nietzsche, para quien este mundo de los conceptos morales nunca perdió del todo "un cierto olor a sangre y tortura", agregando el filósofo alemán que ello ni siquiera lo logró Kant: para Nietzsche, el imperativo categórico olía a crueldad<sup>13</sup>.

### III. ACERCA DE LAS TEORIAS RELATIVAS DE LA PENA

Las teorías relativas se oponen completamente a las absolutas. Para ellas la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger a la sociedad. La pena no constituye un fin en sí misma, sino un medio de prevención. El sentido de la pena consiste únicamente en cumplir su tarea de impedir que se cometan en el futuro acciones punibles. Los fundamentos ideológicos de las teorías relativas están constituidos por las teorías políticas humanitarias de la Ilustración, por la inclinación a la explicación científica causal del comportamiento humano, por la fe en la posibilidad de educar a las personas, inclusive a las adultas, a través de una adecuada intervención sociopedagógica, y por el escepticismo frente a todos los intentos de explicar metafísicamente los problemas de la vida social<sup>14</sup>.

#### a) La prevención general

Para esta teoría, en su concepción tradicional o negativa, la pena se justifica a partir de una finalidad concreta: disuadir de obrar en forma antijurídica a potenciales autores de hechos punibles<sup>15</sup>.

Otra forma que adopta esta teoría es aquella que se propone robustecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social a través del veredicto manifestado con la pena (prevención general positiva).

Si bien las escuelas penales de los siglos XVII y XVIII habían estado determinadas por ideas de tipo preventivo, fue Paul Johann Anselm v. Feuerbach quien distinguió entre prevención general y prevención especial<sup>16</sup>, vinculando la prevención general a la conminación penal y haciendo de ella el centro de su sistema.

<sup>13</sup> Cf. Zaffaroni, E. R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1987, t. I, p. 84.

<sup>14</sup> Cf. Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 98.

<sup>15</sup> Cf. Naucke, *op. cit.*, p. 50; Stratenwerth, G., *op. cit.*, p. 16; Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1985, p. 17; Jakobs, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Nueva York, 1983, p. 13, cit. por Guariglia, F., *op. cit.*

<sup>16</sup> Cf. Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 99.

En su esquema, la conminación penal tenía que producir prevención general a través de la coacción psicológica, es decir, mediante el efecto intimidatorio que causaría en el potencial delincuente constatar la existencia y aplicación de la conminación penal, generando en este la convicción de que el daño a sufrir, en caso de cometer el hecho, resultaría mayor que aquel derivado de dejar insatisfecho su impulso delictivo<sup>17</sup>.

Sin embargo, esta teoría no explicita los presupuestos bajo los que sería razonable la aplicación de una pena. Destaca Stratenwerth que el criterio de la transgresión de la norma, que puede ocurrir sin culpabilidad del autor, resulta a estos fines insuficiente. Por lo tanto, es necesario que se compruebe en la persona del autor otras condiciones si es que se pretende convertirlo en ejemplo. Estas condiciones adicionales no surgen de las exigencias de la prevención general<sup>18</sup>.

Además, no se han verificado empíricamente los supuestos efectos intimidatorios de la pena. Por lo contrario, el único dato al que se ha arribado mediante la investigación empírica demuestra que, a pesar de la existencia de la pena, se siguen cometiendo delitos.

Puede cuestionarse, asimismo -siguiendo a Kant-, la utilización del individuo como medio para lograr la intimidación.

Por último, es destacable en este planteo la ausencia de todo límite al *ius puniendi* del Estado. Esta circunstancia torna sumamente peligrosas, para el respeto de las garantías de los ciudadanos en un Estado Social y Democrático de Derecho, las consecuencias de la implementación de políticas criminales sustentadas en esta forma de prevención.

### **b) La prevención especial**

La prevención del delito que se propone influir directamente sobre el autor se denomina prevención especial o individual. En sentido abstracto puede tener lugar por dos vías diferentes: por medio de coacción física, que debe impedir exteriormente que el autor cometa nuevos delitos (negativa), o mediante la remoción de la disposición psíquica que lo conduce a la delincuencia (positiva)<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Cf. Roxin, C., *Introducción...*, cit., pp. 61 y ss; Nauke, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

<sup>18</sup> Cf. Stratenwerth, G., *op. cit.*, p. 17.

<sup>19</sup> Cf. Stratenwerth, G., *op. cit.*, p. 14.

La pena es entonces concebida como tratamiento o educación del autor del hecho punible con miras a su reinserción social y, a la vez, como seguridad para la sociedad de que este no va a reincidir en su comportamiento delictivo. Estos dos fines, señala Naucke, deben ser claramente diferenciados, ya que se suele identificar prevención especial con resocialización, cuando lo correcto es que, a su juicio, para esta concepción, la pena se justifica por ambas vías; incluso, ya la mera seguridad, en caso de que la resocialización fracase, es concebida como un resultado favorable para la comunidad<sup>20</sup>.

Sin embargo, concebir la pena como un medio de la prevención especial encuentra varias dificultades.

Está demostrado que los presupuestos de la eficacia de la prevención especial no coinciden con los de la concepción que vincula a la pena con la culpabilidad. Afirmaba v. Liszt que sólo la pena necesaria es justa; pero necesaria desde el punto de vista preventivo especial es solamente aquella pena que se requiere para impedir la reincidencia del autor concreto. A estos fines, la culpabilidad carece de toda función. Por esta razón, por ejemplo, los delitos graves deberían permanecer impunes en la medida en que no existe prácticamente peligro de una reincidencia. Y, en el caso de los delincuentes "crónicos", la pena dirigida exclusivamente a la prevención especial conducirá a la lesión flagrante del principio de proporcionalidad, al proponer un encierro perpetuo, dado que en estos casos no existen, en la práctica, posibilidades de resocialización<sup>21</sup>.

Por su parte, Jescheck critica esta teoría señalando que de ser coherente con este planteo, se debería sustituir la pena por medidas terapéuticas, pues si de lo que tratara el derecho penal fuera solamente de la resocialización del delincuente, entonces sería tan absurdo la desaprobación del delito que la pena lleva implícita como la desaprobación de una enfermedad<sup>22</sup>.

Tampoco en esta teoría se encuentran elementos limitadores del *ius puniendi* estatal -como puede serlo la culpabilidad-. Esta circunstancia, como se señalara anteriormente, torna sumamente riesgosa su instrumentación en políticas criminales concretas, ya que el único límite que encontraría la ejecución de la pena sería el éxito del tratamiento,

<sup>20</sup> Cf. Naucke, *op. cit.*, p. 51.

<sup>21</sup> Cf. Stratenwerth, G., *op. cit.*, p. 15.

<sup>22</sup> Cf. Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 103.

noción por demás imprecisa y arbitraria.

Con todo, a esta altura del debate, el concepto mismo de resocialización ha sido puesto en tela de juicio. No sólo se ha demostrado que tal efecto no se cumple sino que, en el caso de la pena privativa de libertad -en los hechos prácticamente la única pena aplicada- se ha comprobado que no hace más que acentuar e incluso tornar definitivo el deterioro del condenado<sup>23</sup>.

#### IV. ACERCA DE LAS TEORIAS MIXTAS, ECLECTICAS O DE LA UNION

Estas teorías tratan de mediar entre las teorías absolutas y las relativas, pero no a través de la simple adición de ideas contrapuestas, sino a través de la reflexión práctica de que la pena en la realidad de su aplicación frente al afectado por ella y frente a su mundo circundante siempre desarrolla la totalidad de sus funciones<sup>24</sup>.

De donde lo que interesa, según uno de sus sostenedores, Claus Roxin, es reunir todos los fines de la pena en una relación equilibrada (método dialéctico), aunque, en caso de antinomias, haya que inclinarse por uno u otro principio<sup>25</sup>.

Baumann llama a estas teorías "conciliadoras" y afirma que ellas pretenden armonizar la oposición entre pena no dirigida al fin y pena con miras al fin, exigiendo la pena en el marco de la culpabilidad por el hecho, pero atendiendo a sus fines. Sostiene que desde el punto de vista de la medida de la pena, a estas teorías también se las llama "teorías-margen", porque toman como punto de partida el criterio de que la pena adecuada a la culpabilidad debe dejar un margen determinado en que puedan tenerse en cuenta después los fines de la pena<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> En este sentido, cf. Stratenweith, G., *op. cit.*, pp. 14 y ss.; Roxin, C., *Problemas...*, cit., pp. 15 y ss.; Zaffaroni, E. R., *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989; Pavarini, M., *Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional*, en Poder y Control, PPU, Barcelona, 1986, Nº 0, pp. 155-174; Baratta, A., *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*, en Poder y Control, PPU, Barcelona, 1986, Nº 0, pp. 76-92; Baratta, A., *Resocialización o control social. Por un concepto crítico de reintegración social del condenado*, en NO HAY DERECHO, Buenos Aires, abril-mayo 1991, Nº 3, pp. 30-34, entre otros.

<sup>24</sup> Cf. Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 103.

<sup>25</sup> Cf. Roxin, C., *Problemas...*, cit., p. 34; Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 103.

<sup>26</sup> Cf. Baumann, J., *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema*, Delpalma, Buenos Aires, 1981, 2da. ed., pp. 16-17.

Por su parte, Zaffaroni afirma que estas teorías son las que predominan en la actualidad, tomando su fundamento de las teorías absolutas y cubriendo sus fallas con las teorías relativas. Para ello, explica, estas teorías esgrimen como argumento que la reacción estatal contra el delito siempre es compleja y que, en tanto que es impracticable pensar en una coacción absoluta por la vía retributiva, caer en la pura prevención especial implica confundir la pena con la medida<sup>27</sup>.

En su primera formulación esta concepción supone diferentes etapas en cada una de las cuales la función de la pena es también distinta. Su legitimación proviene de la misión del derecho penal, concebida aquí como la protección de bienes jurídicos. Esta misión se lleva a cabo, en primer término, mediante la amenaza y la explicitación de las conductas prohibidas (prevención general). En la imposición y graduación de la pena se encuentran nuevamente elementos preventivo-generales, ya que se comprueba la seriedad de la amenaza, y también elementos preventivo-especiales, al intentar disuadir al delincuente de la comisión de nuevos delitos. Durante esta etapa se debe asegurar que la pena a imponer no exceda el límite fijado por la culpabilidad (teoría retributiva). Finalmente, la ejecución de la pena tiene por objeto la reinserción social del infractor -prevención especial<sup>28</sup>.

En posteriores obras Roxin reformuló su teoría, acercándose a la tesis de la prevención general positiva, al introducir el concepto de prevención general de integración, que supone el reemplazo de una concepción puramente intimidatoria de la prevención general por la estabilización de la conciencia jurídica general como uno de los fines de la pena adecuada a la culpabilidad<sup>29</sup>.

Ataca Stratenwerth estas teorías, al sostener que el sentido de penar determinados comportamientos irregulares difícilmente pueda deducirse de tesis que procuran reunir, por los menos con fines prácticos, sobre un denominador común, concepciones incompatibles<sup>30</sup>.

## V. LAS LEGITIMACIONES RECIENTES

### a) La teoría de la integración-prevención

La teoría sistémica, en los últimos años, ha proporcionado el marco

<sup>27</sup> Cf. Zaffaroni, E. R., *Tratado...*, cit., p. 86.

<sup>28</sup> Cf. Roxin, C., *Problemas...*, cit., pp. 21 y siguientes.

<sup>29</sup> Cf. Roxin, C., *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, Madrid, 1981, p. 97.

<sup>30</sup> Cf. Stratenwerth, G., *op. cit.*, p. 18.

teórico a un intento por dar solución a problemas que han permanecido sin una respuesta satisfactoria en el curso de los recientes desarrollos del pensamiento penal. Esta tentativa ha encontrado su más sistemática expresión en Jakobs, quien utiliza la concepción de Luhman del derecho como instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas<sup>31</sup>.

Según Jakobs, la pena constituye una reacción imprescindible para el restablecimiento del orden social quebrantado por el delito. En su esquema, este orden se estructura mediante expectativas, basadas en normas que deben ser respetadas por todos. Si una expectativa normativa se frustra, no debe ser abandonada por ello, sino que debe ser reafirmada contrafácticamente: se encierra al condenado para demostrar lo indebido de su actuar, reforzándose de esta forma la validez de la norma violada.

Así, pues, para Jakobs, la función de la pena consiste en confirmar la validez de la norma pensada como modelo de orientación social. El castigo representa la contradicción de la negación de la norma y por su intermedio se pretende fortalecer la estabilidad social y la fidelidad al derecho<sup>32</sup>.

Esta teoría resulta difícilmente clasificable, ya que reúne elementos retribucionistas y preventivos. No es una teoría absoluta en sentido estricto, porque no se basa en ningún absoluto moral o ideal. Tampoco es enteramente relativa, ya que el fin de la pena -contradicción de la conducta disvaliosa y reafirmación de la norma- se agota en la mera aplicación, sin que se esperen de ella efectos ulteriores (resocialización, intimidación) que la sustenten<sup>33</sup>.

Numerosas son las críticas que se han formulado a este enfoque. Wolff señala dos objeciones básicas: por un lado, tomando las críticas de Kant a las teorías relativas, se opone a la utilización del individuo como medio para reafirmar ante el resto de la comunidad la idea de "fidelidad al derecho"; por el otro, sostiene que la aplicación de esta teoría conduciría a abandonar la utilización de criterios legales en la determinación de la pena: si en una comunidad la concepción del

<sup>31</sup> Cf. Baratta, A., *Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 3.

<sup>32</sup> Cf. Jakobs, G., *op. cit.*, pp. 6 y ss.; Roxin, C., *Culpabilidad y prevención...*, *cit.*, p. 97.

<sup>33</sup> Cf. Guariglia, F., *op. cit.*

derecho es muy fuerte, y, por lo tanto, la “fidelidad al derecho” resulta demasiado estrecha, entonces la teoría tal como es concebida debería admitir estas penas; el extremo contrario, cuando una comunidad recién comienza a cobrar conciencia de la necesidad de respeto a las normas, deriva, para Wolff, en la utilización de penas aún más altas para poder evitar la desestabilización. De donde, concluye, la prevención general positiva desembocaría siempre en un perjuicio para el autor<sup>34</sup>.

Otras críticas se levantan contra este planteo. Son las que consideran disvalioso que anteponga la noción de sistema a la de individuo, relegando los principios garantizadores de culpabilidad como fundamento de la aplicación de una sanción y de protección de bienes jurídicos como fin del derecho penal. Algunos han advertido sobre los riesgos totalitarios que acarrearía la implementación de esta teoría, al pretender, en última instancia, imponer el consenso sobre determinados valores mediante la amenaza penal<sup>35</sup>.

Una última crítica a señalar es la efectuada por Hassemer, quien afirma adherir a esta corriente, sobre la que señala entraña la posibilidad del surgimiento de un derecho penal terrorista, al pretender un reconocimiento normativo que es posible alcanzar con medios contrarios a los valores éticos sociales<sup>36</sup>.

## b) La teoría consensual

Carlos Nino ha desarrollado largamente esta teoría<sup>37</sup>.

A su juicio, es indudable que consideraciones de protección social proveen una justificación *prima facie* para muchas privaciones de

<sup>34</sup> Cf. Wolff, E. A., *Das neue Verstandnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Nº 97, Berlín, 1985, pp. 802 y ss., cit por Guariglia, F., *op. cit.*

<sup>35</sup> Cf. Muñoz Conde, F., *Derecho penal y control social*, Jerez de la Frontera, 1985, pp. 21 y ss., pp. 41 y ss.; Baratta, A., *Integración-prevención...*, cit., pp. 3 y ss.; Smaus, G., *Le legittimazioni tecno-cratice del diritto penale: fuga in avanti nella prevenzione generale*, en *Dei Delitti e Delle Pene*, 1985, pp. 93-113.

<sup>36</sup> Cf. Hassemer, W. y Muñoz Conde, F., *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 103.

<sup>37</sup> Cf. Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980; del mismo autor, *La huida frente a las penas*, en *NO HAY DERECHO*, Buenos Aires, primavera 1991, Nº 4, pp. 4-8.

derechos normalmente reconocidos. En su teoría, la justificación de la pena como medio eficaz de protección social se construye sobre el consentimiento de la persona sobre quien recae la pena.

Para Nino es necesario considerar a los individuos como unidades elementales, debiendo tenerse en cuenta el bienestar comparativo de cada uno de ellos para juzgar acerca de la legitimidad o no de las medidas que puedan alterarlo. Afirma: "mi sugerencia es que la pena, en cuanto medida coactiva generalmente gravosa que implica una privación de derechos, puede justificarse, en principio, cuando es un medio necesario y efectivo de protección social y se la distribuye de acuerdo con el consentimiento previo de sus destinatarios"<sup>38</sup>.

No obstante ser un planteo reciente, esta teoría no escapa a las críticas ya reseñadas de las que son objeto las teorías de la prevención en general. A estas puede sumarse la conocida objeción que se formula a los planteos de tipo contractualista<sup>39</sup>.

### c) El garantismo penal como doctrina de justificación

Es Luigi Ferrajoli quien desarrolla esta teoría sosteniendo básicamente que existe una correspondencia biunívoca entre justificación y garantismo penal<sup>40</sup>.

Para él un sistema penal está justificado si y únicamente se minimiza la violencia arbitraria de la sociedad. Este fin se alcanza en la medida en que sean satisfechas las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Así, estas garantías pueden ser concebidas como otras tantas condiciones de justificación del derecho penal, en el sentido que sólo su realización es válida para satisfacer los fines justificantes.

Ello significa, continúa Ferrajoli, que por semejantes fines no se justifican medios violentos o de cualquier forma opresores, alternativos al

<sup>38</sup> Cf. Nino, C. S., *Los límites...*, cit., p. 255.

<sup>39</sup> No obstante, Nino no se reconoce como adherente a tales teorías porque no fundamenta la validez de los principios justificadores de la pena o de otras instituciones sociales sobre la base del consentimiento real o hipotético de los individuos concernidos, que es lo que para él distingue una posición contractualista -como la de Rawls en la actualidad-. Cf. Nino, C., *La huida...*, cit., p. 6. Para las críticas al contractualismo en esta materia cf. Zaffaroni, E. R., *En busca de...*, cit.; y del mismo autor *¿Vale la pena?*, en NO HAY DERECHO, Buenos Aires, fines de 1991, Nº 5, pp. 5-8.

<sup>40</sup> Ferrajoli, L., *El derecho penal mínimo*, en Poder y Control, PPU, Barcelona, 1986, Nº 0, pp. 24 y siguientes.

derecho penal mismo y a sus garantías; y significa también que el derecho penal no es el único medio, y ni siquiera el más importante, para prevenir los delitos y la violencia arbitraria.

Para esta perspectiva sería perfectamente posible abolir determinadas penas (como la carcelaria) e ir reduciendo cuantitativamente el ámbito de intervención penal hasta el límite de su tendencial supresión, debiendo permanecer siempre el derecho penal y sus garantías para el único caso que pudiera producirse -en una sociedad perfecta o ideal- de reacción institucional coactiva frente a un hecho delictivo<sup>41</sup>.

La tesis presentada depende de que sea aceptado como fin del derecho penal no sólo la máxima ventaja de los no desviados a través de su defensa contra los delitos, sino también del mínimo daño de los desviados por medio de su defensa frente a daños más graves.

Este modelo de justificación se diferencia de los anteriores en que no suministra una justificación en abstracto del derecho penal, sino que únicamente consiente justificaciones de los sistemas penales concretos. Además, este tipo de justificación es histórico y, en consecuencia, relativo.

Concluye Ferrajoli sosteniendo que este modelo permite no sólo y no tanto justificaciones globales, sino justificaciones y deslegitimaciones parciales y diferenciadas, para particulares normas o institutos o prácticas de cada ordenamiento.

Las críticas a este esquema las plantearemos al tratar el abolicionismo penal, movimiento que se originó, precisamente, en países donde el sistema de garantías que tanto apoya Ferrajoli funciona relativamente mejor que en el resto de los ordenamientos normativos, en particular, los latinoamericanos.

## VI. CONCLUSIONES

A lo largo de la exposición dimos cuenta, con resultado negativo, de los principales esfuerzos teóricos por responder a la pregunta respecto de qué justifica aplicar una sanción a una persona que infringe una norma penal.

<sup>41</sup> Cf. Baratta, A., *Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 623 y ss.; Pavarini, M., *¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal*, en *NO HAY DERECHO*, Buenos Aires, septiembre-octubre 1990, Nº 1, pp. 4-9.

Ni las teorías absolutas, ni las relativas así como tampoco sus posibles combinaciones, logran dar una respuesta satisfactoria al problema.

Aparentemente, la única postura que parece justificar las prácticas punitivas de una sociedad democrática con algún sustento es la del programa de derecho penal mínimo, defendida por Ferrajoli.

Sin embargo, no son pocas las críticas que se pueden formular a este modelo.

Y son precisamente los abolicionistas quienes, a mi juicio, logran dar respuesta a la pregunta planteada al inicio, negándola.

En sus análisis ponen el acento en que el sistema penal se ha mostrado inadecuado -tanto teórica como empíricamente- frente a los fines utilitaristas que se ha prefijado; y en relación con la declaración de querer perseguir fines correccionales, han puesto de relieve que existen hoy elementos inimpugnables capaces de develar la inconsistencia tanto teórica como práctica de la prevención especial.

Respecto del resurgimiento actual de tendencias neoliberales que inclinan al sistema penal a declararse teleológicamente orientado a fines de prevención general y disuasión, recuerdan que bibliotecas enteras niegan también la perseguibilidad de estos fines.

Por último, insisten, el sistema penal no sólo ha fallado respecto a los fines considerados "manifiestos", sino que, hoy en día en las sociedades avanzadas, es en la misma medida problemático individualizar con seguridad cuáles son en realidad los fines "latentes", "escondidos", en suma, las funciones materiales y no ideológicas del sistema de la justicia penal<sup>42</sup>.

Los abolicionistas rompen el paradigma. Ya no se cuestionan sobre los fines y funciones de la pena. Simplemente demuestran que el sistema penal es un problema social en sí mismo porque causa un sufrimiento innecesario, que está desigualmente repartido, que roba el conflicto, ya que apenas influye en aquellos que se ven directamente involucrados y que parece difícil de controlar.

En palabras de De Folter<sup>43</sup>, el abolicionismo es la bandera bajo la que navegan barcos de distinto tamaño transportando distintas cantida-

<sup>42</sup> Cf. Pavarini, M., *¿Abolir la pena? ...*, cit., p. 6.

<sup>43</sup> Cf. De Folter, R. S., *Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Huilsman, Mathiesen y Foucault*, en AA.VV., *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 59.

des de explosivos, dirigidos a acabar con el sistema de justicia penal.

Volviendo a nuestro punto de partida, parecen legítimos estos esfuerzos por poner fin a un sistema de resolución de conflictos producto de una organización social, económica y cultural de la humanidad determinada históricamente. La comunidad europea puede servir como ejemplo de que ese modelo de organización socio-política, esto es, el Estado nacional, está llegando a su fin.

El vertiginoso desarrollo de las ciencias duras aparenta haber eclipsado posibles formulaciones de fuerte contenido transformador en las ciencias sociales. Un breve repaso de la producción teórica de las últimas décadas permite corroborar tal afirmación. Todos los esfuerzos parecen haberse dirigido, tímidamente, a tratar de explicar y justificar el lugar del hombre y sus construcciones en ese mundo tecnológicamente tan cambiante.

En las postrimerías del siglo XX, ya no tiene sentido seguir pensando teorías de justificación de la pena, salvo que uno actúe con muy "mala conciencia".

Es necesario, entonces, a través de la reflexión filosófica y científica, encontrar formas nuevas de resolver viejos conflictos, demostrado que fue que las existentes no los resuelven.

La consigna del mayo francés puede tener alguna aplicación a lo hasta aquí planteado. La imaginación al poder representa una posible forma de salir de este encierro mental al que aparentemente estamos condenados.

Mientras tanto, la solución aportada por la propuesta del minimalismo penal puede ser útil para llenar el vacío, como bisagra entre lo que fue y lo que puede ser.

"El hilo se ha perdido; el laberinto se ha perdido también. Ahora ni siquiera sabemos si nos rodea un laberinto, un secreto cosmos o un caos azaroso. Nuestro hermoso deber es imaginar que hay un laberinto y un hilo. Nunca daremos con el hilo; acaso lo encontramos y lo perdemos en un acto de fe, en una cadencia, en el sueño, en las palabras que se llaman filosofía o en la mera y sencilla felicidad"<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Borges, J. L., *El hilo de la fábula*, en *Los conjurados*, Obras Completas, Emecé, Buenos Aires, 1989, p. 481.

HACIA UN CRITERIO  
PARA LA  
DETERMINACION  
JUDICIAL DE LA  
PENA

*Mario Magariños*



# HACIA UN CRITERIO PARA LA DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA\*

Mario Magariños

## I. INTRODUCCION

"La praxis de la determinación de la pena en los tribunales alemanes vive, a causa de la falta de una teoría desarrollada de la determinación de la pena, en una situación de crisis permanente, que con su rápida sucesión y sus extremas oscilaciones pendulares ha contribuido no poco a dañar la confianza de la comunidad en la administración de la justicia"<sup>1</sup>.

La situación en los tribunales de nuestro país, en torno a la determinación judicial de la pena, resulta tanto o más grave aún que la descrita por Jescheck en la frase que he transcripto en el párrafo anterior.

A nadie escapa que, en nuestro medio, la mayor parte de las decisiones judiciales en punto a la determinación de la pena pone de manifiesto con toda claridad que la graduación y elección de la pena en cada caso, se encuentra librada más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador, sin que las decisiones se presenten sobre la base de una justificación racional, limitándose, por lo general, a la mera remisión de lo establecido en los arts. 40 y 41 del código de fondo.

Tal situación resulta por lo menos alarmante, toda vez que, si se reflexiona mínimamente, "El eje del derecho penal y procesal radica en la pena; lo demás son sólo los presupuestos de ella. Lo que en definitiva

\* Este trabajo ha sido publicado en la revista *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1992, Nº 59/60, pp. 325 y siguientes.

<sup>1</sup> Cf. Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, trad. de Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F., Bosch, Barcelona, 1978, t. II, pp. 1190-1191.

va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece. Todas las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado"<sup>2</sup>.

De esa situación ha sido responsable en gran medida la doctrina, que durante mucho tiempo dedicó un escaso o nulo tratamiento a la problemática de la medición de la pena; basta advertir en este sentido la desproporción que existe en el derecho penal material entre la dogmática del delito y la dogmática de la pena<sup>3</sup>. Al respecto ha señalado Jescheck que en Alemania "La evolución más reciente se caracteriza por el giro positivo que ha tomado la teoría de la determinación de la pena, gracias sobre todo a la obra de Bruns y a los trabajos que de ella han surgido. Como consecuencia de esta elaboración científica de la determinación de la pena también la jurisprudencia, ... ha profundizado y perfilado mejor este tema"<sup>4</sup>.

En los párrafos siguientes haré una breve reseña de los principios y teorías elaboradas para dar respuesta a la problemática de la determinación judicial de la pena; señalaré además la incompatibilidad que muchas de ellas presentan a mi criterio, frente a un derecho penal de acto, me referiré también a la inescindible vinculación que en el tema se advierte entre el derecho penal material y procesal e intentaré, por último, perfilar un criterio que, sin contradicciones y respetando estrictamente la garantía del derecho penal de acto y los principios básicos de todo estado de derecho, haga posible la elaboración posterior de un sistema que permita en cada caso arribar a decisiones, en punto a la determinación de la pena, más racionales y, por tanto, controlables.

## II. "EL TRIANGULO MAGICO"

En razón de que el sistema que prosperó en general, a partir del Código Penal francés de 1810, fue un sistema de compromiso entre el lega-

<sup>2</sup> Cf. Bustos Ramírez, J., *Medición de la pena y proceso penal*, en *Hacia una nueva justicia penal*, Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1989, t. I, p. 329.

<sup>3</sup> Cf. Maier, J. B. J., *La cesura del juicio penal*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 241.

<sup>4</sup> Cf. Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 1191.

lismo y el arbitrio judicial absoluto conforme al cual la ley fija un marco penal, con unos límites máximo y mínimo, dentro del cual corresponde al juez la determinación de la pena concreta (determinación judicial de la pena en sentido estricto), y dado que también en ciertas legislaciones puede que deba el juez decidir si procede la suspensión condicional de la pena resultante, o si cabe sustituirla por otra consecuencia jurídica (determinación de la pena en sentido amplio), la necesidad de orientar tales decisiones con arreglo a ciertos principios, para no caer en la arbitrariedad, se presenta como ineludible<sup>5</sup>.

La doctrina en general, a partir de la función y de los límites que corresponden al Derecho Penal, ha enfrentado el problema sobre la base de tres criterios: de compensación de la culpabilidad, de prevención general y de prevención especial.

Ello así, y toda vez que esos tres criterios "no conducen en igual sentido a una finalidad, sino que difieren antinómicamente en sus pretensiones, el proceso de medición de la pena sólo puede efectuarse si previamente se ha conseguido un acuerdo sobre estos tres posibles puntos de mira"<sup>6</sup>.

Con toda razón ha señalado Zipf, "todo proceso de medición de la pena se halla en el 'triángulo mágico' de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial", agregando que, precisamente en "el equilibrio óptimo de estos tres principios antinómicos... consiste, ... la función de la determinación de las consecuencias jurídicas del delito, respecto a lo cual se trata, en último término, de la justa medida entre igualdad e individualización en el hecho de medición de la pena"<sup>7</sup>.

En otros términos, se trata de establecer en qué medida debe el juez atender a cada uno de los criterios mencionados, si es posible atender conjuntamente a todos ellos o si, por lo contrario, sólo debe atenderse a uno de todos estos criterios.

### III. LAS DISTINTAS CORRIENTES

Es posible diferenciar, en principio, tres corrientes o teorías que han

<sup>5</sup> Cf., por todos, Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1990, 3ra. ed., pp. 812 y siguientes.

<sup>6</sup> Cf. Zipf, H., *Introducción a la Política Criminal*, EDERSA, Madrid, 1979, p. 141.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

tratado de brindar una respuesta al dilema en análisis. A su vez, pueden también observarse posturas intermedias que, si bien toman partido por alguna de esas tres teorías, las relativizan luego incorporando criterios no aceptados por ellas en su versión más pura.

Esas tres corrientes claramente diferenciadas son las que describiré a continuación:

#### A. La teoría de la pena exacta o puntual (*Punktstrafe*)

Los partidarios de esta teoría afirman que el juez debe determinar la pena conforme a aquella que resulta *exactamente* ajustada a la culpabilidad del sujeto, sin atender a los fines de la pena o, en otras palabras, a las necesidades de prevención. Como se advierte con toda claridad, se trata de una postura basada en una concepción retribucionista de la pena.

#### B. La teoría del espacio de juego o del margen de libertad (*Spielraumtheorie*)

Se trata de una teoría elaborada por la jurisprudencia alemana, y conforme a ella la pena ajustada a la culpabilidad comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo, y no es, como lo propone la teoría de la pena puntual, una magnitud exacta, sino que existe un *margen de libertad* que se limita, en el grado mínimo, por la pena ya adecuada a la culpabilidad y, en el grado máximo, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. Así, dicho marco constituiría para el juez un *espacio de juego* dentro del cual podría moverse para graduar la pena con mayor precisión, según necesidades preventivas. Se discute aquí si, dentro de ese margen que permite la culpabilidad, deben tenerse en cuenta tanto necesidades de prevención especial como de prevención general, o sólo las primeras.

#### C. La teoría del valor posicional o del valor de empleo (*Stellungswerttheorie*)

"Esta teoría presenta una solución de la antinomia de los fines de la pena, desconcertante por su facilidad, al pretender tener en cuenta, tanto el punto de vista de la retribución de la culpabilidad, como el de la prevención, pero atribuyendo a cada uno un *valor de empleo* en la ley completamente diferente..."<sup>6</sup>. Así, mientras que a la culpabilidad

<sup>6</sup> Cf. Roxin, C., *Prevención y determinación de la pena*, en Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 241.

le asigna la misión de decidir por sí sola la duración de la pena (determinación de la pena en sentido estricto), a la prevención le otorga el rol de orientar, por sí sola también, la decisión acerca de si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida (determinación de la pena en sentido amplio). En este segundo aspecto sólo importará la prevención especial<sup>9</sup>.

Entre las posturas que se inclinan por adoptar una de estas tres teorías para luego relativizarla, se encuentra la de Jescheck, quien comienza por tomar partido por la teoría de la pena exacta, pero condicionando la pena a necesidades de prevención. Señala así que, una vez obtenida la 'pena justa', el juez debe luego modificarla sobre la base de consideraciones preventivas, siempre que no se aparte excesivamente del punto adecuado a la culpabilidad<sup>10</sup>.

A mi modo de ver, posturas como la del autor citado, lejos de aportar criterios claros que resuelvan el dilema, sólo lo profundizan, llegando incluso a sostener un discurso que aparece en el límite de la contradicción.

En tal sentido, pueden observarse estas expresiones del autor mencionado: "... en caso de conflicto (antinomias de los fines de la pena), el principio de culpabilidad constituye el punto de referencia y el límite superior de la determinación de la pena, porque representa el fundamento de toda pena pública... En ningún caso puede admitirse, ni por razones resocializadoras, ni de protección de la sociedad frente a un delincuente peligroso, una pena superior a lo que permite la culpabilidad". Sin embargo, algunos párrafos más abajo, opina el mismo autor: "Pero si con la aplicación de la pena correspondiente a la función retributiva se pusiera en peligro la resocialización del delincuente, la retribución justa debe retroceder de un modo adecuado en atención a la misión preventiva del Derecho Penal"<sup>11</sup>.

Por último, me interesa destacar especialmente en esta breve reseña la posición sostenida por Roxin en su trabajo *Sentido y límites de la pena estatal*<sup>12</sup>, donde considera la culpabilidad únicamente como límite máximo

<sup>9</sup> Acerca de estas tres teorías, puede consultarse Jescheck, H. H., *op. cit.*, pp. 1198-1199; Mir Puig, S., *op. cit.*, pp. 826-827; Roxin, C., *Prevención y determinación de la pena*, cit., pp. 240 y siguientes.

<sup>10</sup> Cf. Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 1199.

<sup>11</sup> Cf. Jescheck, H. H., *op. cit.*, pp. 1197-1198.

<sup>12</sup> Cf. Roxin, C., *Sentido y límites de la pena estatal*, en Problemas básicos del derecho penal, trad. de Luzón Peña, D. M., REUS, Madrid, 1976, especialmente pp. 27 y siguientes.

de la pena: "La pena no puede, en mi opinión, sobrepasar la medida de la culpabilidad. Así pues, la culpabilidad, a la que hemos declarado inadecuada para fundamentar la potestad penal estatal, sin embargo ahora debe servir para limitarla... esto es necesario porque los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden nuestra Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad". Más allá de que no pueda probarse su existencia con arreglo a los métodos de las ciencias naturales, halla legitimación en cuanto decisión de la sociedad para crear un orden libre y conforme al Estado de Derecho.

"... así encuadrado, el concepto de culpabilidad... tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad".

Hay pues, "... una diferencia fundamental entre utilizar la idea de culpabilidad para entregar al particular a merced del poder del Estado, y emplearla para preservarle del abuso de dicho poder. La cuestión de si la culpabilidad da derecho al Estado a la retribución, o si más bien es el medio de mantener dentro de unos límites los intereses de la colectividad frente a la libertad individual, me parece más importante para el derecho penal que la existencia de culpabilidad en general".

"Ciertamente hay que tomarse en serio la idea de que están absolutamente prohibidas las penas inadecuadas a la culpabilidad...".

Así pues, el principio de culpabilidad, si es separado de la idea de retribución, es un medio imprescindible en un Estado de Derecho para confinar la potestad penal del estado frente al individuo, y cumple una función limitativa de la pena<sup>13</sup>.

En esta concepción de Roxin, el fin de prevención general sólo se puede perseguir en la medida de la culpabilidad individual, por ello considera desacertado que en el Proyecto del Código Penal Alemán "... se haya vuelto a suprimir posteriormente la frase: 'La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad', y se la haya sustituido por esta incolora fórmula: 'La culpabilidad del autor es fundamento de medición de la pena'<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> En igual sentido, cf. Zipf, H., *op. cit.*, p. 142.

<sup>14</sup> *Sentido y límites de la pena estatal*, cit., pp. 29-30. La fórmula criticada por el autor fue la finalmente consagrada en el CP alemán.

También -claro está-, conforme a este criterio la medida de la pena adecuada a la culpabilidad impone un límite infranqueable a los fines de prevención especial, resultando ilícito que por tales motivos se exceda aquella medida. "En cambio es lícito quedar por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad... está permitido e incluso es necesario según el principio de subsidiariedad..."<sup>15</sup>.

Cabe finalmente señalar aquí que Roxin, luego de la redacción que consagra el § 46 del Código Penal alemán, que establece: "1) La culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena. Deben tenerse en cuenta los efectos que cabe esperar tenga la pena para la vida futura del reo en la Sociedad..."<sup>16</sup>, cambió su opinión de *lege lata*<sup>16</sup> y sostuvo expresamente que la teoría correcta para él era la del "margen de libertad"<sup>17</sup>.

#### IV. LA GARANTIA DEL DERECHO PENAL DE ACTO FRENTE A LAS DISTINTAS CORRIENTES

El artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, al establecer en su primera parte que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados..."<sup>18</sup>, ha consagrado un doble mandato al legislador.

En primer lugar, dicha norma determina que *lo único que puede ser objeto o materia de una prohibición son acciones*; en segundo lugar, ordena que las acciones que el legislador pretenda seleccionar como materia de prohibición deben, sobre la base de una presunción razonable, presentar determinadas características<sup>18</sup>.

En lo que aquí interesa es preciso advertir, por una parte, que ese primer mandato que deriva de la mencionada norma constitucional importa, sin lugar a dudas, la consagración de una garantía explícita para los habitantes de la Nación: el derecho penal de acto y, a su vez, el claro rechazo de un derecho penal de autor, de carácter, o de personalidad.

Por otra parte, el art. 18 de la Constitución Nacional establece que a

<sup>15</sup> Cf. Roxin, C., *Sentido y límites de la pena estatal*, cit., p. 30.

<sup>16</sup> Así lo advierte Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 826, nota 26.

<sup>17</sup> Cf. *Prevención y determinación de la pena*, cit., p. 240.

<sup>18</sup> Cf. Magariños, M., *Esas libertades peligrosas*, en *Doctrina Penal*, año 1990, pp. 351 y siguientes.

ningún habitante de la Nación podrá aplicársele una pena que no esté fundada en una ley anterior al hecho.

*En consecuencia, si la pena debe fundarse en lo que establece la ley (art. 18), y esta sólo puede válidamente seleccionar acciones -orden discontinuo de ilicitudes (art. 19)-, la aplicación de la pena sólo adquiere legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla y, por lo contrario, carece de toda legitimidad si aparece como derivación, aunque sea parcial, de algo distinto, por ejemplo: de la personalidad, del carácter o de la peligrosidad del individuo.*

Para decirlo con palabras de Sebastián Soler, "El Estado liberal es un estado cuyas leyes penales prefijan con todo rigor el ámbito posible de la pena, y el primer límite, el más firme, es el que proviene de la consideración de la persona humana"<sup>19</sup>.

Por estas razones, es dable concluir que el grado de la pena sólo puede determinarlo el grado de la acción ilícita y el de responsabilidad por ella. Lo contrario importaría el desconocimiento de la garantía del derecho penal de acto en el momento decisivo de actuación del poder penal del estado.

Nada impide, sin embargo, que consideraciones ajenas al acto y a su reprochabilidad puedan ser tomadas en cuenta por el legislador para disminuir el grado de pena que como respuesta a ellos resulte aplicable.

Pues, dado que la medida de la pena, como reflejo de la medida del ilícito y de la culpabilidad, es una garantía del individuo frente al estado, nada obsta a que el estado, como con cualquier otra garantía, pueda ampliar su ámbito de operatividad en favor del ciudadano.

Estimo pues que, de las distintas teorías reseñadas en el punto III de este trabajo, la teoría del espacio de juego o margen de libertad y la sostenida por Jescheck (teoría de la pena exacta relativizada) resultan ser las que menos se concilian con el principio arriba enunciado.

En cuanto a la teoría del marco de juego, entiendo que una vez que el intérprete estableció "la pena ya adecuada a la culpabilidad", toda consideración preventiva que eleve más allá de esa medida a la magnitud de la pena constituye una respuesta ajena a la acción ilícita de la que se trate y, por lo tanto, violatoria del principio constitucional del derecho penal de acto.

<sup>19</sup> Cf. Soler, S., *Bases ideológicas de la reforma penal*, EUDEBA, Buenos Aires, 1966, p. 32 (el destacado me pertenece).

Con respecto a la postura de Jescheck, considero que es inconciliable con la garantía constitucional aludida, por dos razones. En primer lugar, pues al igual que la teoría de la pena exacta o puntual en su versión pura, la medida de la culpabilidad es conceptualizada como retribución o expiación, es decir que representa, en el proceso de medición de la pena, una auténtica finalidad estatal, en lugar de ser concebida como principio de protección del individuo frente al estado y, precisamente, como ha señalado Zipf, respecto del principio de culpabilidad, "Como límite de la soberanía penal estatal a favor del individuo puede dicho principio ser eficaz solamente si se le dirige estrictamente en vista de la culpabilidad por el hecho"<sup>20</sup>.

Por estas razones, también la teoría de la 'pena justa', en su versión original, no resulta compatible con lo aquí postulado.

El segundo motivo por el cual debe rechazarse el criterio sostenido por Jescheck, radica en que, según sostiene este autor, si bien el principio de culpabilidad constituye el punto de referencia y el límite superior de la determinación de la pena, paradójicamente, pareciera que puede ser dejado de lado por consideraciones de prevención que así lo requieran, en virtud de la misión preventiva del Derecho Penal.

En cuanto a la teoría del valor posicional o valor de empleo, entiendo que existe un punto en el cual se identifica con la teoría de la pena exacta o justa, en tanto asigna a la culpabilidad la misión de decidir por sí sola la duración de la pena, y por los mismos motivos que he considerado a esta teoría incompatible con la función que, conforme a la garantía del derecho penal de acto, corresponde al concepto de culpabilidad, esto es, asegurar al individuo que el estado no extienda su potestad penal por razones de prevención general o especial, es que considero inconciliable también con tales postulados a la teoría del valor posicional.

Por último, la teoría que mejor se adapta al significado y alcance que en el ámbito de la determinación judicial de la pena adquiere, según lo aquí sostenido, la garantía del derecho penal de acto, es sin duda la que concibe a la culpabilidad únicamente como límite máximo de la pena.

Esta teoría de Roxin, al utilizar el concepto de culpabilidad para preservar al particular del abuso del poder del estado, determinando que

<sup>20</sup> Cf. Zipf, H., *op. cit.*, p. 142.

la medida de la pena adecuada a la culpabilidad impone un límite infranqueable a los fines de prevención especial o general, impide que consideraciones ajenas a la acción ilícita y a su reprochabilidad puedan fundar o integrar la respuesta penal del estado, sin perjuicio de que tales consideraciones sí pueden servir de base o fundamento para que el estado disminuya o incluso, si la ley así lo previera, deje sin efecto la respuesta penal, pues ningún principio constitucional impide al estado autolimitar al mínimo su intervención penal frente al ciudadano.

Por lo demás, si la determinación judicial se configura sobre la base de este criterio, tanto en el ámbito del derecho penal sustancial como procesal, se hará posible el inicio de un camino hacia el cual, mientras el derecho penal exista, parece ineludible dirigirse ante la discriminación, injusticia y falta de garantías que el sistema implica estructuralmente; dicho camino no es otro que el de tratar de alcanzar el máximo de garantías (de igualdad y justicia) y el mínimo de intervención penal del estado<sup>21</sup>.

Finalmente, corresponde precisar que conforme al criterio escogido, el fin de prevención general (negativa o positiva) sólo será realizable mediante la imposición de la pena *cuya medida no exceda* el límite que deriva de la gravedad del acto y de la culpabilidad.

Pues desde la perspectiva de la prevención general negativa, más allá de las razones insuperables que derivan de los postulados del estado de derecho, desde el punto de vista criminológico no hay apoyo para decir que adiciones al límite impuesto por la culpabilidad, puedan aumentar el, en todo caso más que dudoso, "efecto intimidatorio" de la determinación de la pena<sup>22</sup>.

Con relación a la prevención general positiva, la pena impuesta sólo podrá lograr la estabilización del valor tutelado por la norma cuando ella aparezca como una respuesta posible de ser percibida por la sociedad como racional y proporcional a la acción que quebrantó la norma.

## V. EL CRITERIO ELEGIDO Y UNA PROPUESTA PARA SU REALIZACION

El criterio para la determinación judicial de la pena que se ha sostenido como el que mejor se compadece con el Derecho Penal de acto que

<sup>21</sup> En este sentido cf. Bustos Ramírez, J., *Medición de la pena y proceso penal*, cit., p. 324.

<sup>22</sup> Cf. Roxin, C., *Prevención y determinación de la pena*, cit., p. 255.

nuestra Constitución Nacional consagra, determina, para decirlo a modo de síntesis, que: *la culpabilidad es el límite máximo de la pena, más allá del cual no es legítimo ni posible que halle realización el fin de prevención general, y por debajo del cual, por consideraciones de prevención especial, es legítimo disminuir la medida de la pena hasta el mínimo legal, o en el caso en que la ley lo prevea, reemplazarla por otra consecuencia jurídica menos grave, e incluso no imponer pena alguna.*

Pues bien, toca ahora analizar de qué modo puede encontrar realización tal criterio en el ámbito del proceso penal.

En primer término, corresponde advertir que mientras en la decisión del "caso de punibilidad", esto es, de si se trata de una acción antijurídica, reprochable a su autor y punible en la medida en que su culpabilidad y la gravedad del hecho lo indiquen, los "secos" criterios de selección con su "precisión, consición y artificiosidad" no importan un serio peligro de convertir al imputado en objeto de escudriñamiento, en el "caso de determinación de la pena", por debajo del límite máximo señalado por la culpabilidad, por motivos de prevención especial, donde se deberá analizar, entre otras cosas, la vida anterior del sujeto, sus relaciones personales y económicas de vida, el pronóstico de su vida futura, etc., puede sin duda dañarse gravemente el derecho a la intimidad del imputado, sobre todo si se tiene en cuenta que todo ello se someterá al régimen de publicidad propio del juicio penal<sup>23</sup>.

Por lo demás, la indagación del hecho, la determinación del ilícito, de la responsabilidad del sujeto y de la punibilidad deben preceder sistemáticamente a lo que podríamos denominar, conforme al criterio aquí sostenido, "determinación final de la pena", dado que tal determinación sólo es posible una vez que se ha constatado que la conducta de que se trate constituye un ilícito culpable y punible<sup>24</sup>.

En consecuencia, de no resultar posible la constatación de una acción ilícita, culpable y punible, será superflua y sin sentido cualquier consideración sobre la medición final de la pena. Pero no sólo por tal

<sup>23</sup> Sobre los riesgos señalados en el texto y su diferente gravitación en el "caso de punibilidad" y el "caso de determinación de la pena", puede consultarse Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Muñoz Conde, F. y Arroyo Zapatero, L., Bosch, Barcelona, 1984, especialmente p. 134.

<sup>24</sup> En igual sentido, cf. Hassemer, W., *op. cit.*, p. 129.

razón la decisión del "caso de punibilidad" debe preceder a la del "caso de determinación de la pena", sino que, además, garantías básicas que imperan en el Derecho Procesal Penal así lo imponen.

Tanto el principio de inocencia como el de mínima lesividad del proceso penal se verían seriamente afectados si antes de haberse constatado la existencia de delito se decidiese sobre la determinación de la pena, pues los criterios a utilizar aquí, como ya se ha dicho, son criterios allegados al autor, que obligan a inmiscuirse con la vida del imputado, con sus problemas de personalidad, etc.<sup>25</sup> y, por lo tanto, su esclarecimiento deberá excluirse cuando no aparezca necesario para la resolución penal, no sólo por motivos de economía procesal sino, ante todo, por respeto a la dignidad de la persona<sup>26</sup>.

Estas y otras numerosas razones<sup>27</sup> determinan que un juicio oral como el que consagra el "nuevo" Código Procesal Penal para la Nación<sup>28</sup>, que prescribe la producción simultánea de dos tipos diferentes de caso, conduzca necesariamente a rupturas si ambos tipos de casos deben ser elaborados con los mismos fundamentos y con un mismo interés conductor. Conlleva, además, el riesgo de que el juez no discrimine entre ambas cuestiones y las informaciones relevantes a la hora de la 'determinación final de la pena' las valore (incluso de modo inconsciente) en el momento de decidir el 'caso de punibilidad', determinando así la predisposición del juzgador.

Considero entonces que para alcanzar la realización del criterio aquí propuesto para la determinación judicial de la pena se requiere la decisión política de dividir el debate<sup>29</sup>.

Ello permitiría que la primer etapa del juicio abarque todos los presupuestos del delito, es decir, todos los elementos necesarios para poner a cargo o no del imputado una acción punible, y que culmine, en caso de condena, con la expresión de la pena máxima viable conforme a la función limitativa de la culpabilidad por el ilícito<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Cf., en este sentido, Bustos Ramírez, J., *Medición de la pena y proceso penal*, cit., pp. 329-330.

<sup>26</sup> Cf. Hassemer, W., *op. cit.*, p. 130.

<sup>27</sup> Cf. Maier, J. B. J., *op. cit.*, especialmente pp. 243-246.

<sup>28</sup> Me refiero al Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, Proyecto elaborado por Ricardo Levene (h).

<sup>29</sup> Sobre las ventajas e inconvenientes de la cesura del debate, cf. Maier, J. B. J., *op. cit.*

<sup>30</sup> Así también lo propone Maier, J. B. J., *op. cit.*

En tanto en la segunda fase del juicio se debatirá y decidirá si por razones de prevención especial es posible aplicar una pena menor o, si la ley lo prevé, no aplicar pena alguna, o bien sustituir la pena privativa de la libertad por alguna alternativa.

Ahora bien, el 'proyecto Maier'<sup>31</sup>, en su art. 287, preveía como facultad del tribunal la división del debate.

En este sentido, entiendo que, para una mejor realización del criterio de determinación de la pena propuesto, la cesura del debate no debería regularse ni como imperativa, ni como facultativa para el tribunal.

En primer lugar porque, a la hora de decidir acerca de si por razones de prevención especial corresponde disminuir o mantener la pena que se fijó en la primera etapa, de acuerdo con el límite de la culpabilidad por la acción ilícita, o bien, de sustituirla, siempre "es posible que resulte más deseable no meter a los tribunales en estas cuestiones tan ligadas a lo personal, pues se corre el riesgo de que los tribunales entiendan poco y mal la situación personal subjetiva del sujeto y la argumentación de sus resoluciones causen en este último cuando menos perplejidad"<sup>32</sup>.

En segundo término, y esto constituye la razón primordial, porque en la segunda fase del debate, como se advirtiera más arriba, deberán esclarecerse los ámbitos más íntimos de la personalidad del individuo en un debate oral, con la consecuente publicidad de sus actos y el elevado riesgo que ello implica para los derechos derivados de la personalidad y dignidad humana del imputado.

Entonces, en virtud de que en la segunda fase del debate la cuestión a decidir consistirá en determinar si corresponde o no disminuir el monto de la pena fijado en la primera etapa, con los riesgos ya señalados para la persona del imputado es, sin duda, a este a quien corresponde evaluar los eventuales beneficios y perjuicios que le puede ocasionar la realización de la segunda etapa del juicio y, en consecuencia, decidir si solicita o no su desarrollo.

*La ley procesal debería, por lo tanto, prever la cesura del juicio, facultando al imputado para que, una vez culminada la primera etapa con la fijación del monto de pena máximo determinado de acuerdo con la culpabilidad, pueda solicitar, conforme a su propio criterio, la realización de la segunda fase.*

<sup>31</sup> Me refiero al proyecto de Código Procesal Penal de la Nación elaborado por Julio B. J. Maier.

<sup>32</sup> Cf. Hassemer, W., *op. cit.*, p. 133.

Por supuesto, habría que establecer además un lapso para su iniciación, en el cual fuera posible a quien ejerza el rol acusador, recabar las pruebas necesarias para que, si así lo pretende, pueda intentar demostrar que el tribunal no debe hacer lugar a la petición del imputado y, por tanto, que debe mantener y aplicar el monto máximo de pena que, conforme a la culpabilidad, se hubiese establecido en la primera etapa del juicio.

*Entiendo también que en esa segunda fase la estructura del procedimiento debería asimilarse a la del proceso civil. Básicamente, aquí no deberían ya regir las consecuencias procesales derivadas del principio de inocencia, especialmente con relación a la carga de la prueba, e incluso sería conveniente establecer mecanismos que permitan, por un lado, una mayor y más decisiva presencia de la víctima y, por otro, posibilidades reales de alcanzar soluciones consensuadas.*

De este modo, creo que el derecho penal sustancial y procesal concretarían un intento, aunque parcial, de respuesta más eficaz para la solución del conflicto social que siempre se encuentra en la base de toda cuestión penal.

## **VI. LAS HIPOTESIS PARA UNA INVESTIGACION FUTURA**

La decisión de un criterio que permitiese, sin contradicciones con la garantía fundamental del derecho penal de acto, salir del 'triángulo mágico' de la determinación judicial de la pena, constituía, según lo advertí apenas inicié mi trabajo sobre el tema, una cuestión prioritaria para avanzar hacia pautas más seguras que hicieran posible una fundamentación más racional y controlable de las decisiones sobre determinación de la pena.

A partir de aquí será preciso el desarrollo de una investigación dirigida a esa segunda y mucho más compleja meta, respecto de la cual sólo puedo ahora enunciar un par de hipótesis.

Por una parte, creo posible afirmar, respecto a la graduación del ilícito, que cuanto más se avance hacia una concepción personal de él, mayor será la posibilidad de graduar con precisión, conforme a la modalidad y desarrollo de la acción de que se trate en cada caso, el monto máximo de la pena en razón de la culpabilidad por la realización del hecho.

Por lo contrario, cuanto más objetiva sea la concepción del ilícito que se sostenga, menor será la graduación que pueda verificarse y, por

tanto, reflejarse en el monto límite de la pena conforme a la culpabilidad.

Ello es así pues una concepción objetiva del ilícito nunca permitirá diferenciar las características y modalidades que una acción puede presentar en cada caso. Con lo cual, por otra parte, cabría plantearse la posible violación que tal concepción produce al principio de igualdad al determinar una interpretación de la ley a través de la cual son tratadas como iguales situaciones que no lo son.

La segunda hipótesis que considero posible formular se vincula con la graduación de la culpabilidad.

Entiendo en tal sentido que a la hora de graduar la culpabilidad por el hecho ilícito podría considerarse lo que Zaffaroni ha denominado "la posición o estado de vulnerabilidad" de una persona frente al sistema penal<sup>33</sup>, que el mencionado autor considera como "predominantemente social (condicionada socialmente) y consiste en el grado de riesgo o peligro que la persona corre por su sola pertenencia a una clase, grupo, estrato social, minoría, etc., ..."; y se diferencia del "esfuerzo personal por la vulnerabilidad" que, según sostiene, es predominantemente individual, consistiendo en el grado de peligro o riesgo en que la persona se coloca en razón de su comportamiento particular. La realización del 'injusto' es una parte del esfuerzo por la vulnerabilidad, en la medida que lo haya decidido autónomamente".

De tal modo, "la culpabilidad por el injusto se convierte en una parte del planteo más amplio y abarcador de la culpabilidad por la vulnerabilidad y asume, dentro de ella, su valor negativo de límite máximo de irracionalidad tolerable"<sup>34</sup>.

A mi modo de ver, "la situación o estado de vulnerabilidad" de la que habla Zaffaroni puede resultar un concepto útil para que, una vez constatada la falta de respuesta que el ordenamiento jurídico exigía del sujeto (ilícito responsable), se verifique luego en qué medida quien exige ha dado los elementos o establecido las condiciones necesarias (materiales y espirituales) para que el sujeto pueda brindar la respuesta exigida<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Cf. Zaffaroni, E. R., *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989, pp. 271 y ss., especialmente 277.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Cf. Bustos Ramírez, J., *Medición de la pena y proceso penal*, cit., pp. 326-327.

Así, una vez determinado el grado de responsabilidad por el ilícito, podrá aún el *quantum* de responsabilidad o culpabilidad final, que fijará el límite máximo de la determinación de la pena, disminuir en virtud de la situación de vulnerabilidad en que se encontraba el imputado frente al proceso de criminalización del sistema penal.

Finalmente quiero reiterar que, como advertiera al comenzar el relato de este punto, las ideas contenidas en el presente apartado sólo pretenden ser hipótesis posibles de una investigación futura que posibilite el establecimiento de pautas más seguras para la determinación de la pena, sin que crea posible ni conveniente llegar a un sistema tabulado matemáticamente, pues no debe olvidarse que el ámbito de la graduación del ilícito, de la culpabilidad y de la determinación judicial de la pena, es un ámbito de valoraciones y estas, como con precisión ha señalado Hassemer, "no son susceptibles de una explicación agotadora"<sup>36</sup>.

No obstante ello, entiendo que el desarrollo de una investigación en tal sentido, así como el desarrollo de criterios que, como el aquí propuesto, intenten resolver el dilema de las antinomias de los fines de la pena en la determinación judicial de ella, evitarán que el intérprete sea abandonado a su suerte precisamente en el momento decisivo.

<sup>36</sup> Cf. Hassemer, W., *op. cit.*, p. 139.

CONSIDERACIONES  
ACERCA DE LA  
PROBLEMATICA  
DE LA  
INDIVIDUALIZACION  
DE LA PENA

*Patricia S. Ziffer*



# CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PROBLEMATICA DE LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

Patricia S. Ziffer

## I. INTRODUCCION

"Los tiempos en los cuales el juez del hecho podía atender a su sentimiento en forma más o menos soberana se acercan a su fin"<sup>1</sup>. Con esta frase inicia Horn su contribución al Comentario Sistemático al StGB, § 46\*, individualización de la pena, y en ella se refleja el desarrollo que han sufrido las tendencias en esta materia. Mientras que hasta hace no mucho tiempo<sup>2</sup> se admitían escasas restricciones al arbitrio judicial para la determinación de la pena dentro del marco legal, la doctrina ha comenzado a plantearse cada vez con mayor dedicación la necesi-

<sup>1</sup> Horn, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Sta. ed. actualizada a marzo de 1992, núm. 1 al § 46.

\* Texto del § 46 StGB (Código Penal alemán):

§ 46 Principios de la individualización de la pena.

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

(2) Al individualizar la pena el Tribunal ponderará las circunstancias que hablan en 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.

<sup>2</sup> Bader, K., *Das Ermessen des Strfrichters*, "JZ", 1955, pp. 525 y siguiente.

dad de establecer una base teórica firme para la decisión en la que se selecciona la sanción punitiva a aplicar. Es que en verdad no puede menos que resultar desconcertante la enorme preocupación por establecer un sistema dogmático de alta precisión cuando se trata de establecer el sí o el no de la aplicación de una consecuencia penal, entre otras razones, a fin de evitar que el autor quede sujeto al arbitrio judicial, para luego, en el momento de determinar la calidad y cantidad de la sanción, considerar a ese arbitrio como un valor intangible, inherente a la naturaleza de la mensuración de la pena. Ello resulta contradictorio no sólo si se ve en la teoría del delito fundamentalmente una garantía frente a la discrecionalidad estatal, sino también, y especialmente, si se la admite como la expresión de la necesidad de racionalidad de las decisiones.

Dejar librado a aquel que se ha hecho acreedor de una pena a una resolución que no exige una fundamentación teórica explícita significa tanto como afirmar que a partir del momento en que se ha comprobado que la conducta es "punible", el autor puede quedar sujeto -al menos dentro del marco penal- a la discrecionalidad de quien ha de decidir sobre su destino. Por otro lado, si todos aquellos principios (legalidad, hecho, culpabilidad) tan celosamente conservados al elaborar el esquema de la teoría del delito pueden ser dejados de lado sin más ni más al graduar la sanción, quedan cuando menos parcialmente descalificados todos los esfuerzos teóricos realizados hasta allí, dado que todo aquello que fue rechazado incondicionalmente antes podrá ahora ingresar al análisis sin mayores cuestionamientos (p. ej., la peligrosidad del autor, su conducta durante el proceso, etc.).

Si se parte de la necesidad de que las decisiones deban tener fundamentos explícitos respecto de los cuales sea posible una discusión racional como medio de control de esas decisiones, es necesario establecer pautas teóricas más o menos firmes que guíen el proceso de individualización de la pena, y circunscribir los límites que *no* es posible traspasar. El objeto de este trabajo es formular algunas de las bases que deberían reunir esas pautas.

## II. ALCANCES DEL CONCEPTO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

La pena es la reacción frente a un quebrantamiento de la norma<sup>3</sup>, reac-

<sup>3</sup> Jakobs, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil (AT)*, 2da. ed., 1991, 1/1.

ción que resulta siempre a costa del responsable de ese quebrantamiento, lo cual, en este contexto, implica siempre una injerencia en algún bien. La individualización de la pena es el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada<sup>4</sup>. La magnitud de la pena es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable; no es otra cosa que la "cuantificación de la culpabilidad"<sup>5</sup>.

Sin embargo, en un sentido más amplio, puede entenderse como determinación de la pena no sólo la fijación de la pena aplicable, sino también su forma de cumplimiento (p. ej., condena de ejecución condicional, accesorias de la condena)<sup>6</sup>. Quedaría por comprobar si las circunstancias relativas al modo de cumplimiento y demás consecuencias de la pena pueden separarse tan estrictamente de la individualización de la pena, o si se trata, más bien, de los distintos pasos de un mismo proceso. Partir de uno u otro concepto tendrá especial importancia en cuanto al método a utilizar cuando se intenta armonizar los fines de la pena.

### III. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA Y TEORIAS DE LA PENA

#### a. La teoría del ámbito de juego y las teorías de la unión

La doctrina mayoritaria en Alemania sostiene que el punto de partida de la individualización de la pena es la determinación de sus fines, ya que sólo de este modo sería posible juzgar qué hechos son relevantes en el caso concreto, y cómo deben ser valorados<sup>7</sup>. Los argumentos utilizados son, sintéticamente, los siguientes: la pena no se encuentra justificada sólo como respuesta justa frente al ilícito culpable; si bien debe compensar la culpabilidad (en el sentido de que no puede sobrepasarla), no tiene *solamente* esta finalidad (a diferencia de lo que sostienen las teorías absolutas) o la de posibilitar la expiación (a través de la aceptación y elaboración del mal). Además, la pena debe cumplir, al mismo tiempo, funciones de prevención. En ella se debe manifestar

<sup>4</sup> Horn, E., *op. cit.*, § 46, núms. 2 y siguientes.

<sup>5</sup> En lo que se presupone, asimismo, una cuantificación del ilícito; al respecto, cf. Horn, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Cf. Jescheck, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4ta. ed., 1988, p. 777. En contra de esta utilización del concepto, Horn, E., *op. cit.*, § 46, núm. 4.

<sup>7</sup> Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 782.

la defensa del ordenamiento jurídico, el mantenimiento de la norma como esquema de orientación del contacto social (prevención general positiva)<sup>8</sup>. Debe tener por objetivo, asimismo, la intimidación de autores potenciales (prevención general negativa), al igual que el mejoramiento del autor en concreto, evitar que reincida o, en caso de que ninguna de estas dos metas prometa resultados, separarlo de la sociedad (prevención especial). Al individualizar la pena se debe tener en cuenta todos estos criterios y considerarlos en forma metódica.

El derecho penal vigente en Alemania (§ 46, I, StGB) impone al juez partir de la llamada teoría de la unión, que exige que se llegue a una relación equilibrada de los fines de la pena. Pero, dado que esos fines pueden resultar incompatibles entre sí (lo que Jescheck llama la “antinomía de los fines de la pena”<sup>9</sup>), se le plantea a la doctrina mayoritaria la necesidad de establecer un rango de preferencia entre estos fines. Así, surge la necesidad de determinar, como primera medida, el “marco de la culpabilidad”<sup>10</sup>, ya que los fines preventivos sólo pueden ser alcanzados con una pena cuyo monto se corresponda con la medida del ilícito culpable. El único criterio para ello (fuera del límite externo que impone el marco penal) serían las convicciones de justicia de la comunidad, expresadas en la práctica jurisprudencial, lo cual no resulta demasiado confiable; el juez contaría, sin embargo, con un ámbito de libertad que estaría “limitado hacia abajo por la pena ya adecuada a la culpabilidad, y hacia arriba, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad”<sup>11</sup>. Dentro de ese marco podrán tomarse en cuenta los demás fines de la pena: prevención general positiva, prevención general negativa y prevención especial. En contra de esta “teoría del ámbito de juego” (*Spielraumtheorie*) se han sostenido los mismos argumentos que se esgrimen en contra de las llamadas teorías de la unión: no es posible establecer un “rango” para los distintos fines en aquellos casos en que dichos fines resultan antinómicos. Este argumento, por sí mismo, no puede resultar decisivo, ya que los fines antinómicos se plantean permanentemente en la argumentación jurí-

<sup>8</sup> Jakobs, *AT*, 1/11.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, pp. 784 y s. Según el § 46 solamente están reconocidos de *lege lata* -además de la culpabilidad como fundamento de la pena- los fines de prevención especial, no así los de prevención general, sea positiva o negativa.

<sup>10</sup> Horn, *op. cit.*, § 46, núms. 7 y siguiente.

<sup>11</sup> BGH St. 7, 89.

dica que, con frecuencia, no hace otra cosa más que intentar establecer un equilibrio aceptable entre instituciones con finalidades opuestas. Piénsese por ejemplo en la permanente tensión entre garantías procesales y necesidad de esclarecimiento del hecho, o en cualquier derecho constitucional y sus limitaciones (propiedad - expropiación). En todo caso, el principal argumento en contra es la indeterminación de los conceptos utilizados, tanto del de culpabilidad como los relacionados con los fines preventivos; no existe ningún parámetro concreto que permita siquiera intuir cuál es la pena “ya” adecuada a la culpabilidad o la “todavía” adecuada. Lo mismo ocurre con respecto a la medida de la pena necesaria para lograr fines de prevención general o especial.

### **b. La prevención especial**

El § 46, I, 2, establece que se deben tomar en consideración los efectos de la pena sobre la vida futura del autor en la sociedad. Esto significa, en primer término, que la intensidad de la pena sobre el autor en concreto y las consecuencias que se espera que de ella deriven, deben ser tomadas en cuenta al determinar la pena. Así, p. ej., se debe tratar de evitar la desocialización, pero también se debe ponderar que la pena viene acompañada de una serie de perjuicios para quien la sufre (pérdida del trabajo, medidas disciplinarias, etc.)<sup>12</sup>.

Prolongar la duración de la pena por razones de prevención especial más allá de la medida de la culpabilidad es considerado como inadmisibles. Pero mientras que con relación a este punto existe acuerdo en la doctrina, ello no ocurre en lo que respecta a la cuestión contraria: la posibilidad de admitir una pena por debajo de la culpabilidad<sup>13</sup>.

### **c. La prevención general negativa**

Cuando se habla de prevención general se entiende, tradicionalmente, la función intimidatoria de la pena frente a los posibles autores. Mientras que la doctrina se manifiesta más bien reticente, o directamente contraria a aceptar un agravamiento de la pena con esta finalidad (aun dentro del “marco de la culpabilidad”)<sup>14</sup>, la jurisprudencia alemana no parece abrigar demasiadas dudas al respecto, si bien

<sup>12</sup> Horn, *op. cit.*, núm. 16, con otras citas.

<sup>13</sup> *Idem*, núm. 22.

<sup>14</sup> *Idem*, núm. 11, con otras citas.

siempre manteniéndose dentro del límite de la culpabilidad, y en el último tiempo, con la restricción de exigir una justificación en circunstancias específicas del caso concreto para el aumento de pena en razón de la necesidad de intimidación general<sup>15</sup>. Ya no es suficiente, por lo tanto, la mera referencia genérica al aumento de la delincuencia, o de delitos de otro tipo<sup>16</sup>. Las circunstancias que fundamentan el peligro de aumento de los delitos deben estar expresadas en la sentencia.

#### d. La prevención general positiva

Como sus propios sostenedores admiten, de la teoría de la prevención general positiva no es posible extraer una medida determinada de pena, pero igualmente consideran que puede proporcionar un "marco", configurado por la "reacción que ya debe ser tomada en serio y aquella que todavía no resulta exageradamente estricta"<sup>17</sup>. Resulta evidente la analogía de la formulación con el marco de culpabilidad descrito por la teoría del margen de libertad. Sin embargo, Jakobs -a diferencia de los demás sostenedores de la prevención general positiva- traslada el problema al concepto de culpabilidad, el cual debe determinarse "funcionalmente"<sup>18</sup>, mientras que para quienes parten del concepto tradicional de culpabilidad el fin de "protección de la sociedad" y de "reforzamiento del orden jurídico" sólo puede ser alcanzado por la pena misma. La diferencia entre ambas posiciones permite advertir que parte de los problemas no resueltos que se plantean en la discusión sobre individualización de la pena surgen de una insuficiente definición de los conceptos que se manejan, o dicho de otro modo, posiblemente podrían ser resueltos mediante una reformulación de las categorías dogmáticas, en especial, de la culpabilidad.

El principio de culpabilidad parece estar fuera de discusión como fundamento legitimador de la pena, que actúa como condición necesaria para su imposición, aunque para muchos, no suficiente (se requeriría, además, fines resocializadores y la reafirmación del ordenamiento jurídico). Pero en la medida en que la culpabilidad actúe como límite para el logro de los fines preventivos, estos fines ya no pueden ser cumplidos efectivamente, con lo cual dejan de constituir

<sup>15</sup> *Idem*, núm. 15.

<sup>16</sup> BGH NStZ 1986, p. 358.

<sup>17</sup> Jakobs, AT, 1/50.

<sup>18</sup> *Idem*, 17/22.

un fundamento real para la decisión en la que se individualiza la pena, y se convierten en expresiones vacías, en fines puramente ficticios. Jakobs quiebra este dilema al ubicar los fines de prevención general, por así decirlo, “dentro” de la culpabilidad, de modo tal que el concepto adquiere un contenido específico, inescindible de su finalidad. Y de este modo el problema queda parcialmente reducido a su planteo más tradicional: la búsqueda de una adecuada cuantificación de la culpabilidad, redefinida según los fines preventivos que debe alcanzar la pena.

#### **e. La teoría del valor de empleo (*Stellenwerttheorie*)**

Frente al problema que se plantea cuando el § 46 exige tomar en cuenta, al graduar la pena culpabilidad y prevención, criterios que eventualmente pueden resultar antinómicos, la teoría del valor de empleo ha intentado elaborar un sistema interpretativo que reúna coherentemente las pretensiones legales. Según ella<sup>19</sup>, lo que más se corresponde con el texto, el sentido y el sistema de la ley es concebir el proceso de determinación de la sanción como dividido en dos niveles: el juez, en primer lugar, convierte el ilícito culpable en un *quantum* de pena, determina la duración y gravedad de la pena (hipotéticamente, privativa de la libertad y de cumplimiento efectivo). Reflexiones relacionadas con razones de prevención general o especial sólo podrán introducirse en un segundo paso del razonamiento, en el momento en que el juez establece qué tipo de pena debe imponerse, y su modo de cumplimiento, pues sólo podría perseguir fines preventivos una vez que ha establecido qué tipo de pena debe cumplir el autor. La determinación de su monto, sin embargo, tendría prioridad lógica frente a la elección del tipo de pena y modo de ejecución.

Por el momento, puede quedar de lado si el § 46 efectivamente impone este modo de razonamiento, o si este resulta, en general, el más adecuado. Baste señalar, por ahora, que la teoría del valor de empleo ha sido objeto de diversas críticas. Así, Jescheck señala que la culpabilidad también desempeña un papel en la elección de la clase de pena, y que por su parte, la prevención especial igualmente tiene importancia en la duración de la pena<sup>20</sup>. Por otro lado, parece dudoso que pueda limitarse a establecer un método de interpretación, sin pretensiones de justificar la pena, especialmente en la medida en que pone en

<sup>19</sup> Horn, *op. cit.*, núms. 33 y siguientes.

<sup>20</sup> Jescheck, *op. cit.*, p. 786.

cuestión el valor de las teorías de la pena para llegar a un monto determinado. Si los criterios que ofrecen las teorías de la pena son discutibles, lo son en todo caso no sólo para determinar el monto, sino también la clase y el modo de cumplimiento de la pena. Lo que sí puede concederse es que las teorías de la pena, a la hora de establecer una pena en concreto, plantean numerosos problemas y brindan sólo algunos pocos lineamientos idóneos.

#### IV. LAS CRITICAS A LAS TEORIAS DE LA PENA

Con prescindencia de sus esfuerzos por fundamentar la pena estatal, las teorías de la pena representan la búsqueda de la pena justa<sup>21</sup>. Sin embargo, cuando se trata de cuantificar la pena, su capacidad para formular aportes concretos en este sentido resulta, en principio, dudosa.

En primer término, en la medida en que el sistema incluye distintas clases de sanciones, las cuales, a su vez, pueden ser ejecutadas de diversos modos, y que pueden perseguir objetivos diferentes, se hace cada vez más difícil hablar de los fines de la pena. La cuestión se vuelve aun más compleja si se agrega que, incluso cuando se habla de una misma clase de pena, eventualmente puede no resultar posible el logro de fines preventivos y de retribución simultáneamente.

En lo que se refiere a la idea de prevención, además de la imposibilidad de las teorías de la pena de transformar sus expresiones en un monto determinado, también se ha puesto en cuestión la posibilidad de brindar criterios de alguna manera verificables<sup>22</sup>. En el caso de la prevención especial, los criminólogos cuestionan permanentemente la posibilidad de actuar efectivamente en forma positiva sobre el autor "resocializándolo"<sup>23</sup>. Y esto dejando de lado las limitaciones que debería tener en un estado de derecho la potestad estatal de imponer determinados modelos de conducta<sup>24</sup>, así como la violación al principio del hecho que implica definir el conflicto por el peligro de comisión de otros hechos. Principio del hecho y prevención especial resultan parcialmente incompatibles, y si además se restringe la posibili-

<sup>21</sup> Kaufmann, A., *Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay*, en Hirsch y otros (comp.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 425 y siguientes.

<sup>22</sup> Horn, *op. cit.*, núm. 26.

<sup>23</sup> Kaiser, G., *Kriminologie*, 1983, p. 129.

<sup>24</sup> Jakobs, *op. cit.*, 1/41 y siguientes.

dad de un tratamiento resocializador a la pena adecuada a la medida de la culpabilidad por el hecho, la prevención especial pierde toda posibilidad de acción y se convierte en una mera ficción. Su campo de actuación no puede ser la pena, sujeta a la comisión de un hecho, sino que debe ubicarse en la verdadera prevención. "El estado no está legitimado a llevar a un punto óptimo la actitud moral de los ciudadanos, sino que debe conformarse con el respeto objetivo del derecho (re-legalización)"<sup>25</sup>. La función de la prevención especial no puede ser la de crear miembros útiles a la sociedad, sino la de facilitarle al autor el actuar conforme al derecho. Pero aun con los cuestionamientos que se le pueden formular tanto en cuanto a la imposibilidad de verificar sus postulados como con relación a su compatibilidad con el estado de derecho, esto no significa que no pueda constituir un argumento plausible para desechar aquellas penas que podrían tener como consecuencia una definitiva desocialización del autor: permitiría definir así el monto que la pena *no debe alcanzar*.

La prevención general negativa, por su parte, se maneja con un modelo en el cual resulta decisivo el poder intimidatorio y ejemplificador de la pena, y en que nada se sepa, empíricamente, acerca de cómo actúan en las sociedades las sentencias condenatorias<sup>26</sup>.

La prevención general positiva admite su incapacidad para expresarse en un monto de pena concreto. Pero, por otro lado, y aunque en parte también le serían aplicables las objeciones relativas a la falta de verificación empírica de sus postulados<sup>27</sup>, logra explicar de forma más o menos convincente por qué en ciertos casos en los que no hay necesidad de resocialización ni de intimidación (por la improbabilidad de que el hecho se repita), de todos modos, las sociedades no están dispuestas a renunciar a la pena, por cuanto su aplicación reafirma el ordenamiento jurídico. En este sentido, es el ordenamiento jurídico mismo el que define cuál es la pena adecuada, sin buscar una solución en principios extrasistemáticos. En tanto el ordenamiento jurídico

<sup>25</sup> *Idem*, 1/47.

<sup>26</sup> Horn, *op. cit.*, núm. 30.

<sup>27</sup> En la medida en que la prevención general positiva entiende la pena como la negación de la negación del derecho, -siguiendo a Hegel-, como la reafirmación de la norma, y por lo tanto, como un proceso comunicativo, puede prescindir de la verificación empírica, del mismo modo que esta no se requiere para la interpretación de los conceptos.

co establezca como principio fundamentador de la pena el principio de culpabilidad, la pena adecuada será aquella que resulte conforme a la culpabilidad del autor, quedando planteado el problema en términos en cierta medida análogos a los de las teorías retributivas<sup>28</sup>.

En cuanto a si es legítimo "utilizar" al sujeto en concreto para reafirmar la norma en la sociedad, no parece posible que se cargue al autor en concreto con las inseguridades y conflictos que la sociedad no consigue superar de otro modo. En tal sentido, podría sostenerse que la amplitud y variedad con que un hecho puede conmover la vigencia de la norma ya habría quedado reflejado en la escala penal, en abstracto. Frente al hecho concreto, y frente a la alternativa de cuál es la pena a aplicar, sólo sería posible tomar en cuenta la culpabilidad del autor, con lo cual la cuestión quedaría, nuevamente, restringida al problema de la cuantificación de la culpabilidad.

## V. LOS CONCEPTOS DE ILÍCITO Y CULPABILIDAD EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

### a. Los problemas del concepto de culpabilidad

Si se repasa lo dicho hasta ahora, se ha rechazado la teoría de la prevención general negativa, admitiéndose la prevención especial sólo como el límite que una pena racional no debe alcanzar, y se ha aceptado que la posibilidad de reafirmar el ordenamiento jurídico a través de la imposición de una pena estaría reflejada en abstracto en el marco penal<sup>29</sup>, y en concreto, solamente aquella pena que se adecue a la culpabilidad podrá actuar de este modo, pues sólo esa pena es la que la norma prevé. Al quedar reducida la cuestión al problema de la cuantificación del ilícito y de la culpabilidad, todo parece haberse simplificado. Pero esto es sólo aparente, ya que mientras que la determinación de la culpabilidad en tanto existencia de un ilícito reprochable al autor se encuentra medianamente acotada, su graduabilidad es la que plantea las mayores dificultades. Estas dificultades podrían ser

<sup>28</sup> Acerca de la similitud entre la teoría de la prevención general positiva y las teorías retribucionistas, cf. Kaufmann, *op. cit.*

<sup>29</sup> Debe estar determinado de antemano cómo se reafirma la norma, y no sujeto a los vaivenes de la vida social. No sería legítimo que el juez recogiera los temores (fundados o no) de la sociedad y los reflejara en la pena de X. Captar las necesidades y temores sociales es, en todo caso, función del legislador, que sólo puede hacerlo en abstracto.

agrupadas, al menos provisionalmente, en dos grupos: a) el carácter relacional del concepto, que implica la necesidad de establecer cuál es el parámetro con el que se compara, y b) cuál es el hecho que puede ser legítimamente comparado: factores determinantes de la culpabilidad, y en qué medida estos pueden diferir del ilícito mismo.

### **b. La culpabilidad como reflejo del ilícito**

La culpabilidad, en tanto reprochabilidad del hecho antijurídico, hace referencia a los presupuestos sin los cuales no es posible responder al ilícito con una pena. Pero la culpabilidad también expresa la mayor o menor posibilidad de motivación conforme a la norma, y en este sentido, es un concepto graduable. La culpabilidad tiene carácter *constitutivo* al determinar si se aplica o no una pena, en tanto para graduar la pena, resulta decisiva la *medida* de esa culpabilidad.

El concepto de culpabilidad al momento de graduar la pena no puede ser otro que el de la teoría del delito. En efecto, cuando se habla de una pena “adecuada” a la culpabilidad, ello significa que el grado de culpabilidad sólo puede ser expresado en unidades de pena<sup>30</sup>. Esto significa que la medida de la pena es reflejo de la medida de la culpabilidad, la cual, a su vez, presupone la existencia de un ilícito: lo que se reprocha es el hecho antijurídico cometido por el autor. De este modo, se reconoce la culpabilidad por el hecho, y se descarta la culpabilidad de carácter o por conducción de vida. Tomado estrictamente, esto llevaría a descartar también la consideración de toda circunstancia ajena al ilícito al momento de graduar la pena. Sin embargo, aun los autores más estrictos en cuanto al principio del hecho admiten que la graduabilidad del concepto de culpabilidad puede hacer necesaria una “investigación” acerca de circunstancias que hacen a la personalidad del autor (p. ej., en casos de inimputabilidad)<sup>31</sup>.

Cuando se plantea la discusión en términos de si es posible o no superar la medida de la culpabilidad se está dando por sentado que se conoce cuál es la pena “ya” adecuada a la culpabilidad o la “todavía” adecuada, cuando en realidad esto es lo que falta definir. Sólo un concepto de culpabilidad que abarque los distintos matices de la reprochabilidad del ilícito -el cual, a su vez, también es un concepto graduable- permitirá que la medida de la pena sea un reflejo de ella.

<sup>30</sup> Horn, *op. cit.*, núm. 24.

<sup>31</sup> Stratenwerth, G., *El futuro del principio jurídico de culpabilidad*, trad. de Bacigalupo, E., Madrid, 1980, pp. 48, 58 y siguientes.

## c. Culpabilidad y fines preventivos

### 1. La culpabilidad "pura"

Cuando se quiere determinar la mayor o menor reprochabilidad del hecho, inevitablemente, se introducen cuestiones que no siempre están vinculadas directamente a ese hecho, y que responden, por ejemplo, a criterios de prevención. Decidir qué se considera reprochable y qué no, presupone partir de ciertas concepciones a las cuales no resultan ajenos estos criterios. Parte de las dificultades surgen, justamente, a raíz de que estas relaciones entre culpabilidad y prevención permanecen ocultas. En muchos casos, sin embargo, esto ya está reflejado en los tipos penales. Así, por ejemplo, es más grave el hurto con ganzúa que el hurto simple, no sólo porque la escala penal prevista sea mayor, sino que la escala penal es mayor porque el hecho es considerado más grave, sobre la base de ciertas razones tomadas en cuenta por el legislador. Una escala penal mayor hace suponer un ilícito mayor, al que corresponde, a su vez, una reprochabilidad mayor. El proceso de graduación dentro de un mismo marco penal no puede ser diferente, es decir, que no pueden ser ajenos a él las consideraciones preventivas que constituyen el trasfondo de la norma de que se trate. Una parte importante del proceso de individualización de la pena consistirá, entonces, en hacer explícitas esas razones, manteniéndolas en límites compatibles con el estado de derecho. Pero mientras que con relación al ilícito se puede -y se debe- encontrar apoyo normativo, la graduación de la culpabilidad se presenta con un grado mayor de complejidad, especialmente en lo que se refiere a los factores relevantes para su graduación.

Stratenwerth<sup>32</sup> propone dejar fuera de consideración, en cuanto sea posible, las circunstancias que hasta ahora se han incluido en la culpabilidad bajo el título de consideración total de la personalidad del autor; ellas sólo podrían ingresar al análisis, en un momento posterior, cuando se apliquen los fines preventivos<sup>33</sup>.

"Lo decisivo... es la *situación* en la que el hecho ha sido cometido: solamente ella determinará la gravedad de la culpabilidad por el hecho"<sup>34</sup>. En un sistema en el que se admita el principio del hecho tal afirma-

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 73.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, p. 74.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 75.

ción no puede ser puesta en duda. Sin embargo, con esto no se ha avanzado en nada en cuanto a cómo debe valorarse esa situación, ni tampoco con relación a cuánto vale, lo cual indica que, en algún momento, habrá que recurrir a otro punto de apoyo.

## 2. La idea de prevención como base de la culpabilidad

La idea de un concepto de culpabilidad que no puede ser definido sin tener en cuenta finalidades de prevención ha sido desarrollada por Jakobs<sup>35</sup>, quien realiza una amplia crítica del concepto tradicional. Cuando se afirma que la individualización de la pena se realiza expresando el ilícito del hecho en una magnitud de pena, tal como lo hace, por ejemplo, Horn, sin tener en cuenta la finalidad, con el resultado de que “medida de culpabilidad” y “medida de la pena” se convierten en conceptos idénticos, se intenta salir de la relatividad sin apoyarse en un punto fijo<sup>36</sup>. Es decir, que al suprimirse la cuestión de la finalidad no se logra establecer ninguna pauta fija que sirva de apoyo y oriente la decisión. Para Jakobs<sup>37</sup>, “la culpabilidad se fundamenta a través de la prevención general... y se mide según esta prevención”. El concepto de culpabilidad define un ámbito de libertad aprehensible en categorías *generalizadas*, dejando de lado el fenómeno psíquico particular, y orientándose según necesidades de política criminal<sup>38</sup>. Esto se ve en las diferentes regulaciones legales, tal como en materia de error. Allí no se exige un conocimiento efectivo, sino que el ordenamiento jurídico se conforma con un conocimiento potencial, o en los casos de estado de necesidad disculpante y de coacción, en los cuales las excepciones demuestran que no se trata de otra cosa más que de una determinada *decisión* acerca de quién debe hacerse cargo de ese error o de ese riesgo. No puede hablarse de que lo decisivo sea la “posibilidad de motivarse conforme a la norma”, sino que de lo que se trata es de una decisión normativa. La misma situación psíquica (p. ej., un particular o un bombero frente a una situación de estado de necesidad disculpante) no conduce a igual culpabilidad si la finalidad de la norma es diferente<sup>39</sup>. Para definir si una circunstancia agrava o

<sup>35</sup> En *Schuld und Prävention*, publicado en “Recht und Staat”, núms. 452/453, 1976.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>39</sup> *Idem*, pp. 20 y siguiente.

no la culpabilidad es necesario establecer previamente qué finalidad tiene<sup>40</sup>. Cuando una circunstancia tiene direcciones contradictorias, hay que redefinir la distribución de responsabilidad. El juicio de culpabilidad es siempre una nueva determinación del aporte que debe brindar el sujeto, sin poder ampararse en caso de fracaso, en que la responsabilidad recaía en otro ámbito. La medida de la culpabilidad sería tanto como la medida de la decepción de las expectativas<sup>41</sup>. Pero en la aplicación de la pena no se trata de lo que el autor se “merece” según la opinión general, sino de aquello que es necesario para mantener la confianza. Es decir, que la necesidad de pena se independiza de las “sensaciones” generales en un caso concreto, y son definidas a través de la idea del “mantenimiento de la confianza en el ordenamiento jurídico”.

No queda claro, sin embargo, cómo una pena que no respondiera a la opinión general puede lograr este efecto. Si a la hora de determinar la consecuencia jurídica en concreto la opinión general carece de toda relevancia en cuanto a cómo se mantiene la confianza en el ordenamiento jurídico, entonces, esto sólo podría ser definido por el ordenamiento jurídico mismo, que es el que debería haber captado y generalizado las sensaciones y opiniones generales de antemano, de forma tal que las reacciones sean previsibles. El mantenimiento de la confianza se produciría, según esta interpretación de lo afirmado por Jakobs, en la medida en que el ordenamiento jurídico funcionara tal como estaba previsto para los distintos casos<sup>42</sup>. El ordenamiento jurídico se reafirmaría a sí mismo a través de su propio funcionamiento eficiente, y en tanto permitiera dar respuestas lo más previsible que se pudiera. En el caso de la individualización de la pena, en que es el ordenamiento jurídico mismo el que prevé distintas respuestas posibles (marco penal y penas alternativas), cuál de esas respuestas es la adecuada sólo podrá determinarse a través de la *finalidad* de los distintos factores que el ordenamiento jurídico prevé como relevantes

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, la reincidencia puede reflejar una mayor culpabilidad si se considera que el reincidente expresa su desprecio por el ordenamiento jurídico, a pesar de que ya le fue impuesta una pena anterior, pero también es posible ver en el reincidente una muestra del fracaso de la pena anterior, o considerar que la sociedad no logró insertarlo debidamente; *idem*, pp. 25 y siguiente.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>42</sup> En verdad, esto no sería otra cosa que el principio de legalidad.

para la graduación del ilícito, de la culpabilidad, y consiguientemente, para la individualización de la pena.

#### **d. El hecho objeto de la individualización de la pena**

El principio de legalidad, en tanto garantiza la previsibilidad de la reacción estatal, presupone que sólo se tomen en cuenta factores que surjan de una valoración coherente de *normas* jurídicas. Con esto quedarían fuera, por ejemplo, las consideraciones morales acerca de los motivos del autor. En verdad, la eliminación de valoraciones morales parece ser la solución más adecuada también respecto del principio del hecho, con lo cual cabe preguntarse qué es lo que ocurre cuando la ley es la que introduce circunstancias que sólo podrían valorarse desde un punto de vista ético. Jescheck considera, incluso, que no es posible, según el derecho vigente, dejar de considerar parámetros éticos al individualizar la pena<sup>43</sup>. Esto pareciera difícilmente armonizable con el rechazo del derecho penal de ánimo. No se trata aquí de aquello que, en última instancia, pudiera considerarse dentro de la esfera de intimidad del autor, sino de determinar sobre qué base es posible la injerencia en esta esfera, o si la mera referencia legal que impone al juez valorar al momento de graduar la pena, por ejemplo, los motivos del autor, hace que esto siempre sea posible. En verdad, un rechazo consecuente de la posibilidad de hacer “valoraciones morales” debería regir tanto para los “fines bajos” como para las “buenas intenciones”; con lo cual quedaría en igual situación quien roba para pagar una intervención quirúrgica de su hijo como quien lo hace para poder cambiar el auto. Posiblemente, nadie estaría dispuesto a asumir una consecuencia tan restrictiva. En efecto, parece difícil poder graduar la pena eludiendo toda valoración moral, pero tampoco parece posible permitir que el juez, so pretexto de un ámbito discrecional, pueda introducir sus propias pautas éticas. El ordenamiento jurídico constituye la única pauta a que se puede recurrir, ya que es él el que reúne los modelos de conducta que pueden exigirse al autor. Y para el ordenamiento jurídico una conducta que está orientada a salvaguardar un bien jurídico no es idéntica a aquella que no lo está. Aun cuando una conducta no llegue a estar cubierta por una causa de justificación o de disculpa, si la situación puede ser analogada a las previstas por estas causas resultarán menos graves que si esto no es posible.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 795.

Si bien no existe ninguna duda de que el "hecho" es el hecho del ilícito, y la culpabilidad no es otra que la culpabilidad por el hecho, la existencia de escalas penales permite suponer la existencia de culpabilidades diferentes ante el mismo hecho<sup>44</sup>, y supuesta la imputabilidad, graduar la culpabilidad es idéntico a medir la pena, pero esto no puede ser hecho sin tener en cuenta qué finalidad cumple la culpabilidad, o dicho de otro modo, por qué a tal culpabilidad le corresponde tal pena. Sin embargo, los conceptos que se manejan son valorativos, y no parece posible traducirlos en magnitudes fijas expresadas en cifras<sup>45</sup>. Pero esta imposibilidad no debe llevar a afirmar sin más ni más que entonces se trata de un ámbito dentro del cual el juez puede decidir discrecionalmente. Por cierto, a esto podría objetarse que si se admite que es imposible lograr traducir la valoración de circunstancias atenuantes y agravantes en un monto exacto se está dejando la decisión, en último término, librada a la discreción del juez. Pero, en realidad, la imposibilidad de lograr una precisión absoluta, en la que no existan zonas grises, tampoco es ajena a muchos otros problemas dogmáticos, sin que por ello se afirme que la solución dependerá del arbitrio judicial. Piénsese en los problemas de analogía, los elementos normativos del tipo, o el límite entre dolo eventual y culpa conciente, por citar sólo algunos ejemplos. De lo que se trata es, frente al caso concreto, de llegar a una solución lo más exacta posible, y que esté apoyada en los fundamentos teóricos de que se dispone. El hecho de que la individualización de la pena no pueda ser un procedimiento racionalizable *more geometrico*, que sólo permita la precisión propia de objetos valorativos, no libera de la necesidad de que los fundamentos de la determinación estén decididos sin contradicciones en sus concreciones<sup>46</sup>. Esto implica que en la decisión se deben hacer explícitas las circunstancias que se valoran y cómo se lo hace.

De este modo, si el sistema presupone el principio de culpabilidad en el nivel constitucional, todo lo demás deberá ser una concreción de este principio<sup>47</sup>. Y si bien es cierto que no todas las concreciones del principio de culpabilidad se orientan en el mismo sentido, en aquellos

<sup>44</sup> Lackner, K., StGB, § 46.

<sup>45</sup> Acerca de esta imposibilidad, cf. Stratenwerth, *op. cit.*

<sup>46</sup> Cf. Köhler, M., *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, Heidelberg, 1983, p. 27.

<sup>47</sup> *Idem.*

casos en los que no sea posible hacer jugar a todos esos factores en una misma dirección, será necesario colocarlos en equilibrio, reordenándolos según el lugar que les corresponde de acuerdo con el ordenamiento normativo<sup>48</sup>. Frente a dos posibles interpretaciones, una a favor (atenuante) y otra en contra (agravante), habrá que determinar si es legítimo o no que se responsabilice al autor, si era posible esperar otra cosa de él, o si es otro quien debe responder. Esto toca uno de los puntos decisivos para la individualización de la pena: la dirección de la valoración de los distintos factores<sup>49</sup>.

## VI. PROBLEMATICA DEL PROCESO CONCRETO DE DETERMINACION DE LA PENA

### a. El marco penal

En el marco penal el legislador establece los límites de la pena en el caso individual para cada delito. La relación entre las distintas escalas penales caracteriza, al mismo tiempo, la importancia y el rango de la norma respectiva dentro del ordenamiento jurídico<sup>50</sup>. Las valoraciones sociales respecto de un determinado delito quedan plasmadas dentro de este marco, y en él quedan recogidas, entre otras cosas, las razones de prevención general.

Las valoraciones previamente dadas por el legislador, reflejadas en el marco penal, son vinculantes para el juez, quien debe dejar de lado sus propias valoraciones y aplicar las valoraciones legales. Esto parece evidente. Sin embargo, la cuestión se torna problemática cuando se plantea la posible inconstitucionalidad de un marco penal. Según Bruns<sup>51</sup>, las valoraciones judiciales deben ceder paso a las del legislador aun en caso de duda respecto de la constitucionalidad de la escala.

Prescindiendo aquí de las dificultades vinculadas al principio de proporcionalidad -cuya violación constituiría el argumento más frecuente en contra de la constitucionalidad de un determinado marco

<sup>48</sup> Cf. críticas a la teoría del ámbito de juego (III. a)

<sup>49</sup> Esto es especialmente importante en sistemas legales como el alemán o el argentino, en los cuales los factores a tomar en cuenta al graduar la pena son enumerados sin indicar si juegan a favor o en contra del autor.

<sup>50</sup> Horn, *op. cit.*, núm. 48.

<sup>51</sup> Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 2da. ed., 1985, p. 44.

penal-, no parece posible rechazar de antemano la eventual declaración de inconstitucionalidad de una escala penal, ya que, en primer lugar, no se trata allí simplemente de las concepciones valorativas del juez (que por cierto deben postergarse en favor de las del legislador), sino de una valoración jurídica, apoyada en la interpretación del ordenamiento jurídico, es decir, justamente la función esencial de la actividad judicial.

La determinación del marco penal tiene prioridad lógica frente a la determinación de la pena dentro de este marco<sup>52</sup>. Esto tiene especial importancia en aquellos casos en los que se prevé la facultad de un marco penal atenuado (en el sistema alemán, tentativa, casos más o menos graves, delitos de omisión). Frente a la posible aplicación de dos marcos penales no es posible dejar abierta la elección sobre la base de que, de todos modos, la pena aplicada estaría en un ámbito cubierto por ambos marcos penales. Si bien en el sistema argentino -a excepción de los casos de delito imposible, art. 44 CP *in fine*- la elección del marco penal formaría parte del proceso de subsunción mismo, la cuestión puede adquirir relevancia en los casos de subsunción alternativa en que no fuera posible determinar cuál es la escala penal más favorable.

Teniendo en cuenta que el marco penal rige siempre para la totalidad del ilícito de que se trata, el juez, al determinar la pena en concreto, no puede valorar un elemento que ya ha sido tomado en cuenta "en abstracto" para calificar la gravedad del ilícito (prohibición de doble valoración). Lo mismo ocurriría con las valoraciones preventivas, dado que ya fueron consideradas en el marco penal, y si no lo fueron, quedarían fuera del ámbito de valoración judicial, ya que resultan consideraciones extrañas al hecho, por las cuales el autor no puede ser responsabilizado, como en el caso del aumento de un determinado delito<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Horn, *op. cit.*, núm. 50 (de otra opinión hasta la 3ra. ed., *op. cit.*). Con relación a la opinión contraria, cf. Frisch, *Die Strafmilderungen beim Versuch*, en *Festschrift für Spendel*, 1992, pp. 381 y siguientes.

<sup>53</sup> Nadie sostendría que cometer un delito que nadie comete constituye una circunstancia atenuante; ¿por qué, entonces, podría ser más grave cometer uno que cometen todos? El aumento de un determinado delito indica, o bien un cambio en las valoraciones sociales respecto de una norma, o bien un déficit en el sustrato social presupuesto por esa norma. Y en cualquier caso, no corresponde que sea el autor quien responda por ello.

La escala penal cubre tanto el caso más grave como el caso más leve concebibles para el delito de que se trate. Esto no significa que las penas mínimas o máximas sólo puedan ser impuestas cuando no sea posible pensar un caso más grave o más leve que el que se está juzgando<sup>54</sup>. La ubicación de un caso en las penas mínimas o máximas presupone que el ilícito, valorado en su totalidad se encuentre en el ámbito inmediatamente cercano a estos límites<sup>55</sup>. La fórmula, aunque no resulta demasiado precisa, toma como base el ilícito, con respecto al cual el ordenamiento jurídico ofrece pautas más concretas para su valoración.

#### **b. Los distintos factores a considerar y la dirección de la valoración**

Como ya se señalara, uno de los problemas que se plantean tanto en el sistema legal alemán como en el argentino (arts. 40 y 41 CP) es que la ley enumera los factores que deben ser tenidos en cuenta al graduar la pena sin decir si agravan o atenúan. A esto se suma que tampoco es evidente en qué dirección se debe efectuar la valoración, y que además, es posible imaginar situaciones en las que agrave o atenúe según el punto de vista que se tome o el delito de que se trate. La decisión no puede tomar otro punto de apoyo que el ordenamiento jurídico, y argumentar a partir de él. Esto parece obvio, y así formulado, casi trivial. Pero esta apariencia engaña, y esto se advierte en cuanto se repara en que habitualmente ni siquiera se expresa en las decisiones si ese factor fue tomado en cuenta o no. Es decir, que en primer lugar es imprescindible que se haga explícito si se valora *a favor* o *en contra*, y en segundo lugar, *por qué*, teniendo en cuenta que sólo resultarán argumentos válidos aquellos que estén apoyados en valoraciones normativas, antes que en la eventual reprochabilidad moral de ese aspecto de la conducta.

#### **c. El punto de apoyo del caso concreto en relación con el marco penal: el caso-regla**

El marco penal ofrece un punto de apoyo a grandes rasgos para la medición de la pena<sup>56</sup>. Marca los límites externos que la pena para un determinado delito no puede sobrepasar. Pero uno de los problemas

<sup>54</sup> Con relación a esto, muy ilustrativos los argumentos y ejemplos de Timpe, G., *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, Berlín, 1983, p. 70.

<sup>55</sup> Tal la solución de Bruns, *op. cit.*, p. 45.

<sup>56</sup> Horn, *op. cit.*, núm. 85.

más agudos de la individualización de la pena es ubicar un punto para ingresar en el marco penal, un punto fijo a partir del cual poder "atenuar" y "agravar". Dicho de otro modo, un caso que sirva de base para la comparación. En la medida en que se trata de una escala y que los factores que se toman en cuenta implican un "más" o un "menos" resulta ineludible establecer *respecto* de qué. En tanto no es posible comparar utilizando como parámetro el mismo objeto a ser comparado, tampoco es posible limitar la valoración a las particularidades del caso concreto, sino que es imprescindible compararlo con un parámetro de valoración relevante<sup>57</sup>.

Hablar de circunstancias atenuantes o agravantes (como lo hace el art. 40 CP, o que juegan a favor o en contra del autor, en los términos del § 46 StGB) importa utilizar conceptos relacionales o comparativos. Como tales, aluden a la relación que existe entre un hecho concreto y un hecho que se toma como referencia<sup>58</sup>. Es decir, que sólo pueden utilizarse cuando se conoce el punto de referencia, o cuando este se da por sobreentendido. Sin esto, lo que se afirme carecerá de sentido, será una afirmación vacía de contenido, y especialmente, no permitirá controlar la corrección de lo afirmado.

Lo que ocurre con frecuencia es que ese parámetro está implícito tácitamente en la discusión, ya que, en verdad, sin él no sería posible trabajar. Esto significa que los tribunales utilizan algún parámetro con el que comparan, pero sin que esto se formule. Ello, por sí mismo, no resultaría incorrecto, siempre y cuando fuera posible la explicitación de ese parámetro. Pero si esto no es factible, queda eliminada la posibilidad de una discusión racional acerca de la pena concreta, y la decisión carecerá de fundamentos reales.

Para dar solución a este problema se ha recurrido en Alemania al llamado "caso-regla"<sup>59</sup>, denominación con la cual se designa el grupo de casos que, según la experiencia, siempre se repiten, la "criminalidad de todos los días". Teniendo en cuenta que la mayoría de los delitos que se cometen habitualmente manifiestan sólo un bajo grado de gravedad, sería posible ubicar la magnitud del disvalor característico del caso-regla en el tercio inferior de la escala penal. Se trata de un con-

<sup>57</sup> Frisch, W., *Die Bewertungsrichtung von Strafzumessungstatsachen*, "GA", 1989, pp. 338 y ss., esp. 344.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 345.

<sup>59</sup> Horn, *op. cit.*, núm. 88.

cepto jurídico, en el cual se debe subsumir el caso concreto. No depende de una frecuencia estadística, y se determina especialmente por la experiencia del juez en su actividad cotidiana. Se habla también de los casos de gravedad media, que estarían ubicados en la mitad aritmética de la escala. La imprecisión de estos conceptos es evidente (¿qué sucede cuando el juez aún no tiene “experiencia”? ¿qué, en los casos que no se dan frecuentemente?); Frisch, luego de un detallado análisis de las distintas alternativas, propone un criterio normativo: el hecho que alcanza el umbral de la norma se ubicaría en el mínimo legal. La cuestión capital de la medición de la pena no es otra cosa que el hecho punible mismo, con las categorías que le son propias (disvalor de acción, disvalor de resultado, imputación, posibilidad de evitación del quebrantamiento de la norma, etc.). Pero mientras que para la teoría de la imputación lo que importa es si estas categorías están dadas o no, en el campo de la medición de la pena lo que interesa es la dimensión concreta de estas categorías; por lo cual inevitablemente entrarán en consideración numerosos factores y situaciones que, si bien regularmente no llevan a descartar la categoría respectiva, sí determinan su caracterización particular. El parámetro para la comparación estará dado por aquellas condiciones que están tácitamente presupuestas en un tipo penal como punto de partida para la medición de la pena<sup>60</sup>.

## VII. CONCLUSION

Si bien este modelo, como todos los formulados hasta ahora, no está exento de puntos débiles, tiene la ventaja de ofrecer, cuando menos, claridad en cuanto a la necesidad de buscar una solución normativa; esto hará que el caso paradigmático no dependa de consideraciones tan vagas como la “experiencia judicial”, sino que deberá estar apoyado en una interpretación del tipo, en la búsqueda de los presupuestos de la norma para cada posibilidad de las que ofrece el marco penal. La búsqueda de la finalidad de la norma para concretar conceptos altamente abstractos no es, por otro lado, ajena a ninguna de las fases del análisis dogmático, y en muchos casos, sin que se pueda llegar a admitir como correcta sólo una de las soluciones propuestas. Pero en el caso de la individualización de la pena la falta de concreción y las

<sup>60</sup> Por ejemplo, en los delitos contra la propiedad el caso-regla sería aquel en el cual el autor se apropia de algo que le sería difícil de conseguir por medios lícitos; cf. Frisch, pp. 366 y siguiente.

dificultades teóricas quedan más expuestas en la medida en que el resultado del análisis debe expresarse en una magnitud aritmética.

La medición de la pena puede ser entendida como un proceso de elaboración y clasificación de informaciones de distinta clase. En ese proceso habrá que definir cuáles son los factores relevantes para graduar la pena, determinar por qué constituyen atenuantes o agravantes frente al caso concreto, y formular el rango de esos factores, teniendo en cuenta su relación con los principios generales (culpabilidad, hecho, legalidad) y la finalidad que deben cumplir dentro del ordenamiento jurídico.

El punto de partida es el marco penal, pero la amplitud de valoraciones que él permite, su carácter "abierto", hace que *solamente* sea un punto de partida, que habrá de ser completado mediante la tarea interpretativa, a fin de reconstruir los casos abstractos que se pretendió alcanzar entre el mínimo y el máximo. El método concreto a seguir para la construcción de estos casos tiene que orientarse al hallazgo de circunstancias del hecho que guarden similitud con la estructura de los elementos del tipo (que fundamentan o agravan el ilícito), cuando se trata de atribuirles un efecto agravatorio, y a circunstancias que guarden similitud con la estructura de las causas de justificación o de disculpa, cuando se trata de atribuirles efecto atenuante. En la medida en que se quiera posibilitar la discusión racional acerca del por qué de una determinada pena, no podrá eludirse la explicitación en las decisiones de cuáles fueron los criterios utilizados para su individualización.

LA CESURA DEL  
JUICIO PENAL

*Eduardo Andrés Bertoni*



# LA CESURA DEL JUICIO PENAL

*Eduardo Andrés Bertoni*

## I. UN HIPOTETICO CASO

Imaginemos una sala de juicio de algún pueblo en el interior del país. Imaginemos, también, que en esa sala se está llevando adelante un debate, en el cual resulta acusado de violación seguida de muerte un joven que hacía poco tiempo había llegado a aquel sitio, cansado de buscar y no encontrar trabajo en las grandes ciudades.

Es muy posible que este hecho haya conmocionado a todo el pueblo, por lo que la sala está completa y, aun más, el diario local se propone cubrir detalladamente el acontecimiento.

Imaginemos que todo el proceso se encuentra regulado por normas parecidas a las del Código Procesal Federal, y que el fondo de la cuestión es regido por nuestro Código Penal. Siendo ello así, imaginemos un fiscal muy preocupado porque la condena alcance el máximo legal posible, por lo cual, recordando lo que prescribe el art. 41 del Código Penal, se ha encargado de traer innumerable cantidad de testigos que dan cuenta de la escasa educación del joven, de sus costumbres y, además, expone ante la sala y aporta testimonios de una sentencia que lo había condenado en suspenso por haber sido encontrado culpable de un delito menor. Imaginemos que en cambio, el defensor se ha preocupado en destruir cada una de las pruebas que involucraban al joven en el hecho, por lo que se encuentra ante la contradicción interna de tener que exponer también algunas cuestiones que, en caso de una condena (hipotética e improbable de acuerdo con su pensamiento), sean tenidas en cuenta para aminorar la pena.

Imaginemos ahora que la sentencia lo declara inocente. La justicia del fallo es compartida por la totalidad de la comunidad, por cuanto ha

resultado evidente que el día del aberrante acto criminal, el joven se encontraba en un pueblo vecino. No obstante, los trabajos esporádicos que venía realizando en el pueblo le son negados después del fallo, por razones tales como su educación, costumbres, o actos de vida anteriores que, de no haber sido por el juicio imaginado, nadie hubiera conocido.

Imaginemos, finalmente, que el joven debe abandonar el pueblo por no encontrar tareas que le permitan sostenerse dignamente; mientras se aleja su mente trata de comprender por qué, si siempre fue inocente, en el juicio se llevó a cabo ante todo el pueblo una radiografía de su vida y su pasado, que él mismo estaba queriendo olvidar.

## II. INTRODUCCION AL TEMA

Creo haber puesto de manifiesto, con el relato de un hipotético caso, la importancia y la trascendencia que tiene, en los procesos penales, la introducción de reglas bien definidas que permitan llevar adelante investigaciones sobre el autor recién después de que se lo haya encontrado culpable del hecho que se le reprocha.

“Por otra parte, desde la perspectiva de los principios básicos garantistas del proceso, como son la presunción de inocencia y que éste cause, por eso mismo, el menor daño posible al procesado o imputado, naturalmente adelantar al momento de la indagación del hecho o determinación del injusto, la cuestión de la determinación de la pena, afectaría gravemente el principio de inocencia y de la mínima lesividad del proceso. En efecto, como hemos visto, la determinación de la pena obliga a inmiscuirse con la vida del imputado, con las situaciones sociales que lo rodean, con sus problemas de personalidad o enfrentamiento de situaciones, etc. Ello, evidentemente, no puede decidirse antes de haber constatado la existencia de un delito o injusto”<sup>1</sup>.

Además, resulta obvio que todo lo referido a la individualización de la pena presupone que la conducta imputada a una persona ya haya sido corroborada, al menos como típica y antijurídica, por lo que, además de razones de respeto a la dignidad de la persona, existen razones de economía procesal que impulsan a la elección de sistemas procesales que contengan reglas que permitan la división del juicio.

<sup>1</sup> Cf. Bustos Ramírez, J., *Medición de la pena y proceso penal*, en *Hacia una nueva justicia penal*, Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1989, t. I, pp. 329-330.

En esto consiste pues, precisamente, lo que la doctrina ha dado en llamar la cesura del juicio penal: una parte del proceso destinada a la averiguación de la culpabilidad del imputado, y otra posterior que se ocupa de reunir todos aquellos elementos permitidos para determinar concretamente cuál es la sanción correspondiente.

No es objeto del presente trabajo incursionar en aquello que se refiere a los criterios posibles para la determinación de la pena. Se da por sentado que el tema es complejo y que por cierto, no existen criterios únicos.

Lo relevante es que, en rigor, se pone en juego la dignidad de la persona, por lo cual, lo que sirva de base para la imposición de la pena debe ser transparente, y merece un tratamiento que permita al penado contar con las mismas garantías que cuenta para defenderse de los hechos que le son imputados. No debe olvidarse que lo "que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece"<sup>2</sup>.

### III. LA DIVISION DEL DEBATE A LA LUZ DE LAS TEORIAS DE LA PENA

Parece claro que si partiéramos de una teoría absoluta de la pena la cesura del juicio no tendría mucho sentido.

Si la pena es concebida como una mera expiación por el hecho cometido, o como un acto de venganza "controlado" por el estado (en su carácter de pura retribución), ya nada importa indagar sobre cuestiones inherentes al autor.

Históricamente, puede advertirse que con el nacimiento del procedimiento inquisitivo reformado, los resabios de las doctrinas retributivas eran tan importantes que el Código Penal francés de 1791 contenía penas fijas, no dándose lugar a ninguna individualización por parte de los jueces<sup>3</sup>; ello demuestra la poca importancia dada a la determinación de la pena cuando se parte de una teoría como la señalada.

En cambio, si se procede a la observación del tema con el prisma de las teorías relativas, las conclusiones son muy diferentes.

Es fácil presuponer que, si el fin último de la pena es la resocialización

<sup>2</sup> Cf. Bustos Ramírez, J., *op. cit.*, p. 329.

<sup>3</sup> Cf. Maier, J. B. J., *La cesura del juicio penal*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 241.

del individuo, la investigación detallada de aquello que permita realizar una correcta individualización de la sanción será siempre bienvenida.

Si, en cambio, la pena tuviere sentido para afirmar en la sociedad ciertas pautas de comportamiento básico (prevención general positiva), de descuidarse la correcta imposición de una pena adecuada, se estarían descuidando también los fines previstos.

Inclusive, desde la óptica de la abolición de la pena de encierro, una postura que permita dividir el juicio encontraría defensores, puesto que en esta etapa podrían discutirse formas alternativas de resolución de los conflictos, dando cabida, por ejemplo, a que la víctima pueda discutir la reparación o compensación que considere adecuada. De esta manera, se le estaría otorgando un lugar en el proceso, en una etapa del juicio en que tanto ella (la víctima) como el autor tendrían plenas garantías.

Podría argumentarse en cuanto a que todas estas cuestiones no se contraponen a que durante el mismo juicio donde se tiende a la averiguación de la verdad objetiva de los hechos imputados al autor, también y simultáneamente se estudie todo lo que permita una adecuada sanción; empero, la práctica de más de un siglo de sistemas que así lo hacen, demuestra que existe una exagerada desproporción entre todo el razonamiento que justifica el juicio de culpabilidad (además de las garantías que posee el individuo penalmente perseguido) comparado con la superficialidad con que se aborda la cuestión de la determinación de la pena. "El actual sistema de juicio oral es una prueba de la falta de importancia que se da a la determinación de la pena en comparación con la que se da a la cuestión de la punibilidad... A diferencia de lo que ocurre con los elementos fundamentales de la punibilidad (v.gr. las huellas del delito), los elementos relevantes para la determinación de la pena (v.gr. las relaciones personales del delincuente), se establecen de pasada y sin la meticulosidad que en general caracteriza la práctica de la prueba en el juicio oral"<sup>4</sup>.

Es por ello que la cesura del debate brindaría la posibilidad de revertir esta práctica, en beneficio de quienes están involucrados en un proceso penal.

<sup>4</sup> Cf. Hassemer, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 133.

#### IV. EL MOMENTO DE LA CESURA Y EL CONTENIDO DE CADA FASE

Establecido que la cesura del juicio consiste en la separación de todo aquello referido a la determinación de la pena de lo estrictamente relacionado con la culpabilidad del autor por el hecho reprochado, la disyuntiva se presenta en la opción por el momento del proceso más apropiado para que la división alcance los fines perseguidos.

El estudio del momento de la "bifurcación" del juicio es la contracara del contenido de cada fase: fijado esto último, lo primero surgirá invariablemente<sup>5</sup>.

La cuestión puede ser encarada desde dos posturas: la primera, que denomino extrema, ubica al principio del juicio todas las cuestiones que se relacionan con la corroboración del injusto (tipicidad y antijuridicidad de la conducta); a su vez, la segunda posición, que podría llamarse moderada, considera que la división comienza recién después de haber debatido la culpabilidad del sujeto.

El fundamento de la posición extrema radica en que, si una de las principales funciones de la división del juicio es que no se divulguen cuestiones relacionadas con la personalidad del sujeto hasta que no se tenga certeza de la constatación del injusto, es claro que cualquier acercamiento que se intente para determinar -por ejemplo- su capacidad de culpabilidad, ya implica inmiscuirse en aspectos personales (v.gr. el estudio de los procesos de motivación conforme a derecho)<sup>6</sup>.

Así, la primer fase culminaría con un interlocutorio por el hecho, tratándose todo lo referente a la culpabilidad y a la determinación de la pena en un segundo período.

Esta postura, que puede parecer muy loable en una primera aproximación, rápidamente presenta problemas de índole práctico: hoy en día no existe un consenso dogmático acerca de la ubicación sistemática de ciertas categorías (sobre todo en materia de error); además, muchas veces la investigación sobre ciertas cuestiones relacionadas con el fuero interno del imputado, resultan necesarias para la apreciación de los casos de error o la comprobación de elementos subjetivos.

<sup>5</sup> Para ampliar esta cuestión, cf. Maier, J. B. J., *op. cit.*, pp. 250-253.

<sup>6</sup> Esta postura es defendida por Bustos Ramírez: "Ya que no tendría sentido seguir adelante, en respeto consecuente al principio de inocencia y de mínima lesividad del proceso para el imputado, si se constata que por cualquier razón no se da el injusto o no tiene sentido su persecución...". Cf. *op. cit.*, p. 332.

Por otro lado, no debe perderse de vista que el límite del poder estatal se encuentra en que, en verdad, la condena sólo podrá fundarse siempre que el individuo haya tenido posibilidad de valoración del hecho cometido y posibilidad de motivarse conforme a derecho. Así es como surge la segunda postura antes señalada, que considera que la cesura debe practicarse a partir del interlocutorio de culpabilidad.

De esta manera, pareciera que puede atenderse de mejor manera todo lo que hasta hoy se presenta como secundario: un estudio acabado de todos los aspectos que permitan una correcta individualización de la pena.

Relacionado con esto, surge también el interrogante sobre el momento apropiado en que deben comenzar a investigarse las circunstancias que serán valoradas para la determinación de la reacción estatal.

En mi opinión, lo más aconsejable sería comenzarla a partir del interlocutorio de culpabilidad, es decir, cuando ya se tiene certeza de que el autor es culpable del hecho que se le imputa. Me hago cargo de que esto podría traer inconvenientes relacionados con la prolongación de los juicios, pero creo que es un problema solucionable a partir de la fijación de plazos razonables: tal vez una prolongación del juicio por estas razones traiga aparejado un beneficio considerable para el enjuiciado, ya que la pena que en definitiva se le impondrá habrá estado suficientemente meditada.

Podría pensarse, además, en que conjuntamente con la condena de culpabilidad se exprese cuál es el límite máximo de pena conforme a la culpabilidad por el hecho. A partir de ese momento comenzarían a correr los plazos para que en la segunda fase se investiguen todas las cuestiones para que se individualice la pena.

Esta solución me parece la más conveniente para que la intromisión en aspectos íntimos del enjuiciado se practique con la certeza en mano de su culpabilidad; asimismo, y salvo que se piense en que la segunda fase sea resuelta por jueces distintos a la primera, se evita también la subjetivización de ellos, pues ciertas circunstancias sólo podrán ser conocidas una vez que lo han considerado culpable por el hecho.

No quisiera dejar de lado la posibilidad de que parte de la investigación se comience antes del interlocutorio de culpabilidad con la expresa conformidad del imputado y su defensor: a pesar de no estar convencido de las bondades que ello podría aparejar, estimo que no

puede ser descartado de plano. Finalmente, y para concluir con este punto, es necesario, cuanto menos, enunciar las vinculaciones entre una fase y la otra.

En primer lugar, surge la pregunta sobre la conveniencia de regular la apertura de la segunda etapa en forma facultativa u obligatoria para el tribunal: si esta es la disyuntiva, estimo conveniente que ello sea siempre obligatorio, por cuanto creo sería la única manera de vencer la inercia de más de un siglo de restarle importancia a la cuestión de la determinación de la pena.

Empero, podría pensarse en una tercera posibilidad: que el propio imputado decida si se pasa o no a la segunda fase<sup>7</sup>. Es claro que para hacer viable esto, debemos aceptar que el interlocutorio de culpabilidad exprese un *quantum* de pena tal como se dijera anteriormente.

A primera vista, esta última cuestión parece bastante seductora, ya que lo cierto es que el propio sujeto es el que padece las consecuencias de la imposición de pena. No obstante, creo que toda teoría relativa de la pena tiende a un fin que debe ser útil no sólo al individuo, sino también al Estado; si esto es así, el Estado también tiene un interés en la correcta determinación de la pena, por lo que, para ser consecuente con los postulados de aquella, no podría dejar librado sólo a la voluntad del individuo la decisión de la apertura de la segunda fase.

La segunda relación entre ambas fases estaría dada por el valor vinculante de la primera con la segunda. Pareciera que lo más adecuado es aceptar la fuerza obligatoria del interlocutorio de culpabilidad, con excepciones que faculten a corregirlo en casos realmente excepcionales (p. ej., cuando aparezca algún hecho nuevo).

## V. EJEMPLOS NORMATIVOS

La cuestión de la cesura del juicio aparece hoy en día más como "proyecto" en los códigos modernos que como realidad legislativa concreta. No obstante ello, existen excepciones que merecen ser por lo menos enunciadas. Antes de ingresar en su estudio, es pertinente aclarar que en cierto modo este tema se efectiviza en el derecho penal de menores, el cual no será objeto de estudio en el presente trabajo.

Se pueden encontrar antecedentes en el modelo del juicio por jurados del derecho anglosajón. Así es que resulta interesante apreciar la

<sup>7</sup> Cf. Magariños, M., *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*, en esta misma obra.

mecánica actual del proceso penal en los Estados Unidos, especialmente en lo referido al modo de determinación de la pena<sup>9</sup>.

Básicamente, y tal como se encuentra regulado en la mayoría de los estados, el jurado se limita a dictaminar sobre la culpabilidad o inocencia del imputado.

La etapa de sentencia (*sentencing phase*) es conducida por un solo juez, no teniendo injerencia ningún miembro del jurado: en este segmento del juicio es el primero el que fijará concretamente la pena.

Esta fase contiene reglas que varían entre los distintos estados: algunos tienen procedimientos muy rudimentarios, mientras que en otros el proceso es bastante complejo.

Las garantías individuales que se tienen en la primera etapa no necesariamente se tienen en la segunda; por ejemplo, en un fallo de la Suprema Corte en 1967 (*Specht v. Patterson*) se estableció que no constituía un derecho constitucional la posibilidad de ser escuchado previamente a la concreta determinación de la sentencia.

Tampoco existe el derecho de confrontar e interrogar a los testigos que declaren en esta etapa (*Baker v. United States*, 1968), y tampoco se aplican las reglas de la exclusión probatoria.

Empero, para llevar adelante su cometido, el juez debe poseer la mayor cantidad de información sobre la vida y características del imputado, todas las cuales son acumuladas en un informe previo a la sentencia (*presentence report*), que es confeccionado por el servicio de *probation* del tribunal.

A pesar de lo expuesto, se ha permitido en algunas jurisdicciones que sea el propio juez quien mantenga entrevistas con amigos, vecinos, compañeros de trabajo del enjuiciado, etc., como parte del informe. En este orden se sostuvo que "el uso de pruebas por referencias con respecto a la solvencia moral de una persona está ampliamente justificado por la conveniencia práctica, evitando en el juicio numerosas pruebas accesorias que complicarían, confundirían, desconcentrarían y distraerían a los miembros del jurado" (*Michelson v. United States*, 1948).

<sup>9</sup> Como fuente principal de todo este apartado se utilizó un trabajo de Mueller, G. y Buharow, D., *Bifurcation: the two phase system of tribunal procedure in the United States*, en *Wayne Law Review*, vol. 15, N<sup>o</sup> 2.

Lo peligroso es que, en ciertos casos, al imputado y a su abogado no se le permitió ver el *presentence report*, y ni siquiera pudo introducir pruebas para refutarlo total o parcialmente (*United States v. Durham*, 1960; *United States v. Fischer*, 1967).

Como regla general, el *presentence report* contiene elementos tales como antecedentes condenatorios, arrestos anteriores, evaluaciones psicológicas y las mencionadas entrevistas; la acumulación de información varía según el delito cometido.

Retomando estrictamente la regulación federal, el juez puede optar por varios medios al momento de sentenciar: hacer uso de la *probation*, imponer la pena de prisión por el tiempo que determine, o imponer la pena de muerte.

Esta elección la establece sobre la base del *presentence report*, lo cual se encuentra regulado en la Regla 32 (c) del Procedimiento Criminal Federal<sup>9</sup>.

Un sistema que merece particular importancia dentro del ámbito estadounidense es el sistema californiano. En este estado, la condena impuesta a la culminación del juicio se entiende que es por el máximo de tiempo legal; a partir de ese momento, cualquier decisión sobre el futuro del condenado es de carácter administrativo, que determina el

<sup>9</sup> Rule 32. *Sentence and Judgement (c). Federal Rules of Criminal Procedure.*

"(1) Investigación previa a la sentencia. Cuando se lleva a cabo: El servicio de *probation* del tribunal, deberá realizar un informe previo a la sentencia (*presentence report*), antes de que el juez se expida o antes de que sea otorgada la *probation*, a menos que, con permiso del tribunal, el acusado renuncie a tal investigación o informe, o el tribunal encuentre en el expediente la información suficiente como para hacer posible la determinación de la sentencia. El informe no deberá ser presentado al tribunal ni su contenido revelado a nadie a menos que el acusado se haya declarado culpable, o se lo considere culpable, excepto que con consentimiento escrito del acusado, el juez pueda inspeccionar el informe en cualquier momento.

(2) Informe (*report*): El informe previo a la sentencia (*presentence report*) deberá incluir: a) todo antecedente penal anterior del acusado; b) la declaración de las circunstancias acerca del delito cometido y de las circunstancias que afecten al comportamiento del acusado; c) toda información concerniente a cualquier perjuicio ya sea patrimonial, psicológico, social y físico, sufrido por cualquier víctima del delito; y d) cualquier otra información que pueda ayudar al tribunal en la sentencia, incluyendo las que se necesiten de cualquier víctima del delito".

*California Adult Authority*, órgano especial al que se le delega la responsabilidad de una concreta determinación de la sentencia<sup>10</sup>.

Al ser un proceso de carácter administrativo, muchas garantías vigentes en el juicio no se aplican en esta etapa, pudiendo determinarse la medida de la pena sin siquiera tener la posibilidad de introducir ninguna prueba. Esto, indudablemente puede dar lugar a innumerables críticas.

En un ámbito diferente, tanto el CPP Modelo para Iberoamérica (art. 287), como el Proyecto de CPP de Guatemala de 1989 (art. 308), el Proyecto de CPP de Ecuador (art. 276) y el Proyecto de CPP argentino de 1986 (art. 287), regulan la posibilidad de dividir el debate.

Esta división es facultativa para el tribunal cuando, según su criterio, resulte adecuado para la mejor resolución sobre la pena. La decisión debe ser comunicada por el tribunal a más tardar en la apertura del debate.

No obstante que la regla es que la cesura sea facultativa para el tribunal, en los casos en que, de acuerdo con la calificación jurídica de la acusación y del auto de apertura a juicio, la pena supere los cinco años de privación de la libertad, tanto el imputado como su defensor pueden solicitar la división del debate y, en tal caso, el tribunal está obligado a hacerlo.

En este supuesto, el tribunal debe, al culminar la primera parte del debate, resolver sobre la cuestión de culpabilidad. Si ello habilita la imposición de una pena o medida de seguridad, debe fijar día y hora para la prosecución del debate referido a la determinación de la pena.

Una vez abierto el debate sobre esta cuestión, se comienza con la recepción de la prueba. Cabe destacar que ella debe haber sido ofreci-

<sup>10</sup> El Código Penal de California establece que:

“1168. Toda persona penada por un delito de acción pública en estos momentos prescripto por la ley, deberá (a menos que se le otorgue la *probation*, o tenga derecho a un nuevo juicio, o se suspenda la sentencia) ser condenada a cumplir la pena en una prisión estatal, pero el Tribunal no deberá fijar la duración del período de reclusión al dictar sentencia”.

“3020. En los casos en que las personas que hasta el momento o en lo sucesivo, hayan sido sentenciadas conforme a las cláusulas de la sección 1168 de este código, la *Adult Authority* deberá determinar, luego de que haya comenzado la reclusión, la duración de la misma si la hubiere”.

da en su oportunidad conjuntamente con las otras.

Finalmente, el proceso sigue con las reglas comunes, y la sentencia se integra recién después del debate sobre la pena, con el interlocutorio de culpabilidad y con la resolución sobre la pena que se aplicará.

Lamentablemente, el nuevo Código Procesal Penal vigente en el ámbito nacional no contempla, ni siquiera facultativamente para el tribunal, la posibilidad de la discusión de la determinación de la pena en forma autónoma.

No es casual que así sea ya que, nuevamente, en el ámbito federal se pone en vigencia un código que nace viejo, pues es tomado del CPP Italiano de 1913 y 1930, momento en el cual estas ideas todavía no eran debatidas.

Lo único que puede esperarse es que los jueces ordenen la exposición de la prueba de manera que todo lo relacionado con la determinación de la pena se realice en último término (art. 382 CPP Nación).

Podría proponerse otra solución para cubrir este vacío: las partes no presentan (o presentan en subsidio) las pruebas relativas a la correcta individualización de la pena. Terminado el debate, el tribunal delibera (art. 396 CPP Nación) y entonces, si considera la responsabilidad del imputado por el hecho, procede a la reapertura recibiendo las nuevas pruebas para la correcta individualización de la sanción (art. 397 CPP Nación).

Esta idea me parece que fuerza las disposiciones del código, pero tal vez así se permita en la práctica la introducción de la cesura en el reciente ordenamiento procesal federal.

## VI. CONCLUSION.

En definitiva, la decisión política de optar por un sistema de cesura del juicio obligatorio es altamente favorable tanto para quien sufre la sanción, como para la víctima y, por qué no, para el Estado, que tendrá un mejor mecanismo para que las penas que aplique sean las adecuadas.

Esquemáticamente, la cesura permite:

- a) mejor adecuación de la sanción a los fines de la pena (siempre tomando como punto de partida las teorías relativas);
- b) se facilita la labor de la defensa y del imputado, al no sentirse presionados para elaborar una mejor estrategia defensiva;

c) permite que el tribunal no se subjetivice conociendo datos de la personalidad del autor antes de considerarlo responsable por el hecho;

d) en la segunda etapa podrían imaginarse métodos de acercamiento entre víctima y victimario. ·

No obstante lo dicho, siempre habrá voces que se alcen contra esta innovación en los procedimientos, con argumentos (tal vez atendibles) sobre la prolongación de los juicios.

De todas formas, opino que lo importante es intentar el cambio, tratando de solucionar estos problemas -menores-, pues el fiel de la balanza se inclina a favor de las ventajas que este sistema contiene.

LA EJECUCION DE  
LA PENA

*Ramón Teodoro Ríos*



# LA EJECUCION DE LA PENA

*Ramón Teodoro Ríos*

## I. EL TRIBUNAL DE EJECUCION EN LA REFORMA

En una reciente publicación<sup>1</sup> Jorge Kent -con citas de Bettiol y Carnelutti- sostenía que es preferible un mal Código Penal con un régimen satisfactorio de ejecución de penas, que un Código Penal perfecto con deficiente realización de las sanciones, elevando a la cima del derecho el tema de la pena, como un tema tan alto que quizás no es posible llegar más arriba en la escala del saber jurídico. Compartimos con Jorge Kent la calificación de auspiciosas novedades plasmadas en la reforma procesal y también sus advertencias sobre el peligro de superposiciones funcionales entre los Directores de las cárceles y el Tribunal de Ejecución legislativamente creado.

El art. 493 y las disposiciones concordantes del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) institucionalizan al Juez de Ejecución Penal, judicializando la etapa ejecutiva del proceso y atribuyéndole competencia para:

1. controlar que se respeten las garantías constitucionales y los Tratados Internacionales respecto del trato otorgado a los condenados, presos en general y personas sometidas a medidas de seguridad;
2. resolver los incidentes que se susciten en la etapa final del proceso;
3. controlar el cumplimiento por el imputado de las instrucciones o imposiciones establecidas en los casos de suspensión del procedimiento a prueba;

<sup>1</sup> La Ley, 1/7/1992.

4. controlar la ejecución efectiva de las sentencias;
5. otorgar o revocar la libertad condicional; y
6. colaborar con la reinserción de los liberados condicionales.

Por su parte, la ley complementaria (Nº 24.050):

1. incorpora al Poder Judicial de la Nación al Juez de Ejecución Penal, el que contará con un equipo interdisciplinario integrado por especialistas en medicina, psiquiatría, psicología, sociología, asistencia social y antropología;

2. prevé la creación de una oficina representativa del Tribunal de Ejecución en los establecimientos penitenciarios, y de otra oficina para el control de la suspensión del procedimiento a prueba; instaurando asimismo un representante del Ministerio Público Fiscal y otro de la Defensoría Oficial para actuar ante el Juzgado de Ejecución Penal.

Así sintetizada, la reforma puede servir de instrumento para una equilibrada simbiosis entre la protección de los derechos individuales y una mayor eficacia del sistema penal.

## II. LOS OLVIDADOS DERECHOS Y GARANTIAS DURANTE LA EJECUCION

Fragmentemos, en un breve análisis, en primer lugar, el aspecto garantizador, para pergeñar -después- el por qué alentamos la esperanza de que la innovación sirva para potenciar una mayor seguridad pública.

Suelen mencionarse, en este período ulterior a la sentencia de condena, las garantías, principios o derechos de legalidad, jurisdicción, judicialidad, readaptación, personalización y mínima intervención. En cierta manera todos están comprendidos en el principio de legalidad y recogidos por el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.

El principio de legalidad referido a los delitos y las penas (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), al decir de Manzanares Samaniego<sup>2</sup> encierra cuatro garantías: criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución. De las cuatro garantías -señala el autor español- sólo las tres primeras han sido respetadas más o menos escrupulosamente. La garantía de ejecución se nos muestra como la Cenicienta. Parece que quie-

<sup>2</sup> Manzanares Samaniego, J. L., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Universidad de Alcalá de Henares, 1989, p. 180.

nes se ocupan de la justicia (jueces, fiscales y defensores) "agotaran sus energías y preocupaciones en la tarea de llegar a una sentencia". Después suele campear el olvido y hasta el desprecio para la etapa del cumplimiento de aquella. Comúnmente es la autoridad administrativa la que individualiza, le imprime contenido y reduce -en cuanto a intensidad y duración- la pena impuesta por la sentencia condenatoria. De esta manera, los tribunales imponen penas previstas en la ley, pero estas se cumplen extramuros de la legalidad. Son penas en blanco, entregadas a la Administración para que esta las llene de contenido y se adjudique tan importante individualización final<sup>3</sup>.

Yo no sé si es mejor o si es imprescindible judicializar la ejecución por la vía del tribunal de la causa, manteniendo la continuidad jurisdiccional, o propugnar la fragmentación por la vía de un tribunal específico de ejecución. Si sé que, salvo excepciones, el tribunal de la causa se ha sustraído y mantenido ausente del área de la ejecución, y ello no puede atribuirse simplemente a la inexistencia de normas reguladoras.

### III. FASES DE INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

Consideramos como distintas y sucesivas fases de individualización de la pena a la legal, judicial y penitenciaria.

La primera individualización genérica, o comienzo del proceso individualizador, la formula la ley de dos maneras: a) objetivamente, describiendo una especie y una escala limitada de pena proporcionada al injusto acuñado; b) subjetivamente, regulando pautas que deberán ser atendidas en la individualización judicial. El sustento principal de este incipiente proceso de individualización es la prevención general.

La segunda es la que se concreta en el ámbito judicial y no debe superar la culpabilidad: el límite máximo de la retribución. Puede realizarse mediante un proceso con o sin cesura del juicio. En la primera alternativa se define la pena conjuntamente con la autoría y culpabilidad de un delito en la misma sentencia. En la última, después del interlocutorio que decida la responsabilidad penal del acusado, se abrirá un contradictorio específico respecto de la sanción.

Por último, la tercera individualización se practica en la órbita de la ejecución, disminuyéndose en sufrimiento, intensidad y duración

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 181.

parte del contenido de la pena impuesta, con sustento principal en la prevención especial. Aquí se puede renunciar a la retribución, pero no se puede superar el límite establecido por la sentencia.

Bustos Ramírez<sup>4</sup> autonomiza singularmente la individualización judicial por el tribunal de la causa.<sup>5</sup> Después de remarcar la inadvertida trascendencia de la pena en el sistema penal, postula la necesidad del contradictorio específico con relación a la medida de la sanción. En primer lugar, se expide por un sistema monista que derogue el actual sistema binario y desmonte las barreras entre penas y medidas en cuanto a su determinación. En segundo lugar, afirma que el proceso de criminalización requiere diferentes niveles para su dilucidación. Así, la medición de la pena -que en sentido amplio no sólo trata del *quantum*, sino también de la posibilidad de prescindir o establecer alternativas o sustitutivos de ella-, debe contar con autonomía de análisis y discusión. En tercer lugar, rescata la pena como eje del sistema: el derecho penal y el proceso son sólo presupuestos de ella, que es la que afectará directamente al ciudadano, y todas las garantías sustanciales y procesales no tendrían sentido si la determinación de la pena carece de toda salvaguarda. En cuarto lugar, y como necesaria consecuencia, debe mediar un orden de prelación de las sucesivas etapas procesales: la primera versará sobre la determinación del injusto; la segunda analizará la responsabilidad o culpabilidad del acusado; y la tercera -una vez resueltos afirmativamente los presupuestos señalados- recién se ocupará de la medición de la pena. La triple división del debate es, para Bustos Ramírez, condición para no afectar el principio de inocencia y mínima lesividad del imputado. Ello, porque la determinación de la pena obliga a inmiscuirse en su vida, con las situaciones sociales que lo rodean, y con sus problemas de personalidad. Es precisamente en esta tercera fase cuando pueden acogerse fundadamente vías sustitutivas o alternativas (*diversion*), recurrirse a la conciliación entre el sujeto y la víctima, sea por la vía reparadora o conciliatoria (aun espiritual) y seleccionarse la pena más acorde a la dignidad de la persona, tomando en cuenta su capacidad de respuesta a las exigencias del sistema.

Compartimos las conclusiones de Bustos Ramírez siempre y cuando,

<sup>4</sup> Bustos Ramírez, J., *Medición de la pena y proceso penal*, en *Hacia una nueva justicia penal*, Presidencia de la Nación, t. I, p. 319 y siguientes.

desde el punto de vista práctico, no signifiquen un nuevo motivo de congestión y abarrotamiento de los tribunales, ni prolonguen en demasía la duración del proceso, ni que con la excusa del respeto a la intimidad del imputado se lo prive de beneficios intermedios -o anteriores- como la suspensión del procedimiento a prueba bajo supervisión simple o intensificada.

#### IV. COMPETENCIA EN LA INDIVIDUALIZACION PENITENCIARIA

¿Quiénes son, orgánicamente, los encargados de las sucesivas individualizaciones? La primera individualización compete al legislador. La segunda (judicial), al tribunal de la causa según atribución de la Constitución, el Código Penal y el Código Procesal Penal que institucionalizan el “juez natural”, competente para seleccionar -en el marco de la escala prevista por el Código Penal y después de recorrer el debido proceso- la pena concreta que se impone al condenado.

La cuestión es más compleja en lo referente a la tercera individualización. ¿A quién corresponde? ¿Es administrativa o jurisdiccional?

Tradicionalmente se consideró que el juez penal carecía de atribuciones para intervenir una vez dictada la sentencia<sup>5</sup>.

Los tribunales de EE.UU. adoptaron la tesis de “no interferencia en la administración penitenciaria” (*hands off*), situando a las cárceles fuera del control judicial. El precedente *Monroe v. Pape* (Corte Suprema, 1961) fue el punto de partida del abandono de la doctrina<sup>6</sup>. Fragoso

<sup>5</sup> Cuello Calón, *La intervención del Juez en la ejecución de la pena*, Anuario de derecho penal, 1953, pp. 258 y siguientes.

<sup>6</sup> En la jurisprudencia nacional destaco un fallo de la Cámara Criminal de Gral. Roca, resolviendo favorablemente el hábeas corpus correctivo interpuesto por los internos menores de la Cárcel de Encausados (Cfr. La Ley, 3/9/1990, pp. 4 y 5, con elogioso comentario de Cevasco, J. L.). El Tribunal consideró que la condena a cumplir pena de prisión lleva ínsita la finalidad de readaptación social y cuando las autoridades competentes no han tomado los recaudos conducentes a su logro, se verifica un agravamiento ilegítimo de la pena legal que confiere potestad al Tribunal para apreciar y disponer en el ámbito de la esfera penitenciaria. Por mi parte, y como juez de la causa, he decidido múltiples incidentes de ejecución autorizando el trabajo de condenados -y aun de procesados preventivamente privados de su libertad- fuera del establecimiento carcelario y en análoga situación a la del trabajador libre. Sobre la fundamentación esgrimida, las modalidades empleadas y los resultados obtenidos, ver el punto VIII *in fine*.

muestra que las prisiones dejaron de ser territorio inaccesible a la jurisdicción y de estar abandonadas al libre obrar de la función ejecutiva estatal<sup>7</sup>.

Paulatinamente se consagró en la legislación el principio de la intangibilidad del control judicial (como sucedió, por ejemplo, con el art. 153, inc. 4 de la Constitución brasileña<sup>8</sup>), vedando excluir de la apreciación de los jueces toda hipotética lesión a los derechos individuales o cualquier interpretación conflictiva del derecho en el caso concreto. Así se otorgó la legitimación al preso para exigir la aplicación de las normas penitenciarias y la congruencia del sistema penitenciario con la readaptación social<sup>9</sup>.

Y, para rematar el insoslayable principio del control judicial en los conflictos entre los internos y la Administración Penitenciaria, el derecho procesal reivindica la ejecución como un derecho inescindible del proceso penal debido y formalizado que como tal no puede estar al margen de la judicialización<sup>10</sup>.

## V. AMPLITUD Y LIMITES DE LA EJECUCION

La trascendencia de la etapa ejecutiva guarda una relación inversa al significado y valor que se otorgue a la pena decidida en la sentencia judicial.

Cuando hablamos de la individualización legal en la fase de ejecución penitenciaria, no nos estamos refiriendo al simple cometido de hacer cumplir pasivamente el lapso de la condena. Se trata, en cambio, de configurar todo un programa de ejecución tendente a conseguir la eficaz prevención en el caso concreto y una mayor seguridad para la sociedad. La sentencia de condena, en el ámbito de esta individualización final, opera como límite y elemento indicativo de un sistema cambiante en función de las circunstancias del condenado y con amplios márgenes de flexibilidad. Ello, por supuesto, en una individualización ejecutiva bien entendida y correctamente regulada.

El cumplimiento efectivo de la pena debe poder reducirse o modifi-

<sup>7</sup> Cf. *El derecho de los presos*, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos aires, 1981, pp. 228 y siguientes.

<sup>8</sup> Pellegrini Grinnover, A., *Los Principios Constitucionales y el Código Procesal*, *Juris*, 22/5/1982.

<sup>9</sup> Cf. Sánchez Galindo, *El derecho a la readaptación social*, p. 49.

<sup>10</sup> Cf. Barrios de Angelis, *El derecho procesal civil*, p. 7.

carce en una especie de novación permanente para que tenga sentido la existencia del Juez de Ejecución. "La ejecución de una pena privativa de libertad representa, en cuanto a sus efectos, tantas condenas como vicisitudes sufra aquella. Es decir, la sentencia penal no debe ser algo estático sino un principio de actividad que dinámicamente se atenúa o se modifica"<sup>11</sup>. Examinemos una ecuación explicativa que, a tenor de la legislación española, nos brinda Ruiz Vadillo. Una sentencia de condena a seis años de prisión se podría descomponer en los siguientes elementos: un año de régimen cerrado + abono de redención ordinaria + abono de redención extraordinaria + un año de régimen intermedio + indulto + un año de régimen abierto + un año de libertad condicional = cumplimiento de la condena<sup>12</sup>. Con lo que quiere decir que si a todas y a cada una de estas vicisitudes (que pueden serle favorables o desfavorables al condenado) no se le añaden las garantías correspondientes, el principio de legalidad queda comprometido o destruido.

Como se advierte, una eficaz individualización ejecutiva supone la existencia de grados, alternativas, diversificación de institutos (abiertos, de semilibertad) y un espectro de posibilidades estimulantes cuya selección en el caso concreto resolverá finalmente el órgano jurisdiccional específico... y en ese catálogo de potestades del nuevo tribunal no puede faltar su incidencia en el eventual acortamiento temporal de la pena<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Cf. Ruiz Vadillo, *La ejecución de las penas privativas de la libertad*, en Libro de homenaje al Profesor Antón Oneca, p. 942.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 944, nota 40.

<sup>13</sup> El indulto y -sobre todo- la conmutación pueden ser los canales adecuados para el objetivo propuesto conforme al orden jurídico positivo vigente. La circunstancia de que ambos institutos sean de incumbencia constitucional exclusiva del poder ejecutivo no es óbice para la instrumentación y el asesoramiento pretendido. El mismo P. E. puede autoreglamentar el otorgamiento de tales beneficios, dando relevancia práctica a la decisión previa del juez de ejecución. Actualmente, al menos en Santa Fe, la forma, el trámite y la oportunidad del pedido de conmutación de penas están reguladas; sólo se reemplazarían los diversos informes y el dictamen de los funcionarios penitenciarios, por el incidente de ejecución y la resolución del juez competente -que deberá ser captada como opinión con autoridad técnica por el P. E.-. Un ejemplo similar ocurre con la creación de los "Consejos de la Magistratura" (en Santa Fe, según decretos N<sup>o</sup> 2952, del 23/8/90 y N<sup>o</sup> 1920, del 31/5/91). Sin modificar la Constitución ni la ley, el poder eje-

## VI. EJECUCION. JUDICIAL. ADMINISTRACION PENITENCIARIA Y TRATAMIENTO

Es necesario deslindar las áreas de competencia para una mejor salvaguarda de las garantías y para evitar conflictos orgánicos. La ley debe encargarse de este cometido soslayando superposiciones funcionales e interferencias recíprocas.

El gobierno y el régimen del interior de la prisión competen, en principio, a la autoridad administrativa. Queda comprendido en el régimen penitenciario lo atinente al orden en las cárceles y al modo de organizar la convivencia en el establecimiento. En cambio, la pena, su determinación cualitativa y cuantitativa, sus modalidades y la obtención de sus fines, no pueden ser materia ajena a la jurisdicción.

El aspecto disciplinario es confluyente de los dos órdenes, regulándose la impugnabilidad ante el Tribunal de Ejecución de ciertas sanciones impuestas por el funcionario administrativo.

La cuestión controvertida en el desarrollo de la ejecución penitenciaria es la del tratamiento. Suele llamarse así al trabajo en equipo de los especialistas interdisciplinarios dirigido a neutralizar los factores negativos de la personalidad del condenado para lograr su readaptación a la vida social. Comprendería toda la gama de medios psicotécnicos de condicionamiento de la conducta individual cuyos fines coinciden en desarrollar en los internos tendencias de comportamiento social ajustado a las normas jurídicas<sup>14</sup>.

Es cierto que desde los tiempos de von Liszt se considera función de la pena a la reeducación, la reinserción social o la resocialización como forma de prevención especial.

Pero también es cierto el desencanto, el escepticismo y la frustración ulterior que desembocara en la crisis de la prevención especial y en el reclamo del abandono de la ideología del tratamiento. Karl Peters sostiene que la idea de resocialización penetra cuando los cambios evi-

cutivo convoca al organismo que selecciona las ternas de postulantes considerados como más idóneos para llenar las vacantes de magistrados y hasta el momento -en mi provincia- nunca el gobernador se apartó de los nombres propuestos por el Consejo, a pesar de pertenecer a su exclusiva competencia la propuesta de los jueces provinciales.

<sup>14</sup> Cf. Garrido Guzmán, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, 1983, p. 291.

dencian su caducidad; en tanto Muñoz Conde interroga hasta qué punto tiene sentido hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma la delincuencia.

## VII. RESOCIALIZACION, PERSONALIZACION Y ENCARCELAMIENTO

El término "resocializar" resulta, a nuestro entender, inadecuado. Parece enmoldar la individualidad personal en un "todo" social; someter al sujeto a un método reductor. Por supuesto que resulta inadmisibles sacrificar al individuo por la sociedad, como si fuera una parte al todo. La persona individual no es parte, es un todo sustantivo inviolable, sacralizado por su dignidad. La sociedad existe para el individuo y no el individuo para la sociedad.

En este sentido, estimo que en una correcta ejecución penal no se trata de encorsetar a toda costa el comportamiento del condenado a las pautas vigentes, sino de otorgarle, instrumentalmente, los medios para crecer como persona. De allí que optemos por llamar a esta función como personalizadora y que su objetivo sea la personalización.

Hilde Kaufmann señala que el concepto de terapia no significa entender al delincuente como enfermo (fomentando así su irresponsabilidad), sino que debe ser entendido como ofrecimiento de ayuda para solución de sus problemas, posibilitando la vida social común mediante la mantención de sus normas elementales<sup>16</sup>.

Personalizar es asistir al hombre para potenciar su ser personal, y persona es un ser humano irrepitible con capacidad de autoconciencia, autocontrol y autodecisión.

Autoconciencia como posibilidad de replegarse sobre sí y tener conocimiento de propia mismidad; autocontrol, aptitud de gobernarse, no dejarse arrastrar por los impulsos ni inundar por el "ello", perdiendo la autonomía de su conducción individual; autodecisión, traducida en una libertad donde cada opción de la vida pertenezca realmente al sujeto en su condición de inteligente y libre.

En síntesis, poder asumir sus actos como propios y responsabilizarse por ellos.

Veamos ahora la relación del encarcelamiento como pena y la pretendida personalización.

<sup>16</sup> Kaufmann, H., *Ejecución Penal y Terapia Social*, p. 251.

La irrogación positiva de múltiples y gravísimos males durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad interfiere y hasta imposibilita el fin del tratamiento y de una adecuada ejecución penal.

Así lo demuestra la teoría psicológica del aprendizaje: la psicología profunda enseña que los sentimientos de inferioridad impiden emplear las aptitudes para la superación; la psicología de la motivación y del conflicto muestran el aumento de la agresividad en una persona dañada por otra; la investigación subcultural evidencia cómo al adaptarse al mundo propio de valores y normas vigentes en la cárcel (el código del preso) se obstaculiza la asunción de las normas y valores imperantes en la comunidad (encapsulamiento subcultural); el pensamiento severamente retributivo pone distancia humana entre los internos y los operadores de la fase ejecutiva, quiebra la recíproca confianza impidiendo la participación del preso en la terapia y provoca la alineación de los penados y penitenciarios en frentes opuestos. La mortificación injustificada, por un lado, y la obediencia formal y el resentimiento escondido, por el otro, reemplazan el diálogo y la comprensión mutua y fructífera<sup>17</sup>.

### VIII. ¿COMO ENSEÑAR Y APRENDER A CRECER COMO PERSONA?

No bastan aquí las clases teóricas. Los modos positivos de comportamiento y los procesos positivos de aprendizaje sólo se obtienen por el fortalecimiento de las conductas positivas, por la práctica perseverante de ellos. Hace falta el ejercicio asiduo y cada vez más libre de las acciones de riesgo, bajo el repetido control de los impulsos. Esa es, en mi opinión, la mejor manera de aprender a -parafraseando a Zaffarini- no volver a meter las manos en la prensa penal.

En un proceso paulatino el condenado irá soltando sus amarras. El control indirecto se atenúa, la asistencia se dosifica de acuerdo al caso, y la intervención disminuye gradualmente en la medida de la consolidación personal del penado sobre la base de la reiteración de sus actos cada vez más libres y en la comprobación de propia autonomía.

Hilde Kaufmann<sup>18</sup>, quien tanto nos inspirara en estas reflexiones, brinda el mejor ejemplo práctico de intento de personalización: permitir a

<sup>17</sup> Cf. Kaufmann, H., *Principios para la Reforma de la Ejecución Penal*, especialmente pp. 44, 46, 47, 48 y 51; y *Ejecución Penal y Terapia Social*, especialmente pp. 26 y ss. y 241 y siguientes.

<sup>18</sup> *Principios para la Reforma de la Ejecución Penal*, p. 25.

los penados abandonar por las mañanas el establecimiento carcelario para concurrir al trabajo sin que nadie los vigile. Durante el tiempo de trabajo libre ellos tienen que ejercitar sus fuerzas para trabajar por propia decisión, para no escapar, para no beber alcohol; este es el momento más riguroso de la ejecución penal. De esta manera -predica la jurista alemana- se desarrollan esforzados y positivos procesos de aprendizaje para fortificar "la capacidad de autoconducirse, de decidir libremente, de reflexionar sobre las consecuencias de su propia acción".

La ejecución del tratamiento no puede ser fruto de la arbitrariedad u omnipotencia del operador del sistema (juez de ejecución o penitenciario administrativo), sino que encontrará fundamento en la trama de la interdisciplina enclavada en un procedimiento adecuadamente garantizador. Ello no excusa la necesidad de una adecuada formación criminológica de todos los intervinientes en las incidencias ejecutivas.

Como Juez de la causa he computado por lo menos 215 casos en que otorgara salidas diarias "para trabajo extramuros", en las mismas condiciones del trabajo libre, a presos a disposición del Tribunal cuya titularidad ejercía. Las resoluciones -como primer punto- reivindicaban la competencia del tribunal judicial para abordar la cuestión penitenciaria, con fundamento en la división de los poderes y en la naturaleza de la cuestión controvertida. En el segundo punto, si se trataba de un condenado que aún no había cumplido la mitad de la pena impuesta -como lo exigen los arts. 9, B, b y 10, A, a, del decreto ley 412/58-, realizaba una interpretación intrasistemática de la ley penitenciaria. En efecto, el ordenamiento referido estatuye un régimen que comprende varios períodos o fases en sucesión ordenada y progresiva. Así, cronológicamente, se suceden los siguientes períodos de: a) observación, b) tratamiento y c) prueba (art. 5). Como las salidas transitorias -entre ellas la laboral- están previstas como fórmula de prueba -período c), a tenor de lo dispuesto por el art. 8, inc. b) del decreto ley 412/58-, es coherente el lapso exigido como condición para el beneficio. Pero existe en la ley una vertiente implícita: el principio básico primario de la normativa es la readaptación del condenado como fin de la ejecución, disponiéndose que deberá utilizarse en esta fase del proceso los medios de tratamiento acorde con los progresos científicos y conforme a las necesidades peculiares del caso concreto (art. 1 del decreto ley 412/58). Como los adelantos científicos por vía de la teoría psicológica del aprendizaje han demostrado que

las salidas diarias del penado, para trabajar fuera del establecimiento en condiciones similares a los de la vida libre, configuran un método de eficaz prevención y tratamiento, el beneficio puede ser acordado -no sólo como fórmula de prueba- también como ejecución de tratamiento. Se opera de esta manera el desplazamiento de la salida laboral de extramuros, sobre la base de las circunstancias particulares del caso, desde el tercer período de prueba, al segundo de tratamiento (art. 5) y el óbice textual de los arts. 9 y 10 desaparece a tenor de la *ratio legis* dominante. Además, también se otorgaron salidas diarias laborales a procesados con prisión preventiva. El argumento fundamental consistía en que una interpretación integral, criminológica y pragmática<sup>19</sup>, debe neutralizar las contradicciones entre el régimen de prisión preventiva durante la prolongada duración del proceso y la situación futura que -eventual y legalmente- corresponde a ese mismo procesado en la etapa de la ejecución. Por ello se hace necesario acudir, no sólo a los métodos gramatical, lógico, sistemático, histórico y teleológico, sino también a una hermenéutica que salvaguarde la unidad integral del sistema, evitando las incongruencias y las disfuncionalidades entre sus distintos tiempos o segmentos. Ni el estado de inocencia ni el principio de legalidad de los tipos penales pueden ser óbices para trasladar al ámbito del proceso modalidades tutelares de la personalización y de la dignidad humana operantes en la ejecución de una condena firme, pues de otra manera se hallaría en peor situación el justiciable cuya responsabilidad no ha sido declarada que aquel sobre quien ya pesa una sentencia firme condenatoria. En consecuencia, como las medidas de coerción procesales sólo pueden restringir la libertad personal en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la pretensión punitiva (art. 206 Cód. Proc. Penal de Santa Fe), es posible optar por una restricción modal (como la privación de la libertad con salida laboral extramuros), cuando en el caso concreto se la estime de suficiente aseguramiento y cumpla su objetivo cautelar específico (auto N° 5, del 12/1/88, Omar, M. s/robo calificado). Las salidas se acordaban bajo la tuición de un familiar o de un miembro de una institución cooperante (Pastoral Carcelaria "Sol y Luz", Asociación de Ayuda a los Presos, etcétera), que suscribía el compromiso de asistir y aconsejar debidamente al preso, acompañarlo en el itinerario prefijado para concu-

<sup>19</sup> Cf. Racz, G., *El método criminológico en la interpretación*, en Doctrina Penal, Depalma, Buenos aires, 1986, N° 35, p. 468.

rrir a su trabajo y volver a su lugar de alojamiento, y dar cuenta al Tribunal de cualquier novedad vinculada al régimen concedido. Una disimulada vigilancia se encomendaba a policías seleccionados al efecto, porque no sólo la actuación ostensible y torpe afectaría psicológicamente al beneficiario, sino también a su empleador y a sus compañeros de trabajo. El Juez y los funcionarios del Tribunal concurríamos periódicamente al lugar de trabajo (oficina, fábrica, comercio, establecimiento rural, etcétera), prestando aliento y estímulo al beneficiario y para -indirectamente- constatar tanto las condiciones de su labor como el cumplimiento de las imposiciones a que se compremetiera el procesado o condenado. Algunas veces, el trabajo consistió en la reanudación de la misma relación laboral, suspendida con motivo del encarcelamiento y ya a punto de extinguirse. La vigilancia, la "constatación" y el acompañamiento disminuían al consolidarse la situación y despejarse toda duda sobre la confiabilidad del beneficiario. Se incrementaban paulatinamente las horas de trabajo extramuros hasta llegar al límite de la jornada legal. Con posterioridad, comenzaban a darse gradualmente horas del fin de semana para estrechar los lazos del beneficiario con la familia (en el seno de su hogar), de tal manera que el momento de su libertad condicional no significaba sorprenderlo en su encuentro con el mundo circundante, pues las relaciones externas se hallaban preconfiguradas. Los vínculos de confianza recíproca, derivados del método, produjeron un óptimo resultado. El interno se sentía obligado a no defraudar; no cumplir implicaba una traición. Sólo recuerdo un fracaso. En general, los beneficiarios ganaron una posición social y económica muy superior a la del momento del delito, y hasta ahora no volvieron a delinquir.

## IX. CONCLUSIONES

1. La institucionalización del Tribunal de Ejecución tiene como presupuestos: a) la formación criminológica de los intervinientes en esta fase; b) la participación interdisciplinaria, morigerando la omnipotencia del operador jurídico del sistema; c) el primordial fundamento en la prevención especial.
2. La premisa conceptual de base es el cuestionamiento de la institución carcelaria. Tiempo más o tiempo menos, la cárcel desaparecerá y las generaciones futuras contemplarán con sorpresa nuestra actitud de valernos de estas mazmorras para el control social. Cuenta con razón Radbruch cuando señala que la historia de la cárcel es la histo-

ria de su abolición. La suma infinita de males que inflinge nuestro actual régimen carcelario es estímulo de la reincidencia y obstáculo para perseguir una mayor seguridad pública.

3. De allí la necesidad de instituir alternativas o sustitutos a la pena de prisión y consagrar la *diversion* en el área sustancial.

4. La ideología del tratamiento, al ofrecer con su terminología la santidad de la higiene médica -como señala Mapelli Cafarena<sup>20</sup>-, colabora al legitimar el sistema penitenciario actual y a reforzar los sistemas formales e informales de control estatal.

5. Sin embargo, ello no debe conducir a desperdiciar la posibilidad de instrumentar soluciones como la suspensión del procedimiento a prueba, con supervisión simple o intensificada del imputado no condenado, o de perder el tiempo de reclusión actual desde el punto de vista criminológico. Debe aceptar, en consecuencia, la tesis reformista en cuanto traduzca el debilitamiento del inhumano e ineficaz sistema represivo actual.

6. Como colofón, los tribunales de ejecución deben tender, más que a la modificación del comportamiento del condenado, más que a la resocialización o readaptación del delincuente, a su personalización. Es decir, a hacerlos crecer como personas, con mayor autoconciencia, autocontrol y autodecisión; a desarrollar positivos procesos de aprendizaje fortaleciendo sus conductas positivas, enseñándoles a no meter sus dedos en la prensa penal, al decir de Zaffaroni. El juez de ejecución propenderá a eludir, en lo posible, la suma infinita de males del actual macroinstituto, escogiendo la alternativa de centros penitenciarios abiertos, suavizando el control custodial, posibilitando el trabajo extramuros de los presos en idéntica situación a la del trabajo libre, respetando la garantía de mínima intervención.

7. La idea de seguridad ha sufrido una transformación. Desde la imposición de las formas mecánicas, consistentes en altos muros, alambradas, torres de vigilancia, fosas, rejas, régimen militar, se ha desplazado a las formas psicológicas y espirituales, creación de vínculos personales, neutralización de tendencias criminales, ejercicio de la autoconciencia, autocontrol y autodecisión.

8. Con esta concepción de seguridad ha de interpretarse el art. 18 de

<sup>20</sup> *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Universidad de Alcalá de Henares, 1989, p. 142.

nuestra Carta Magna en cuanto expresa que nuestras cárceles serán no para castigo, sino para seguridad, en consonancia con el art. 5, punto 6, del vigente Pacto de San José de Costa Rica, donde las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados.

9. Así, la humanización de la ejecución penal elimina la tensión social y contribuye indirectamente -como dice Hilde Kaufmann<sup>21</sup>- a una mayor seguridad pública, al brindar las bases necesarias para procesos positivos de aprendizaje social, única posibilidad de disminuir la criminalidad, reducir la tendencia a la comisión de hechos punibles y evitar nuevas reincidencias.

<sup>21</sup> *Principios para la Reforma de la Ejecución Penal*, p. 29. La Ley 2016 de la Provincia de Río Negro faculta a los jueces para acordar, también, el beneficio de trabajo extramuro a los procesados. En Santa Fe, el anteproyecto de excarcelación de la Comisión del Ministerio de Gobierno (Resolución N° 58 bis), proponía la facultad del Juez de Instrucción para disponer un régimen de prisión preventiva que disminuya la regularidad del medio coercitivo, como la hipótesis del trabajo extramuro.