

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL.-

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.-

SECRETARIA DE POSGRADO Y SERVICIOS A TERCEROS.-

ALUMNO: CABRERA, SILVINA GRACIELA.-

TESIS: "NUEVAS PAUTAS PARA LA DETERMINACION JUDICIAL
DE LA PENA EN CONCORDANCIA CON LOS PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES".-

MAESTRIA EN DERECHO PENAL.-

SANTA FE.- AÑO 2.013/2.016.-

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Ante la especialización de la dogmática penal en el análisis pormenorizado de la teoría del delito para brindar un abordaje científico que permita determinar con la mayor precisión posible cuando se está frente a un ilícito penal y garantizar así, una aplicación igualitaria, segura, racional y previsible del Derecho Penal, dicha especialización no ha tenido su correlato en lo que refiere al estudio de la determinación judicial de la pena.

Efectivamente, afirmada la concurrencia del injusto culpable, la aplicación de la pena deviene como su consecuencia inmediata y trascendental, más todo el esfuerzo argumentativo realizado para concluir sobre la existencia del delito debería ser imitado en ocasión de establecer la calidad y cantidad del poder punitivo que recaerá sobre el autor del mismo, no obstante lo cual ello no ocurre en la realidad y descubre, así, la existencia de una situación que advierto como generadora de diversas inquietudes.

En materia de determinación judicial de la pena, la bibliografía es escasa si se la compara con la existente en relación a la teoría del delito, tanto en el ámbito nacional como extranjero, lo cual independientemente de las razones o motivos de la resistencia para el abordaje de dicha temática, esta situación resulta no sólo susceptible de generar asombro, sino fundamentalmente aparece como problemática tanto en nuestro sistema jurídico nacional como en el resto de los países del sistema europeo-occidental de cuya dogmática jurídico penal se han nutrido nuestros autores y operadores judiciales.

Advierto, en consecuencia, que así como cada juez encuentra a su alcance un exquisito desarrollo de la dogmática penal al momento de determinar si ha existido o no un ilícito culpable digno de ser penado, y además, debe esmerarse en fundamentar la coexistencia de cada una de las categorías de la teoría del delito, tales herramientas y tales esfuerzos no aparecen reflejados en la etapa de determinación de la pena, toda vez que al examinar las sentencias judiciales dictadas tanto en el marco de procedimientos abreviados como al término de juicios orales y públicos, observo con inquietud que en su mayoría se limitan a mencionar textualmente las pautas establecidas en los arts. 40, 41, sig. y conc. del Cod. Penal para la determinación de la pena como también a reiterar los fines que suelen asignarse a la

pena estatal, omitiendo una fundada relación de dichas pautas y fines con las particularidades del caso y fijando, sin más, una determinada calidad y cantidad de pena sin dar mayores razones acerca de tan trascendente decisión.

Las carencias señaladas resultan preocupantes en el marco del Estado de Derecho, en el que toda resolución judicial debe fundarse y deben darse las particulares razones de una decisión que se construye vinculando las normas con la situación juzgada.

Este deber de fundamentación no resulta menor en materia de determinación judicial de la pena, en cuyo ámbito sin embargo, no sólo es escaso el desarrollo doctrinario y dogmático sino que también son insuficientes y ambiguas las pautas legales que actualmente rigen en la materia.

La situación así descrita atenta, en nuestro país, contra el principio de legalidad, toda vez que los marcos penales establecidos para cada tipo penal de la parte especial son amplios, flexibles y dejan librado al criterio de cada juzgador la elección de la pena justa y adecuada para cada situación sin mayores lineamientos, lo cual también implica que los principios de igualdad y culpabilidad resulten susceptibles de afectación.

INTRODUCCION

En pos de realizar un aporte positivo a la situación antes advertida y brindar respuestas que coadyuven a la efectiva realización de los principios constitucionales mencionados, entiendo necesario ofrecer a quienes deben determinar la pena adecuada a un ilícito penal mayores herramientas que nos alejen del intuicionismo judicial y nos acerquen a los mandatos ideados por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, como también bregar por una reforma legislativa que incorpore tales herramientas.

Es oportuno aclarar en tal sentido que he de utilizar en el presente el método o sistema europeo-continental en cuanto supone el dominio del objeto de estudio e investigación y de las fuentes científicas respectivas, lo que habrá de quedar plasmado a través de las citas bibliográficas, tanto de ideas como textuales, para cuya elaboración utilizaré el sistema europeo previsto en la reglamentación vigente.

A los fines expuestos, entiendo necesario, en primer lugar, descubrir el ser de la pena y sincerar su concepto, precisando que todo el abordaje del presente trabajo de investigación recaerá específicamente sobre la pena de prisión o privativa de la libertad en cuanto pena emblemática, dejando de lado las demás penas que prevé nuestro Código Penal como la multa y la inhabilitación.

Los distintos objetivos específicos que se adelantarán seguidamente serán abordados, en primer término, a partir de los conocimientos obtenidos de la lectura e investigación del material bibliográfico reunido en relación a la materia, proveniente ya sea de autores nacionales como extranjeros, especialmente aquéllos cuyo discurso fuera abordado durante esta maestría, con utilización de una técnica lógico-jurídica y un método cualitativo.

Al intentar dar cumplimiento a cada uno de tales objetivos se partirá del marco teórico existente en torno a la cuestión antes descripta, analizando las distintas teorías en cuanto han brindado distintas respuestas al interrogante sobre el concepto de la pena como también sobre sus fines, enmarcando cada una de estas posturas en las distintas etapas históricas a la vez que se las relacionará con un determinado sistema de imputación y con un sistema de enjuiciamiento penal respectivo.

Sin perjuicio de ello, se intentará dar una definición tanto del concepto de pena como de los fines de la misma que resulte compatible con la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional.

Se analizarán críticamente las actuales pautas de determinación de la pena y se establecerá si resulta posible deducir nuevos criterios para su medición que resulten compatibles y acordes con las finalidades halladas previamente en el análisis del bloque constitucional, todo ello a fin de brindar mayores garantías a los individuos, promoviendo la realización efectiva de los principios de legalidad, culpabilidad e igualdad, brindando mayores herramientas a los jueces al momento de la determinación de la pena y/o bregando por una reforma legislativa que incluya tales consideraciones.

HIPOTESIS

Ante el estado actual de la cuestión, las pautas de determinación judicial de la pena

deben ser reformuladas a la luz del concepto y de los fines de la pena extraídos de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, a través de una interpretación realizada de conformidad a los mismos que, a su vez, establezca las bases para una futura reforma legislativa.

OBJETIVOS GENERALES

Establecer pautas precisas y concretas que orienten a los jueces y les permita fundar dogmáticamente la determinación de la pena guardando coherencia con el concepto y fines establecidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, que sean oportunamente incorporadas en una futura reforma legislativa, en pos de garantizar una real y efectiva aplicación de los principios de legalidad, culpabilidad e igualdad.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- 1) Brindar consideraciones generales sobre el concepto de pena.
- 2) Realizar un recorrido de la evolución histórica del concepto de pena.
- 3) Determinar si resulta posible arribar a un concepto original de la misma.
- 4) Analizar las distintas teorías sobre los fines de la pena, estableciendo una relación con la situación histórica en que tuvo lugar su desarrollo.
- 5) Relacionar las teorías de la pena con los distintos sistemas de imputación.
- 6) Establecer relaciones entre las teorías sobre los fines de la pena y los sistemas de enjuiciamiento penal.
- 7) Analizar la relación existente entre la pena y los principios constitucionales de igualdad y legalidad.
- 8) Establecer si es posible extraer una definición de la pena a partir del análisis del denominado “bloque constitucional”.
- 9) Resolver si los textos que conforman el bloque constitucional asignan fines determinados a la pena estatal.
- 10) Abordar el estado actual de la doctrina nacional y extranjera en torno a las pautas de

determinación judicial de la pena.

11) Hallar pautas de individualización de la pena que resulten compatibles con los fines que le asigna la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

12) Elaborar pautas de determinación de la pena con mayor rigor dogmático.

JUSTIFICACION

A partir de comprender que fundamentar la determinación de la pena no es sólo transcribir pautas legales sino relacionar las mismas con las particularidades del caso y explicar por qué razones y no otras se ha elegido un tipo, un monto, un modo y un lugar de ejecución para la pena, y que tal tarea no constituye una distracción teórica sino el cumplimiento de una de las máximas exigencias constitucionales propias de un Estado democrático de Derecho tal como es la fundamentación real y no meramente formal de las decisiones judiciales en todos sus aspectos, entiendo necesario profundizar el estudio y el análisis de todos aquellos conceptos escasamente abordados por la doctrina que guardan relación con la determinación judicial de la pena.

Advierto, a diario, que no son pocas las sentencias judiciales las que al momento de tratar la determinación de la pena se limitan a reiterar pautas legales o posturas sobre los fines de la pena en general sin relacionarlas con las particularidades del caso resuelto y con los principios emanados de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos que integran el bloque constitucional, con una evidente ausencia o escasez de argumentos en tal sentido.

Asimismo, he considerado que los ordenamientos procesales en nuestro país al receptor recientemente la figura del juicio abreviado, han incluido la posibilidad de acordar entre partes el tipo y cantidad de pena bajo el control judicial y así, a modo de ejemplo, el art. 391 del Código Procesal Penal de Entre Ríos establece que para la individualización dentro del marco legal se atenderá a la actitud del imputado con la víctima y su esfuerzo tendiente a la reparación del daño, todo lo cual y sin perjuicio del reconocimiento constitucional o no a la facultad de un ordenamiento procesal para legislar sobre una materia que -entiendo-

corresponde al Congreso de la Nación, lo cierto es que aún en los acuerdos de procedimiento abreviado la exigencia o el deber de fundamentación respecto de la determinación de la pena no debe ser menor que en las sentencias judiciales y sin embargo, tales acuerdos presentan en innumerables ocasiones la misma orfandad argumentativa en lo que refiere a la individualización de la pena.

En tal sentido, recurrir a conceptos como culpabilidad, prevención y a posturas como la teoría del ámbito de juego sin más, deviene insuficiente por cuanto se incurre generalmente en una mera transcripción de ideas sin relacionarlas con el caso concreto y de tal modo, no se dan razones suficientes ni se brinda una explicación fundada al penado, a la víctima y a la sociedad acerca de las razones por las cuales se impone un determinado tipo y monto de pena.

Ante ello y entendiendo que no basta la mera importación de modelos extranjeros, considero necesario y de personal interés aceptar el desafío de profundizar el estudio de la problemática advertida en torno a la determinación judicial de la pena y de aportar herramientas tendientes a reforzar el compromiso y la conciencia de tan delicada labor a la luz de los mandatos constitucionales de nuestra República.

CAPITULO I: CONCEPTO DE PENA

I.- 1.- Consideraciones generales sobre el concepto de pena.-

A modo introductorio y sin la pretensión de lograr exhaustividad en el tratamiento del tema, he de emprender el camino en procura del hallazgo y análisis de un concepto de pena, refiriéndome en el presente y tal como se adelantara en la introducción exclusivamente a la pena privativa de la libertad, y en pos de tal cometido, he de intentar alejar todo riesgo de acudir a definiciones tanto tautológicas como circulares.

En tal sentido, sin dejar de reconocer que aparecen íntimamente ligadas las nociones de delito y pena de modo tal que pueden definirse recíprocamente sin que materialmente pueda desentrañarse su ser, entiendo posible intentar la búsqueda de un concepto de la pena que defina su esencia sin incurrir en sobreabundancias como también analizar si resulta admisible un concepto de la misma independiente de la noción de delito.

*"Desde un punto de vista formal, resulta evidente que un delito es un comportamiento al que la ley conmina con pena, respuesta considerada insuficiente para servir de punto de referencia pues conduce a un círculo vicioso, toda vez que su contracara es predicar que una pena es la consecuencia de la comisión de un delito."*¹

Claus Roxín es uno de los autores que se ha hecho cargo de la distinción entre esencia y fin de la pena, esto es, que ha distinguido el “qué” y el “para qué” de la pena, al afirmar que ésta es la causación de un mal a quien ha delinquido pero que además, debe cumplir objetivos preventivo generales y especiales para adquirir legitimidad, de modo tal que si bien la pena es un acto de coerción del Estado y una imposición para el penado, tiene también un componente de reproche, desaprobación social y finalidades para cumplir.²

Por su parte, otro autor nacional como Maximiliano Rusconi toma de Michael Pawlik el concepto de pena a la que define esencialmente como un acto de violencia estatal³, y a la que califica como un fenómeno problemático.⁴

El concepto de pena aparece íntimamente ligado, también, al concepto de castigo.

Afirma Marco Antonio Terragni que el castigo en sí mismo y al margen de las cuestiones jurídicas constituye la provocación de un dolor como respuesta a un

1 RIGHI, Esteban, *Derecho Penal Parte General*, 2da edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, pag. 1.

2 ROXIN, Claus, citado en RIGHI, Op cit., pag. 52.

3 RUSCONI, Maximiliano, *El sistema penal desde las garantías constitucionales*, Hammurabi José Luis Depalma Editor, 1a edición, Buenos Aires, 2013, pag. 127.

4 Ibidem, pag. 147.

comportamiento anterior que genera esa reacción aflictiva, advirtiendo en todo castigo una relación entre dos sujetos: quien aplica el castigo por tener el poder y disponer de la posibilidad de hacer efectiva su voluntad sobre el otro y quien lo sufre; advirtiendo en ambos extremos de la relación al poderoso frente al débil como también la idea de castigo prevé una acción u omisión de este último contraria a lo establecido por el dominador que implica que éste reaccione aplicando dolor o aflicción sobre el infractor.⁵

Es posible entender, asimismo, que si bien es aceptable la definición de la pena de prisión como un mal o aflicción, es aceptable del mismo modo que la misma se encuentra íntimamente ligada a las connotaciones que socialmente se le asignan: "*La noción de que la sanción penal abarca más que el encarcelamiento, que es, privación material o privación de libertad, es un buen punto de partida. La diferencia crucial entre una multa y un impuesto, o entre el servicio militar obligatorio y el encarcelamiento es que expresan desaprobación social de la conducta criminal de las personas. Acarrear culpa es un elemento esencial del castigo legal. La característica expresiva de la pena es extensamente reconocida, y es una apropiada respuesta en el contexto socio-cultural de las modernas sociedades.*"⁶

Así también y en la búsqueda de una definición de pena, enseña Patricia Ziffer que se trata de un concepto que no tiene mayor indeterminación que la que presentan otros como el de dolo o cualquier otro que utiliza a diario la dogmática jurídico-penal y que si bien todos ellos presentan dificultades para su interpretación, ello no debe llevar a conformarnos con obtener tan sólo sus lineamientos generales sino que debe alentarnos a proseguir en la búsqueda de una definición de pena que nos aleje del mero intuicionismo.⁷

La pena constituye un fenómeno que ha acompañado al hombre a lo largo de toda la historia, ora impuesta por la víctima o su familia, ora impuesta por el Estado, y aparece a lo largo de la historia presentando un común denominador en toda su evolución: la respuesta lesiva a quien ha causado un perjuicio previo.⁸

Al definir la pena privativa de libertad, se reconoce en su definición un elemento sustancial que tiene que ver con la pérdida relativa de libertad ambulatoria, un elemento garantístico que aparece configurado por los límites legales y constitucionales y, finalmente,

5 TERRAGNI, Marco Antonio, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, 1a edición, La Ley, Buenos Aires, 2012, pag. 685.

6 HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Fabián J. De Plácido Editor, Buenos Aires, 2003, pags. 82/83.

7 ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2da edición, 2da reimpresión, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pag. 17.

8 FLEMING, Abel y LOPEZ VIÑALS, Pablo, *Las Penas*, 1a edición, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2009, pag. 19.

un elemento dinámico que se relaciona con la posibilidad de reconocerle una determinada finalidad.⁹

Se distingue a la pena privativa de libertad de las demás penas que integran el catálogo penal por su gravedad, significación social, flexibilidad y adaptabilidad a diversos fines, afirmando que pese a la crisis en la que actualmente se encuentra inmersa continúa siendo la respuesta punitiva por excelencia en los distintos sistemas jurídicos.¹⁰

La intensidad y gravedad de la pena como respuesta estatal y pública ante el delito son las notas que tornan necesario el estudio de su concepto, fundamentación, fines y legitimación, por cuanto tal requerimiento se encuentra íntimamente ligado con la vigencia del Estado de Derecho.¹¹

La existencia de la pena da nombre a la disciplina Derecho Penal y, además por la gravedad de sus connotaciones es que se ha procurado el análisis profundo y racional de las categorías que conforman la teoría del delito y que constituyen el presupuesto de la misma.

No obstante ello y la consideración general acerca de que la pena privativa de libertad refiere actualmente a la libertad ambulatoria y sólo se manera relativa, entiendo que la pena de prisión es ante todo “tiempo”.

Efectivamente, es un período de tiempo durante el cual el Estado se adueña del tiempo personal del individuo sobre el que recae la pena y éste debe suspender su proyecto personal de vida, el cual es reemplazado por otro dispuesto por el Estado ante la constatación de que ese individuo ha violentado y ha dispuesto arbitrariamente de igual modo del proyecto personal que otro ser humano tenía sobre sus bienes jurídicos.

El tiempo que posee cada individuo es lo máspreciado y personal de todo lo que dispone y la decisión sobre el modo en que considera vivirlo es intrínseco a su libertad y a su dignidad de ser humano, por lo que considero apropiada la reflexión sobre el tiempo que hiciera el escritor Ernesto Sábato al distinguir entre el tiempo objetiva y subjetivamente percibido: “*Muchas veces me he detenido, solo en mi estudio, o con amigos, a cavilar sobre este tema, sobre la diferencia entre el tiempo existencial y el tiempo cronológico: éste es igual para todos; aquél, lo más personal de cada hombre.*”¹²

9 Ibidem, pag. 471.

10 Ibidem, pags. 471/472.

11 LURATI, Carina, *El sistema de pena única en el código penal argentino: la unificación de penas y condenas y su máximo posible*, 1a edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2008, pag. 39.

12 SABATO, Ernesto, *Antes del fin*, 2da edición, Booket, Buenos Aires, 2004, pags. 178/179.

Por ello, entiendo que la pena de prisión constituye aquel tiempo en la vida de un individuo en el que se encuentra privado no sólo de tomar mínimas decisiones cotidianas como las que versan sobre los horarios en que desarrolla sus actividades vitales y la elección de las personas que integran el grupo conviviente, sino además aquellas que afectan profundamente su proyecto personal de vida en sus distintos ámbitos: familiar, laboral, social, cultural, etc., todo lo cual redundará, en definitiva, en la afectación más grave a la libertad que puede sufrir un ser humano a lo largo de su vida.

Actualmente se ha afirmado también que *“Parece poco controversial la afirmación de que, en una medida importante, la pregunta por la definición más general del concepto de derecho penal no puede responderse sino por la vía de una respuesta a la pregunta por la definición del concepto de pena. Esta constatación aún no supone, empero, una determinación del punto de vista desde el cual es respuesta puede ser elaborada. A este respecto, la disyuntiva se plantea entre la adopción de una perspectiva funcional. Esto significa que la cuestión de la definición del concepto de pena y, consiguientemente, del derecho penal, puede presentarse como una cuestión de estructura o una cuestión de función”*¹³

El concepto de pena no sólo aparece relacionado a la noción de lesividad, individual y social, sino también aparece entrañablemente unido a la noción de culpabilidad, toda vez que uno de los principios constitucionales fundamentales que junto al principio de legalidad operan como límite es, precisamente, el principio de culpabilidad que veda la aplicación de una pena sin una declaración previa de culpabilidad.

Al referir que la pena como sanción debe ser legítima y para ello debe ser justa, se entiende que lo será en la medida en que sirva a la retribución de la culpabilidad.¹⁴

El antes aludido principio de culpabilidad -*“nullum crimen, nulla poena sine culpa”*- exige para la aplicación de una pena la previa comprobación de que la conducta delictiva es reprochable a su autor, a quien se presume con grado de certeza como un ser libre, por lo que la culpabilidad deviene como fundamento decisivo de la pena,¹⁵ sin perjuicio de la distinción que oportunamente se abordará entre culpabilidad como fundamento y como medida de la pena.

“Toda reflexión acerca de la legitimación y delimitación ético-jurídica de la pena criminal presupone una respuesta a la pregunta semántica acerca del significado de la palabra “pena”. La respuesta reza: “pena” significa la irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso. De faltar alguno de estos elementos a

13 KINDHÄUSER, Urs, MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Julio César Faira Editor, Buenos Aires, 2011, pag. 29.

14 *Ibidem*, pag. 3.

15 RIQUERT, Marcelo Eduardo y JIMENEZ, Eduardo Pablo, *Teoría de la pena y derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1998, pag. 73.

*la acción estatal en cuestión, entonces no puede reconocerse en ella una sanción en el sentido del derecho penal.*¹⁶

En cuanto a la pena como herramienta de control social, se le ha reconocido también a la misma su capacidad de responder ante aquellas situaciones conflictivas que presentan una disvaliosidad o lesividad social de mayor gravedad y que aparece como último recurso ante la impotencia de las demás áreas del Derecho para dar soluciones a las mismas.¹⁷

A partir de las consideraciones esbozadas a lo largo de esta sección, entiendo posible advertir que la pena como fenómeno que da origen y entidad a nuestra disciplina no es sólo castigo ni sólo desaprobación social como tampoco es una mera respuesta estatal sin más ante un comportamiento previo que constituye un ilícito culpable, sino que todas esas nociones confluyen en una definición actual e integral de pena.

En tal sentido, es posible un acercamiento a un concepto de pena que comprenda a la imposición de un mal como su contenido, al castigo en cuanto connotación de que constituye una respuesta a un hecho socialmente desaprobado y reprochable, independientemente del sentido personal o individual que cada uno le reconozca, y que su imposición se encuentra delimitada por principios que le confieren legitimidad y atravesada por la noción de que es esencialmente un lapso de tiempo en la existencia de una persona en la que, independientemente de la vivencia personal de cada sujeto, constituye un acto de violencia estatal a través del cual se lo priva de la libre elección de un proyecto de vida.

Estimo oportuno aclarar también que, sin perjuicio de lo antes expuesto, también resultan íntimamente ligadas al concepto o noción de pena las distintas posturas que desde la aparición de la pena en la historia de la humanidad han intentado justificarla o legitimarla, reconociendo que todas ellas y más allá de su diversidad parten de un gran esfuerzo argumentativo, precisamente porque la pena constituye un acto de despliegue de violencia y la violencia como tal en una sociedad jurídicamente organizada constituye una excepción y por tanto, debe justificarse sólo cuando existen razones debidamente fundadas que la permitan como tal, con mayor razón aún en nuestro actual Estado de Derecho.

Así, Aristóteles condicionó la aplicación de una pena a un comportamiento originado y elegido en el fuero interno, esto es, voluntario, partiendo así de la idea según la cual el

16 KINDHÄUSER, MAÑALICH, Op cit, pags. 3 / 4.

17 RIQUERT y JIMENEZ, Op. cit., pag.17.

hombre por su misma naturaleza debía ordenarse a las normas de la comunidad.¹⁸ “*Es evidente que el Estado es una creación de la naturaleza, y que el hombre es un animal político por naturaleza. Y quien naturalmente y no de un modo accidental esté fuera del Estado se halla por encima o por debajo del Estado.*”¹⁹

En la extensa obra de Santo Tomás de Aquino, la pena aparece como un tema de singular importancia, asociándola también a la idea de un mal al considerarla como la “*privación de la forma o del hábito, o de cualquier otra cosa que pudiese ser necesaria para obrar bien, sea que pertenezca al alma, sea al cuerpo o a las cosas exteriores*”²⁰

Se plantea en Santo Tomás de Aquino la relatividad de la pena como mal y su encuadre en la consideración de que el bien común es el fin de la sociedad civil, por lo que: “*...el castigo, en cuanto castigo, es justo, y lo que es justo, es bueno. Luego, el castigo, en cuanto castigo, es algo bueno. Pero el castigo, en cuanto castigo, es algo malo: en efecto, lo malo se divide en castigo y culpa. Luego, algo malo, en cuanto tal, es bueno...*”²¹

Así también, Santo Tomás además de considerar a la pena como algo bueno y malo a la vez en cuanto constituye simultáneamente un acto de castigo y un acto de justicia, brinda las notas características de la pena: su relación con una culpa previa, su contrariedad con la voluntad de quien la padece y su consideración como una pasión en cuanto privación pasiva.²²

Es posible concluir, así también, que para el teólogo y filósofo antes mencionado, la pena es incluida dentro de la justicia conmutativa, siguiendo la distinción adoptada por Aristóteles entre justicia distributiva y conmutativa, a quien sigue además en su concepto de “dar a cada uno lo suyo”, como también que es posible definirla como “*la privación de un bien, impuesta por alguna autoridad de acuerdo con la ley y contra la voluntad de una persona, en razón y proporcionada con su culpa anterior y con el fin de procurar la paz social*”, reconociéndose en dicha definición las distintas causas de la pena: a) causa material: la privación de un bien cualquiera sea su género, b) causa formal intrínseca: un acto de justicia proporcionado a la culpa anterior, c) causa formal extrínseca eficiente: la autoridad legítima para su imposición y d) causa final: el bien común y la paz social.²³

Es oportuno recordar que tanto para Aristóteles como para Santo Tomás de Aquino

18 Citado en RIGHI, Op. cit., pags. 7 / 8.

19 ARISTOTELES, *Vida, pensamiento y obra*, Colección Grandes Pensadores, pag. 122.

20 AQUINO, Santo Tomás de, *De Malo*, Cuestión I, Artículo 4; citado en CODESIDO, Eduardo A. y DE MARTINI, Siro M. A., *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*, 1ª edición, Universitas, Buenos Aires, 2005, pag. 15.

21 Ibidem, pag. 19.

22 Ibidem, pag. 24.

23 Ibidem, pags. 77 /78.

resulta fundamental el conocimiento de los distintos tipos de causa en toda actividad científica o filosófica; de allí el empeño tomista en reconocer las distintas causas de la pena.²⁴

En contraposición a la idea aristotélica según la cual el ser humano se vincula a la comunidad o al Estado de manera natural y originaria, tal como se vincula previamente a su familia y a su aldea, surgen las teorías contractualistas que intentan explicar el origen de la sociedad a través de un pacto o contrato social suscripto a partir de la toma de conciencia de que la libertad ilimitada de la que el hombre gozaba por naturaleza acarrearía más perjuicios que beneficios por lo que acuerda con los demás hombres renunciando a parte de su libertad en procura de que la suya será respetada por los demás.²⁵

A partir de tales ideas los autores contractualistas, como Hugo Grocio (1583-1645), reconocen la constitución de la sociedad como consecuencia de un pacto social que fundamenta los demás pactos creadores del Derecho positivo.²⁶

Por su parte, Tomas Hobbes (1588-1679) advierte que el hombre en su estado de naturaleza tiene derecho a todo y a todos, su naturaleza es egoísta, utilitaria y lo lleva a procurar la paz suscribiendo con los demás hombres un pacto social que le permite ascender de ese estado de naturaleza al estado civil, renunciando a su libertad y transfiriendo sus derechos a un poder soberano único que da origen al Estado absoluto que impone el orden, la seguridad y la razón con su poder exclusivo e indivisible.²⁷

La visión de los autores contractualistas, como Tomas Hobbes, les permite concluir que cuando un sujeto no cumple el acuerdo respetado por los demás, surge la pena como respuesta por cuanto su ausencia implicaría el regreso al estado caótico de naturaleza precontractual.²⁸ En virtud de ello se advierte la utilidad de la pena como instrumento para garantizar la continuidad de la sociedad y evitar el retorno a un estado natural de constante peligro para el hombre.

A partir de la Ilustración se afianza la idea del hombre como un ser responsable y autónomo, al que se le reconocen derechos y valores inscriptos en normas de validez universal. En el marco de este esquema de pensamiento, Montesquieu reconoció en el hombre

24 VIGO, Rodolfo Luis, *Visión crítica de la historia de la filosofía del Derecho*, 1ª edición, 1ª reimpresión, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2008, pag. 27.

25 RIGHI, Op cit., pag. 8.

26 VIGO, Op cit., pag. 59.

27 Ibidem, pags. 64/65.

28 RIGHI, Op cit., pags. 7 / 8.

un instinto de socialidad y sostuvo que la acción merecedora de pena es aquélla que ha menoscabado los derechos de otro hombre y que la pena es una necesidad impuesta por la razón.²⁹

Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) es un autor que de alguna manera reacciona contra sus contemporáneos de la Ilustración y puede ser considerado como un precursor de las ideas del romanticismo y del antirracionalismo.³⁰

A diferencia de Hobbes, Rousseau ubica al hombre en un estado de naturaleza caracterizado por la bondad, la igualdad, la libertad y la ausencia de corrupción, todo lo cual se pierde a partir de las ciencias y las artes, la propiedad y las leyes positivas.³¹

En su obra trascendental *“Del contrato social”* intenta legitimar una forma de sociedad a través de la cual el hombre recupera los beneficios de su estado de naturaleza y la libertad de la que gozaba obedeciéndose a sí mismo: la herramienta para tales objetivos es el contrato social. *“El hombre ha nacido libre y, sin embargo, en todas partes se encuentra encadenado.... Pero el orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás. No obstante, este derecho no es un derecho natural: de lo cual se colige que está fundado sobre convenciones.”*³²

Por tales motivos, el hombre es libre en la medida en que se somete a la ley creada por la voluntad general a través de la votación, toda vez que se somete a sí mismo y no a otro en particular: *“El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”*.³³

No obstante ello y en cuanto al lugar que ocupa la pena en el pensamiento de Rousseau, ella aparece ligada a su explicación de la sociedad a través del contrato social. En tal sentido, se trata de *“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes..... Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo.”*³⁴

Así también, es posible concluir que el contrato social constituye una creación humana para la conservación de los seres humanos. La existencia y finalidad del contrato social

29 Ibidem, pag. 10.

30 VIGO, Op. cit., pag. 93.

31 Ibidem, pag. 94.

32 ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, traducido por Jorge Carrier Vélez, Ediciones Brontes S.L., Barcelona, España, 2016, pag. 27.

33 Ibidem, pag. 29

34 Ibidem, pags. 36 y 37.

legitiman la pena estatal.

Manuel Kant (1724-1804) por su parte, negó la existencia de un contrato social originario como un hecho histórico, afirmando en cambio que se trata de una mera idea de la razón que tiene una finalidad práctica tal como es la de hacer que todo legislador se vea obligado al dictar sus leyes a tener en cuenta que éstas emanan del acuerdo de todos los hombres y que además, cada hombre para ser considerado ciudadano es considerado como quien también participó en dicho acuerdo.³⁵

En consonancia con su definición del Derecho, entiende la pena como la consecuencia de un acto injusto que retribuye con justicia el mal causado por aquél, sin que le asigne otra finalidad.

Con posterioridad a la Revolución Francesa, se adoptan los principios de libertad, autonomía y autodeterminación racional de los hombres en el seno de una comunidad.

En este marco ubicamos el pensamiento de Jorge Guillermo Hegel (1770-1831), para quién la filosofía es el “*absoluto saber el absoluto*”³⁶ y la dialéctica “*el supremo principio explicativo de la multiplicidad de las cosas contenidas en el absoluto*”³⁷ que se explica como tesis, antítesis y síntesis, identificando también lo absoluto con la razón.

Así también, concibe al Estado como absoluto y no sujeto a ningún otro poder.

Considera a la pena como un acto de violencia que elimina otra violencia anterior: el delito. El delito es la violencia ejercida por el individuo portador de libertad que lesiona tanto a alguien en particular como también a la generalidad y a la misma ley, la que debe ser restaurada a través de la imposición de una pena que en cuanto violencia elimina la desplegada por el delincuente y restablece el Derecho.³⁸

En otras palabras: “*La primera violencia como poder ejercitado para el ser libre y que viola la existencia de la libertad en su significado concreto, el Derecho en cuanto Derecho, constituye el delito...*”³⁹ “*La vulneración del Derecho como tal es, ciertamente, una existencia positiva, exterior; que es en sí nula. La manifestación de su nulidad es el anulamiento de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración.*”⁴⁰

35 RIGHI, Op cit, pag. 11.

36 VIGO, Op cit., pag. 128.

37 Ibidem, pag. 129.

38 RIGHI, Op cit., pag. 14.

39 HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, Biblioteca Filosófica, Editorial Claridad S.A., Buenos Aires, 1968, pag. 105.

40 Ibidem, pag. 106.

Defiende también la pena pública y valora negativamente a la venganza. “*La existencia positiva de la vulneración es sólo en cuanto voluntad individual del delincuente. La vulneración de esta voluntad en cuanto existe es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el restablecimiento del Derecho.... La superación del delito es el castigo, pues según el concepto es la vulneración de la vulneración...*”⁴¹

Las ideas que sustentan la posición hegeliana serán retomadas, tal como se verá mas adelante, por las actuales tendencias funcionalistas, especialmente por el funcionalismo radical de Günther Jakobs, tal como se analizará en el capítulo siguiente.

41 Ibidem, pags. 107/109.

I.- 2.- Antecedentes y evolución de la pena.-

En cuanto al concepto de pena es importante partir de la idea de que a lo largo de su evolución el mismo ha variado tanto en lo que respecta a su contenido como en lo atinente al significado que se le asignara socialmente: "...tanto el sacrificio del infractor del derecho, marcado por concepciones mágico-sacrales, como el horror de las penas de muerte y corporales medievales, dirigida a la más cruda de las intimidaciones, o la pena privativa de libertad de la Edad Moderna, orientada a la "corrección.""⁴²

Enseña Stratenwerth que la pena pública, tanto en expectativa como en su aplicación efectiva posee una tradición milenaria⁴³, como también que la existencia de la pena ha acompañado a las distintas sociedades como una herramienta de control y reacción social que se aplica ante la constatación de determinadas infracciones a las normas que regulan la convivencia en sociedad y que resultan necesarias para su funcionamiento, sin perjuicio de lo cual enseña también que ello no exime de los planteos permanentes que toda sociedad debe realizarse sobre la necesidad y legitimación de la pena, aún en nuestros días.⁴⁴

La necesidad y, de algún modo, el deber de replanteo de cada sociedad sobre la legitimación del castigo estatal no son nuevos, sino que se trata de un debate que subsiste desde la antigüedad y que obliga a la reflexión continua sobre el tema para poder mantenernos a salvo de la irracionalidad.

Así, Platón se preguntaba ya si la pena no era una venganza irracional.⁴⁵

Tal como se adelantara al inicio de la presente sección, tanto la materialidad de la pena como su sentido social han variado y evolucionado a lo largo de la historia de la humanidad, por lo que las respuestas a los interrogantes relativos al concepto o definición de pena dependerán del momento histórico en que nos ubiquemos, siendo oportuno destacar también que cada concepto de cada etapa histórica de la humanidad estará también influenciado por su pasado y por su evolución.

En la Antigüedad se advierte ya la discusión sobre el concepto de retribución, la que quedara plasmada en una discusión entre Anaxágoras y Pericles acerca de que si la pena debía hacer justicia con el infractor o si además debía intimidar al resto de la sociedad.

42 STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal Parte General I – El hecho punible*, 4a edición totalmente reelaborada, traducida por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2005, pag. 28.

43 Ibidem, pag. 27.

44 Ibidem, pag. 28.

45 PLATON, citado en STRATENWERTH, Op cit., pag. 28.

A partir del Cristianismo se desarrolla la noción de responsabilidad ética individual del infractor y la pena es considerada como una respuesta a una culpabilidad moral, todo bajo la influencia de la doctrina eclesiástica de la Edad Media.⁴⁶

Ambas ideas acerca de la pena como retribución a la culpabilidad, desarrolladas tanto en la Antigüedad como en la Edad Media, resultan unificadas y defendidas con vehemencia a través del idealismo alemán de Kant, quien rechaza la idea de que la pena pueda tener alguna finalidad y la limita a retribución pura, como en Hegel, para quien el hombre que ha delinquirido no es un animal dañino al que hay que neutralizar, corregir o intimidar, sino un ser al que la pena honra como racional con su aplicación.⁴⁷

Estos conceptos de la pena como retribución a la culpabilidad de un sujeto, tienen como presupuesto indispensable la existencia del libre albedrío en el ser humano que le permite tomar decisiones libres e individuales, ante las cuales la pena aparece como una respuesta de retribución o expiación.

Con respecto a la expiación se la ha considerado como una prestación que el propio sujeto culpable realiza para desligarse de la culpabilidad⁴⁸, más se advierte que tal definición resultaría válida para la moral pero no para el Derecho en cuanto sistema de normas que regulan los presupuestos de aplicación de la pena estatal: “...según aquella comprensión, la expiación es una obra moral, sustentada en la libre voluntad del propio culpable. Querer imponerla coactivamente constituiría ya un contrasentido en sí mismo.”⁴⁹

Sostiene además Stratenwerth que no puede pretenderse de la pena estatal una vocación de purificar o elevar moralmente al delincuente, no sólo por su incompatibilidad con la materia jurídica sino además porque tal misión queda desvirtuada por la realidad, como consecuencia de lo cual debemos conformarnos con una concepción externa de la retribución que define a la pena como un mal con el que se le “paga” al autor su falta, demostrando también la realidad que existen necesidades sociales e individuales que resultan satisfechas en la medida de que la pena sea retributiva, como también que dicho carácter evita reacciones desmedidas para el infractor del Derecho.⁵⁰

En la evolución histórica de la pena se advierte como durante los siglos XII y XIII se

46 Ibidem, pag. 30.

47 HEGEL, Op cit., pag 109, pags. 30 y 31.

48 KAUFMANN, Arthur, citado en STRATENWERTH, Op cit., pag. 33.

49 STRATENWERTH, Op cit., pag. 34.

50 Ibidem, pag. 34

fue sustituyendo a la venganza de sangre en la medida en que apareció un poder público más fuerte que persiguiera eficazmente los delitos, por lo que también en nuestra época es necesario reflexionar acerca de qué sucedería si la pena tal como es aplicada en la actualidad se ubica por debajo de las expectativas sociales.⁵¹

Concluye también Stratenwerth que “...todo eso sólo implica que existen razones de psicología social para la pena retributiva, pero no que exista una conexión interna entre culpabilidad y retribución. Es, en todo caso, en el plano conceptual-abstracto, y no en el acontecer real, en el que se puede explicar en qué medida el infligir un mal externo, como la pérdida de la libertad personal, podría tener el efecto de eliminar una infracción del Derecho.”⁵², sosteniendo además que serán las teorías relativas de la pena con el reconocimiento de sus fines preventivos las que ofrezcan explicaciones más concretas acerca de su ser.

Las penas, tal como se adelantara, han estado presentes a lo largo de toda la historia de la humanidad y en las distintas sociedades humanas: “Distintas a las actuales, impuestas, por el ofendido o su familia, discernidas no en relación a la intensidad de la ofensa sino respecto de su significación subjetiva para el ofendido, o proporcionadas a la supremacía de poder entre éste y el agresor, lo cierto es que la reacción punitiva es connatural al hombre, que tiende comúnmente, de manera instintiva, a obedecer a un impulso que lo lleva a replicar la lesión sufrida infringiendo otra.”⁵³

En tal sentido, el castigo se llevó a cabo durante gran parte de la historia de la humanidad a través de la venganza privada, la que podía ser ejercida en algunos casos por la persona ofendida por el delito de manera directa, por su familia, por el clan de pertenencia o también, por la comunidad o grupo social en el que residía el ofendido.

Con respecto a la venganza, sostiene Luigi Ferrajoli que entre los pensadores del Iluminismo se encuentran aquéllos que consideran que la pena es un perfeccionamiento de la venganza y por otra parte, aquéllos para quienes la pena cumple una función negadora de la venganza.⁵⁴

La venganza comprendía tanto elementos morales como jurídicos y muchas veces trascendía la persona del infractor, pudiendo extenderse también a sus familiares o grupo social.

En la Antigüedad, por una parte se llegó a atribuir responsabilidad penal aún por los hechos dañosos cometidos por animales, recayendo dicha responsabilidad en sus dueños en

51 Ibidem, pag. 35.

52 Ibidem, pag. 35

53 FLEMING, LOPEZ VIÑALS, Op. cit., pag. 19.

54 FERRAJOLI, Luigi, citado en FLEMING, LOPEZ VIÑALS, Op cit., pag. 19.

una suerte de responsabilidad objetiva.

Así también, en el mundo antiguo intervenía también la comunidad a fin de calmar todo enojo de los dioses que eran afectados también por el delito, toda vez que el grupo social debía asegurar la expiación de la falta para calmar la ira divina⁵⁵, de modo tal que puede concluirse que las creencias religiosas de la época están vinculadas al concepto de pena vigente en la misma, como están vinculadas tanto las ideas de delito y pecado como también las necesidades de reacción ante el ofensor y eventualmente su grupo social y de respuesta ante la autoridad divina.

Tanto en la Edad Media como en la Antigüedad las civilizaciones romana, judía y germánica conocieron también la pena pública, aunque ésta coexistía con la pena privada desarrollada en el plano de las relaciones entre los individuos y los clanes. Las penas eran crueles y su gravedad dependía de la entidad de la ofensa sufrida por el agredido como también de las relaciones de desigualdad social que existieran entre la víctima y el agresor.⁵⁶

La denominada ley del Talión, que a modo de primera impresión se presenta como un modelo de crueldad en nuestra época, representó en la antigüedad un claro intento de moderar la irracionalidad poniendo determinados límites a la pena, por lo que en la actualidad es considerada como un antecedente del principio de justicia retributiva sin desconocer por ello la brutalidad de las sanciones penales de las edades antigua y medieval.⁵⁷

El término Talión deriva del latín “*talis*” o “*tale*” que significa “idéntico” o “semejante” -del que a su vez deriva la palabra “tal”-, por lo que se refiere a que debe aplicarse una pena idéntica al daño sufrido. La expresión más conocida de esta ley aparece en un pasaje bíblico del Nuevo Testamento -“*ojo por ojo, diente por diente*”- del que se parte para a través de su superación brindar una enseñanza cristiana, no obstante lo cual, también el principio de reciprocidad que implica la ley del talión se utilizó claramente en el Código de Hammurabi (Babilonia, siglo XVIII a.C.), toda vez que a través de la ley 195 se establecía que si un hijo había golpeado a su padre, le debían cortar las manos, la ley 196 mandaba que si un hombre libre vaciaba el ojo de un hijo de otro hombre libre debía serle vaciado también su ojo, la ley 197 ordenaba que si se quebraba un hueso de un hombre debía quebrarse el

55 SAINZ GUERRA, J., citado en FLEMING y LOPEZ VIÑALS, Op. cit., pag. 20.

56 FLEMING y LOPEZ VIÑALS, Op.cit., pag. 21.

57 Ibidem, pag. 22.

hueso de su agresor, las leyes 229 a 233 imponían castigos al daño causado que debía sufrir el constructor cuya obra se derrumbase y en los casos en que no había daños físicos se intentaba una reparación simbólica tal como la amputación de la mano a un ladrón. Así también, en la ley mosaica se recoge el principio retributivo de la ley del Talión y es invocada en algunos libros del Antiguo Testamento como en el Exodo, el Levítico y el Deuteronomio.⁵⁸

En la última etapa de la Edad Media se hace más notoria la disputa por la pena entre los sectores privados alentados por el orden feudal y el orden estatal en consolidación, con la intervención también de la Iglesia y sus denominadas treguas divinas que tenían como finalidad limitar la reacción punitiva privada, todo ello hasta la segunda mitad del siglo XVIII en que la pena es impuesta por el Estado, ya consolidado y fundado en la idea del contrato social, y se encuentra orientada ya no a obtener una venganza del ofendido sino a garantizar la cohesión del orden social.⁵⁹

No obstante ello, la pena en cuanto reacción penal constituía un golpe cargado de intensa crueldad sobre los más débiles y se aplicaba sin criterios de proporcionalidad y/o igualdad sobre los cuerpos de las personas que soportaban los tormentos más terribles en cuanto a duración y a entidad, trascendiendo inclusive a la persona del delincuente, como también era ejecutada de modo tal que constituyera un espectáculo público destinado a demostrar y reafirmar el poder de quien la aplicaba, a exacerbar la humillación del penado y a ofrecer una suerte de intimidación a los espectadores que los hiciera desistir de toda idea de cometer algún delito.⁶⁰

Durante la edad medieval aparece fuertemente marcada la identificación entre delito y pecado, por lo que el primero ofendía tanto a la sociedad como a Dios, de allí que la autoridad religiosa que imponía la pena impidiera cualquier tipo de investigación sobre la legitimidad del castigo y considerara como herético cualquier cuestionamiento a sus modalidades de imposición. A partir de la consolidación del poder soberano, representante del poder de Dios en la tierra, tal imposibilidad de indagación sobre la legitimidad del castigo se acentuó aún más por cuanto tal investigación habría sido considerada no sólo contraria a la autoridad eclesiástica y divina sino también como un intento revolucionario de conmovir el poder del

58 <https://es.wikipedia.org/wiki>. 31/05/2018.

59 FLEMING y LOPEZ VIÑALS, Op. cit., pag. 23.

60 Ibidem, pag. 23.

monarca soberano.⁶¹

En virtud de lo expuesto es que recién a partir del movimiento ideológico conocido como Ilustración o Iluminismo que sentara las bases para la Revolución Francesa a fines del siglo XVIII fue posible no sólo advertir la separación tanto entre Derecho y Religión como entre Derecho y Moral, sino también permitir el replanteo sobre el concepto de la pena hasta el momento concebida como una mera derivación del poder divino y soberano y comenzar a brindar diversas explicaciones acerca de su justificación y fundamentación como herramienta de control social.⁶²

En cuanto a la pena de prisión o privativa de la libertad, sus orígenes no se remontan más allá de los siglos XVI o XVII y su aplicación comienza a generalizarse durante el siglo XVIII, al sustituir a las penas corporales e incluso a la pena de muerte aunque conviviera con esta última en algunas sociedades.

La prisión era sostenida al comienzo como una herramienta para garantizar la sujeción del reo al proceso penal, como también era concebida en algunos casos para garantizar el encierro de individuos marginados socialmente, como ebrios, prostitutas, mendigos y demás personas que pudieran perturbar mínimamente el orden social. La prisión antes de aparecer como pena que reemplazaría a los castigos corporales no era socialmente advertida como un castigo gravoso, sobre todo porque en general los miembros de la sociedad de por sí no gozaban de un régimen pleno de libertades, por lo que el encierro no era considerado un mal de gravedad tal como las aflicciones directamente aplicada sobre el cuerpo de los condenados. Además la prisión como tal era considerada una pena que demandaba la utilización de recursos económicos para su implementación mucho más importantes que las penas corporales.⁶³

A partir del reconocimiento de que la sociedad nace a raíz de un contrato social, resulta coherente sostener que quien viola las reglas de este último debe reparar o indemnizar como lo haría ante la violación de un contrato privado con un bien que represente el valor del daño causado, más cuando una persona carece de bienes económicos para tal reparación debe tomársele coactivamente lo único que posee: su capacidad de trabajo o su libertad, los que

61 Ibidem, pag. 26.

62 Ibidem, pag. 26.

63 Ibidem, pag. 473.

también pueden ser medidos a través de unidades de tiempo.⁶⁴

La transición de las penas que pretendían aplicar sufrimiento físico en el cuerpo del condenado en sus distintas modalidades y que culminaban generalmente con su muerte luego de un penoso proceso de padecimiento físico hacia aquélla en la que el cuerpo sólo es un medio sobre el cual se ejerce la coacción para generar en el penado un sufrimiento psíquico, esto es, la prisión, es descripta por Michel Foucault en los siguientes términos: “*La desaparición de los suplicios es, pues, el espectáculo que se borra; y es también el relajamiento de la acción sobre el cuerpo del delincuente.....No tocar ya el cuerpo, o lo menos posible en todo caso, y eso para herir en él algo que no es el cuerpo mismo. Se dirá: la prisión, la reclusión, los trabajos forzados, el presidio, la interdicción de residencia, la deportación -que han ocupado lugar tan importante en los sistemas penales modernos- son realmente penas “físicas”; a diferencia de la multa, recaen, y directamente, sobre el cuerpo. Pero la relación castigo-cuerpo no es en ellas idéntica a lo que era en los suplicios. El cuerpo se encuentra aquí en situación de instrumento o de intermediario; si se interviene sobre él encerrándolo o haciéndolo trabajar, es para privar al individuo de una libertad considerada a a vez como un derecho y un bien.*”⁶⁵

No obstante ello y sin perjuicio de la crueldad con la que también era aplicada la pena de prisión por las condiciones de hacinamiento, falta de condiciones sanitarias y el trato inhumano a los condenados, surge como un intento introducido por los pensadores de la Ilustración de humanizar el castigo y brindar una respuesta superadora de las penas corporales y a la pena de muerte, afianzándose hasta nuestros días como la pena emblemática en las distintas sociedades.⁶⁶

No deben soslayarse en el tratamiento de la evolución de la pena, los aportes realizados en pos de su humanización desde Césare Beccaria (“*Dei delitti e delle pene*”, 1764) y de Howard (“*The state of prisons in England and Wales*”, 1776)⁶⁷ hasta todo el proceso de reconocimiento pleno del principio de dignidad de la persona humana -receptado por las constituciones nacionales contemporáneas- que intenta operar como límite y criterio en todo lo relativo a la aplicación de una pena.

Señala Eugenio Raúl Zaffaroni, por su parte, que la historia de la evolución de la pena ha sido relatada de una manera progresiva, a través de la cual se advierte un período primitivo identificado con la venganza privada, luego una etapa en que la pena adopta el carácter de

64 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, 6ta edición, 3° reimpresión, Ediar Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2003, pag. 206.

65 FOULCAUT, Michel, *Vigilar y castigar – Nacimiento de la prisión*, 1a edición, 4° reimpresión, traducido por Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2005, pag. 18.

66 FLEMING, LOPEZ VIÑALZ, Op. cit., pag. 474.

67 Ibidem, pag. 475.

pública al ser asumida su aplicación por el Estado y finalmente, un período caracterizado por el triunfo de las ideas humanitarias que parten del reconocimiento de la persona humana como dotada de autonomía moral y que a partir de la Ilustración -en el siglo XVIII- han humanizado y limitado la aplicación de la pena.

No obstante ello, expresa el mencionado autor que la evolución relatada no es tan lineal como se la expone sino que se advierten ciclos de irracionalidad que retornan en distintos momentos y lugares, tal como puede apreciarse en el caso del sistema penal del nazismo y de otros sistemas totalitarios y autoritarios.⁶⁸

A partir del proceso de humanización del sistema penal, la pena privativa de la libertad desplazó a la pena de muerte y a todas aquéllas que implicaban la aplicación de un sufrimiento directo sobre el cuerpo del penado e, independientemente de la crisis que atraviesa dicho tipo de pena en la actualidad y en los distintos sistemas por diversos motivos, constituye la pena emblemática y más gravosa después de la pena de muerte, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

En nuestro sistema penal, el Art. 5 del Cod. Penal prevé junto a la pena de prisión la de reclusión, a la que si bien se le reconocieron connotaciones infamantes no existen en la actualidad diferencias materiales entre ambas en cuanto a su ejecución, toda vez que los principios básicos contenidos en la ley de ejecución penal N° 24.660 que rige en nuestro país devienen aplicables a ambas penas privativas de la libertad, recibiendo así tanto presos como reclusos el mismo tratamiento penitenciario.

No obstante ello, subsisten diferencias entre ambos tipos de pena en la normativa del Código Penal Argentino, por cuanto la detención domiciliaria sólo es autorizada por el Art. 10 del Cod. Penal en caso de pena de prisión; la libertad condicional de condenados a reclusión de tres años o menos se concede al año mientras que para los condenados por iguales montos a la pena de prisión el Art. 13 del mismo código sólo requiere que se hayan cumplido ocho meses; el Art. 24 del Cod. Penal prevé diferentes cómputos de la prisión preventiva en caso de reclusión o prisión; la condena de ejecución condicional se concede sólo en caso de penas de prisión y el Art. 44 del mismo código prevé una escala mayor para los delitos penados con reclusión perpetua; subsistiendo tales diferencias normativas pese a la equiparación en materia

68 ZAFFARONI, Op cit., pag.140.

de ejecución que admitiera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Méndez” (Fallos 328:137).⁶⁹

En el Derecho Penal Alemán el catálogo de reacciones penales aparece también constituido por penas (prisión, multa y prohibición de conducir vehículos a motor) y medidas (establecimiento psiquiátrico, de deshabitación, custodia de seguridad, vigilancia de conducta, privación del permiso de conducir e inhabilitación profesional).⁷⁰

Es oportuno recordar que así como en el Derecho Penal se inició un proceso de humanización, especialmente en lo referente a la aplicación de las penas sustentado filosóficamente en las ideas de la Ilustración, tal proceso se vio replicado en materia procesal al recibir la regulación del proceso el impacto de estas nuevas ideas propulsoras del reconocimiento de la libertad humana.⁷¹

Los principios constitucionales de legalidad, de igualdad ante la ley, de inocencia, de prohibición del doble juzgamiento, del juez natural y de defensa en juicio, entre otros, impregnan los códigos procesales provinciales, que en los últimos años y dada la facultad de regulación de los procedimientos reservada al poder no delegado por las provincias a la Nación, han ido adaptando los sistemas de enjuiciamiento penal a tales principios y a los mandatos constitucionales previstos en el Art. 18 y concordantes de la Constitución Nacional como a los pactos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional conforme Art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, todo lo cual constituye un valioso aporte a la humanización de la pena de prisión o privativa de la libertad ambulatoria.

En nuestros días, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su Resolución de fecha 22/11/2018, sobre medidas provisionales respecto de Brasil en el Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, en los Considerandos 91 y 92, se inclina por un concepto que contempla el ser y el deber ser de la pena, al considerarla esencialmente como sufrimiento que encuentra sus límites en la juridicidad y en la racionalidad: *“Toda pena privativa de libertad y cualquier privación de libertad, aún a título preventivo o cautelar, conlleva necesariamente una cuota de dolor o aflicción inevitable. No obstante, ésta se reduce básicamente a las inevitables consecuencias de la limitación ambulatoria de la*

69 RIGHI, Op cit., pags. 642/643.

70 ROXIN, Claus, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, 1a edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pag. 463.

71 RIGHI, Op cit., pag. 587.

persona, a la necesaria convivencia impuesta por una institución total y al respeto a los reglamentos indispensable para la conservación del orden interno del establecimiento. Cuando las condiciones del establecimiento se deterioran hasta dar lugar a una pena degradante como consecuencia de la sobrepoblación y de sus efectos antes señalados, el contenido aflictivo de la pena o de la privación de libertad preventiva se incrementa en una medida que deviene ilícita o antijurídica.”

La evolución precedentemente expuesta sobre el contenido y el significado socialmente asignado al concepto de pena no sólo resulta importante a los fines de comprender su definición y alcance en nuestros tiempos, sino que además debe ser complementado por el análisis de los fines que se le han asignado en distintos momentos históricos y en la actualidad para poder así también responder a los interrogantes que emergen en torno a su legitimación, todo lo cual será abordado en el siguiente capítulo.

CAPITULO II: FINES DE LA PENA

II.- 1.- Teorías sobre los fines de la pena.-

En el capítulo inicial del presente se intentó dar respuestas a los interrogantes que existen en torno al concepto de pena, sin dejar de reconocer su evolución y los diferentes discursos destinados a justificar y legitimar su existencia tanto en el pasado como en la actualidad.

Se ha iniciado y transitado, de tal modo, el camino que hiciera posible el abordaje de diferentes conceptos de pena, no obstante lo cual en el presente capítulo se intentará distinguir el ser de la pena de su finalidad, descontando las respuestas al “*qué*” ya analizadas en el capítulo precedente y procurando en cambio aquéllas que han sido ensayadas y mantenidas para responder al “*para qué*” de la pena, todo ello a modo introductorio del tema central, todo ello sin pretender agotar exhaustivamente el tema tal como se adelantara también en el capítulo precedente.

En el estudio de los fines de la pena se advierte a lo largo de la historia de la humanidad, en la que tal como se ha visto ha estado presente la existencia del castigo penal, una evidente y permanente tensión entre justicia o retribucionismo, por un lado, y eficiencia o utilitarismo, por el otro, toda vez que existen teorías absolutas que legitiman la pena porque a través de ella se realiza la justicia -defendiendo así el retribucionismo el valor justicia- mientras que por otra parte, las teorías preventivas lo hacen basándose en la utilidad social que cumple la misma, defendiendo así los valores de la utilidad y la eficiencia.⁷²

Sin, perjuicio de ello, el profesor Maximiliano Rusconi reformula la pregunta sobre los fines de la pena en los siguientes términos: "*¿qué punto de partida ético-punitivista explica de mejor manera las condiciones de legitimidad por las cuales debe pasar la decisión de la atribución y aplicación de la pena.*"⁷³, intentando brindar así una respuesta que considera digna de realizar un aporte de mayor utilidad a la problemática.

En el sentido antes señalado, ante el interrogante acerca de que si resulta posible reconocerle algún fin a la pena estatal y en su caso, cuáles serían esos fines, es posible advertir que a lo largo de los años el debate ha transcurrido entre posturas retribucionistas o

72 RIGHI, Op. cit., pag. 6.

73 RUSCONI, Op. cit., pag. 137/138.

absolutas y utilitaristas o de tinte preventivo que reclaman para sí lo justo y lo útil, respectivamente, como finalidad de la pena estatal.

En primer término, debe decirse que para las teorías absolutas o retributivas de la pena ésta constituye un fin en sí misma por cuanto el delito debe expiarse o eliminarse a través de la imposición de otro mal que es, precisamente, la pena, sin un aparente reconocimiento de finalidad alguna.

Se reconoce, no obstante, que cada teoría sobre los fines de la pena representa una concepción del Derecho Penal con un determinado subsuelo ideológico y filosófico.⁷⁴

Si bien en la Antigüedad ya se discutía sobre la pena como retribución, las ideas del cristianismo y la doctrina eclesiástica le aportan el carácter de respuesta a una culpabilidad o responsabilidad moral.

Emmanuel Kant, uno de los representantes del idealismo alemán, se hace cargo de ambas ideas rechazando categóricamente que la pena pueda cumplir alguna finalidad o servir de motivación para los seres humanos y afirmando que es un fin en sí misma, de modo tal que la pena importa el valor del hecho delictivo y asegura la justa respuesta para el mismo.

En la postura defendida por Kant el hombre no podía ser utilizado como un instrumento para que la pena pudiera cumplir con alguna finalidad; por tanto: la pena constituye un acto de justicia y de reparación al daño provocado al orden legal.

Kant distinguió la razón pura o teocrática de la razón práctica o de la acción que indica la conducta debida, sostuvo que una acción es moral cuando responde a un deber o imperativo de conciencia a los que denomina "*imperativos categóricos*" para distinguirlos de los "*imperativos hipotéticos*" que responden a otras consideraciones. Resume el imperativo categórico en dos fórmulas: "*Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal*" y "*Nunca debe tratarse a nadie a sí mismo ni a los demás como simple medio, sino como fin en sí mismo*".⁷⁵

En virtud de la máxima mencionada en último término concluye que la pena no puede ser inmoral, esto es: no puede utilizarse al hombre como un medio para la obtención de determinadas finalidades; a la vez que la pena debe ser justa y la medida para establecer la justicia es talional: así la pena es el mal que el delincuente le ha propinado a otra persona en

74 ZAFFARONI, Op. cit., pag. 72.

75 Ibidem, pag. 208.

cuanto devolución del mismo dolor causado.⁷⁶

Otro defensor de la tesis retribucionista, Hegel, sostenía que el delincuente es honrado como ser racional cuando se le aplica una pena y no cuando se pretende neutralizarlo, intimidarlo o corregirlo, desconociendo que la pena pueda cumplir alguna de estas finalidades y afirmando que es un mal destinado a neutralizar otro mal que es la conducta delictiva a modo de síntesis dialéctica, toda vez que concibe a la pena como la negación de la negación del derecho.

“La pena, para Hegel, se imponía como una necesidad lógica y también tenía carácter retributivo talional, por ser la sanción a la violación del contrato: si el delito es la negación del derecho, la pena es la negación del delito y (conforme a la regla de que la negación de la negación es la afirmación) la pena sería la afirmación del derecho, que se impondría simplemente, por la necesaria afirmación del mismo.”⁷⁷

Este autor, además, concibe a la pena como respuesta a las acciones de los hombres libres considerando que debe ser proporcionada a la gravedad de las mismas, más reserva para los excluidos sociales, marginales, enfermos mentales y demás considerados como extraños a la racionalidad aquellas medidas orientadas a neutralizar su peligrosidad.⁷⁸

Refiere que si la respuesta punitiva ante el delito es venganza, ésta no tiene la apariencia ni del Derecho ni de la justicia, por cuanto no sólo el delito afecta a un ser en particular sino que lesiona también lo universal y por ello la pena implica una restauración del Derecho violentado.

Así como a través de la dialéctica explica la realidad, considera que el delito en cuanto tesis es la negación del Derecho y la pena en cuanto antítesis es la negación del delito, por lo que la síntesis aparece como el restablecimiento del Derecho a través de la negación de su negación.

Esta postura, como se verá mas adelante aparece reivindicada de algún modo por los contemporáneos funcionalistas en su discurso sobre los fines de la pena, como también en la visión sociológica y criminológica de Durkheim al explicar las causas del delito en una sociedad y considerarlo no como un elemento patológico sino funcional para reforzar la identidad de una sociedad.

Las teorías absolutas, en consecuencia, se caracterizan por carecer de vínculos (ab

76 Ibidem, pag. 208.

77 Ibidem, pag. 224.

78 Ibidem, pag. 224.

solutus) con el reconocimiento de alguna finalidad en la pena, tienen una visión retrospectiva de la misma y procuran la compensación del mal causado por el delito, considerando en su versión originaria que aunque fuese inminente la disolución de un Estado las penas debían ser cumplidas o ejecutadas de todo modos para la realización plena del valor de la justicia.

Así, aún en el hipotético caso de que la sociedad fuera a extinguirse de manera inminente o se disolviera, los castigos deben ejecutarse para que cada hombre sepa lo que sus hechos valen y porque el daño público debe repararse y tal reparación debe exigirse por parte de toda la sociedad que de lo contrario se convertiría en cómplice de la impunidad.⁷⁹

Los aportes positivos de estas teorías aparecen vinculados a la reivindicación de la dignidad del ser humano en el intento de evitar su instrumentalización y a la proporcionalidad de la pena en cuanto ésta se define como reacción que debe guardar relación con un hecho culpable y efectivamente cometido en el pasado y por tanto, puede reconocerse en ellas el ofrecimiento de límites a la potestad del Estado.

Finalmente y no obstante lo expuesto, suele reconocerse que aún en las teorías absolutas puede advertirse una finalidad: la realización de la justicia.

En contraposición a las teorías absolutas, las denominadas teorías relativas consideran que la pena no constituye un fin en sí misma, sino que debe cumplir ciertas finalidades o cometidos, apareciendo aquí un abanico de modalidades: general y especial, según esté dirigida a la sociedad en general o al individuo que ha delinquido, y a su vez, positiva y negativa, según los efectos pretendidos sean la reafirmación de un orden jurídico o la evitación del delito en el futuro, respectivamente.

Otra característica que aparece como un común denominador en las teorías relativas es la visión no retrospectiva de la pena, toda vez que a diferencia de las teorías absolutas presentan una visión siempre orientada al futuro.

En general y como consecuencia de ello, sostienen las teorías relativas o preventivas que debe evitarse la aplicación de la pena por la pena misma, concibiéndola como un instrumento de prevención del delito y considerando que sólo es justa cuando es necesaria, útil y en proyección al futuro, tal como fuera expuesto en el pensamiento de Franz Von Litz.

Según el destinatario sea la generalidad de las personas que integran la sociedad o la

79 FLEMING y LOPEZ VIÑALS, Op. cit., pag. 70.

persona del infractor individualmente considerada, la prevención que se pretende obtener a partir de la aplicación de una pena será general o especial, respectivamente; y según sea una finalidad intimidatoria o destinada a reforzar normas y valores, será negativa o positiva, respectivamente, resultando ambas modalidades combinables entre sí.

Así, la prevención especial, dirigida personalmente a quien ha cometido un delito, será positiva cuando esté orientada a la reeducación o resocialización de quien ha delinquido para evitar la reincidencia, tal como lo recepta nuestra ley nacional de ejecución penal -N° 24.660- y será negativa cuando esté orientada a su neutralización o eliminación, tal como es el caso de la pena de muerte o la prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional.

La prevención especial como finalidad de la pena aparece relacionada por distintas razones a varias corrientes del pensamiento penal, como la escuela alemana de Von Litz, el positivismo criminológico italiano de Lombroso, Ferri y Garófalo, el correccionalismo y la escuela de la defensa social.⁸⁰

En tal sentido, Franz Von Litz reconoce la asocialidad de quien ha delinquido y considera que la pena debía adaptarse individualmente a cada sujeto y procurar intimidarlos, en el caso de los intimidables, corregirlos, en el caso de no ser intimidables pero sí susceptibles de corrección o inocuizarlos, en el caso de quienes sean incorregibles, brindando en este último caso la versión de la prevención especial negativa, más todo ello con un fin común: evitar la reincidencia o reiteración de hechos delictivos por parte de quien ha delinquido.⁸¹

No obstante ello, se reconoce a las teorías que propugnan la prevención especial positiva su intento por humanizar la ejecución de las penas al sostener que la pena tiene como finalidad la de resocializar a quien ha delinquido, sin perjuicio de que los datos estadísticos de la realidad evidencian su fracaso en la actualidad.

Asimismo, las teorías relativas al mirar su finalidad hacia el futuro y no hacia el pasado parecen desprenderse de la culpabilidad del acto y atender más bien al riesgo futuro de reincidencia.

Por su parte, las posturas que advierten en la pena una finalidad preventivo-especial negativa están orientadas a la eliminación o neutralización definitiva de quien ha delinquido, a

80 RIGHI, Op. cit., pag. 42.

81 LISZT, Franz von, citado en RIGHI, Op cit., pag. 43.

través de la pena de muerte o del encierro definitivo, resultando así incompatibles con todo principio de reconocimiento de la dignidad del ser humano.

En cuanto a la prevención general -destinada a surtir efectos en la generalidad de las personas o en un número indeterminado de ellas-, corresponde aclarar que mientras su modalidad negativa busca disuadir a la generalidad de las personas o potenciales delincuentes para que no cometan delitos, a través de la intimidación o de la creación de contramotivos, ya sea en la conminación legal o en la ejecución, la prevención general positiva por su parte procura reafirmar normas valiosas para una sociedad y se dirige a la generalidad de las personas, especialmente, a quienes no cometen delitos pero requieren la reafirmación de dichas normas a través de la imposición de una pena.

En cuanto a las teorías de la prevención general negativa, éstas creen que la pena, tanto en expectativa como al momento de su aplicación, tiene como finalidad la intimidación hacia aquellos que no han delinquido y opera como un motivo o amenaza que evita la comisión de nuevos delitos por parte de un número indeterminado de personas que aún no han delinquido. En su marco, se encuentra la antigua teoría de la intimidación y su versión más moderna sostenida por Feuerbach en cuanto considera a la pena como un medio de coacción psicológica con capacidad para influir y hacer desistir a las personas de cometer algún delito.⁸²

Así, esta versión clásica de la prevención general negativa es presentada científicamente por primera vez por Feuerbach, para quien la pena tanto como amenaza legal o como imposición mediante sentencia judicial opera como un medio de intimidación que aleja el peligro de la delincuencia.⁸³

Se critica a esta postura en tanto y en cuanto aleja la reacción estatal de su proporcionalidad con la gravedad del delito, resulta de difícil medición o verificación fáctica, prescinde de la culpabilidad y estimula el terror social, resultando además que la mera constatación de un hecho delictivo demuestra su fracaso.⁸⁴

En cuanto a las posturas que defienden la prevención general positiva, aparece como claro exponente de las mismas el funcionalismo, tesis para la cual es funcional todo aquello

82 ZAFFARONI, Op cit., pag. 73.

83 FEUERBACH, citado en RIGHI, Op. cit., pag. 40.

84 RIGHI, Op. cit., pags. 40/41.

que sirve para el mantenimiento del sistema social, resultando posible descubrir en su ámbito un modelo denominado racional-final o funcionalista moderado a partir de 1.970, representado por Claus Roxín y B. Schünemann, para quienes la pena incide diferenciadamente no sólo en la responsabilidad como en su formulación originaria sino en cada una de las categorías del sistema de imputación, presentando así una teoría integradora o de la unión, en la que la pena cumple distintas finalidades según la etapa: en la conminación pena la pena es prevención general, al momento de la sentencia se combinan necesidades de prevención general positiva y de prevención especial positiva y durante su ejecución cobra importancia la prevención especial positiva, acudiendo también al parámetro de la culpabilidad como límite máximo que no debe ser sobrepasado por la pena.

Por otra parte, aparece un modelo de funcionalismo radical, representado por Günter Jakobs, para quien tanto la finalidad del Derecho Penal como la de la pena es la prevención general positiva, esto es, el mantenimiento de la confianza general en el ordenamiento jurídico a partir del restablecimiento de las normas vulneradas mediante la comisión del delito. La pena, para este autor, tiene como función la desautorización de desobediencia de la norma cuya validez protege el Derecho Penal,⁸⁵ a la vez que esta finalidad atraviesa cada una de las categorías del sistema de imputación.

Se ha advertido, así también, que las teorías retributivas de la pena en auge durante el siglo XIX en el pensamiento alemán antes analizado han servido de inspiración a las actuales posturas que bregan por la prevención general positiva como finalidad de la pena.⁸⁶

Asimismo, existen teorías que proponen un Derecho Penal mínimo, como la expuesta por Luigi Ferrajoli, quien le asigna una doble función preventiva: la prevención general de los delitos como límite mínimo y la prevención general de las penas desproporcionadas o arbitrarias como límite máximo, de modo tal que el Derecho Penal se legitima en la protección del más débil para que no sea víctima de la venganza y se justifica cuando las violencias que provoca son menores que las que evita.

En palabras de Luigi Ferrajoli utilizadas para definir y ubicar su postura respecto de la pena estatal en el modelo garantista sostenido: *“Podemos llamar “modelo” o “sistema garantista”, por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en*

85 BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3a edición renovada y ampliada, Hammurabi José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1994, pag. 31

86 FLEMING y LOPEZ VIÑALS, Op. cit., pag. 66.

*relación con el derecho ilegítimo. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica.*⁸⁷

Es posible encontrar, así también, teorías deslegitimantes de la pena, tales como la proveniente del abolicionismo, movimiento impulsado por autores del norte europeo y replicado en Canadá, Estados Unidos y América Latina, tales como Hulsman, Mathiesen y Christie cuyo común denominador aparece constituido por la visión de que el sistema penal es un problema en sí mismo por lo que es conveniente suprimirlo y reemplazarlo por un sistema de soluciones alternativas a la pena.

En el marco de las teorías deslegitimantes de la pena se encuentra también el agnosticismo que ve en la pena sólo un acto de poder y sostiene que lo único posible de legitimarse son las decisiones judiciales cuando reducen a la pena a su mínima expresión, tal como lo propone Raúl E. Zaffaroni. Este autor si bien parte de reconocer que en cuanto a las denominadas “teorías de la pena” éstas suelen clasificarse por la doctrina en absolutas, relativas y mixtas, no deja de mencionar que la selectividad del sistema penal y la corrupción de su práctica hacen que no sea fácticamente viable la realización plena del Derecho Penal y que por lo tanto, muchas de las teorías mencionadas no sólo no intentan controlar o limitar las deformaciones del sistema penal sino que además intentan dar una justificación teórica de tales prácticas.⁸⁸

Es posible advertir, finalmente, que las penas son siempre expresión de poder y más allá de los esfuerzos expuestos por cada teoría sobre sus fines para justificar racionalmente el castigo penal, no es posible soslayar que estas reflexiones permiten esclarecer la relación del individuo frente al poder estatal.⁸⁹

En síntesis, es a partir del siglo XX y en contraposición a las explicaciones kantianas y hegelianas catalogadas como “retribucionistas”, aparecen las teorías denominadas “utilitaristas” que confundieron el concepto de la pena con sus fines, reduciéndola a estos últimos en sus distintas variantes: prevención general y especial, en sus respectivas vertientes positiva y negativa.

87 FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías – La ley del más débil*, traducida por Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 6ta edición, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2009, pags. 19/20.

88 ZAFFARONI, Op cit., pag.72.

89 FLEMING, LOPEZ VIÑALS, Op. cit., pag. 61.

No obstante que en la primera mitad del siglo XX tuvieron su auge las teorías que abogaban por una finalidad preventivo-especial de la pena, asociadas en parte a posturas de corte autoritario, a partir del finalismo de Welzel es posible advertir una revalorización de la concepción retributiva de la pena en cuanto a través de ésta se intentó poner límites al poder estatal, conjuntamente con una defensa del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales.⁹⁰

A medida que nos acercamos a nuestros días, encontramos el funcionalismo, en sus distintas versiones: una moderada, representada por Claus Roxín, y otra radical, representada por Günter Jakobs, el que brinda una concepción sobre la pena que difiere en diversos aspectos de las anteriores explicaciones y que parte de reconocer la estrecha relación que existe entre dogmática jurídico penal y política criminal, como también el vínculo profundo que existe entre las distintas categorías integrantes de la teoría del delito y la pena estatal.

Roxín, por su parte, representa también a las denominadas teorías de la unión, en cuanto éstas intentan relacionar distintos fines a las penas según las diferentes etapas de la misma, combinando prevención especial y general sin dejar de reconocer que tales fines o necesidades preventivas serán también determinadas a partir del reconocimiento de que la pena debe ajustarse a la culpabilidad.⁹¹

Günter Stratenwerth sostiene como principio explicativo de la legitimación de la pena estatal y de la imputación jurídico penal que sin culpabilidad la pena no puede justificarse, que la culpabilidad constituye el punto de partida no sólo para la imposición de la pena si no también para su medición, que la culpabilidad como responsabilidad personal por el hecho jurídicamente reprobado no basta para la imposición de una pena sino que también debe considerarse la necesidad de proteger intereses generales, sin dejar de reconocer este autor que la pena también cumple una función consistente en eliminar de manera simbólica ante la sociedad el quebrantamiento del orden jurídico que ha ocasionado el delito que la precede.⁹²

Jakobs, por su parte, entiende que el sujeto de imputación asume un rol de ciudadano libre cuya libertad le es concedida a cambio de que se comporte conforme a la norma, reconociendo culpabilidad en la manifestación de una disconformidad con la norma legítima

90 RIGHI, Op cit., pag. 16.

91 STRATENWERTH, Op cit., pags. 48, 49.

92 Ibidem, pags. 46 y 47.

sin exigirse autocorrupción moral.⁹³

Identifica los fines de la pena con los fines del Derecho Penal y reduce los mismos a la prevención general positiva, esto es, al restablecimiento de la vigencia de la norma vulnerada por el ilícito.⁹⁴

En palabras de Esteban Righi y de Urs Kindhäuser: “*Lo que el funcionalismo propone es un modelo en cuya virtud (i) lo que liga al autor con la norma no es su racionalidad , sino la lealtad comunicativa frente a la autonomía de la otra persona; (ii) la infracción de la norma supone que el autor niega el acuerdo que la fundamenta y por consiguiente, la autonomía comunicativa del participante; (iii) ello es independiente de toda consideración individual sobre la racionalidad o justicia de la norma . . .*”⁹⁵

Oportunamente y en el capítulo respectivo habrá de analizarse si la adopción de alguna de las teorías de los fines de la pena antes mencionadas posee una incidencia al momento de la determinación judicial de la pena, profundizándose en tal caso acerca de cómo y de qué manera el fin que se le asigne a la pena puede traducirse cuantitativa y cualitativamente en el tiempo de la vida de un individuo que resultará atravesado por el poder punitivo estatal, todo ello a partir del sinceramiento del discurso y de la búsqueda de la/s teoría/s de la cual se parte como postura ideológica -si la hubiere- al momento de determinar judicialmente la pena.

93 RIGHI, Op. cit., pag.17.

94 JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad por Manuel Cancio Meliá y Bernado Feijóo Sánchez, Thomson Civitas Cuadernos Civitas, pag. 48.

95 KINDHÄUSER, citado en RIGHI, Op cit., pag. 18.

II.- 2.- Relaciones entre fines de la pena, teoría del delito y sistemas de enjuiciamiento penal.-

Una vez expuestas las distintas teorías acerca de los fines de la pena estatal, se analizará en la presente sección si resulta posible enmarcar cada una de las posturas reseñadas en la sección precedente en una determinada etapa histórica y si puede establecerse algún tipo de relación tanto con una escuela de dogmática jurídico penal específica como con los sistemas de enjuiciamiento penal.

En primer término, se avisa en tal sentido una discrepancia entre los autores nacionales acerca de la relación entre teoría del delito y teoría sobre los fines de la pena, toda vez que Maximiliano Rusconi expresaba en un primer momento una posición más bien escéptica acerca de los aportes de la dogmática penal a la teoría de la pena al no hallar en el sistema del hecho punible una postura axiológica sobre los fines de la pena sino "*... puntos de partida constitucionales que aclaran qué tipo de castigos ya no pueden ser considerados pena*"⁹⁶; más luego cree poder encontrar un método que coloque en la misma sintonía al sistema de imputación penal, las garantías constitucionales y la justificación de la pena.⁹⁷

Raúl Eugenio Zaffaroni sostiene, en cambio, que cada teoría sobre los fines de la pena representa una teoría del Derecho Penal.⁹⁸

Enrique Bacigalupo, por su parte, compatibiliza las teorías absolutas de la pena con los sistemas ontologicistas, como el causalismo y el finalismo, por cuanto en ambos la teoría del delito se apoya en una acción humana infractora de una norma que requiere una pena justa; a la vez que relaciona los sistemas funcionalistas con aquellas teorías que le asignan a la pena la misión de alcanzar determinados fines.⁹⁹

Por su parte, Esteban Righi encuentra una necesaria articulación entre los sistemas de imputación y las teorías de la pena, articulación que según entiende no fue suficientemente advertida en la doctrina nacional.¹⁰⁰

En tal sentido, advierte Righi que durante el siglo XIX y en pleno auge del positivismo donde el método científico por excelencia era el de las ciencias naturales y el mundo se

96 RUSCONI, Op. cit., pag. 140.

97 Ibidem, pag. 141.

98 ZAFFARONI, Op. cit., pag. 72.

99 BACIGALUPO, Op. cit., pags. 28/29.

100 RIGHI, Op. cit., pag. 137.

explicaba a través de movimientos causales, se desarrolla el sistema clásico que adopta una concepción formal del delito ceñida al texto legal utilizando un método lógico y presenta una noción cuatripartita del delito integrada por la acción, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad que requería la constatación de cada uno de los elementos del delito, siendo oportuno señalar que la consideración de la teoría del delito como integrada por las cuatro escalas mencionada permanece hasta nuestros días para muchos autores.

Efectivamente, el positivismo, en cuanto ideología para la cual el Derecho se reduce al Derecho Positivo vigente sin lugar para el reconocimiento de las nociones del Derecho Natural que son consideradas sólo preconceptos, dominó al Derecho Penal desde fines del siglo XIX e influyó notablemente en el desarrollo de la teoría del delito, la cual es concebida como una herramienta para brindar soluciones al juez al momento de conocer e interpretar la ley para resolver los casos.¹⁰¹

Se advierte también en esta etapa una cierta desvinculación entre la política criminal por cuanto la teoría de la pena estaba orientada a sus fines a la prevención especial y a la eficiencia de la misma, la teoría del delito sostenida estaba orientada al conocimiento de la ley, su aplicación segura y su configuración como límite al poder punitivo estatal. En tal sentido, Righi defiende a Litz sosteniendo que éste no intentó armonizar su teoría del delito con su teoría de la pena y, a diferencia de los positivistas italianos inclinados hacia el Derecho Penal de autor, procuró que la eficacia de la pena encontrara su límite en una teoría del delito que garantizara sus derechos.¹⁰²

Se ha definido la postura de Von Litz que sostiene a la prevención especial como finalidad de la pena con las siguientes expresiones: "*El Derecho Penal -asi Von Litz ya en el Programa de Marburgo- no tiene la misión de ejercer retribución, sino de prevenir otros hechos del condenado. Para este objetivo, la pena puede resultar fructífera en tres formas: como medio de intimidación, como medio de corrección de los delincuentes no intimidables por ella pero susceptibles de ser corregidos, y finalmente, como medio de aseguramiento de la comunidad frente a los incorregibles.*"¹⁰³

Se definía a la acción, en cuanto primer elemento de la teoría del delito, como todo movimiento corporal que causaba una modificación en el mundo exterior; al tipo como un concepto descriptivo que se limitaba a la evaluación de la adecuación de la acción a la

101 Ibidem, pag. 137.

102 Ibidem, pag. 138.

103 FRISCH, Wolfgang, "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal", en "Indret Revista para el Análisis del Derecho", www.indret.com, Barcelona, Julio 2007, pag.4.

descripción normativa y a la antijuridicidad como un juicio formal de contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico, resultando estos tres elementos eminentemente objetivos, sin inclusión alguna de ingredientes normativos y/o subjetivos. El cuarto elemento de la teoría del delito, la culpabilidad, era concebido como la relación psicológica existente entre el autor y su hecho, siendo sus factores de atribución el dolo y la culpa y recogiendo todos los elementos subjetivos de los que carecían la acción, el tipo y la antijuridicidad, más sin poder explicar suficientemente la ausencia de culpabilidad en los inimputables o de quienes obran en una situación de coacción y menos aún, fundamentar la conexión entre representación y producción del resultado en los delitos imprudentes.¹⁰⁴

Este modelo causalista, expresa Esteban Righi, no era compatible con una teoría retributiva de la pena según la cual debía medirse esta última con los parámetros de la magnitud del injusto y el grado de culpabilidad del autor, ya que como para el modelo clásico-causalista no había posibilidad de graduación en los elementos de la teoría del delito, esto es, se constataban o no en su existencia pero no admitían la posibilidad, la pena tampoco podía medirse o graduarse, por lo que la teoría de la medición de la pena era reducida a la teoría de sus fines, utilizándose por tanto los criterios ofrecidos por la teoría preventivo especial para la determinación de la pena, cuyo máximo exponente fuera Franz Von Litz en el Derecho alemán y Sebastián Soler en el Derecho argentino.¹⁰⁵

Alrededor de 1.930 aparece el neokantismo o sistema neo clásico, el que significó un modelo de transición entre el causalismo y el finalismo e introdujo, además cambios significativos más no radicales en el sistema clásico que implicaron la incorporación de elementos valorativos en el análisis de las categorías de la teoría del delito y la propuesta de un método teleológico, recibiendo mayor incidencia de la teoría retributiva de la pena y abandonando el sistema bipolar y su tajante distinción entre elementos externos e internos que defendiera el causalismo.

En tal sentido, si bien se conserva la visión cuatripartita de la teoría del delito, advirtieron los neokantianos en cada uno de sus elementos la referencia a fines o valores y sustituyeron el método descriptivo por el método de la comprensión y la valoración propio de las ciencias del espíritu. Así, en la acción pudieron esbozar las nociones de causalidad

104RIGHI, Op cit., pag. 142.

105 Ibidem, pag. 144.

jurídica, en el tipo penal hallaron no sólo elementos descriptivos sino también valorativos y subjetivos, ampliaron también el concepto de antijuridicidad formal a material requiriendo no sólo la constatación de contrariedad de la conducta con el ordenamiento jurídico sino además la existencia de un daño social de relevancia permitiendo la incorporación de causas supralegales de justificación, superaron el concepto causalista de culpabilidad al que definieron como un juicio de reproche y se preocuparon por las causales que podían restringir la libertad del sujeto y por su concreta capacidad de motivación conforme a las normas.¹⁰⁶

Esta corriente, representada entre otros por Frank -y por Jiménez de Asúa en nuestro Derecho-, se preocupa por ofrecer soluciones más justas a cada caso y se deja atravesar por los aportes de una teoría retributiva de la pena, toda vez que acepta la graduación tanto del injusto como de la culpabilidad entendida como reprochabilidad y por tanto, considera tanto a tales elementos mensurables como a la gravedad de la lesión al momento de la mensuración judicial de la pena.¹⁰⁷

A mediados del siglo XX, entre 1930 y la posguerra, surge en Alemania el finalismo a partir de la extensa obra de Hans Welzel, representado en nuestro país por Enrique Bacigalupo y Eugenio Raúl Zaffaroni.

El finalismo abandona el método lógico y formal del causalismo y adopta el método ontológico que reconoce la existencia de una “*realidad prejurídica*”¹⁰⁸ que comprende a las estructuras lógico-objetivas o constantes antropológicas para definir cada una de las categorías del delito como de un concepto de injusto personal, trasladando el dolo al tipo, distinguiendo entre disvalor de acción y disvalor de resultado y avalando una teoría retributiva de la pena en la que la culpabilidad no es sólo fundamento y presupuesto sino también medida de la pena.

Esta corriente también abandona la tajante división ya vista que desarrollara el causalismo entre elementos objetivos comprendidos en la acción, el tipo y la antijuridicidad, por un lado, y elementos subjetivos reservados a la culpabilidad, entendiendo que tanto elementos objetivos como subjetivos conviven en todas y cada una de las categorías del sistema de imputación.

106 Ibidem, pag. 146.

107 Ibidem, pag. 145.

108 WELZEL, citado en RIGHI, Op. cit., pag. 150.

Así, la acción comienza a ser definida como ejercicio de acción final al entender que como todos los hombres planifican su obrar dominan también la causalidad; el tipo deja de ser reconocido como meramente objetivo y avalorado para advertirse que en él se encuentran tanto elementos descriptivos como valorativos y además un tipo subjetivo representado por el dolo y la imprudencia, anticipando así en el tipo el análisis de estos elementos que habían sido relegado a la culpabilidad.

En el ámbito de la antijuridicidad se estudió tanto al disvalor de acción en cuanto ejecución socialmente relevante de una voluntad criminal y el disvalor de resultado en cuanto dañosidad social expresada a través de la lesión a un bien jurídico¹⁰⁹, abandonándose definitivamente en el ámbito de la culpabilidad el concepto psicológico defendido por el causalismo y se profundizó sobre la misma a partir de considerarla un juicio de reproche.

Al considerar que el Derecho Penal a través de la imposición de una pena tenía como misión la protección de aquellos bienes valiosos para una sociedad y al presuponer la existencia del libre albedrío del hombre, no sólo entendió el finalismo a la culpabilidad como un ejercicio inadecuado del mismo sino que también fue considerada como presupuesto, fundamento y medida de la pena, lo cual permite concluir sobre la plena compatibilidad entre la propuesta finalista y la teoría retributiva de la pena a la que claramente intenta revalorizar.¹¹⁰

A partir de 1.970 y ante las falencias detectadas en el anterior sistema en cuanto a que en su rígido sistema dogmático se soslayaban consideraciones de política criminal y ello podía acarrear soluciones injustas para los diferentes casos, aparece una nueva propuesta de unidad sistemática de teoría del delito y política criminal de la mano de Claus Roxín y su funcionalismo moderado en el que la vinculación entre los elementos de la teoría del delito y los fines político-criminales comienza a hacerse más estrecha con el fin de procurar soluciones dogmáticamente correctas que resulten compatibles con respuestas político-criminalmente adecuadas, todo lo cual se ve claramente reflejado a su vez en cada una de las categorías del sistema de imputación que se ven atravesadas por fines de política criminal y en la teoría de la unión que combina prevención especial y general positiva y negativa en los fines que le asigna a la pena estatal en sus diferentes etapas.

109 RIGHI, Op. cit., pag 151

110 Ibidem, pags, 152 y 153.

En tal sentido, define a la acción como una manifestación de la personalidad, construye la teoría del tipo penal en función de su vinculación al principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, rescatando su función de garantía en el Estado de Derecho y relacionándolo con los fines de la pena; entiende a las causas de justificación como un ámbito de solución de conflictos de intereses en base a un sistema de principios y trabaja profundamente sobre la categoría culpabilidad, respecto de la cual pretende superar su definición como posibilidad de actuar de otro modo incorporando e integrando así al merecimiento de pena las necesidades preventivo especiales y generales de pena.¹¹¹

En la culpabilidad analiza si el autor merece y necesita ser penado por la comisión del injusto en cuanto acción típica y antijurídica, y se considera a aquélla como reprochabilidad o asequibilidad normativa, la que a su vez forma parte de una categoría que es la responsabilidad y que incluye las ya mencionadas necesidades preventivo especiales y generales de pena.

Reinvidica Roxín las teorías relativas de la pena en cuanto pretende hallar soluciones justas que tornen compatibles las soluciones dogmáticas con los aportes de la política criminal, e intenta unir los fines preventivos de la pena ponderando distintas pautas pero que redundan en que la conminación penal está orientada a la prevención general, la sentencia de condena debe ponderar al determinar la pena esos fines con los de prevención especial y en la etapa ejecutiva de la pena cobra fundamental importancia la prevención especial positiva.¹¹²

En virtud de ello es que en esta corriente funcionalista teleológica en la determinación judicial de la pena, serán de aplicación las teorías relativas de la pena y sus distintas propuestas de prevención -general y especial positiva- según las necesidades a satisfacer en cada caso concreto.

Por su parte y como exponente del funcionalismo radical y de la prevención general positiva como finalidad de la pena, Günter Jakobs parte del siguiente interrogante: ¿a qué persona debe castigarse para lograr la estabilización de la norma? El injusto es la objetivación de una actitud incorrecta ante la norma, el fin de la pena es restablecer y mantener la confianza general en el ordenamiento jurídico y el concepto de culpabilidad es funcional: falta de fidelidad al Derecho. Así, Günther Jakobs se ha transformado en nuestros tiempos en el

111 Ibidem, pag. 160.

112 ROXIN, Claus, citado en RIGHI, Op. cit., pag. 51.

defensor más vehemente de la prevención general positiva como finalidad de la pena y del Derecho Penal, finalidad que además atraviesa cada categoría del sistema de imputación de modo tal que los conceptos tradicionales son redefinidos por este autor en función de dicha finalidad.

En virtud de ello, define a la acción como evitabilidad individual mientras que en la tipicidad sugiere la idea de disvalor de suceso en cuanto comprende el disvalor de una acción que produce un resultado como el disvalor de la objetivación de la intención,¹¹³ sosteniendo además que el dolo es sólo conocimiento y que existe un tipo subjetivo en los delitos imprudentes.¹¹⁴ En cuanto a la antijuridicidad, se define a las causas de justificación como conductas anómalas pero socialmente soportables en un determinado contexto social,¹¹⁵ mientras que la culpabilidad como se anticipara es considerada como la falta de fidelidad al Derecho.

La pena, como consecuencia del concepto de culpabilidad y de las demás categorías antes definidas, tendrá como misión la de restablecer la vigencia y la confianza en el ordenamiento jurídico que fueran conmovidas por el ilícito culpable, mirará al presente en cuanto debe considerar las necesidades generales de reafirmar la vigencia de las normas cuestionada y se orientará a estabilizar el orden social vigente. Por tanto, serán esas necesidades de prevención general positiva, y no otras, las que serán decisivas al momento de determinar la pena orientada a garantizar la identidad normativa de una sociedad.

Una vez expuestas las distintas teorías sobre los fines de la pena y establecidas determinadas relaciones entre aquéllas y los distintos sistemas de imputación, se intentará indagar si existe también relación entre las teorías mencionadas en primer término y los distintos sistemas de enjuiciamiento penal, partiendo de la idea según la cual el proceso penal es el método o camino que necesariamente debe transitarse para la realización del Derecho Penal, por cuanto constituye la herramienta indispensable que precede a la pena y en cuyo exclusivo marco se determina la existencia del ilícito, la consecuente reacción penal y el tiempo y modo en que esta última atravesará la vida de un individuo.

En consonancia con lo expuesto reconoce Righi la influencia que las distintas teorías

113 JAKOBS, Günther, citado en RIGHI, Op. cit., pag. 165.

114 JAKOBS, Günther, citado en RIGHI, Op. cit., pag. 168.

115 RIGHI, Op cit., pag. 169.

de la pena han tenido en los distintos sistemas de enjuiciamiento, al advertir que es posible establecer vinculación entre las teorías absolutas o retributivas de la pena en cuanto exigen que todo ilícito culpable debe ser penado y el principio de legalidad procesal en cuanto consagra la indisponibilidad de la acción penal, como también que tales teorías en cuanto orientan la pena a la realización de la justicia son compatibles también con la consideración de que la meta del proceso es la averiguación y determinación de la verdad en tanto y en cuanto una pena será justa si emerge como consecuencia de un ilícito que se consumó de manera real y efectiva.¹¹⁶

A partir de considerar que como garantía para el imputado y en función del interés social en la persecución e investigación de los delitos se ha reconocido que el Estado tiene límites temporales para tramitar un proceso penal e imponer una pena, la legislación de fondo ha impuesto plazos de prescripción de la acción penal y de la pena que obligan a los órganos estatales a encauzar su actividad persecutoria dentro de tales límites, a la vez que entendiendo también que una vez iniciado el proceso toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable, se ha advertido que resulta un tanto difícil compatibilizar tales premisas con las teorías retributivas de la pena en cuanto imponían al Estado el deber de castigar todos los delitos y sostenían que dicho deber es irrenunciable a pesar del transcurso del tiempo.

Las posturas que reivindican a la prevención general positiva, por su parte, parecen guardar mayor compatibilidad con el instituto de la prescripción, el derecho de toda persona imputada de un delito a ser juzgada en un plazo razonable y las limitaciones temporales al poder punitivo estatal, por cuanto si lo que se pretende a través de la imposición de una pena es restaurar la confianza general en el ordenamiento jurídico vulnerada con el ilícito, tal imposición debe ser próxima al suceso delictivo por cuanto sólo así podrá generar en la sociedad el efecto buscado y perdería su sentido si se dilata indefinidamente en el tiempo.¹¹⁷

Por su parte, afirma Rusconi que *“En última instancia, y más allá del debate de la pena, el desafío como juristas es presentar un escenario en el que el nullum crimen sine culpa siga teniendo algún sentido.”*¹¹⁸ A partir de tal afirmación, entiendo posible establecer una vinculación entre el sistema acusatorio que defiende también el principio de culpabilidad y las teorías retributivas de la pena en cuanto se

116 Ibidem, pag. 572.

117 Ibidem, pag. 584.

118 RUSCONI, Op. cit., pag. 164.

exige la culpabilidad como presupuesto y fundamento de la pena, todo lo cual debe ser tramitado en un proceso que permita la vigencia de los principios constitucionales, entre ellos, el de culpabilidad.

A partir del reconocimiento acerca de que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal son dos disciplinas que se complementan y que tienden a una misma finalidad social, surgen no obstante los siguientes interrogantes: “¿Quiere decir que fin del proceso penal y fin de la pena han de coincidir? ¿O que a determinada finalidad de la pena corresponde siempre un sistema específico de proceso penal?”¹¹⁹, habiéndose reseñado que si bien no puede exigirse una identificación plena entre ambos fines, sí al menos es posible hallar una convivencia no contradictoria entre ambos.¹²⁰

En tal sentido, se afirma que de acuerdo a la evolución histórica de los sistemas de enjuiciamiento es viable la utilización de un sistema acusatorio para la realización de un Derecho Penal que reconoce en la pena fines retributivos o de prevención general.¹²¹

En plena vigencia del modelo inquisitivo, en cambio, el principio de oficialidad pretendía satisfacer intereses públicos y aunque en la actualidad pueden reconocerse en las penas impuestas como corolario del proceso ciertos fines de prevención general negativa, dada la pretensión ejemplificadora de la ejecución pública de las penas, lo cierto es que no se advierte en la edad medieval una elaboración dogmática acerca de sus fines,¹²² sin perjuicio de la prevención especial negativa en cuanto perseguía la eliminación física del penado.

Otra cuestión que aparece reconocida está dada en que de alguna manera las soluciones aportadas por el Derecho Procesal Penal a partir del reconocimiento del principio de oportunidad que permite seleccionar en función de determinados criterios la investigación y juzgamiento de algunas y no todas las conductas delictivas, la participación de la víctima en el proceso penal al momento de optimizar una solución al conflicto denunciado y la racionalización de los recursos del Estado para la persecución penal, soluciones éstas que consagran los códigos procesales penales recientemente reformados como medios alternativos a la pena y que parecen contradecir los esfuerzos dogmáticos realizados para fundar la aplicación de esta última.¹²³

119 ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios sobre el proceso penal*, 1º edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fé, 2008, pag. 13.

120 Ibidem, pag. 13.

121 Ibidem, pag. 13.

122 Ibidem, pag. 17.

123 JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 1º edición, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé,

Tales soluciones aparecen en principio como contrarias a las tesis retribucionistas clásicas que ordenaban la penalización de todos los delitos, pero por otra parte, es posible encontrar coherencia con las mismas en la medida en que la pena se reserva como reacción de poder punitivo estatal para todas aquellas conductas delictivas que revisten una gravedad tal que resulten merecedoras de una consecuencia de proporcional gravedad y severidad como es la pena, esto es, aquellos conflictos que ponen en tela de juicio la vigencia de las normas que hacen a la identidad de una sociedad como tal y por tanto, requieren la pena para restablecer el orden vigente cuestionado por el delito, lo cual resulta compatible además con los sistemas funcionalistas que postulan la prevención general positiva como finalidad de la pena.

Considero oportuno destacar que respecto a la conceptualización y diferencias entre los términos inquisitivo y acusatorio, se ha investigado sobre los usos dados a los mismos, a saber: “...1) tipos ideales-descriptivos, 2) sistemas históricos o sociológicos que se encuentran presentes en procesos penales concretos pasados o contemporáneos, 3) intereses o valores contrapuestos que coexisten en todo proceso penal, 4) funciones del proceso penal y 5) modelos normativos.”¹²⁴ y se ha concluido que el Derecho Procesal Penal debe superar tales categorías sin confundir los sistemas mencionados con los principios y fines del proceso.¹²⁵

A modo de corolario de la presente, entiendo que si la consecuencia de afirmar la concurrencia de un ilícito penal es la aplicación de una pena y ésta reviste una connotación tan grave y aflictiva para el individuo, deben extremarse los recaudos para que tanto su finalidad, como el tipo de proceso a través del cual se determina su imposición y, finalmente, su determinación en calidad y cantidad de tiempo, todo ello debe resultar ajustado no sólo a las particularidades tanto del caso como de la persona sino, además, firmemente fundado en pautas legales acordes a los mandatos constitucionales.

2012, pag. 19.

124 LANGER, Máximo, *La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo*, en “Revista de Derecho Público N.º 32”, Enero – Junio 2014, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, pag. 4.

125 Ibidem, pag. 26.

CAPITULO III: PENA Y CONSTITUCION NACIONAL

III.- 1.- Relación entre la pena y los principios constitucionales de legalidad e igualdad.-

A través de las consideraciones expuestas en los capítulos anteriores se ha ido reforzando la idea de que la pena es un acto de poder y de violencia estatal de carácter excepcional que se impone como consecuencia de la existencia de un ilícito grave y que, esencialmente, constituye una aflicción o afectación proporcionalmente grave para la libertad de un ser humano, a la que se le han reconocido durante su evolución distintas finalidades de prevención general y especial, a su vez positiva y negativa, sin perjuicio de las posturas que defienden la idea según la cual la pena es sólo una justa retribución.

Estas ideas parecen guardar coherencia con los postulados del Estado de Derecho, pero aún no colman todas las expectativas impuestas por los principios que lo sustentan, por cuanto existe un amplio margen de indeterminación en lo que refiere a la medición y determinación individual de cada pena en cada caso en particular que, justamente por sus graves consecuencias y por la necesidad de justificar toda decisión estatal en el marco del Estado de Derecho, requiere la realización de ajustes tendientes a posibilitar que toda determinación cuantitativa y cualitativa de la respuesta punitiva estatal se funde en pautas legales de mayor precisión y congruencia con los mandatos constitucionales.

Entiendo oportuno aclarar que al referirme en el presente a “mandatos constitucionales” o “normativa constitucional” intento nombrar a aquéllos que emanan tanto de la Constitución Nacional Argentina como de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En virtud de ello es que he advertido útil y necesario interpretar las actuales pautas de determinación judicial de la pena y/o reformular las mismas para una futura y posible reforma legislativa de modo tal que resulten compatibles con la normativa constitucional y, como parte de tal propósito, nos acerquen a una efectiva aplicación de los principios constitucionales de legalidad y de igualdad.

Las actuales pautas de determinación judicial de la pena se encuentran legalmente

establecidas, tanto en los preceptos de la parte especial del Código Penal que establecen los máximos y mínimos de las respectivas escalas penales para cada delito en particular, como en las pautas genéricas que brindan los arts. 26, 40, 41, 41 bis, 41 ter, 41 quater, 41 quinquies y demás artículos de la parte general que legislan sobre la pena de prisión, no obstante lo cual el juez en su sentencia individualiza la pena que considera justa y/o útil para el caso concreto, recibiendo esa pena los ajustes que surgen como necesarios durante su ejecución, tanto de parte de la autoridad judicial como administrativa.

De acuerdo a ello es que los tres poderes del Estado de Derecho se encuentran involucrados en la determinación de la pena, más es el poder judicial el que cuenta con un mayor margen de discrecionalidad y libertad al momento de tomar una decisión tan trascendental, cuyos límites aparecen dados por los mínimos y máximos de la escala penal aplicable y las pautas legales anteriormente mencionadas.

Se ha advertido que el Código Penal Argentino adopta, en consonancia con la doctrina dominante alemana, la teoría del espacio de juego en virtud de la cual el juez debe escoger conforme criterios de prevención la pena adecuada entre las que resultan “ya” y “aún” adecuada a la culpabilidad, desechando la teoría de la pena puntual que si bien garantiza una cierta seguridad jurídica toma distancia de la noción de justicia para el caso particular y la teoría del valor relativo o posicional en virtud de la cual se valoran cada uno de los fines de la pena según la etapa del proceso de determinación de la misma.¹²⁶

Se advierte que la situación así descripta resulta preocupante desde la perspectiva constitucional toda vez que dista de las exigencias del principio de legalidad por cuanto los marcos penales establecidos para cada tipo penal de la parte especial son amplios, flexibles y dejan librado al criterio de cada juzgador la elección de la pena justa y adecuada para cada situación sin mayores lineamientos, lo cual también torna dificultosa la armonización de tal situación con el principio de igualdad ante la ley también consagrado en nuestra Constitución Nacional.

Por tanto, resulta necesario acercar los lineamientos y pautas para la determinación judicial e individual de toda pena a los mencionados principios constitucionales de legalidad e

126 SCHÜNEMAMM, Bernd (compilador), “El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales”, en “Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario”, traducido por Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, España, 1991, pags. 172/173.

igualdad.

En tal sentido, resulta conveniente precisar que el principio de dignidad de la persona humana tiene su proyección en el Derecho Penal y sustenta el contenido de garantías sustanciales y fundamentales que aparecen consagradas en nuestra Constitución Nacional y en las convenciones de derechos humanos con rango constitucional, tales como son los principios de legalidad, culpabilidad e igualdad ante la ley.

A modo introductorio y sin pretensiones de exhaustividad, es posible resumir el principio de legalidad en dos postulados insoslayables: “*nullum crimen sine lege*” -no hay delito sin ley- y “*nulla poena sine lege*” -no hay pena sin ley-, exigiendo ambos postulados la existencia de una “*lex praevia, scripta, stricta y certa*” que describa certera, acabada y previamente la conducta delictiva y su consecuencia jurídica para legitimar su sanción por parte del Estado.

El principio de legalidad aparece consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina -“*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”-, como también en el articulado de las distintas convenciones internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional asignada por el art. 75 inc. 22 de la Const. Nac., tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 11, 2)-, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Art. 15-, la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Art. 9-, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -Art. 25-, entre otras.

A su vez, se encuentra robustecido por el Art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni puede ser privado de lo que ella no prohíbe.

No obstante ello, el profesor Juan Pablo Montiel advierte que el principio de legalidad no sólo aparece consagrado en la parte dogmática de la Constitución Nacional sino que también debe extraerse de su parte orgánica, por cuando es en esta última dónde se encuentran los límites a las funciones de cada uno de los poderes del Estado, de modo tal que al legislador le es asignada exclusivamente la función de crear la ley y al juez le corresponde la interpretación, integración y aplicación de la misma, estándole vedada la actividad de creación normativa. En virtud de ello entiende al principio de legalidad como una garantía

jurídico-penal tendiente a asegurar la división de funciones entre los poderes del Estado, deduciéndolo así de la parte orgánica de nuestra ley fundamental.¹²⁷

Asimismo, el art. 1° de la Constitución Nacional, al establecer que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, opta por un sistema de gobierno en el que se encuentran claramente diferenciadas tanto las funciones de legislar, ejecutar y administrar justicia como su asignación a órganos independientes entre sí que las ejercerán de manera principal, y tal opción impacta también en todo lo concerniente a la determinación y aplicación de la pena estatal por cuanto en tal actividad se encuentran comprometidos los tres poderes del Estado con funciones especialmente asignadas a cada uno y con límites precisos en tal sentido para cada uno de los organismos que representan a los tres poderes estatales.

Por su parte, los Arts. 29, 31 y 33 de la Constitución Nacional también refuerzan la independencia de los poderes del Estado, la supremacía de las normas constitucionales y de las dictadas en su marco, como también los demás derechos y garantías no enumerados expresamente pero compatibles con los principios de la forma republicana de gobierno, sin perjuicio de que además toda la normativa constitucional que integra su parte orgánica y que atribuye las distintas funciones a cada uno de los poderes del Estado también refuerzan la división e independencia de funciones y la defensa del principio de legalidad, lo que también impacta en lo referente a la determinación y aplicación de las penas.

Por ello es que en lo referido a la determinación de la pena, el legislador es quien establece para cada delito los límites máximos y mínimos de la pena de prisión en función del mandato de determinación ordenado por el principio de legalidad, mientras que el juez será quien respetando dichos márgenes determinará la pena concreta con arreglo también a pautas legales y constitucionales en su sentencia de condena y controlará su ejecución, mientras que el sistema penitenciario dependiente del Poder Ejecutivo será quien reciba al condenado para el cumplimiento de la pena impuesta y determinada de la manera referida, y en tal sentido, el artículo primero de nuestra ley fundamental marca esta clara diferenciación de funciones que implica esencialmente la prohibición de desempeñar funciones no asignadas bajo sanción de considerar violentado también el aludido principio constitucional de legalidad.

127 MONTIEL, Juan Pablo, “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, en “InDret Revista para el análisis del Derecho”, www.indret.com, Barcelona, 2017, pag. 6.

El reconocimiento constitucional del principio de legalidad es reforzado por la recepción jurisprudencial y por el rescate que de su valor ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “*La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales....*” (CIDH, 30-5-99, “*Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*”).¹²⁸

El principio de legalidad exige que la ley debe reunir los requisitos de ser previa, escrita, estricta y cierta, tanto en lo que refiere a la descripción del ilícito penal como de la sanción pertinente.

En primer término, conviene recordar que el principio de legalidad constituye una conquista para la humanidad y su vigencia resulta indiscutible en los estados democráticos. Desde la Antigüedad, Aristóteles afirmaba la conveniencia de que la ley, en lo posible, determine con la mayor precisión los supuestos a los que se refiere, dejando poco a la consideración de quienes juzgan, porque es más fácil encontrar a pocos que sepan legislar antes que juzgar, ya que quien legisla posee mayor tiempo para deliberar y su juicio se refiere a lo futuro, universal y mediato, a diferencia del juez cuya actividad recae sobre lo pasado, concreto e inmediato.

Desde Cicerón es aceptada la irretroactividad de la ley penal, toda vez que nadie puede regirse por una ley que aún no conoce por que no existe ni puede infringirla culpablemente. Hasta la Edad Moderna se interpretó este principio de legalidad como prohibición de retroactividad respecto de la norma de conducta pero no respecto de la consecuencia penal, siendo a partir de la Ilustración que cobra fuerza su reinterpretación a los fines de limitar el poder estatal al momento de imponer penas, de modo tal que la prohibición de retroactividad comenzó a abarcar también a la pena como sanción y no tan sólo a la norma de conducta.¹²⁹

A los fines de hacer prevalecer la función de garantía de la ley penal, los teóricos de la Ilustración como Locke y Montesquieu intentaron sujetar todo el poder estatal a la ley,

128 DONNA, Edgardo Alberto, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, 2da edición ampliada y actualizada, Tomo I, Rubizal Culzoni Editores, Santa Fé, 2012, pag. 28.

129 STRATENWERTH, Op. cit., pag. 82.

considerando que los jueces eran sólo la boca de la ley en cuanto debían limitarse a su aplicación y atenerse a su interpretación literal, sin posibilidad de realizar otro tipo de interpretación y menos aún, de integración o de creación del Derecho. En esta etapa es incorporado el principio de legalidad a la Constitución de algunos Estados de los Estados Unidos y luego, en 1.789, es consagrado por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.¹³⁰

Feuerbach fue quien vinculó el principio de legalidad con los fines que reconocía en la pena, esto es, con la prevención general negativa, al considerar que sólo una pena prevista con anterioridad para un hecho delictivo podía intimidar a los destinatarios de la ley y así, cumplir la función de prevenir conductas delictivas.¹³¹

El principio de legalidad constituye un instrumento irrenunciable para las personas como garantía según la cual no podrán ser sancionados penalmente en forma arbitraria, si no tan sólo en caso de que exista al momento de comisión del hecho, una ley que describa con la mayor certeza posible cual es la acción u omisión susceptible de desatar la actividad punitiva del Estado y que a su vez, determine con claridad cual ha de ser la sanción aplicable como consecuencia.

Tal como se anticipara, a los fines de que el principio de legalidad sea operativo, la ley que describe el hecho penalmente típico y establece la sanción penal debe ser previa, esto es, vigente al momento de comisión del hecho incriminado, impidiéndose así la aplicación retroactiva de la ley penal relativa a delitos, penas y medidas de seguridad, salvo que su aplicación resulte más benigna al imputado. Debe además ser escrita, lo cual excluye a la costumbre, doctrina y jurisprudencia como fuentes del Derecho de las Penas; como también debe ser estricta, esto es, con prohibición de la utilización de la analogía y debe ser cierta, esto es, debe cumplir con el denominado “mandato de determinación” y por tanto, describir y definir con claridad el ámbito de lo prohibido e indicar con la mayor determinación posible en qué consisten tanto el ilícito como su sanción penal.¹³²

En virtud del principio de legalidad y su exigencia de “ley estricta”, la ley penal debe determinar con exactitud y claridad en qué consiste tanto la imputación delictiva como su

130 Ibidem, pag. 83.

131 Ibidem, pag. 83

132 RIQUERT y JIMENEZ, Op. cit., pag. 70.

consecuencia: “...en este nivel se habla de una *lex stricta*, por cuanto desenvuelve de manera taxativa qué comportamiento prevé el legislador como extremo de imputación de una sanción y, respecto de esta última, su clara determinación. En este ámbito quedó en claro que se prohíbe la analogía, tanto para la previsión del hecho punible cuanto de la sanción aplicable...”¹³³

Así también, resulta oportuno reconocer que el principio de legalidad no se encuentra aislado como tal sino que se le reconoce estrecha vinculación con otros principios constitucionales, tal como sucede con el principio de culpabilidad con el cual se ha advertido cierta complementariedad: “...la relación entre principio de legalidad y principio de culpabilidad, puede en verdad servirnos mucho más que lo que parece apreciarse: todo lo que garantiza la esfera protectora del principio de legalidad, debe estar incluido en la garantía subjetiva del principio de culpabilidad. De este modo, al ser bastante claro que las consecuencias punitivas y todas sus exigencias forman parte de aquello a lo que se refiere el principio de legalidad (en particular en lo que respecta al mandato de *lex praevia*), entonces los defectos que surgen cognitivos pero influyen en el proceso de motivación deben ser protegidos por propio imperio del principio de culpabilidad.”¹³⁴

Tal como se advirtiera precedentemente, la existencia de escalas penales en nuestro Código Penal cuyos máximos y mínimos establecidos para la pena de prisión en cada uno de los delitos dejan un gran margen de decisión al juez que debe escoger, a modo de ejemplo, en el caso del delito de homicidio entre una pena de prisión mínima de ocho años y una máxima de veinticinco años, resulta de dudosa compatibilidad con las exigencias del principio de legalidad en cuanto a que la sanción penal al igual que el ilícito deben encontrarse precisamente determinadas por cuanto así lo exige el mencionado “mandato de determinación” que exige la mayor precisión posible respecto de cual será la respuesta punitiva en caso de comisión del delito.

El Art. 44 del Código Penal Argentino también deja al juez en casos de tentativa de delitos un gran margen de indeterminación para la individualización de la pena en el caso concreto, como también sucede en el caso de concursos de delitos.

Esta situación no es patrimonio exclusivo de nuestra legislación nacional sino que además se presenta en el resto de los ordenamientos en los que se adopta la aludida teoría del “espacio de juego”, o también denominada “teoría del margen de libertad”, a la que Claus Roxín entiende como más correcta frente a la teoría de la pena puntual, por cuanto sostiene que sólo debe existir un marco dentro del cual debe oscilar la pena percibida como adecuada

133 YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2002, pags. 275/276.

134 RUSCONI, Op. cit., pag. 211.

tanto por el penado como por la comunidad y que ese margen sólo puede completarse con argumentos preventivo-especiales. 135

Así, en el Derecho Alemán también se advierte que es posible reconocer un cierto exceso en la indeterminación de la sanción penal: *“En este sentido, desde la perspectiva del Estado de Derecho, es inadmisibles que la ley, como ocurre en el 83a (desistimiento de la alta traición), deje a elección del juez toda la escala, desde la pena privativa de libertad perpetua hasta la absoluta impunidad. También se vulnera la prohibición de sanciones indeterminadas cuando, si bien está determinada la naturaleza de la pena, su medida se establece mediante un marco extremadamente amplio, así sucede en el caso de la pena privativa de libertad cuando, como ocurre en el homicidio doloso (212,213), puede variar entre seis meses y la pena privativa de libertad perpetua, o en el de la pena de multa, que puede variar desde 10 DM hasta 3,6 o bien, en caso de pluralidad de hechos, incluso hasta 7,2 millones de DM.”* ¹³⁶

El principio de legalidad se encuentra en materia de determinación de la pena estrechamente ligado también con el principio de igualdad, por lo que una mayor indeterminación en dicha materia afecta a ambos principios.

Resulta oportuno aclarar que el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el Art. 16 de nuestra Constitución Nacional -*“Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”*-, si bien en el contexto histórico vigente en 1853 enmarcado en el constitucionalismo clásico o liberal fue básicamente concebido como una derogación de la esclavitud y de las discriminaciones nobiliarias de la época, luego es reinterpretado a la luz del constitucionalismo social vigente al momento de sus reformas de 1949 y 1957 en el que el Estado interviene activamente a los fines de remover los obstáculos estructurales de carácter económico, social y cultural que impedían una igualdad ante la ley efectiva, siendo ampliado aún más a partir de la reforma constitucional de 1994 a través de la cual se intentan remover las discriminaciones en materia de representación política femenina, como en razón de la etnia, territorial, educativa y asistencial -Arts. 37 y 75 incs. 17, 19 y 23 de la Constitución Nacional-. ¹³⁷

No obstante ello, actualmente ha sido interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación esencialmente como la exigencia constitucional de que deben recibir un mismo trato aquellos sujetos que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, la prohibición de diferenciaciones arbitrarias entre las personas. (CSJN, Fallos 200:424,

135 ROXIN, Claus; *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducida por Francisco Muñoz Conde, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1981, pag. 184.

136 STRATENWERTH, Op. cit., pag. 90.

137 ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 1a edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fé, 2010, pags. 168, 169 y 170.

115:111,

138:313,

162:414,

198:112).¹³⁸

En tal sentido, se sostiene también que el principio de igualdad no sólo resulta operativo ante la ley, sino también ante la administración pública, la jurisdicción y los particulares, comprendiendo también la igualdad ante la justicia, no sólo en el ámbito institucional o de acceso a la justicia y al juez natural, sino en el ámbito sustancial en cuanto igualdad de trato en las decisiones judiciales a quienes se encuentren en iguales condiciones.¹³⁹

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo quinto crea el compromiso para los Estados signatarios de prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, consagrando especialmente derechos dentro de los cuales se reconoce el “...a) *derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia...*”, quedando así vedada la posibilidad de un trato discriminatorio de las personas, tanto a nivel legislativo, ejecutivo como judicial, fundado en cuestiones raciales, lo cual entiendo aplicable a todo lo atinente a la aplicación y determinación de la pena estatal.

En igual sentido, es posible rescatar de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer normas como los artículos 1, 2 y 3 en cuanto prohíben cualquier acto de discriminación que perjudique a la mujer en razón de su sexo y a garantizar al goce de sus derechos humanos y libertades en igualdad de condiciones con el hombre, comprometiendo a los poderes estatales a garantizar tanto la igualdad de trato como la prohibición de cualquier trato discriminatorio tanto en el ámbito legislativo como ejecutivo y judicial, lo cual resulta aplicable también a la determinación y aplicación de la pena en cuanto en dicha tarea no podrán realizarse discriminaciones arbitrarias en función del sexo como tampoco podrán realizarse en función de la raza o el origen étnico, en consonancia con lo dispuesto en la convención mencionada anteriormente.

En virtud de ello es que, analizados los principios de legalidad e igualdad de consagración constitucional, se habilita una toma de conciencia acerca de que por un lado los marcos legales no pueden excederse ni en su máximo ni en su mínimo, a pesar de la opinión

138 Ibidem, pag. 167.

139 Ibidem, pag. 186.

de Clauis Roxín según la cual es posible la perforación de la escala legal mínima cuando ello implique un serio riesgo de desocialización para el condenado¹⁴⁰, como también que debe procurarse una mayor precisión legal en la determinación judicial de las penas que proteja a los individuos de toda arbitrariedad y desigualdad, a la vez que le proporcione un mayor grado de seguridad jurídica y trato igualitario.

En otras palabras, los principios constitucionales de legalidad e igualdad imponen por un lado el deber del juez de respetar los marcos penales establecidos por el legislador y a este último a hacer efectivo el mandato de determinación en lo que refiere a las pautas legales que permitan al juez cuantificar e individualizar la sanción penal, como también obligan al juez a interpretar las pautas legales vigentes a la luz de los preceptos constitucionales y a dar fundadas razones que permitan vincular tales pautas con las particularidades del caso concreto.

140 ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, pag. 184.

III.- 2.- Búsqueda de concepto y fines de pena en la normativa constitucional.-

En virtud de lo expuesto en la sección precedente y en pos de hallar pautas de determinación de la pena que permitan un acercamiento a los mandatos constitucionales y a los principios de legalidad, culpabilidad e igualdad antes mencionados, resulta trascendente determinar si a la luz de nuestra Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional habilitados en su Art. 75 inc. 22 que conforman el denominado “bloque constitucional”, es posible extraer de dicha normativa constitucional un concepto o definición de pena como también si resulta posible el reconocimiento en la misma de determinado/s fin/es a la pena estatal o si sólo es aceptable hallar límites a su imposición.

La tarea de desentrañar y/o construir una noción de pena a partir del texto constitucional es una tarea al menos “*ardua*”.¹⁴¹

A partir de la reforma constitucional de 1994 el Estado Argentino ha asumido como una de sus obligaciones fundamentales el velar constante por el respeto hacia los derechos humanos en una clara puesta al servicio del ser humano.¹⁴²

En virtud de ello he de aclarar que el análisis no sólo se hará efectivo sobre el texto de la Constitución Nacional Argentina sino además abarcará la normativa que emana de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, lo cual implica detenerse también en la interpretación que de los mismos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias, sin perjuicio de que el análisis de otros instrumentos internacionales de derechos humanos como Recomendaciones de los organismos internacionales u Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos excede el marco del presente trabajo de investigación.

A los fines de procurar el hallazgo de un concepto de pena en la normativa constitucional, tal como se anticipara y sin perjuicio de lo expuesto en la sección precedente al tratar los principios constitucionales de legalidad e igualdad, advierto en primer término que si bien existe en el art. 17 de la Constitución Nacional alguna referencia a la pena en cuanto establece que sólo podrá privarse a alguien de un bien de su propiedad o exigirle algún

141 RIQUERT y JIMENEZ, Op. cit., pag. 222.

142 Ibidem, pag. 126.

servicio personal a través de sentencia fundada en ley, lo cierto es que el art. 18 de nuestra Constitución Nacional es señalado como la norma que por excelencia refiere a la pena privativa de la libertad de manera expresa: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo.... Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.*”

Por su parte, los artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto consagran los principios de igualdad jurídica, de reserva y de lesividad también impactan a modo de límite en el concepto que pudiere elaborarse de la pena.

Asimismo, el art. 43 de nuestra Carta Magna, al reconocer expresamente la acción de “*habeas corpus*” y establecer que también resulta una vía idónea para denunciar y remediar el agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención, impacta sobre la definición de la pena privativa de la libertad por cuanto constituye una garantía constitucional destinada a reforzar la dignidad de quien se encuentra privado de la libertad.¹⁴³

El principio de la inviolabilidad de la persona humana se proyecta en el ámbito del Derecho Penal al prohibir la tortura, establecer la función de las cárceles, vedar la pena de muerte por causas políticas y la venganza “*...confundidas hasta 1853 con la sanción penal (entendida como “castigo”).*”¹⁴⁴

En cuanto a las disposiciones referidas a la pena expresamente contempladas en el texto de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, se ha advertido que existen directivas de núcleo o mandatos inmediatos, dentro de los cuales se menciona a los artículos 1, 3, 5, 7, 9, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que consagran especialmente la libertad e igualdad de los seres humanos, sus derechos a la vida, la igualdad y la libertad, la prohibición de ser sometidos a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de ser privados de su libertad arbitrariamente y los derechos a la igualdad, el acceso a la jurisdicción y a un juicio previo,

143 Ibidem, pag. 195.

144 ROSATTI, Op. cit., pag. 47.

con la clara recepción del principio de legalidad.¹⁴⁵

En concordancia con dicha normativa, encontramos los artículos 1, 2, 25 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que consagran en el caso del artículo primero el derecho de todo ser humano a la vida, la libertad y la seguridad de su persona, en condiciones de igualdad con los demás -art. 2º-, mientras que el artículo 25 consagra el principio de legalidad y el derecho de toda persona a “*un tratamiento humano durante la privación de su libertad*”, y por su parte, el artículo 26 reconoce el derecho de toda persona “*a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas*”.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica contiene claras disposiciones respecto de la pena estatal: su artículo 4 refiere sobre la prohibición de la pena de muerte en una clara toma de posición con respecto a su abolición salvo para los Estados en que se encontraba vigente y con limitaciones determinadas, mientras que su artículo 5º al reconocer el derecho a la integridad física de las personas reconoce expresamente el derecho de todo ser humano a no ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y a ser tratado con el respeto a la dignidad inherente al ser humano, aclarando también que la pena no puede trascender la persona del penado, que la separación de los procesados con respecto a los condenados y que el tratamiento especial para menores para culminar en su apartado 6 reconociendo que “*las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial, la reforma y readaptación de los condenados*”.

El artículo 6 de este instrumento internacional establece que nadie puede ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio, aclarando que en el caso de los Estados que incluyan tales trabajos como parte de la pena privativa de la libertad no podrán afectar la dignidad ni la capacidad física e intelectual del recluso, mientras que el artículo 7 consagra al igual que los tratados antes mencionados el derecho de todo ser humano a la libertad y a la seguridad personales, la prohibición del encarcelamiento arbitrario y por deudas y el reconocimiento de las garantías del debido proceso en su artículo octavo como también el principio de legalidad en su artículo noveno.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, establece en su

145 RIQUERT y JIMENEZ, Op. cit., pag. 209/210.

artículo sexto la prohibición de la pena de muerte salvo para los Estados que no la hayan abolido y con determinadas limitaciones, mientras que en su artículo séptimo establece la prohibición de someter a una persona a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes ni a experimentos médicos sin su consentimiento. Su artículo 8 prohíbe la ejecución de trabajos forzosos u obligatorios mientras que el artículo noveno prohíbe la privación ilegal de la libertad y consagra las garantías del debido proceso, mientras que el artículo 11 prohíbe el encarcelamiento por el solo incumplimiento de una obligación contractual y el artículo 15 consagra el principio de legalidad.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en su artículo 16 reivindica y refuerza el compromiso de todo Estado a prohibir todo acto que constituya trato o pena cruel, inhumano o degradante que no lleguen a ser considerados torturas en los términos en que la define el artículo primero y que sean ejercidos por funcionarios representantes del poder público, en consonancia con todo el articulado destinado a la prohibición de actos de tales características y al deber estatal de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales tendientes a impedir los mismos.

El concepto de pena que recepta nuestra Constitución Nacional y los tratados de mención, entiendo, no difiere del concepto general al que se arribara como conclusión en el capítulo uno, toda vez que desde el momento en que tanto el Constituyente tanto en la redacción originaria de la Constitución Nacional como en su última reforma del año 1994 ha entendido necesario establecer límites claros y precisos a la noción de pena, ha sido porque la concibe como un acto de poder que sólo puede determinar y aplicar el Estado a través de sus órganos constituidos conforme la normativa constitucional, indicando de algún modo que si se trata de un acto de violencia ello constituye una excepción en un Estado de Derecho y por tanto deben establecerse límites y fundamentos a su imposición.

Así, la normativa constitucional antes explicitada no da una definición expresa de qué debemos entender por pena, más allá de que es posible deducir que se trata de la pena privativa de libertad, pero sí en cambio brinda directivas claras y precisas con respecto a qué no debe ser la pena, estableciendo límites y prohibiciones que permiten delimitarla y de los que es posible aceptar que el concepto de pena se encuentra atravesado por un claro mandato de humanización y respeto hacia la dignidad humana.

En cuanto a la búsqueda del reconocimiento de fin/es de la pena desde la perspectiva constitucional, reviven aquí las diferencias entre las posturas retribucionistas y utilitaristas de la pena, respecto de las cuales se ha señalado también que las mismas son de carácter metodológico, indicándose que mientras las primeras intentan obtener el significado o definición del castigo a través de una tesis lógica, las utilitaristas intentan la búsqueda de una justificación mediante una tesis ética, de modo tal que estas últimas sostienen que el castigo como institución se justifica por sus consecuencias o finalidades valiosas como la prevención en sus distintas modalidades a la vez que las tesis retribucionistas consideran al castigo como la aplicación de una sanción prevista en una norma a un acto que así lo amerita.¹⁴⁶

Se ha señalado a los fines de responder al interrogante acerca de que si nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con igual jerarquía han realizado algún tipo de opción respecto de las teorías antes señaladas, que “*las teorías de la pena no se eligen*”, parafraseando a Hassemer, sino que las mismas se sitúan en un determinado esquema cultural, esto es, en un ámbito de creación humana que puede ser modificado durante el transcurso del tiempo.¹⁴⁷

Tal como se señalara precedentemente, los nuevos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional reafirman la decisión del Constituyente de 1853 en cuanto a la prohibición de la pena de muerte, eliminando de tal modo toda posibilidad de adopción de una teoría de prevención especial negativa que persiga la eliminación del penado; ello -entendiendo- debería coadyuvar a concluir que nuestra normativa constitucional no sostiene aquellas penas que al igual que la pena de muerte, expresa y reiteradamente prohibida, impliquen la desaparición definitiva del penado como la prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional, la reclusión por tiempo indeterminado que en la práctica se torne una pena perpetua y todas aquellas sanciones penales que de algún modo compartan características esenciales con la pena de muerte o con toda pena inhumana o degradante.

El art. 5, apartado 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos -“*las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial, la reforma y readaptación de los condenados*”- que integra el bloque constitucional ha sido señalado por muchos autores como la norma que realiza una clara opción por la prevención especial positiva del penado en

146 RABOSSA, Eduardo A., citado en RIQUERT y JIMENEZ, Op. cit., pag. 224.

147 HASSEMER, Winfried, citado en RIQUERT y JIMENEZ, Op. cit., pag. 340.

cuanto debe estar orientada a su resocialización para evitar la reincidencia, sosteniendo un sector de la doctrina que con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 se carecía de una norma de jerarquía constitucional que estableciera los fines de la pena estatal.¹⁴⁸

*“Podía sí inferirse del art. 18 de la C.N. en cuanto al señalar que las cárceles “...serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...”, como lo hacía Zaffaroni (y antes, por ejemplo, Peco o Jiménez de Asúa) refiriendo que la función de las penas es de seguridad -tranquilidad pública-, y no castigo o expiación. Es decir que para una corriente de la doctrina, tal norma constitucional proscribía expresamente a la retribución. Así afirmaba el autor que el término “seguridad” no sólo no es incompatible ni excluyente de la resocialización, sino que ésta es el medio para proveer a la seguridad.”*¹⁴⁹

En tal sentido, el artículo primero de la ley 24.660 -ley de ejecución de la pena privativa de libertad- establece que: *“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”*. Se ha señalado que esta norma consagra el denominado “ideal resocializador”, que ello es un imperativo de la Constitución Nacional reformada en 1994 pero que sólo se refiere a la finalidad de la ejecución de la pena, no así a los fines de la pena en sí misma, y que las obligaciones asumidas por el Estado a través de los instrumentos internacionales antes mencionados consisten en brindar al penado durante la ejecución de la pena privativa de la libertad condiciones para su desarrollo personal que favorezca su reincersión en la sociedad al momento de recobrar la libertad.¹⁵⁰

El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de toda persona privada de su libertad de ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente a su humanidad, obligando a la separación de procesados y condenados en los lugares de ejecución de la pena y al tratamiento especial para menores y concluyendo en su apartado 10 que *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”*.

Eugenio R. Zaffaroni refiere sobre la aparente dicotomía entre el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”*-

148 RIQUERT y JIMENEZ, Op. cit., pag. 345.

149 Ibidem, pag. 346.

150 SALT, Marcos G., citado en RIQUERT y JIMENEZ, Op. cit., pags. 352/353).

y el art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos -"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"-, entendiéndose que el primer instrumento si bien fija un objetivo para la ejecución de la pena no escoge una teoría de la pena determinada y es de rango universal, mientras que el segundo instrumento parece inclinarse por la teoría de la pena preventivo-especial y es de carácter regional, optando por dar prevalencia al primero de los instrumentos mencionados.¹⁵¹

Se señala, también, que los términos "readaptación", "reforma" y "resocialización" provienen de un marco ideológico que la realidad ha desvirtuado en cuanto a que basta observar las estadísticas, los altos índices de reincidencia y los estados de las prisiones para concluir que la pena privativa de la libertad no cumple en lo fáctico ninguna de dichas finalidades, lo cual también tiene relación con la selectividad del sistema penal y la mayor vulnerabilidad de los seleccionados por el sistema, esto es, los penados, por lo que a los fines de lograr una mayor compatibilidad con las directivas emanadas de los tratados internacionales de derechos humanos, debe procurarse que el trato hacia el penado sea lo más humanitario posible en cuanto a condiciones de higiene, seguridad, etc., que sea lo menos deteriorante posible y que le ayude a abandonar el rol que lo llevó a ser seleccionado por el sistema penal.¹⁵²

Otros autores sostienen que entre las normas antes aludidas, esto es, entre el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos no existe dicotomía o contraposición alguna sino que resulta posible una interpretación armoniosa, toda vez que la primera de ellas refiere a la finalidad de la ejecución penitenciaria y la segunda al fin de las penas en sí mismas, por lo que se estima que se ha optado por concluir que ambos instrumentos con jerarquía constitucional reconocen a la pena una finalidad de prevención especial positiva.¹⁵³

Otros autores, como Esther Gómez Salinas resume las críticas a la ideología de la resocialización en las siguientes: la presunción de que existe una sola sociedad con determinados valores, la imposición de los mismos y el lugar físico entre muros desde el cual

151 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, citado en RIQUERT y JIMENEZ, pag. 364.

152 Ibidem, pag. 366.

153 RIQUERT y JIMENEZ, Op. cit., pag. 368.

se pretende preparar a las personas para el retorno a una vida en sociedad sin delitos. Por tal motivo, explica que en países del norte de Europa se sustituye el término “*resocialización*” por el de “*normalización de las prisiones*” en un intento de volver la vida en prisión lo más similar posible a la vida en libertad para darle una mayor preparación al penado.¹⁵⁴

Se ha concluido también que la propuesta roxiniana, en cuanto intenta respetar aquellas sanciones que importen una mínima afectación a la autonomía individual y la no exclusión del individuo del tráfico social, parece dirimir las antinomias sobre los fines de la pena y su postura integradora de los mismos parece resultar la más compatible con nuestra Constitución Nacional: “... hemos ido acercándonos a una corriente de pensamiento penal que podría eventualmente catalogarse como de un funcionalismo moderado, entre cuyos representantes hemos destacado por sobre todos a Roxín, incorporando matices particularmente de la propuesta de Mir Puig, cuyas concepciones podríamos calificar a grandes rasgos como de “*prevención general positiva limitadora*” ..., las que parecen indicarnos el sendero para dar adecuado contenido al modelo de elección constitucional que hemos descripto.”¹⁵⁵

En otros términos, el profesor Ricardo C. M. Alvarez introduce el siguiente interrogante: “¿*Imponen los Acuerdos Internacionales un mandato preventivista del que deban hacerse cargo los Estados concurrentes en el diseño de sus particulares modelos punitivos?*”¹⁵⁶ En tal sentido, reconoce que los sistemas modernos de imputación parecen haber dejado atrás una concepción retribucionista de la pena y han adoptado una postura utilitarista, lo cual ha alcanzado su máxima expresión con las teorías de la unión antes mencionadas en el presente, en las que la pena ha dejado de ser considerada sólo como la consecuencia del injusto culpable sino que deben cumplir determinados fines y se encuentra atravesada por valoraciones de política criminal.¹⁵⁷

Señala que tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscriptos en 1969 y 1966, respectivamente, se ubican en un marco ideológico dominante en esos años que postulaba a la prevención especial positiva, entendida como resocialización, como la finalidad de la pena estatal, recordando además que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se abandonó toda concepción metafísica de la pena y se reivindicó, si bien con un tinte más humanitario, la postura sostenida por Von Ligt que promovía a la prevención especial positiva como finalidad de la

154 GIMENEZ SALINAS, Esther, citada en RIQUERT y JIMENEZ, pag. 375.

155 RIQUERT y JIMENEZ, Op cit., pag. 378.

156 ALVAREZ, Ricardo Carlos María, “Los tratados internacionales de Derechos Humanos y los fines de la pena, en la política criminal del Estado”, en “Libro de Ponencias de las Jornadas Uruguayo-Santafecinas, 2a. Etapa”, Junio de 1997, U.N.L., Santa Fé, 1997, pag. 617.

157 Ibidem, pag. 618.

pena estatal.¹⁵⁸

Concluye Alvarez que los pactos internacionales con jerarquía constitucional no argumentan en favor de una determinada postura legitimante de la pena, que los textos antes mencionados refieren sólo a la pena privativa de la libertad en su etapa de ejecución, que los propósitos de reforma y readaptación social en un Derechos Penal propio de un Estado democrático de los derechos humanos deberán reformularse hacia una propuesta no desocializadora que implique el no aumento del déficit de socialización que trae consigo el penado, la no contribución a su deshumanización y la no aplicación de técnicas de adiestramiento que afecten su dignidad y libertad a través de imposiciones.¹⁵⁹

Recuerda que la tarea resocializadora de la pena, tal como lo expresara Bajo Fernández, si bien constituye una tarea humanizadora es meramente circunstancial, comparando dicha función con la alfabetización en el servicio militar,¹⁶⁰ y concluye además:

*“Comparto que la pena no reclama para sí un fin, sino que lo alcanza en sí misma. Además, que no se trata de abordar motivaciones defectuosas, ni de educar, ni de intimidar, ni mucho menos de corregir. Todo ello no pertenece a la pena, sino quizá -añadiría aquí- a otras urgencias del Estado que deberá atender cuando confirme el fracaso de alguno de sus miembros. Si el fracaso obliga a socorrer cognitivamente al individuo que lo enfrenta, su versión normativa, la defraudación que ha provocado la persona formal, conduce a mantener la identidad social puesta en cuestión. En ello consume la pena su sentido.”*¹⁶¹

No obstante ello, advierto algunas particularidades en algunos tratados específicos, como en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la cual luego de definir en su artículo segundo a la desaparición forzada, establece en su artículo tercero la obligación de los Estados de *“...adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.”*, aportando así consideraciones sobre los requisitos que debe reunir la pena con la que se sancione el delito mencionado y exigiendo que la respuesta penal sea acorde o proporcional a su gravedad, lo cual parece indicar una mayor compatibilidad o acercamiento a

158 Ibidem, pag. 620.

159 Ibidem, pag. 625.

160 BAJO FERNANDEZ, Miguel, citado en ALVAREZ, Ricardo Carlos María, “Breves apuntes acerca del rendimiento funcional del fin preventivo especial de las penas privativas de la libertad”, en “1º Encuentro de Prof. de Dcho. Penal, El sistema penal ante las exigencias del presente”, Rubinzal Culzoni Editores, UNL, Santa Fé, 2004, pag. 48.

161 ALVAREZ, “Breves apuntes acerca del rendimiento funcional del fin preventivo especial de las penas privativas de la libertad”, en Op.cit., pag. 50.

una teoría retribucionista de la pena que la define como un acto de justicia retributivo y proporcional a la gravedad del delito.

En similar sentido, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, al consagrar la imprescriptibilidad o inviabilidad de aplicar la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la misma a los crímenes de guerra y de lesa humanidad, a los que define en su artículo primero, de alguna manera presenta una opción que si bien resulta circunscripta a determinados crímenes específicos resulta compatible con las teorías absolutas de la pena que propugnan que la sanción penal, al resultar un acto de retribución proporcional a la gravedad del hecho delictivo debe aplicarse para evitar la impunidad independientemente del transcurso del tiempo.

Sin perjuicio de ello, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, luego de consagrar la obligación de los Estados de prevenir y sancionar el delito de genocidio en su artículo primero y definirlo en su artículo segundo, establece en el artículo 5° la obligación de los Estados firmantes de “...establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio...”, surgiendo así de su texto que escoge la eficacia en cuanto utilidad de la pena por sobre la retribución.

Por otra parte, se ha sostenido también que: “...el constituyente estableció de manera precisa el principio de humanidad en la ejecución de las medidas privativas de la libertad que debe regir como pauta de orientación de toda la actividad de los órganos del Estado que intervienen en la ejecución.”¹⁶²

162 SALT, Marcos Gabriel, “Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina” en “Los derechos fundamentales de los reclusos. España – Argentina”, pag 155.

CAPITULO IV: PAUTAS DE DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA

IV.- 1.- Estado de la cuestión en materia de determinación judicial de la pena en el Derecho nacional y comparado.-

La determinación de la pena, tal como se adelantara, es una tarea asignada según nuestro sistema constitucional a los tres poderes del Estado, pero es en el ámbito judicial dónde se advierte un mayor caudal de indeterminación en sus límites temporales y en su naturaleza misma, pues es el juez quien luego de afirmada la concurrencia del ilícito deberá cuantificar y cualificar el poder estatal que atravesará la vida del penado y, a los fines de tan delicada y trascendente labor para la vida de este último, encuentra las escalas penales particularmente fijadas por el legislador en la Parte Especial del Código Penal para cada delito y aquéllas genéricamente establecidas en la Parte General de dicho cuerpo normativo.

En otras palabras: *“La determinación de la pena puede ser definido como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito. En contra de lo que parece indicar su designación, no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de la multa, entre otras.”*¹⁶³

El Código Penal Argentino ha escogido la denominada teoría del ámbito de juego en materia de determinación de la pena¹⁶⁴, sobre cuyas características me detendré más adelante, y las pautas actuales que establecen las normas de la parte general del Código Penal antes mencionadas, versan, fundamentalmente, sobre circunstancias que tienen relación con el injusto o ilícito cometido (Art. 41 inc. 1) del Cod. Penal) como también sobre aquéllas relacionadas a la persona y su individualidad concreta (Art. 41 inc. 2) del Cod. Penal), sin que se mencione el carácter agravante o atenuante de cada una de dichas pautas pese a que el Art. 40 del C.P. establece que las penas divisibles deben ser determinadas por los jueces de acuerdo a las circunstancias agravantes o atenuantes que mencionan las normas siguientes.

Se advierte, también, que las pautas enumeradas en el inciso 2º del citado artículo si

163 ZIFFER, Patricia, “El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena”, en “Contribuciones 3/1996”, publicación trimestral de la Konrad.Adenaure Stiftung A.C. - Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano” CIEDLA, Año XIII – N° 3 (51) julio-septiembre, Buenos Aires, 1996, pags. 134/135.

164 ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Op cit., pag. 137.

bien refieren a las condiciones personales del autor, incluyen también circunstancias referentes al ilícito como por ejemplo “...*la participación que haya tomado en el hecho...*”. por lo que se dificulta la realización de una diferenciación tajante entre elementos objetivos relacionados al ilícito y elementos subjetivos relativos a la persona del autor.

Por su parte, los arts. 41 bis, 41 ter, 41 quater y 41 quinquies del Cod. Penal se limitan a establecer circunstancias agravantes o atenuantes genéricas que resultarán aplicables a las penas de los tipos penales de la parte especial. En cuanto a tales normas se ha señalado también que las pautas que describen circunstancias agravantes que genéricamente se han incorporado con posterioridad a la redacción originaria resultan extrañas al régimen de origen.¹⁶⁵

Advierto, además, que resulta innecesaria la incorporación de agravantes genéricas por cuanto las mismas resultan excesivas ante la previsión de cada tipo penal de sus circunstancias agravantes propias y la amplitud de los marcos legales establecidos para cada pena.

Se afirma, también que la magnitud de la pena constituye la cuantificación de la culpabilidad que a su vez presupone a la cuantificación del ilícito.¹⁶⁶

El sistema adoptado por la ley penal argentina es ajeno a las penas rígidas, excepto en los casos en que se sanciona con prisión perpetua como única pena, y escoge un régimen elástico y flexible, estableciéndose en el art. 41 del Cod. Penal pautas generales, ejemplificativas, no taxativas, respecto de las cuales no se indica su carácter atenuante o agravante ni su valor ni la solución a adoptar en caso de concurrencia de más de una pauta, orientan al juez, guían su labor, limitan su discrecionalidad y le imponen un deber de fundar su decisión de modo tal que ésta última pueda controlarse racionalmente.¹⁶⁷

Asimismo, y a partir del aludido carácter ejemplificativo de las pautas de mención la doctrina ha incorporado otras que resultan idóneas para ser consideradas en el acto de determinación judicial de la pena, como la conducta asumida por el autor con posterioridad al hecho, el tiempo restante para el vencimiento del plazo de prescripción de la acción penal, la duración del proceso, las medidas privativas o restrictivas de la libertad que sufriera durante el

165 SLOKAR, Alejandro, citado en D’ALESSIO, Andrés José y DIVITO, Mauro A *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, 2a. Edición actualizada y ampliada, Tomo I, Parte General, La Ley, Buenos Aires, 2009, pag. 634.

166 ZIFFER, Patricia; citada en D’ALESSIO y DIVITO, Op. cit, pag. 633.

167 D’ALESSIO y DIVITO, Op. cit., pag. 635.

proceso, entre otras pautas.¹⁶⁸

En tal sentido, no son ajenos a esta materia los siguientes interrogantes en torno a tales criterios: ¿Son graduables la culpabilidad y el ilícito?, ¿Son dinámicos o estáticos en el tiempo?, ¿Importan al momento de determinar la pena sólo las circunstancias personales existentes al momento del ilícito o también deben evaluarse aquéllas que pudieren aparecer desde el hecho y hasta la sentencia de condena?

A los fines de establecer el carácter atenuante o agravante de una pauta de determinación de la pena contemplada como tal en el Art. 41 del Cod. Penal, lo cual debe ser aclarado por el juez en su sentencia, puede analizarse con qué carácter fue considerada la misma en los tipos penales de la Parte Especial del Cod. Penal: ello al menos constituye una guía y resulta compatible con una interpretación contextual de las normas. No obstante, este criterio también es puesto en duda al sostenerse que una misma pauta puede operar como agravante para un determinado delito y como atenuante para otro, como por ejemplo en el caso de la soledad del lugar puede considerarse como agravante para un hurto pero una circunstancia atenuante para una falsedad.¹⁶⁹

En lo que refiere a la culpabilidad o reprochabilidad como pauta para la determinación de la pena, es posible preguntarnos acerca de que si tan sólo debe meritarse aquélla puesta de manifiesto en el ilícito o si también incluye la que se infiere a partir de su conducta posterior al hecho y hasta el momento de la sentencia, aunque es posible advertir que el art. 41 el Cod. Penal por su redacción parece referirse sólo a aquellas circunstancias anteriores y concomitantes al ilícito.

En cuanto a la relación que puede establecerse entre las pautas aludidas para la determinación judicial de la pena y las distintas teorías ya analizadas sobre los fines de la pena, Patricia Ziffer descrea de la posibilidad de hallar tal vinculación y de su importancia:

“Ninguna de las teorías de la pena está en condiciones de expresar cuál es la pena justa más que aproximándose a ella en forma tentativa. El planteamiento de las antinomias desconoce esto, y la cuestión es presentada como si la prevención general positiva pudiera señalar como la pena más adecuada cinco años de prisión, la prevención especial diez, la retribución, cuatro, lo cual no es así, al menos por el momento. Ni siquiera puede hacerlo la prevención especial, que en apariencia sería la que en mejores condiciones estaría para fijar el monto de la pena -coincidente con el tiempo de

168 DE LA RUA, Jorge; citado en D'ALESSIO y DIVITO, Op. cit., pag. 637/638.

169 NUÑEZ, Ricardo, citado en D'ALESSIO y DIVITO, Op. cit., pag. 634.

tratamiento-. Pues sólo puede hacerse por medio de pronósticos, con los problemas de prospección que estos implican.”¹⁷⁰

El acto de determinación de la pena no consiste en una tarea de descubrimiento de la pena adecuada o justa, sino que se trata de un acto de atribución, de valoración, no por ello arbitrario ni irracional, sino digno de ser argumentado y precisado con fundamentos racionales. Todos los conceptos jurídicos, incluso el de la pena adecuada o justa, contienen cierto margen de indeterminación con mayor o menor margen para la interpretación, pero el encuadre de un determinado hecho en un concepto jurídico debe implicar siempre una tarea de argumentación sólida y tal tarea no resulta ajena a la determinación judicial de la pena.¹⁷¹

A pesar de lo antes expuesto y de que en un ordenamiento que sustenta un Derecho Penal de acto la posibilidad de graduar tanto el ilícito como la culpabilidad constituye la base para determinar judicialmente la pena, también se valoran otras pautas relacionadas con la necesidad de pena y fines de prevención general y especial. En este marco, la doctrina encuadra el tema del *“hecho en la determinación de la pena”*, incluyendo allí el análisis de aquellas circunstancias que pese a no integrar el ilícito culpable también pueden valorarse al momento de determinar la pena sin lesionar el principio de culpabilidad y recurriendo para ello a conceptos como *“culpabilidad de la determinación de la pena”* y *“concepto ampliado de hecho”*.¹⁷²

En tal sentido, se evoca la denominada *“teoría del indicio”*, elaborada por Bruns y aceptada en la doctrina y jurisprudencia alemanas, según la cual existen ciertas circunstancias que no tienen que ver con el hecho mismo pero que de todas maneras permiten sacar conclusiones sobre el mismo, tal como por ejemplo la conducta anterior y posterior que pueden ser consideradas como indicios para conocer el hecho y la personalidad de su autor.¹⁷³

Se ha consensuado también en la doctrina nacional que, si bien no se encuentra expresamente previsto en la legislación, se encuentra prohibida la doble valoración en el art. 41 del Cod. Penal como pautas de individualización de la pena de todas aquellas valoraciones que el legislador tuvo en cuenta para la formulación del tipo penal, de modo tal que en un caso de homicidio el juez no podría al momento de determinar la pena utilizar como pauta la

170 ZIFFER, Patricia, “El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena”, Op. cit., pag. 141.

171 Ibidem, pag. 141.

172 Ibidem, pag. 142.

173 Ibidem, pag. 143.

muerte de la víctima y el valor de su vida en tanto y en cuanto dichas circunstancias son fundamentadoras del ilícito y fueron valoradas ya por el legislador; argumentando respecto de esta prohibición que la misma es un requisito de coherencia interna de toda sentencia y a su vez, resulta respetuosa de principio *ne bis in idem*.¹⁷⁴.

Ricardo Núñez se refería a esta prohibición como “computabilidad subsidiaria”.¹⁷⁵

Sostiene Righi que nuestro sistema legal carece de normas precisas para la individualización de la pena, si bien se ha intentado destacar las bondades de un sistema flexible por sobre un sistema de pena puntual utilizado por legislador en casos en que se prevé pena de prisión o reclusión perpetua como en el art. 80 del Cod. Penal, y se ha generalizado en la práctica judicial las sentencias con ausencia de fundamentos que sustenten la decisión sobre el tipo, monto y demás elementos que integran la respuesta penal, atentando dicha carencia contra el deber de motivación de las decisiones judiciales en los sistemas de enjuiciamiento propios del Estado de Derecho.¹⁷⁶

En coincidencia con lo sostenido por Patricia Ziffer en cuanto a que la determinación de la pena, en cuanto acto judicial que concreta la pena prevista en abstracto por es legislador, no es un acto de descubrimiento sino de valoración que debe mantenerse lo más alejado posible de la arbitrariedad y de la irracionalidad,¹⁷⁷ siendo ello independiente de la adopción de una u otra teoría sobre los fines de la pena por cuanto se trata de una cuestión de una complejidad diferente,¹⁷⁸ entiendo necesario analizar las actuales pautas de determinación judicial de la pena a la luz de los principios que emanan de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, y determinar si las mismas deben o no ser reformuladas a fin de que puedan ser racionalmente controlables sin perder de vista la individualidad de cada caso.

El estado actual de la problemática en la que se encuentre inmersa la determinación judicial de la pena en nuestro sistema penal nacional presenta similitudes y diferencias con el tratamiento que se le ha dado a la misma en otros sistemas penales, especialmente en el ordenamiento jurídico alemán y en su doctrina de la cual se han nutrido los autores

174 Ibidem, pag. 152.

175 NUÑEZ, Ricardo, citado en ZIFFER, Patricia, “El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena”, Op.cit, pag. 152.

176 RIGHI, Op. cit., pag. 669.

177 ZIFFER, “El deber de fundamentación de las decisiones y la determinación de la pena”, , Op. cit., pag. 156.

178 ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Op. cit., pag. 24.

nacionales.

Se ha advertido cierta coincidencia en cuanto a que el ilícito culpable configura la base de la cual se parte para la determinación de la pena como si fuese su pilar fundamental, por lo que es considerado como presupuesto y factor legitimante de la pena. No obstante ello, se sostiene que su sola existencia no conlleva a la aplicación de una pena sino que además debe evaluarse la necesidad de esta última, de modo tal que si bien no puede existir pena sin culpa, puede haber culpa sin pena: “Una sociedad secularizada no puede justificar la pena sólo en la presencia de un ilícito culpable, sino que requiere algún argumento adicional: la existencia de un fin que autorice la injerencia estatal...”¹⁷⁹

A los fines de la determinación de la pena, la doctrina alemana dominante ha acogido favorablemente la teoría de la unión en cuanto integradora de las distintas posturas existentes sobre los fines de la pena, de manera tal que se intenta medir a la pena de modo que por un lado compense o resulte proporcional a la magnitud del injusto y de la culpabilidad, pero que a la vez combine una tarea de resocialización para el penado y a la vez brinde protección a la sociedad e influya sobre esta última reforzando el valor de las normas. Sin perjuicio de ello y en los casos en que tales fines de la pena según las distintas posturas se presenten como incompatibles -fenómeno al que se conoce como “antinomia de los fines de la pena”- todos los criterios deben limitarse procurando que cada uno logre el mejor efecto sin desatender a la culpabilidad como directriz en la tarea de determinación de la pena.¹⁸⁰

A los fines de permitir la convergencia de las teorías antes mencionadas, se han desarrollado tres fundamentales construcciones que si bien tienen en común la premisa según la cual todas parten de la ponderación de la culpabilidad como fundamento de la pena, con base legal en según art. 46 StGB, se diferencian entre sí por el modo y la amplitud en que dicha merituación de la culpabilidad puede alterarse al momento de la determinación de la pena por razones de prevención general y especial, positiva y negativa.¹⁸¹

En primer lugar, la teoría del ámbito de juego (Spielraumtheorie) aparece como dominante en la doctrina alemana y ha tenido el mérito de realizar un esfuerzo argumentativo desde la dogmática penal para tratar de brindar mayor seguridad a la tarea de determinar judicialmente la pena, sosteniendo una preferencia de un marco o ámbito de pena dentro del

179 Ibidem, pag. 46.

180 Ibidem pag. 47.

181 Ibidem, pag. 48.

cual el juez pueda establecer la pena justa por sobre una pena única o numéricamente determinada de antemano, para lo cual el juez debe ubicar dentro de ese marco establecido por el legislador la pena adecuada conjugando la culpabilidad y necesidades preventivas, para lo cual se presume que en el marco legal se contempla a la pena “ya” y “todavía” adecuada a la culpabilidad.¹⁸²

La defensa de esta teoría parte, así también, de la necesidad de garantizar un respeto hacia la individualidad de cada persona, considerada como única e irrepetible, al momento de determinar la pena adecuada, lo cual resultaría inviable en un sistema de penas puntuales o únicas.¹⁸³

Se ha criticado a esta teoría por un lado por la falta de precisión de los límites de este marco legal basado a su vez en el marco de culpabilidad: “*El marco de culpabilidad estaría limitado por barreras, cuya parte superior está limitada de la siguiente manera: existe un punto en la escala penal con la característica de que todas las penas que se encuentran por encima de ese punto no son adecuadas a la culpabilidad. Esto no quiere decir ya que el punto que está por debajo de esta barrera sea por eso el adecuado a la culpabilidad -en ese caso sí sería un límite- sino que algún punto en la escala penal tiene esa característica. Lo mismo rige para la escala inferior. La cuestión queda planteada de este modo como lo que se suele denominar el “problema de los continuos”.*”¹⁸⁴; como también que esta teoría carece de entidad científica y no representa más que una aceptación de la discrecionalidad judicial que rige en la materia y que soslaya un trasfondo de índole procesal en virtud del cual los tribunales de revisión sólo modifican la pena impuesta cuando es evidentemente desproporcionada, extrayéndose de tales consideraciones la existencia de un marco de culpabilidad.¹⁸⁵

La teoría de la pena puntual (Punktstraftheorie), por su parte, niega que exista un marco de culpabilidad y afirma, a diferencia de la anterior teoría, que sólo existe una pena única adecuada a la culpabilidad ya que esta última es una medida fija y determinada. No obstante ello, se critica a esta teoría que resulta imposible desde el punto de vista del conocimiento saber con exactitud cual es la medida de la culpabilidad del penado cual si fuera el resultado de un cálculo matemático.¹⁸⁶

Esta teoría sacrifica el valor de la individualización en aras de la previsibilidad y

182 Ibidem, pag. 49.

183 Ibidem, pag. 27.

184 Ibidem, pag. 50.

185 Ibidem, pag. 50.

186 KAUFMANN, Arthur, citado en ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Op. cit., pag. 51.

seguridad en materia de determinación judicial de la pena, a la vez que resulta compatible con las penas absolutas, como por ejemplo la prisión o reclusión perpetuas que utiliza nuestro Código Penal en sus artículos 80, 142 bis y 215 para el homicidio calificado por las circunstancias agravantes que describe en sus distintos incisos y que los sistemas legislativos utilizan en general de manera restringida para delitos en los que la infracción a la norma es tan grave que no interesan los motivos individuales del autor -los descargos que pudiere intentar son de antemano irrelevantes- como no interesa ninguna otra circunstancia que modifique ese mínimo de culpabilidad fijado por la ley, otorgándose así un idéntico tratamiento para todas las situaciones que encuadren en la conducta descrita en el tipo penal sin que sea relevantes las diferencias que puedan advertirse en la individualidad de cada caso.¹⁸⁷

La teoría del valor relativo o de posición (Stellenwerttheorie) sostiene que se debe establecer el valor de cada uno de los fines de la pena en relación con cada etapa del proceso de determinación de la misma. A tales fines, según esta teoría, el primer criterio a utilizar es el de índole retributivo de modo tal que la culpabilidad se gradúe de acuerdo a la gravedad del ilícito, quedando la culpabilidad determinada en un punto fijo dentro del marco legal sin consideraciones preventivas, luego de ello la prevención es utilizada en una segunda etapa en la que se define la clase de pena y el modo de ejecución dónde permanece ajena toda consideración sobre la culpabilidad. *“La determinación de la pena es la cuantificación de la culpabilidad en unidades de pena y la unidad a utilizar es la de la pena de prisión: toda culpabilidad debe ser medida como si se tratara, en todos los casos, de una pena de prisión a cumplir.”*¹⁸⁸

Se critica a esta teoría aduciendo que es incompatible con el art. 46 del StGb en cuanto ordena que junto a la culpabilidad debe tenerse presente toda consecuencia para la vida futura del autor al determinar el monto de la pena lo que implica la necesaria inclusión de consideraciones de tinte preventivo-especial, como también que pretender medir unidades de pena sin tener en cuenta el modo de ejecución resulta contrario a la noción de pena por cuanto ésta reúne circunstancias relativas no sólo a la cantidad sino también a la calidad de tiempo.¹⁸⁹

Al comparar la legislación penal nacional con la alemana, se advierte que el art. 46 StGB presenta algunas similitudes con los artículos 40 y 41 del Cod. Penal Argentino por cuanto ambas normas enuncian factores a ser tenidos en cuenta por el juez al fijar la pena,

187 ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Op. cit., pag. 34/35.

188 Ibidem, pag. 52.

189 Ibidem, pag. 52/53.

estableciendo que los mismos presentan carácter agravante o atenuante pero sin expresar concretamente tal carácter respecto de las pautas que se enuncian. La norma mencionada del ordenamiento penal alemán establece expresamente que la culpabilidad del autor es el factor determinante de la pena, pero incluye además los efectos futuros que ésta pueda acarrear para el autor en su vida. Nuestro artículo 41 no menciona a la culpabilidad, a diferencia de la norma de mención, pero la doctrina ha aceptado que la culpabilidad constituye la directriz en materia de determinación de la pena a partir de la estructura general de los tipos penales de cuyas escalas se infiere que la culpabilidad también en nuestro Derecho Penal es el fundamento de la pena.¹⁹⁰

A diferencia del artículo 41 del Cod. Penal, la norma del Derecho Penal alemán no menciona a la peligrosidad como pauta de determinación de la pena, y en coincidencia con aquél refiere a circunstancias que tienen anclaje tanto en el ilícito culpable como en las condiciones subjetivas de su autor anteriores, concomitantes y posteriores al injusto pero que de alguna manera u otra tienen su reflejo en el mismo, extrayendo además la doctrina alemana del tercer párrafo del citado art. 46 el principio de prohibición de la doble valoración en virtud del cual prohíbe expresamente al juez valorar aquellas pautas ya valoradas por el legislador.¹⁹¹

Es oportuno destacar que se considera que el sistema de las penas fijas antes analizado fue también consecuencia de la reacción del racionalismo contra la arbitrariedad judicial, por lo cual fue adoptado por el Código Penal francés de 1791 con una rígida tabulación de agravantes y atenuantes, mientras que el Código Penal español de 1822 presentaba similar estructura previendo una serie de circunstancias agravantes y atenuantes que resultaban aplicables a tres clases de delitos.¹⁹²

En efecto, debido a la adopción del principio de legalidad e igualdad ante la ley que sustentara junto a otros el pensamiento iusnaturalista liberal y las ideas de Montesquieu, cada ciudadano debía saber de antemano cuál sería el castigo penal, por lo que en virtud de ello y de la necesidad de reducir la arbitrariedad judicial de modo tal que el juez sea la boca de la ley, es que el Código Penal francés de 1791 adopta una pena única para cada delito.¹⁹³

190 Ibidem, pag. 48.

191 ZIFFER, "El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena", Op. cit., pag. 152.

192 RIGHI, Op. Cit., pag. 667.

193 RAMOS VAZQUEZ, Isabel, "La individualización judicial de la pena en la primera codificación francesa y española", en "AHDE", Tomo LXXXIV, Universidad de Jaen, 2014, pag. 336.

Las ideas de proporcionalidad y utilidad de la pena, con los aportes de Beccaría y Bentham tuvieron su influencia en la redacción del Código Francés de 1810 atribuyendo al juez un estrecho margen de discrecionalidad al establecer marcos con límites máximos y mínimos para las penas y reconocer algunas circunstancias atenuantes.¹⁹⁴

En otros ordenamientos se admiten también amplias facultades administrativas al órgano encargado de la ejecución de la pena durante dicha etapa, tal como ocurre en el sistema norteamericano en el que el juez determina el máximo de la pena y la autoridad de ejecución es la que fijará el tiempo de duración concreto de la pena según los avances o retrocesos que el penado presente durante el proceso de resocialización, todo lo cual es indicativo de la existencia de un margen mucho mayor de indeterminación de la pena.¹⁹⁵

Si bien se señala el gran margen de indeterminación en la función de determinar la pena aplicable dentro de un marco legal que contempla penas generalmente muy altas en el sistema norteamericano, lo cierto es que en la práctica las pautas utilizadas son las características del hecho y la personalidad del autor, sus condenas anteriores, su posición social, su estado de salud, edad, magnitud del daño, entre otros, como también se advierte que en casos de que el acusado opta por el juicio generalmente la pena que se aplica es superior a la que fuera propuesta para un acuerdo.¹⁹⁶

Finalmente, la Federal Sentencing Guidelines del 1/11/1987 intenta vincular la determinación judicial de la pena a pautas relativas a la gravedad del hecho, fines de prevención general negativa y de protección de la comunidad frente al delito.¹⁹⁷

194 Ibidem, pag. 340.

195 ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Op. cit., pag. 25

196 Ibidem, pag. 192.

197 Ibidem, pag. 192.

IV.- 2.- Análisis de las pautas para la determinación judicial de la pena a partir de los mandatos constitucionales.-

Los aportes de las distintas teorías sobre las fines de la pena pueden verse reflejados en las pautas de determinación de la pena previstas en el artículo 41 del Cód. Penal, así como por ejemplo desde las consideraciones de las teorías retribucionistas resulta fundamental la gravedad del injusto y la mayor o menor culpabilidad manifestada en el hecho, reflejo a su vez de la mayor o menos libertad de que gozara el imputado para respetar la norma,¹⁹⁸ y atendiendo a los postulados de dichas teorías, la norma citada en su primer inciso refiere a “*la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla, y la extensión del daño y del peligro causados*”, como también refiere en su segundo inciso a “*...la participación que haya tomado en el hecho....*”.

Si bien el inciso segundo del artículo antes mencionado, al establecer como pautas también a la edad, la educación, las costumbres, la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, las dificultades económicas, los antecedentes y condiciones personales, los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad, refiere a circunstancias que rodean a la persona del autor, parece dar a entender que también deben valorarse en la medida en que hayan sido manifestadas en el injusto culpable, con el consecuente deber de fundamentar en que habrían incidido las mismas, por lo que también tales pautas pueden ser interpretadas desde una perspectiva retribucionista.

Por su parte, los criterios sostenidos por las posturas de la prevención especial suponen que al momento de determinar la pena el juez deba cuantificar la misma en función del tiempo que estima necesario para prevenir hechos futuros de parte del penado, esto es, para neutralizar riesgos de reincidencia una vez recuperada la libertad. No obstante lo cual y la expresa referencia del citado artículo 41 del Cod. Penal a la reincidencia como pauta de determinación de la pena, tales criterios pueden guardar cierta compatibilidad con un Derecho Penal de autor que resulta intolerable desde la perspectiva constitucional.¹⁹⁹

Las consideraciones de prevención general negativa al momento de determinar

198 RIGHI, Op. cit., pag. 670.

199 Ibidem, pag. 670/671.

judicialmente la pena en cuanto implica tener en cuenta o medir el impacto social intimidatorio que tendrá la misma son resistidas desde el punto de vista constitucional, por cuanto ello significaría la instrumentalización del penado y la transgresión al principio de dignidad de la persona humana consagrado por nuestra Constitución Nacional.²⁰⁰

Las teorías preventivas de la unión ya vistas permiten en algunos casos compatibilizar los distintos fines asignados a la pena, más en algunos casos surgen contradicciones como por ejemplo: “...cuando razones de prevención general exigen una medida superior (por ejemplo por la frecuencia del hecho) a los requerimientos de prevención especial (por ejemplo por la escasa edad del autor), supuesto en el cual se considera que la prevención especial merece prioridad, pues en la mayoría de los casos, ya el límite mínimo del marco penal asegura el respeto del mínimo de prevención general. Es que mientras la pena más reducida debilita pero no elimina el fin de prevención general, la pena más alta puede hacer fracasar el fin de prevención especial.”²⁰¹

Con respecto a la postura que defiende la prevención general positiva como finalidad de la pena y su consecuente función de reafirmar la vigencia del ordenamiento jurídico, se sostiene que adolece de criterios para la individualización de la pena, no obstante lo cual se sostiene también que “Nada se altera cuando se ubican los fines de reafirmación del orden jurídico dentro de la culpabilidad, pues como ello supone una reformulación que desde la óptica de la prevención general positiva redefine el concepto de culpabilidad para poder determinarlo funcionalmente, su contenido específico es inescindible de la finalidad enunciada.”²⁰²

Las teorías retributivas de la unión, por su parte, establecen que a los fines de al medición de la pena debe primeramente compensarse el injusto y la culpabilidad del autor manifestada en el mismo para luego dentro de tales parámetros considerar y armonizar fines preventivos en sus diversas variantes.²⁰³

Se sostiene que a los fines de individualizar la pena, el juez debe tener en consideración los criterios generales de orientación retributivos y preventivos en cuanto son consecuencia de los fines de la pena, referir a los factores previstos en los arts. 40 y 41 del Cod. Penal respetando los marcos legales e indicando como inciden tales pautas en el caso particular y brindar todos los fundamentos que motivan su decisión, toda vez que esta última es relativamente discrecional y jurídicamente vinculada, requiriendo la tarea de individualización de la pena de una reconstrucción dogmática.²⁰⁴

200 Ibidem, pag. 671.

201 Ibidem, pag. 672.

202 Jakobs y Ziffer, citados en RIGHI, Op. Cit., pag. 673.

203 RIGHI, Op. Cit., pag. 674.

204 Ibidem, pag. 685/686.

Así y tal como se anticipara, el punto de partida aparece dado según el inciso primero del artículo 41 del Cod, Penal por la magnitud del injusto y la culpabilidad evidenciada en el mismo, aunque si bien los conceptos de injusto y culpabilidad vienen dados por la teoría del delito, existe una diferencia de perspectiva ya que mientras que para aquélla es necesario analizar la concurrencia de sus presupuestos para concluir sobre su existencia, para la medición de la pena interesa su intensidad y por tanto pueden considerarse como conceptos mensurables.²⁰⁵

En tal sentido, es Roxín quien relaciona todas las categorías dogmáticas con los fines de la pena y consideraciones de política criminal y pretende explicar que tanto en los casos que excluyen la culpabilidad y la responsabilidad penal no se trata de situaciones en las que se advierte una imposibilidad de obrar de otro modo sino de razones de prevención general y especial que aconsejan la no aplicación de pena, y encuentra aceptable la distinción introducida por Achenbach entre culpabilidad como fundamento de la pena y culpabilidad en la determinación de la pena, “...pues ambos conceptos son, tanto en su sustrato material como en su estructura teleológica, diferentes, de la manera que un argumento que es válido en un sector no puede, sin más, tener significación en el otro.”²⁰⁶

Así, explica que si bien la culpabilidad como pauta de medición de la pena presupone la culpabilidad como fundamento de la pena, poseen sustratos materiales independientes, por cuanto al analizar la culpabilidad como fundamento de la pena, esto es, como categoría del sistema de imputación, se analiza las razones por las que el autor debe ser castigado: si pudo actuar de otro modo, si así lo aconsejan razones preventivas, como también la relación que existe entre culpabilidad y prevención en la categoría de la responsabilidad no pueden trasladarse sin más a la culpabilidad como pauta de determinación de la pena, siendo diferente allí la función del principio de culpabilidad por cuanto la determinación de la pena de acuerdo al grado de culpabilidad cumple finalidades preventivas y a la vez impone límites necesarios desde el punto de vista del Estado de Derecho.²⁰⁷

Sostiene Roxín que el considerar a la culpabilidad como fundamento de la determinación de la pena y el sostener como justa una pena adecuada a la culpabilidad

205 Ibidem, pag. 686.

206 ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducida por Francisco Muñoz Conde, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1981, pag. 151.

207 Ibidem, pags. 180/181.

permite obtener el consenso de la comunidad jurídica y deviene útil como instrumento de prevención general positiva en cuanto asegura de mejor modo la paz jurídica y la vigencia de las normas, advirtiéndose así un efecto de reciprocidad entre culpabilidad y necesidad preventiva. Así y en virtud de la gravedad de la lesión del bien jurídico más o menos valioso para la sociedad, el interés preventivo constituye un factor determinante para la magnitud de la culpabilidad, como también será más aceptada desde la perspectiva preventivo especial una pena adecuada a la culpabilidad.²⁰⁸

Se ha sostenido, también, que en cuanto a la función del principio de culpabilidad -de reconocimiento en nuestra Constitución Nacional- en lo que refiere a la determinación de la pena, aún el abandono de las posturas retributivas no significa el olvido del concepto de culpabilidad que debe mantenerse, junto a la prevención, como principio de limitación en la fundamentación de la pena, como también que la culpabilidad en el sentido dado por tales posturas retributivas debe ser sustituida al momento de la medición de la pena por la prevención orientada a la medida de la amenaza del delito para la sociedad y garantizadora del principio de igualdad, manteniéndose la culpabilidad como límite de la pena.²⁰⁹

En cuanto a la participación que el sujeto haya tomado en el hecho, como pauta de determinación de la pena prevista en el inciso segundo del citado artículo, se ha sostenido también que no debe analizarse al momento de medir la pena desde la perspectiva de la teoría del delito y toda su elaboración dogmática sobre la participación en general, sino que lo que debe meritarse en dicha etapa es la intensidad del aporte o contribución personal que el autor haya tenido en el ilícito. Así, el menor o mayor número de intervinientes puede según el caso como una pauta atenuante o agravante, como también debe tenerse presente que aunque el autor principal, el partícipe primario y el instigador deban ser tratados mediante la misma escala penal, se admite que al momento de determinar la pena puedan recibir sanciones diferentes según las particularidades de la actuación de cada uno de ellos, siendo aceptable también que el autor principal en cuanto su acto porta una mayor ilicitud reciba una pena mayor.²¹⁰

La pauta descrita por la norma antes aludida como “*calidad de los motivos que lo*

208 Ibidem, pag. 182.

209 SCHÜNEMANN, Bernd, Op cit., pag. 178.

210 RIGHI, Op. Cit., pags. 687/688.

determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”, es interpretada como un criterio estrechamente vinculado a la teoría retributiva de la pena, de modo tal que el encontrándose el móvil ligado a la reprochabilidad de la conducta, no resulta lo mismo si el móvil fue el odio o la compasión pero para evitar valoraciones éticas deben relacionarse los móviles con el fin de protección de la norma, como por ejemplo no correspondería agravar un hurto cometido con fines sexuales ni un abuso sexual por el ánimo de lucro.²¹¹

Por su parte, la referencia a las dificultades económicas parece señalar que la pertenencia del autor a un sector económico vulnerable o desfavorecido hace su ilícito menos reprochable. Así también, si bien el Estado de Derecho debe tolerar las convicciones minoritarias, pueden considerarse atenuantes cuando se relacionan con la objeción de conciencia pero como agravantes cuando se pretende imponer una idea a través de la violencia.²¹²

Los vínculos personales y la existencia de mayor o menor confianza entre el autor y la víctima también constituyen pautas legales de determinación de la pena, por lo que la existencia de una relación preexistente de mayor confianza entre ambos podría agravar la pena en la medida en que signifique un aprovechamiento de parte del autor a partir de la buena fe depositada por la víctima, ello con el cuidado de no incurrir en la doble valoración si tal circunstancia ya se encuentra prevista por el tipo penal del que se trate.²¹³

Así también, el artículo 41 del Cod. Penal contempla pautas ligadas primordialmente a la personalidad del autor, así como “*las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren la mayor o menor peligrosidad del autor*” y “*las reincidencias en que hubiere incurrido*”, pautas que presentan una mayor compatibilidad con la postura que defiende la prevención especial positiva como finalidad de la pena y que, esencialmente, fundan la medición de la pena en el pronóstico de conducta futura y en la probabilidad de que el condenado cometa nuevos delitos, sea por sus condiciones personales o por sus antecedentes penales. En tal sentido, se ha sostenido que los antecedentes penales operan como una pauta agravante cuando se está en presencia de una historia de vida atravesada por el delito y no

211 ZIFFER, citada en RIGHI, Op. Cit., pag. 688.

212 RIGHI, Op. cit., pag. 689.

213 Ibidem, pag. 889.

cuando constituyen un episodio aislado.²¹⁴

Los antecedentes del autor han sido considerados como una pauta ambivalente, por cuanto una menor capacidad para reconocer la ilicitud de hecho y motivarse de acuerdo a la norma puede interpretarse como una circunstancia atenuante desde una perspectiva retributiva, más desde una mirada de la prevención especial puede ameritar una reacción más grave para reforzar aquella capacidad y evitar delitos futuros.²¹⁵

No debe soslayarse, no obstante, que la existencia de condenas penales opera como un impedimento legalmente previsto en el art. 26 del Cod. Penal para la pena de prisión de ejecución en suspenso, por lo que teniendo en cuenta el principio “ne bis in idem” y las consideraciones vertidas sobre la prohibición de la doble valoración, se debe evitar valorar la reincidencia o los antecedentes como una circunstancia agravante al momento de determinar el modo de ejecución de la pena y luego para determinar su monto, de modo tal que si se condena a una pena de ejecución efectiva por contar el penado con una condena anterior dentro de los plazos legales no podrá utilizarse la misma pauta para establecer un monto mayor de pena.

Es oportuno recordar que el citado artículo 26 del Cod. Penal también establece pautas, además de la ausencia de condenas anteriores, que el juez bajo sanción de nulidad debe valorar para determinar el modo de ejecución de la pena: la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de optar por una prisión entre muros, coincidiendo tales pautas en lo medular con las establecidas en el art. 41 del Cod. Penal, y que también pueden agruparse como aquéllas relativas a la magnitud del injusto y culpabilidad por un lado, y como las circunstancias que rodean la persona y la historia del autor, por el otro.

Por su parte, las pautas descriptas como “*la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto*” pueden ser consideradas como datos reveladores de la historia del penado en los que normalmente se elaboran en parte los pronósticos de peligrosidad o pueden ser tomadas también desde una perspectiva retributiva como un dato de atenuación si el ámbito de autodeterminación del penado ha sido más recortado y por tanto, es

214 PAWLIK, Michael, citado en RIGHI, Op cit., pag. 690.

215 RIGHI, Op cit., pag. 690.

menor la exigencia de una conducta ajustada a la norma. A iguales consideraciones se ha arribado respecto de la pauta también considerada como ambivalente y descripta como “*calidad de las personas*”.²¹⁶

Righi sostiene que ante la ambivalencia de las pautas antes referidas el juez al determinar la pena debe apoyar su decisión en las teorías de la unión por ser la que le permite equilibrar el contenido del injusto, la culpabilidad por el hecho, la función resocializadora, la defensa social frene al autor peligroso y el efecto sociopedagógico de la pena en la comunidad.²¹⁷

En lo que respecta a la peligrosidad del autor, no se niega la influencia preventivo especial de nuestro Código Penal que recibiera a partir de las ideas del positivismo criminológico italiano, pero no puede reconocérsele influencia al momento de medir la pena cuando aparece en contradicción con la culpabilidad por el hecho, por cuanto nuestro Derecho Penal lo es de acto y por ello la culpabilidad por el hecho es fundamento y presupuesto material de la pena y por tanto también debe ser tenida en cuenta al momento de determinar la pena prevaleciendo por sobre la peligrosidad y por sobre toda otra pauta en caso de antinomias. Concluye Righi que a partir de nuestro sistema republicano de gobierno y los principios de legalidad y reserva resulta posible admitir que la culpabilidad es el principal factor de atribución de la pena y determina su límite máximo, que los criterios de utilidad social prevalecen por debajo de ese límite por lo que el Estado debe renunciar a la pena cuando es contraproducente y que nunca prevalece la prevención general negativa ya que las normas legales antes analizadas no mencionan ningún criterio de ejemplaridad.²¹⁸

Se advierten consensos entre autores nacionales en cuanto a que estas pautas deben ser iluminadas por los principios constitucionales relacionados a la dignidad del ser humano, que debe evitarse la doble valoración, esto es, no deben meritarse nuevamente al momento de determinar judicialmente la pena aquellos elementos que ya han sido valorados especialmente por el legislador al crear el tipo penal y su sanción, como también existe coincidencia en cuanto a la ambigüedad de las pautas del art. 41 del Cod. Penal y a la valoración negativa que se cierne sobre los conceptos de peligrosidad y reincidencia, sobre todo a la luz de las

216 Ibidem, pag. 691.

217 Ibidem, pag. 691.

218 Ibidem, pag. 692 y 693.

consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso "*Fermín Ramírez vs. Guatemala*" y aplicables en virtud del control de convencionalidad.²¹⁹

En cuanto a la valoración de la reincidencia como pauta de determinación de la pena a la luz de los principios constitucionales antes mencionados, enseña Patricia Ziffer que a partir de la relación entre el art. 14 del Cod. Penal que veda la posibilidad de acceder a la libertad condicional a los reincidentes y el art. 41 del mismo código que la contempla como pauta de medición de la pena: "*si el elemento reincidencia ya fue tomado en cuenta por el legislador para agravar la ejecución de la pena porque se trata de un hecho al que le corresponde una culpabilidad mas grave, esta especial gravedad no podría ser considerada nuevamente para agravar el monto al tomar en cuenta las circunstancias relevantes según el artículo 41. Pues, de otro modo, se estaría violando la prohibición de doble valoración, o el aspecto material del principio ne bis in idem.*"²²⁰

Las razones por las que se legisla sobre las consecuencias de la reincidencia en ambas normas son las mismas, esto es, la presunción de una mayor gravedad en el hecho cometido por quien ya sufrió una pena que en la realidad conlleva a un aumento en el tiempo de la pena de prisión.

No obstante ello, entiendo que la mención de la reincidencia es sobreabundante en el artículo 41, objetable también desde el punto de vista de la técnica legislativa, debiendo tener en cuenta que de acuerdo a la coherencia que debe guardarse entre las normas de un código no debe reiterarse lo ya legislado, salvo que pudiere reconocérsele un sentido diferente.

La peligrosidad, como pauta establecida en el artículo 41 del Cód. Penal -"*...así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.*"- es un concepto resistido y cuestionado desde el punto de vista constitucional, por cuanto resulta claramente vinculado a un Derecho Penal de autor y luce como inconciliable con un Derecho Penal de acto, en cuanto opción del Constituyente para la cual lo esencial para la cuantificación de la pena es el ilícito culpable, su gravedad y su reprochabilidad al autor, no la peligrosidad.

Esta garantía del individuo frente al Estado que no puede ampliarse por razones preventivas ha sido reivindicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al valorar

219 ZIFFER, Patricia, "La idea de peligrosidad como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Fermín Ramírez*"", en *La Ley*, Buenos Aires, 2007-A, pags.. 630 y sig..
220 ZIFFER, "El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena", pag. 153.

negativamente el concepto de peligrosidad en los fallos “Garrone”, “Maldonado” y “Gramajo”, como también lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, al establecer que la peligrosidad no puede fundar un agravamiento de la pena aún cuando el único parámetro sea un estudio científico (psiquiátrico/psicológico) por cuanto siempre se referirá a la generalidad y no a la persona concreta y su futuro.

Sin perjuicio de ello, se ha considerado a la peligrosidad como pauta de determinación de la pena aceptable si es entendida como energía criminal puesta de manifiesto en el ilícito y por otra parte, las consideraciones anteriores parecen ponerse en tela de juicio en el actual debate sobre la cuantificación de la pena para delincuentes sexuales en cuyo caso parece reabrirse el debate acerca de que si la peligrosidad debe ser una pauta digna de consideración al momento de determinación de la pena.

En tal aspecto, considero oportuno destacar que la diferenciación entre hecho o ilícito y condiciones subjetivas o personales del autor se desdibuja a la luz de los principios que fundan un Derecho Penal de acto, toda vez que desde los postulados de este último sólo deben interesar las condiciones personales exteriorizadas en hechos de modo tal que personalidad y hecho se funden en un mismo objeto de conocimiento a partir de reconocer que cada persona es lo que hace o lo que indican sus hechos.

Es posible sintetizar que en el Derecho Penal europeo existen distintos sistemas en materia de determinación judicial de la pena: en primer lugar, un sistema integrado por códigos como el alemán, el austríaco y el portugués que señalan expresamente que la culpabilidad es la base de la determinación de la pena aunque no se establezcan pautas expresas para mensurar la intensidad de la culpabilidad, con excepción del código austríaco, y pese a lo cual también se realizan consideraciones de tipo preventivo. Otros sistemas, como en el Derecho español, si bien no establecen expresamente a través de la ley que la culpabilidad sea el eje en torno al cual debe girar la determinación de la pena ha sido el Tribunal Constitucional Español el que ha establecido que es la culpabilidad el criterio que debe regir en dicha materia.²²¹

“Principios constitucionales decisivos, como el de legalidad, y de culpabilidad por el hecho, celosamente guardados al elaborar el esquema de la teoría de la imputación del delito parecen relativizarse una vez que ya se ha afirmado la

221 FLEMING y LOPEZ VIÑALS, Op cit., pags. 197 y 198.

necesidad de aplicar una pena, convirtiendo a la decisión relativa a cuál será esa pena en una “zona de riesgo” para derechos fundamentales.... Si en un Estado de Derecho constituye un principio generalmente aceptado que las decisiones judiciales deben tener fundamentos explícitos que las hagan susceptibles de ser controladas según criterios de racionalidad, no puede existir duda alguna acerca de la importancia de establecer bases teóricas sólidas que guíen el proceso de determinación de la pena. Al igual que otros conceptos valorativos de la dogmática jurídico penal deben utilizarse los fundamentos científicos disponibles para que la decisión en torno a la determinación de la pena sea lo más alejada posible de la discrecionalidad del juez, para ser una decisión fundada, controlable racionalmente y susceptible de ser defendida o cuestionada.”²²²

222 Ibidem, 155 y 156.

CAPITULO V: NUEVAS PAUTAS PARA LA MEDICION DE LA PENA

V.- 1.- Búsqueda de precisión para la determinación judicial de la pena.-

La teoría sobre la individualización judicial de la pena si bien se ha especializado en elaborar lineamientos y analizar las circunstancias que son consideradas relevantes para dicha tarea, como también de que manera deben valorarse las mismas, considerándose a Bruns como jurista destacado en tal propósito, lo cierto es que permanece abierto el debate acerca de cuál es la relación que existen entre dichas pautas y cuál ha de ser la influencia en la decisión final.²²³

Asimismo, permanece abierto el debate, tanto en la doctrina nacional como extranjera, acerca de que si la pena puede medirse en cifras y en tal sentido, se aprecia que el principal límite está dado por la imposibilidad de transformar los juicios de valor en cifras numéricas, por lo que al determinar la pena deben considerarse los elementos esenciales del ilícito y los rasgos del autor, compararlos con la imagen establecida de manera genérica y abstracta por la ley y seleccionar la pena adecuada dentro del marco legal, más allá aparece una nueva limitación dada por la imposibilidad de obtener la totalidad de tales datos a partir de los cuales pueda fijarse la mejor pena.²²⁴

Se sostiene también que en la tarea de determinar la pena se aprecia un componente individual irracional al pretender trasladar o convertir la magnitud del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales y que la dogmática jurídico penal debe esforzarse por brindar elementos que permitan eliminar lo máximo posible los componentes irracionales en la decisión judicial de individualizar la pena,²²⁵ y por tanto, optimizar recursos y brindar herramientas que nos acerquen a la mayor racionalidad posible, por cuanto lo que tenga de racional esa decisión permitirá ser cuestionado, modificado, defendido, prevenido o atacado, tal como debe ser en toda decisión judicial.

Enseña Ziffer que la exactitud en la determinación de la pena se encuentra muy distante de ser obtenida por cuanto los distintos esfuerzos que se han realizado desde algunas posturas doctrinarias para otorgarle precisión matemática ha logrado tal objetivo, toda vez que el

223 ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Op cit., pag. 28/29.

224 Ibidem, pag. 29.

225 Ibidem, pags. 29 y 30.

recurso al método matemático resultaría viable una vez decidido cuáles son los factores relevantes y cuál ha de ser la valoración de los mismos, cuestiones éstas que aún no han sido dilucidadas en la dogmática. No obstante ello, la búsqueda de la precisión matemática ha demostrado, en realidad, que no se trata de reducir el ilícito y la culpabilidad a un denominador común que posibilite la medición, sino que en la determinación de la pena se da un proceso de atribución.²²⁶

Si medir significa adjudicar un número determinado a un objeto o hecho de modo tal que las relaciones entre los números puedan reflejar ciertas relaciones entre tales hechos u objetos, la cuestión no se centra en que si la culpabilidad, el ilícito o la peligrosidad resultan susceptibles de ser medidos, sino en la falta de precisión que poseen tales conceptos y en la ausencia de consenso sobre la finalidad que persigue la aplicación de una pena. No obstante ello, lo realmente importante es poder establecer claramente qué factores son relevantes para la determinación de la pena y exponerlos con transparencia en la decisión, por lo que una vez que se acepte este postulado podremos indagar sobre la mejor forma de medir o de establecer escalas que permita la aplicación de un mismo baremo a un mismo caso.²²⁷

Es oportuno recordar que las escalas penales no sólo limitan la discrecionalidad del juez sino que también reflejan el valor proporcional de la norma prohibitiva o imperativa dentro del sistema jurídico que a su vez refleja la mayor o menor importancia de un bien jurídico y de los valores existentes en una sociedad.²²⁸

Por su parte, Eduard Dreher ha afirmado que el marco legal constituye una escala de gravedad continua en la que aparecen comprendidos desde el caso más leve hasta el más grave de manera paulatina en un intento de prever todos los casos posibles. Esta teoría, llamada de la “escala de gravedad continua”, pretende ubicar los casos más leves o menos graves en el mínimo de la escala penal, los casos de gravedad intermedia en el medio de la escala y los más graves en el máximo de la misma, permitiendo que el juez ubique cada caso dentro del segmento correcto de la escala. Si bien esta teoría soluciona la cuestión referida al “punto de ingreso” al marco penal, permite también que el juez identifique cuáles son los casos pensados por el legislador para cada alternativa de pena y establezca comparaciones con

226 Ibidem, pags. 30 y 31.

227 Ibidem, pag. 31 y 32.

228 Ibidem, pag. 37.

el traído a resolver y por tanto, tiende a socavar la discrecionalidad del juez y afianzar un mayor apego a la ley y su previsión de los casos con diferente gravedad.²²⁹

No obstante ello, se recuerda también que la valoración del legislador plasmada en los marcos penales puede cambiar con el transcurso del tiempo y de los cambios culturales, todo lo cual puede incidir en la merituación de la gravedad de los casos, más en función de una interpretación dinámica de las normas pueden verse reflejados también esos cambios en las valoraciones judiciales, sin perjuicio de que cuanto las corrientes de opinión adquieran una fuerza decisiva podrán incidir también en el aumento o disminución de pena.²³⁰

Se objeta, así también, que ante un acto valorativo como es el determinar la pena nadie puede sustraerse de su propio contexto y su interpretación se encuentra también atravesada por su subjetividad. Otra crítica a esta teoría se funda en que la misma no permite computar el sufrimiento personal del penado en forma indirectamente proporcional a la duración, no siendo posible equiparar matemáticamente la duración de la pena y el sufrimiento, es decir: seis años de prisión no es sólo el doble de tres. Por otra parte, debe observarse con precaución la construcción imaginaria de un caso a ubicar en el límite máximo de la escala penal que no constituya además el supuesto típico de una agravante; de allí que lo que se propone es la valoración del ilícito culpable en su totalidad y su acercamiento al caso más grave o más leve mayormente posible.²³¹

Asimismo, se ha considerado que las escalas penales reflejan proporcionalmente la capacidad de motivación frente al ilícito o la culpabilidad, pero ello nos aleja de la diferenciación entre bienes jurídicos como fundamento de la gravedad de las penas, por cuanto si sólo se intentara medir a partir de la culpabilidad, bastaría una escala única para todos los delitos pero como debe medirse también el ilícito y ello implica tener en cuenta una escala de gravedad según la importancia de las normas y los bienes jurídicos protegidos, la pena justa y adecuada debe ser proporcional a dicha escala, aunque el término “proporcional” no sea unívoco ni preciso.²³²

Así también, a partir de considerar a los marcos penales como indicadores del valor proporcional de la norma es posible concluir que la gravedad de una pena no se determina en

229 Ibidem, pag. 37.

230 Ibidem, pag. 38.

231 Ibidem, pag. 39.

232 Ibidem, pag. 40.

abstracto sino en relación al mínimo y al máximo de la escala penal del delito del que se trate, y esta relatividad hace que si varía el marco penal, sea por una reforma legislativa o por una modificación de la calificación legal efectuada por otra autoridad, como por ejemplo al resolver un recurso un tribunal de alzada, debe variar el baremo utilizado para la medición. A modo de ejemplo, si se mantiene el mínimo de un año, pena de dos años de prisión no representa la misma gravedad o el mismo juicio de atribución si el máximo es seis años que si es de tres años, por cuanto en el primer caso representa una mayor gravedad en este último caso que en el primero por acercarse más al máximo de la escala.²³³

Por su parte, Jesús María Silva Sánchez, partiendo de la idea según la cual el desarrollo de la teoría de la determinación de la pena es mucho menor al de la teoría del delito debido a que -entre otras razones- un gran sector de la doctrina relaciona más aquélla con las teorías sobre los fines de la pena, especialmente con la prevención y la política criminal, que con el sistema de imputación, desarrolla varias premisas para intentar demostrar que si la política criminal que realiza el juez al individualizar la pena debe canalizarse por vía dogmática, la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse como la dimensión cuantitativa o de grado de un sistema de la teoría del delito.²³⁴

Así y partiendo de que la única política criminal que debe realizar el juez es la que se puede encauzarse en las categorías dogmáticas sostiene que el marco penal abstracto es la respuesta a un conjunto de hechos que constituyen un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible con los elementos de merecimiento y necesidad de dicha pena-marco; que tanto el injusto como la culpabilidad y la punibilidad son graduables, por lo que el marco penal contiene submarcos que asignan medidas a subclases de realizaciones más o menos graves de injusto penal culpable y punible y que al determinar la pena el juez lo que hace es constatar el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad en un determinado hecho que se traduce en una medida de pena.²³⁵

Esta propuesta de Silva Sánchez, según la cual la determinación de la pena es la determinación del exacto contenido delictivo del hecho, se distancia de las teorías del valor posicional, del espacio de juego y de la prohibición de desbordamiento de la culpabilidad, y

233 Ibidem, pags. 41 y 42.

234 SILVA SANCHEZ, Jesús María, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", publicado en "InDret -Revista para el análisis del Derecho", Barcelona, 2007, pags. 4 y 5.

235 Ibidem, pag. 5.

aunque tal tarea deba canalizarse por las categorías dogmáticas ello no implica desatender criterios preventivos, toda vez que las categorías dogmáticas deben ser reconstruidas en consideración de las finalidades preventivas de modo tal que la fijación del cuánto de la pena sea la determinación del cuanto de merecimiento y necesidad político criminal de pena.²³⁶

Además, los postulados político-criminales deben llegar al juez en forma de enunciados dogmáticos y no deben ser distintos a los utilizados en la teoría del delito. La determinación de la pena constituye la continuación cuantitativa de la teoría del delito y por tanto el método de cuantificación del injusto como de la culpabilidad dependerá de los conceptos de injusto y de culpabilidad que se utilicen como punto de partida.²³⁷

Intenta el autor antes nombrado elaborar una escala cuantitativa de subtipos de realizaciones típicas en las que se contengan ordenadas en función de su gravedad las diversas formas de realización de un mismo tipo para lo cual deberán establecerse primeramente un conjunto de criterios de valoración-ordenación, como por ejemplo el injusto objetivo ex ante y ex post subjetivo. A su vez, cada criterio examina los casos a partir de un nivel de análisis determinado en términos estructurales, como también desde una concepción básica de la teoría del delito: normativista o naturalista. La aplicación sistemática de los criterios de valoración permitiría la ordenación de dichos casos según valores de análisis de los casos y este, a su vez, haría posible la ordenación de dichos casos según valores idealmente numéricos, por ejemplo en base de modo tal que un caso A tendría un injusto objetivo de 5, frente a otro caso B cuyo injusto sería de 7, en cambio el mismo caso A tendría un injusto subjetivo de 8 mientras que al B se le asignaría un injusto subjetivo de 5, todo ello en términos aproximados.²³⁸

Ante las concepciones empíricas o ideal-comunicativa del injusto resultaría conveniente a criterio de Silva Sánchez, optar por un concepto real de injusto que incorpore junto a la dimensión empírica (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico) una dimensión comunicativa (negación de la norma).²³⁹

*“Así las cosas, un posible modelo de cuantificación del injusto del hecho debería considerar los siguientes factores:
A) El injusto objetivo. a) el injusto ex ante, aa) riesgo para el bien jurídico concretamente protegido, aaa) dimensión*

236 Ibidem, pag. 6.

237 Ibidem, pag. 8.

238 Ibidem, pag. 10.

239 Ibidem, pag. 11.

cuantitativa, aaaa) grado de probabilidad ex ante de la lesión, 1- seguridad, 2- probabilidad máxima, 3- probabilidad media, 4- probabilidad mínima, 5- improbabilidad, aab) magnitud esperable de la lesión 1- máxima 2- media 3- mínima 4- inexistente, aab) dimensión cualitativa aaba) infracción de deberes especiales en relación con la situación típica 1- deber de garante de intensidad máxima, 2- deber de garante de intensidad media 3- deber mínimo, 4- ausencia de deber aabb) elementos de contenido expresivo o simbólico (móviles, etc.) contemplados ex ante ab) riesgos para otros bienes: las consecuencias extratípicas previsibles.”²⁴⁰

Es posible que el incremento del injusto se vea rebajado o compensado en el ámbito de la culpabilidad. “b) Injusto ex post: medida efectiva de la lesión (o efectiva puesta en peligro) y de la negación de la norma. 1- lesión máxima, 2- lesión media, 3- lesión mínima, 4- ausencia de lesión. B) La imputación subjetiva: intención y grados de conocimiento: 1- intención + conocimiento seguro, 2- intención + conocimiento probable (pero hay distintos grados de probabilidad y de conocimiento de ésta), 3- intención, 4- conocimiento seguro, 5- conocimiento de lo probable (pero hay distintos grados de probabilidad y de conocimiento de ésta), 6- conocimiento de lo posible, 7- desconocimiento vencible y 8- desconocimiento invencible”²⁴¹

Así, el esquema de ordenación en los casos intermedios oscila entre el caso más grave (máxima probabilidad + máximo daño + máxima infracción de deberes + máxima negación del derecho + intención y conocimiento seguro) y el caso menos grave (mínima probabilidad + mínimo daño + mínima infracción de deberes + mínima negación del derecho + conocimiento sólo probable), a la vez que dichos casos intermedios pueden presentar diversidad de tipologías.²⁴²

Con relación a las reglas de medición de la pena y la complejidad de tal tarea, es oportuno señalar que en España, el Código Penal de 1995 con las reformas incorporadas en el año 2003 otorga un gran margen de libertad al juez al momento de determinar la pena toda vez que no contiene criterios generales sino pautas específicas en algunos casos puntuales como en el art. 68 o 66.1. No obstante lo cual, las exigencias de motivación de la decisión judicial en tal sentido provienen de la Constitución española y del Tribunal Supremo que en la instancia recursiva resalta el deber de los jueces de explicitar las razones por las que se aplica una determinada magnitud de pena a la vez que señala ante dicha carencia, la posibilidad de tres alternativas: la devolución del expediente al tribunal de primera instancia para que dicte una nueva pena expresando las razones, subsanar el error individualizando la pena a partir de los elementos existentes en dicha instancia o imponer como pena el mínimo de la escala

240 Ibidem, pag. 12.

241 Ibidem, pag. 13.

242 Ibidem, pags. 13 y 14.

penal.²⁴³

Se intenta desde la doctrina española referir a los aportes de la teoría de la proporcionalidad por el hecho o de la pena proporcional al hecho, la que si bien es de origen anglosajón ha tenido recepción en la doctrina alemana y nace precisamente a partir de la constatación del fracaso de la ideología de la resocialización como finalidad exclusiva de la pena que durante los años sesenta y setenta fueron experimentadas en algunos estados de Estados Unidos, Suecia y Noruega y la necesidad de recuperar un sistema tradicional garantista conocido también como neoclásico en el cual “...los hechos y la pena se ven determinados antes de la comisión del hecho y de la ejecución de la sentencia. Ello supuso el intento de volver a una estricta vinculación con los principios liberales clásicos (vinculados tradicionalmente a la teoría de la prevención general) de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad que la ideología resocializadora había puesto en entredicho”.²⁴⁴

Así, los autores denominados neoclásicos o proporcionalistas, como Hirsch y Jareborg, procuran obtener una mayor igualdad y transparencia en la actividad de determinar la pena, alejándose de la idea según la cual ésta pueda alterarse por pronósticos para el futuro.²⁴⁵

Este modelo neo-proporcionalista en materia de determinación de la pena ha tenido una exposición importante en Alemania a través de los aportes de Schünemann y su discípula Tatjana Hörnle, se orienta retrospectivamente -hacia el hecho- y no prospectivamente -hacia el futuro-, limita la prevención general con la culpabilidad y la proporcionalidad con el hecho delictivo en sí mismo, sin atender a las consecuencias que la pena pueda tener para el mismo autor o para terceros, reservándose la prevención general intimidatoria sólo para la etapa de la conminación penal pero no para la de determinación judicial de la pena, etapa esta última en la que comenzarían a adquirir preponderancia las consideraciones desde la perspectiva de la víctima y su afectación individual -disvalor del resultado o afectación del bien jurídico- sin tener en cuenta la dimensión social del hecho o las finalidades de la pena.²⁴⁶

Sostiene así esta teoría que la determinación de la pena debe orientarse a la teoría del injusto culpable y sólo depende de la gravedad del hecho, colaborando la teoría del delito de la que se trate con los factores que serán útiles para la individualización de la pena, lo que

243 FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho”, en “InDret - Revista para el análisis del Derecho”, Barcelona, 2007, pag. 4.

244 Ibidem, pag. 5 y 6.

245 Ibidem, pag. 6.

246 Ibidem, pag. 7.

permite la normativización de dichos factores y el aporte de racionalidad a dicha actividad.²⁴⁷

Por su parte, Hörnle parte de considerar al ilícito fundamentalmente a partir del disvalor de resultado, el que además depende del grado de afectación o puesta en peligro del bien jurídico que haya sufrido su titular y del menoscabo a su calidad de vida concreta y ello se refleja en la consideración sobre su gravedad, de modo tal que esta última dependerá del resultado lesivo y no de elementos que tengan que ver con la culpabilidad y con el efecto comunicativo-social del hecho, resultando la determinación de la pena la graduación del injusto culpable.²⁴⁸

Sostiene Frisch, por su parte, que al ser la pena la consecuencia de la afirmación de la existencia del ilícito culpable la teoría del delito deberían observarse pautas coherentes con el sistema de imputación para la etapa de su cuantificación: “... la búsqueda de la pena ajustada a la culpabilidad no debiera ser sino una prosecución de la cualificación del hecho como delito.”²⁴⁹

Sin perjuicio de lo expuesto, resultan oportunas las palabras de Bernd Schünemann referidas a que en el ámbito de la determinación judicial de la pena el Derecho Penal moderno debe abandonar la doctrina dominante que pretende -dentro de la teoría ya analizada del espacio de juego- englobar dentro de la pena “adecuada a la culpabilidad” todas las circunstancias relativas al comportamiento del autor, sino que una pena orientada a la prevención general debe referir a la magnitud de la lesión del bien jurídico o gravedad del hecho y a la energía criminal expresada en este último, siempre en la medida en que ambas circunstancias fuesen conocidas y subjetivamente imputables.²⁵⁰

Sostiene este autor que las consideraciones estrictamente preventivo-especiales deben tenerse en cuenta sólo en los casos de suspensión de la pena cuando el pronóstico es favorable al autor, pero nunca cuando son desfavorables y puedan ser interpretadas en perjuicio de su situación.²⁵¹

“En resumen, cabe formular los siguientes principios básicos para la futura reorientación de la medición de la pena: Debe abandonarse el uso lingüístico relativo a una pena “ajustada a la culpabilidad”, pues induce a error..... ha de aparecer en el futuro una medición de la pena calculable y previsible, que garantice el principio de igualdad. La magnitud de la pena ha de graduarse en función de la magnitud del injusto imputable y del efecto de amenaza producido por el delito,

247 Ibidem, pag. 9.

248 Ibidem, pag. 10.

249 FRISCH, Wolfgang, citado en FLEMING y LOPEZ VIÑALS, Op cit., pag. 177.

250 SCHÜNEMANN, Op. cit., pag. 176.

251 Ibidem, pag. 176.

mientras que las consideraciones preventivo-especiales (prescindiendo de la sensibilidad de la pena) deben limitarse a las decisiones de pronóstico expresamente exigidas en la ley. Sólo una vez que esta concepción de una medición de la pena preventiva limitada por el principio de culpabilidad se haya llevado a la práctica, cabrá hablar de que ha concluido por completo la transformación de un caduco Derecho Penal retributivo en un moderno Derecho Penal preventivo."²⁵²

No obstante ello y teniendo en consideración que las palabras utilizadas en nuestro lenguaje admiten una interpretación que no es estática sino que varía con el transcurso del tiempo y el advenimiento de nuevos consensos sociales, puesto que son parte de los cambios culturales, resulta útil preguntarnos qué es lo que entendemos hoy cuando utilizamos determinadas expresiones relacionadas con la problemática aquí tratada, tales como culpabilidad, peligrosidad, prevención, resocialización, reinserción social, prevención especial positiva, entre otros, y sincerar el discurso al intentar las respuestas.

Así, los conceptos antes mencionados como por ejemplo los de culpabilidad o prevención no son conceptos absolutos, sino que deben ser esclarecidos en función de sus límites y admiten, además, redefiniciones que permite preguntarnos en la actualidad qué es lo que entendemos por tales y qué esperamos de los mismos. Y la respuesta no puede ser otra que aquella que pueda sostenerse desde la perspectiva constitucional y de los derechos humanos.

En tal sentido: *“Se ha dicho que un adecuado funcionamiento de la culpabilidad y prevención en el marco de la teoría de la determinación de la pena exige que ambas sean objeto de una fundamentación independiente; en este aspecto debe trabajarse tomando primordialmente en cuenta la visión retrospectiva que genera el funcionamiento de la culpabilidad y la proyección de futuro que anida en el elemento de prevención.”*²⁵³

Culpabilidad y prevención admiten compatibilidad desde el punto de vista constitucional en la medida en que resulten garantizados los principios ya analizados de legalidad, culpabilidad e igualdad ante la ley y que el término prevención pueda ser redefinido como humanización. *“Es un problema de justicia el tomar en cuenta todas las circunstancias personales que influyen en la culpa personal.”*²⁵⁴

El equilibrio en la ponderación de la culpabilidad y la prevención al individualizar la pena de buscarse apelando a un test que sostenga a la pena escogida como una respuesta racional y justa al ilícito culpable, ligada a la noción de culpabilidad, como también puede considerarse el impacto que la pena tendrá en la vida del condenado teniendo en cuenta su

252 Ibidem, pag. 178.

253 HIRSCH, Hans Joachim, citado en FLEMING y LOPEZ VIÑALS, Op cit., pag. 178.

254 HÖRNLE, Op cit., pag. 31.

particular humanidad.²⁵⁵

El mandato constitucional de humanización de las penas debe, en tal sentido, reemplazar a las exigencias de prevención especial positiva.

Así: “... la prevención en lo que tiene que ver con el sujeto penado no se vincula a pretensiones de transformar compulsivamente a una persona previamente catalogada como mala en otra mejor; sino en impedir que la pena surta en ella una paradójal efecto destructivo que la vuelva aún más proclive al delito. Ello de ningún modo quita la expectativa social en que la pena surta un efecto sobre su destinatarios. El reproche que supone su imposición es indudablemente un mensaje de desaprobación, tanto con lo pasado como con lo futuro, de persistir el penado en ese tipo de conductas....- Desde esta apreciación, vemos a la prevención actuando de modo más tenue en la etapa de determinación judicial de la pena, que entonces resulta alumbrada por la noción de retribución de la culpabilidad....”²⁵⁶

255 FLEMING y LOPEZ VIÑALS, Op cit., pags. 179 y 180.

256 Ibidem, pags. 180 y 181.

V.- 2.- Elaboración de nuevas pautas para la determinación judicial de la pena.-

A partir de lo expuesto a través de los capítulos precedentes en sus distintas secciones y del abordaje de la problemática que rodea a la determinación judicial de la pena, su relación con las distintas teorías acerca de sus fines y los sistemas de imputación y el intento de iluminar dicha problemática con los principios emanados de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, he reservado la presente sección para realizar consideraciones generales sobre el tema que si bien no pueden ser consideradas técnicamente conclusiones, dado que éstas se presentarán al final del presente trabajo de investigación, sí intentarán no sólo representar el corolario de la exposición sino fundamentalmente brindar un aporte y una propuesta no sólo de interpretación de las actuales pautas legales de la determinación judicial de la pena sino también de integración en una futura reforma legislativa.

En primer término, he de considerar que la función judicial de determinar y cuantificar la pena, una vez afirmada la existencia del ilícito culpable, debe encauzarse dentro de los límites y principios constitucionales antes mencionados. Por tanto, a partir de la perspectiva constitucional, puede reformarse el artículo 41 del Cod. Penal o interpretarse en su redacción actual conforme el mandato constitucional.

*“El Derecho Penal y las penas, en sus contenidos cuantitativos y cualitativos, se deben fraguar en un crisol limitado por la observancia de los derechos humanos”.*²⁵⁷

Las actuales pautas de determinación judicial de la pena previstas en el artículo 41 del Cod. Penal han sido habitualmente consideradas como objetivas o subjetivas por la doctrina según refieran al hecho cometido o a la persona del autor; no obstante lo cual entiendo que la clasificación de las mismas debería imitar lo que sucede al clasificar los elementos de los tipos penales a los que puede considerarse como predominantemente descriptivos o predominantemente valorativos y referirse en este ámbito a pautas predominantemente objetivas o referidas primordialmente al ilícito culpable y pautas predominantemente subjetivas o referidas primordialmente a la persona del autor, toda vez que no resulta ajustada a la realidad una división tan tajante como la propuesta en primer término por cuanto si bien

257 FLEMING y LOPEZ VIÑALS, Op, cit, pag. 57.

se pena por la comisión de un ilícito culpable pero también se pena a una persona con su individualidad exclusiva e irrepetible.

En nuestro sistema penal y en pos de construir nuevas pautas de individualización de la pena más cercanas al paradigma constitucional, se ha señalado con respecto a uno de los términos más resistidos desde dicha perspectiva tal como es el de “peligrosidad”, expresamente mencionado en el art. 41 del Cod. Penal, que dicho término se encuentra doctrinalmente perimido, como también que resulta extraño al resto del texto legal, no susceptible de verificación e incompatible con la Constitución Nacional y con el derecho internacional de los derechos humanos.²⁵⁸

A partir de la sanción de nuestro Código Penal en 1921 se postularon dos posiciones que respondían a la discusión del momento. Una de ellas, representada por Ricardo Núñez, sostenía que la peligrosidad es la capacidad delictiva o probabilidad de que el autor cometa nuevamente delitos, como asimismo que todas las circunstancias enumeradas por el art. 41 debían ser valoradas como indicativas de la mayor o menor peligrosidad del delincuente ya que esta última era considerada como el pilar fundamental sobre el que se apoyan tales pautas, siendo la determinación judicial de la pena una individualización personal que exige una base subjetiva como la peligrosidad.²⁵⁹

En cuanto a la segunda postura, sostenida por Sebastián Soler, se erige sobre la premisa según la cual la peligrosidad no es el fundamento principal en la determinación judicial de la pena sino sólo uno de los criterios a considerar dentro de las circunstancias subjetivas que establece el artículo 41 en cuyo texto es posible advertir tanto circunstancias subjetivas como objetivas, resultando la gravedad del hecho el principal criterio de graduación.²⁶⁰

No obstante el contexto histórico y el auge de las ideas positivistas vigentes al momento de la sanción de nuestra ley penal sustantiva, es destacable que si se considerara a la peligrosidad como el fundamento exclusivo de la pena, tal como lo hace dicha escuela y como lo interpreta la postura comandada por Nuñez, ello implicaría incurrir en una contradicción con el texto normativo por cuanto no tendría función o sentido alguno hablar de atenuantes y agravantes si la cuantificación de la pena sólo dependiera de la peligrosidad como tampoco

258 ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, citados en D’ALESSIO y DIVITO, Op. Cit, pag, 640.

259 NUÑEZ, citado en D’ALESSIO y DIVITO, Op. Cit., pag. 640.

260 SOLER, Sebastián, citado en D’ALESSIO y DIVITO, Op. cit., pag. 640.

tendría sentido analizar el hecho previo si la determinación de la pena sólo dependiera del pronóstico acerca de la posible comisión de nuevos delitos en el futuro.²⁶¹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de su jurisprudencia, se ha expedido sobre la peligrosidad en los precedentes “Maldonado” (CS Fallos: 328:4343) y “Garrone” (Fallos: 330:393), señalando en el primero de ellos que la idea de peligrosidad en la fijación de penas es de cuño positivista, que sus raíces están en las teorías racistas del siglo XIX que prepararon el terreno al genocidio en el siglo XX y que como tal, resulta contraria a la concepción que del ser humano tiene la Constitución Nacional, invocándose el fallo “Fermín Ramírez vs. Guatemala” de fecha 20/06/2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto en sus considerandos 94 y 95 se señala que la valoración de la peligrosidad para la determinación de la pena como probabilidad de que el sujeto cometa nuevos hechos delictivos implica valorar lo que el sujeto es y no lo que el sujeto ha hecho.²⁶²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez vs Guatemala” ha concluido que “...la introducción en la ley penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y por ende, contrario a la Convención.”²⁶³, de modo y de aceptarse la peligrosidad como pauta a tales fines, la persona no sería penada por un hecho previamente descripto por la ley como delito sino por su probable conducta futura.

Por su parte, las condiciones personales tampoco podría utilizarse como circunstancias que encubran consideraciones de peligrosidad, sino que deben meritarse como pautas de determinación de la pena relevantes a fin de establecer las necesidades de prevención especial, teniendo en consideración la situación del autor al momento de la sentencia y el modo en que la pena afectará a quien debe sufrirla, por lo que se entiende que debe estar orientada al principio de menor lesividad en cuanto intenta reducir lo mayormente posible los efectos negativos de la pena²⁶⁴

En este aspecto, Zaffaroni, Alagia y Slokar entienden que cuando el artículo 41 se refiere a los demás antecedentes y condiciones personales no se refiere a la personalidad del agente sino a las particularidades de su persona, que se trata de apreciaciones vinculadas a

261 ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Op cit., pag. 117.

262 D’ALESSIO y DIVITO, Op cit., pag. 642.

263 ZIFFER, Patricia, “La idea de peligrosidad como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez”, Op cit., pags. 630 y sig.

264 ZIFFER, citada en D’ALESSIO y DIVITO, Op cit, pag. 647.

estereotipos sociales y que cuando son negativos por responder a prejuicios discriminatorios sobre nacionalidad, grupo cultural, religión, consumo de sustancias prohibidas, etc., aparece lo que se llama la tipicidad social negativa, la que en verdad es demostrativa de una mayor vulnerabilidad y una mayor exposición de la persona a ser seleccionado por el sistema penal. Explican que si la selección se funda en determinadas características de su persona, dichas circunstancias deben descontarse de la medida de la pena que indica la gravedad del ilícito culpable.²⁶⁵

Tales consideraciones están relacionadas también con el lugar de preponderancia que debe ocupar el ilícito culpable al momento de cuantificar la pena. *“El ilícito culpable constituye la base de la determinación de la pena. En un derecho penal de hecho esto no podría ser de otro modo: el hecho es decisivo no sólo para considerar la posibilidad de una pena, sino que la pena debe “adecuarse” al hecho.”*²⁶⁶

No obstante, el campo de análisis debe ampliarse al momento de la tarea de cuantificar la pena y debe permitirse el ingreso de elementos de tipo preventivo para complementar el análisis, indicándose como prueba de la aceptación en nuestro sistema de circunstancias ajenas al ilícito culpable al momento de establecer la pena la consideración de las condiciones objetivas de punibilidad.²⁶⁷

El art. 41 del Cod. Penal también contempla también como pauta para la determinación de la pena a la “extensión del daño” causado en cuanto ponderación de la importancia de las consecuencias del ilícito, y de alguna manera permite incorporar las consideraciones acerca del delito como “disvalor de acción - disvalor de resultado”.²⁶⁸

La especial consideración de la víctima en cuanto pauta para la determinación de la pena aparece relacionada con la evaluación de la gravedad del ilícito y debe concedérsele un lugar preponderante al momento de fijar la pena, resultando válido evaluar su interés o desinterés a tales fines y las razones de los mismos, pudiendo introducirse así todas las consideraciones relativas a la víctima al analizar las “circunstancias posteriores al hecho”.²⁶⁹

Al evaluar la calidad de las personas y los vínculos personales, las particularidades de la víctima también pueden ser relevantes en la medida que la acción represente el

265 D’ALESSIO y DIVITO, Op cit., pag. 648.

266 ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, pags. 120/121.

267 Ibidem, pag. 122.

268 Ibidem, pag. 122.

269 Ibidem, pag. 125.

aprovechamiento de parte del autor de una especial situación de indefensión.²⁷⁰

Las condiciones personales del autor también permiten abarcar otras sub pautas tales como lo que se ha denominado la “sensibilidad de la pena”, esto es, todo aquello relacionado a la afectación particular que una pena representa para un condenado, como por ejemplo tratándose de ancianos, extranjeros, enfermos terminales, personas con una expectativa de vida reducida y todo otro caso en el que la pena aparece como portadora de un plus de sufrimiento por la situación particular que presenta el penado, situaciones éstas a las que si bien la ley nacional de ejecución pretende dar respuesta, exponen de algún modo lo sostenido en el primer capítulo en lo que refiere a que la pena no sólo es tiempo que se mide en cantidades numéricas sino también que la calidad del mismo varía según las circunstancias individuales.²⁷¹

Al evaluar la sensibilidad de la pena se refiere también a la situación de aquellas personas que tienen más que perder como consecuencia de la imposición de una pena y por tanto son más sensibles a la misma, por razones de edad, vida laboral, familiar, entre otras, no obstante lo cual una pena atenuada por tales motivos en tales casos tendría un alto costo en materia de prevención general positiva, ya que podría darse en el mismo caso que la expectativa de conducta conforme a la norma será mucho mayor y por tanto, mayor aún la defraudación a tales expectativas.²⁷²

Así también, al analizar las condiciones personales del autor como pauta para la determinación de la pena podrían evaluarse aquellas consideraciones respecto de la denominada “pena natural”, en cuanto esta última refiere a una constelación de casos cuyo común denominador consiste en que el mismo hecho acarrea al autor graves sufrimientos que podrían descontarse de la pena a imponer, como por ejemplo la muerte de un ser querido en los delitos imprudentes o la afectación en la salud como consecuencia de la acción delictiva, no obstante lo cual, si bien resulta difícil ubicar tales circunstancias en un sistema del hecho punible sin incurrir en contradicciones por cuanto aquello que podría ser considerado un atenuante en los delitos imprudentes constituye un agravante en los delitos dolosos por existir un mayor deber de protección en virtud del vínculo con la víctima, en virtud del mandato

270 Ibidem, pags. 128 y 129.

271 Ibidem, pag. 140.

272 Ibidem, pag. 146.

constitucional de humanización de la pena podrían introducirse tales consideraciones referidas tanto a la sensibilidad de la pena como a la pena natural siempre que las mismas no contradigan otros mandatos de igual rango.

A la luz de los principios constitucionales ya analizados, entiendo que deben omitirse la reincidencia, la reiteración delictiva y la peligrosidad como pautas de determinación de la pena, toda vez que en especial respecto de la reincidencia, ésta ya constituye una circunstancia a la que se le asignan distintas consecuencias que pueden resumirse en una restricción de beneficios o derechos para quien incurre en ella, como la imposibilidad de acceder a una condena de cumplimiento condicional en los términos de los Arts. 26 y 27 del Cod. Penal y en consecuencia a una salida alternativa como la suspensión del juicio a prueba en los términos del Art. 76 bis, cuarto párrafo del Cod. Penal, a la libertad condicional según lo establecido en el Art. 14 del Cod. Penal y también como agravante en algunos tipos penales como el Art. 189 bis, inc. 2), octavo párrafo y que de sostenerse o mantenerse como pauta de determinación judicial de la pena implicaría incurrir en una doble o triple valoración negativa de la misma que conculca el principio del non bis in idem.

Es oportuno recordar también que denominada “tesis de la advertencia”, utilizada para justificar la valoración de la reincidencia como agravante se basa en que la creencia de que vivencia de la pena anterior por parte del individuo debería haberle servido para incurrir en la comisión de nuevos delitos, lo cual no sólo se ha entendido como ficticio, sino también como lesivo del principio de inocencia,²⁷³ sin perjuicio de que implica la realización de valoraciones respecto de como debería impactar la pena en el mundo interno del penado, lo cual es una cuestión absolutamente personal que debe permanecer ajena a la injerencia del Estado.

Existen dos temáticas de vital importancia que intentaré abordar también en la presente y que refieren tanto a la pluralidad delictiva como al rol de la víctima como pautas a evaluar al momento de individualizar y cuantificar la sanción penal.

En cuanto a la consideración de la pluralidad de hechos delictivos y su relación con la determinación judicial de la pena, entiendo que tal situación debe ser considerada como una pauta a tener en cuenta al momento de cuantificar la sanción penal y que si bien debería incorporarse expresamente a través de una reforma legislativa, también a partir de las normas

273 ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, pags. 155 y 156.

vigentes es posible su consideración como tal.

En tal sentido, debe recordarse que en los casos en que una persona ha cometido más de un hecho delictivo nuestra ley adopta un sistema de unificación de la respuesta punitiva o también denominado de la “pena total”, lo que si bien parece contradecir una posición retributiva de la pena, se ha intentado explicar: *“No hay dudas de que la preocupación por una finalidad resocializadora, entendida como aquí se lo hace, como la necesidad de preservar al penado para una adecuada vida social, sólo se satisface enfocándolo como destinatario de una sanción única que en ciertos grados de ejecución permita un análisis global de su influencia sobre el sujeto. En cambio, un sistema que compartimentase la pena, pulverizaría las posibilidades de seguimiento de una evolución, pues demandaría que cada una de las penas sucesivas fuera analizada desde cero.”*²⁷⁴

No obstante ello, entiendo procedente destacar que más allá de las razones antes expuestas, desde la perspectiva de los principios constitucionales de culpabilidad, legalidad e igualdad no deberían merecer idéntico tratamiento los casos de pluralidad delictiva que aquellos en que se ha condenado por un único hecho en la etapa de determinación judicial de la pena.

Tal consideración no abarcaría los casos de concurso aparente o de leyes, en los que una misma conducta parece encuadrar en más de un tipo penal y ocasionar más de una lesión jurídica sólo en apariencia y que son resueltos por nuestra ley a través de reglas como la subsidiariedad y la consunción, en las que se utiliza sólo el tipo penal que consume el contenido de la prohibición material del otro tipo involucrado sólo en apariencia,²⁷⁵ como tampoco los casos de concurso ideal, en los que una misma conducta resulta configurativa de dos o más tipos penales que no se excluyen entre sí y en los que nuestra ley ha optado por un sistema de absorción donde la escala más grave excluye a otras de menor gravedad,²⁷⁶ sino tan sólo a los casos de concurso real en los que distintas conductas independientes entre sí encuadran en el mismo o en distintos tipos penales, según se trate de concursos heterogéneos u homogéneos, en los que entiendo necesario realizar algunos ajustes en materia de determinación judicial de la pena sin alterar el sistema de respuesta penal única.

En otras palabras, que ante un caso de concurso real, cuyas reglas resultan también aplicables a los casos de unificación de condenas según art. 58 del Cod. Penal, aunque no se acepte mayoritariamente que también deba aplicarse a los casos de unificación de penas

274 FLEMING y LOPEZ VIÑALS, Op cit., pags. 310 y 311.

275 Ibidem, pag. 312.

276 Ibidem, pag. 314.

cuando el hecho juzgado es posterior a la sentencia de condena y en los que debe recurrirse la suma aritmética²⁷⁷, no debe confundirse la opción legislativa de una respuesta penal única con la consideración de diversos hechos como si fuesen uno sólo al momento de establecer el “quantum” de esa respuesta estatal.

Si bien se ha interpretado que puede emplearse el mínimo legal constituido por el mínimo mayor en un caso de concurso material de delitos, a diferencia de lo normado en el Derecho Penal Alemán en el que el punto de partida si bien aparece dado por el mínimo del delito más grave debe ese monto incrementarse en función de la necesidad de retribución de los demás hechos,²⁷⁸ lo cierto es que también se ha advertido en el sentido antes expuesto que *“En el caso del régimen aspensivo que surge del artículo 55 del Código Penal, como el cúmulo jurídico torna posible que el mínimo mayor sea tomado como suficiente para retribuir penalmente la multiplicidad delictiva, se llega a una situación en la que aparece igualmente castigado ese delito en un contexto que incluye otras conductas ilícitas o si se verifica su existencia aislada, lo que puede ser percibido como una situación de impunidad o de insuficiencia en la fijación de la respuesta punitiva.”*²⁷⁹

Por ello es que, en concordancia de la elección de nuestra ley penal de un sistema de absorción que se aplica sobre el mínimo de la escala y el de acumulación que se aplica sobre el máximo de la escala²⁸⁰ con un máximo determinado legalmente que no podrá superarse, en materia de concursos y del sistema de unidad de la respuesta penal en contraposición a la aplicación de penas sucesivas, entiendo razonable que en caso de concurso real no puede - como regla- aplicarse el mínimo de la escala penal, por cuanto así se evitaría soslayar la culpabilidad por el acto y la proporcionalidad de la respuesta sancionatoria, como tampoco resultaría lesivo del mandato de humanización de la pena.

No menos importante resulta en el ámbito de determinación judicial de la pena el estudio del rol de la víctima como pauta que merece ser evaluada y que según la actual redacción del artículo 41 del Cod. Penal podría ubicarse al analizarse la “extensión del daño causado”, resultando posible incorporarse en una futura reforma legislativa de manera expresa, aunque el mencionado artículo en su último párrafo establece el deber del juez de tomar conocimiento de la víctima al momento de determinar la pena.

En tal sentido, entiendo que en lo que refiere a la consideración de la víctima debe

277 LURATI, Op cit., pags. 173/174.

278 FLEMING y LOPEZ VIÑALS, Op cit., pags. 320 y 321.

279 Ibidem, pag. 321.

280 Ibidem, pag. 318.

apuntarse a la atención al un rol de víctima, en el cual si bien cada víctima es única en su subjetividad, al momento de la determinación de la pena pueda ser decisiva la víctima en cuanto portadora de un rol, esto es, en cuanto persona afectada en su libertad de disposición de sus bienes cuya situación coadyuve a establecer el quantum de la pena pero cuyas cuestiones emotivas, como podría ser el extremo dolor que la lleve a pedir el máximo de la pena como la extrema misericordia que la lleve a pedir o conformarse con una pena por debajo del mínimo de la escala, deban mantenerse alejadas de tal decisión.

En otras palabras, importaría más el rol de la víctima configurado por la lesión concreta a sus intereses y las expectativas derivadas de dicho rol cercano a una standarización que la particular individualidad del sujeto afectado, a los fines de ser meritutados para la medición de la pena.

En tal sentido y con la pretensión de incorporar la perspectiva de la víctima como un dato normativo, se ha sostenido que: *“Un concepto normativo de los intereses de las víctimas permite mayores decisiones de condena con mejor fundamentación. Contrario a la tendencia política general, una perspectiva objetiva de la víctima -en lugar de la perspectiva subjetiva de la víctima- no está asociada con la mayor punibilidad. Al contrario, el criterio para la imposición racional de pena protege al delincuente contra decisiones irracionales influenciadas por prejuicios y preferencias emocionales. El análisis del delito desde una perspectiva de la víctima corresponde al papel de la culpa en el procedimiento penal.... Confiar en una perspectiva de la víctima clarifica importantes cuestiones, y es, por lo tanto, importante en el descubrimiento de una precisa doctrina de determinación de la pena. Primero, el daño inflingido por diferentes delitos puede ser valorado, no por percepciones intuitivas de la responsabilidad sino por examinar el impacto típico de un delito sobre la calidad de vida de la víctima. La segunda consecuencia importante de una perspectiva de la víctima es que ésta provee un filtro crítico para otras circunstancias que rodean el hecho criminal.”*²⁸¹

Existen también otras pautas que si bien no se encuentran contempladas en el artículo 41 del Cod. Penal en su redacción actual, podrían considerarse en virtud de entenderse que la enumeración de dicha norma es meramente ejemplificativa y/o incorporarse en una futura reforma legislativa, así como aquellas relativas al sufrimiento por las condiciones de detención y la actitud evidenciada de apego o desapego a las normas durante el proceso, como el tiempo transcurrido, todo lo cual también puede encuadrarse dentro de las condiciones personales del autor mencionadas en el artículo 41 tanto al momento del hecho como de la condena, en virtud del mandato constitucional de humanización.

La pena privativa de la libertad es tiempo y por tanto, es imposición de un modo y lugar

281 HÖRNLE, Op cit., pag. 118.

de vida que implica el reemplazo coactivo del proyecto de vida de un individuo por otro ideado por el Estado como consecuencia de la comisión de un ilícito culpable, por lo que todas aquellas circunstancias que se vinculen a la calidad de ese tiempo también deben considerarse al determinar la cantidad de tiempo de cumplimiento de la pena.

CONCLUSIONES

- 1.- Entiendo que, a pesar del grado de indeterminación advertido al igual que en otros conceptos jurídicos, es posible consensuar un concepto de pena que, en cuanto se trata de una creación cultural que acompaña a la humanidad a lo largo de su historia en sus distintas modalidades y etapas, la distinga de sus fines y, en consecuencia, acordar que en nuestra sociedad la pena es esencialmente un acto de violencia impuesto por el Estado en cuanto titular del poder a quien ha cometido un ilícito culpable, que expresa desaprobación social y que además de un sufrimiento de difícil constatación y medición en cada caso, constituye una afectación al libre proyecto de vida de una persona e importa su reemplazo por otro impuesto por el Estado durante un tiempo determinado.
- 2.- Considero que si bien desde la Antigüedad se ha intentado justificar la pena, tal como lo hicieron Aristóteles y Santo Tomás de Aquino recurriendo a la naturaleza del hombre, como también los autores contractualistas al legitimarla en la necesidad de garantizar la vigencia del contrato social y los pensadores de la Ilustración al ubicarla como una necesidad impuesta por la razón, lo cierto es que todas las posturas que intentan reconocer legitimidad a la pena parten de un gran esfuerzo argumentativo a partir del reconocimiento de que la pena constituye un acto de despliegue de violencia en una sociedad jurídicamente organizada en la que la libertad es el principio fundamental y por tratarse de una excepción a la misma, debe aplicarse justificadamente sólo cuando existen razones debidamente fundadas que como “última ratio” así lo ameriten.
- 3.- Los intentos de justificación y legitimación de la pena se han profundizado y han evolucionado durante la historia de la humanidad, transcurriendo desde su consideración como herramienta para calmar la ira de los dioses hasta su relación con la identificación plena entre delito y pecado con el consecuente impedimento de cuestionar su legitimidad, y ha sido la progresiva separación entre Derecho y Religión como también la distinción entre Derecho y Moral lo que ha permitido cuestionar y delimitar el castigo penal en aras de su humanización, por lo que tales

diferenciaciones deben fortalecerse para continuar avanzando en el proceso de racionalización y humanización de la pena.

- 4.- El estudio de los fines de la pena ha transcurrido entre la defensa de la justicia o retribucionismo, por un lado, y de la eficiencia o utilitarismo, por el otro, entre teorías absolutas que legitiman la pena porque a través de ella se realiza la justicia y se retribuye el mal causado y las teorías preventivas que promueven la utilidad social que cumple la misma y defienden la eficiencia como valor.
- 5.- Analizada la vinculación entre los modelos de imputación y las teorías sobre los fines de la pena, estimo que el contenido de las distintas categorías de un sistema de imputación no puede resultar contradictorio o antagónico con relación a una toma de posición respecto de los fines de la pena, puesto que ésta es la consecuencia de la constatación de los presupuestos de aquel modelo, y el hilo conductor que une a ambas temáticas debe estar configurado por los principios constitucionales y el respeto por los derechos humanos.
- 6.- Es importante destacar en el análisis realizado sobre las distintas relaciones que pueden advertirse entre las teorías sobre los fines de la pena presentadas y los institutos y principios de los sistemas de enjuiciamiento penal, que la vinculación de mayor valor e importancia que pueda darse entre ambos debe determinarse a partir del hallazgo de grados de congruencia compartidos con las normas y principios de las Constitución Nacional y los tratados internacionales que integran el bloque constitucional de modo tal que la mayor proximidad entre una determinada teoría de los fines de la pena y un sistema de enjuiciamiento estará dada por su mayor compatibilidad con los principios constitucionales de culpabilidad, legalidad e igualdad.-
- 7.- Considero que el amplio margen de indeterminación en lo que refiere a la medición y determinación individual de cada pena, tanto por la gravedad de la afectación a la esfera de libertad de una persona como por la necesidad de justificación de toda decisión judicial en el marco del Estado de Derecho, requiere la realización de ajustes tendientes a posibilitar que toda determinación cuantitativa y cualitativa de la pena resulte congruente con los principios constitucionales de legalidad,

culpabilidad e igualdad.

- 8.- Entiendo que nuestra Constitución Nacional, a través de su artículo 1 en cuanto elige una forma republicana de gobierno con la consecuente división de funciones entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, como de sus artículos 16, 17, 18, 19, 29, 31, y 33, complementada y reforzada por todos los pactos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional que integran el bloque constitucional conforme su art. 75 inc. 22, si bien no da un concepto de la pena de manera expresa, sí precisa aquello que no debe ser la pena a través de expresiones prohibitivas, definiéndola como acto de poder que sólo puede aplicar y determinar el Estado y delimitándola a través de prohibiciones congruentes con el principio de dignidad de la persona humana.
- 9.- En cuanto a la posibilidad de extraer de la normativa constitucional la elección de una determinada postura acerca de los fines de pena, entiendo que los instrumentos internacionales previstos en el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional confirman la opción del Constituyente de 1853 y en tal sentido, permiten descartar la adopción de una teoría de prevención especial negativa al prohibir la pena de muerte y toda pena que conlleve a la desaparición física o social definitiva del penado como la prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional o la reclusión por tiempo indeterminado, como también la elección de una teoría de prevención general negativa que implique la instrumentalización del ser humano; resultando en cambio compatible con una postura retributiva entendida como la exigencia de brindar una respuesta adecuada, justa y proporcional a la gravedad del ilícito culpable, como también con los postulados de la prevención general positiva y entendiendo que el mandato resocializador propio de la prevención especial positiva que se ha adjudicado a la normativa constitucional debe reformularse y reemplazarse en nuestros días por un mandato humanización que deviene directamente del art. 18 de la Constitución Nacional ya analizado y que resulta incompatible con la imposición coactiva de valores al penado.
- 10.- Si bien existe consenso en la doctrina nacional en cuanto a la adopción de la teoría del ámbito de juego en materia de determinación judicial de la pena, y aceptando que la

culpabilidad al igual que los criterios de prevención general positiva, determinan tanto el mínimo como el máximo de cada escala penal de la Parte Especial del Cod. Penal Argentino, el tipo y monto de la pena particular de ese espacio de juego debe determinarse en cada caso en función de la culpabilidad exteriorizada en el ilícito, con la posibilidad para el juez de integrar en tal elección criterios de humanización sustitutivos de criterios preventivos de la pena, aunque éstos últimos sigan teniendo influencia en la determinación de la pena en la mayoría de los sistemas de Derecho comparado en los que rige la culpabilidad como criterio rector de la determinación judicial de la pena.

- 11.- La propuesta sobre determinación judicial de la pena más cercana a las exigencias constitucionales y, específicamente, a los principios de culpabilidad, legalidad e igualdad, entiendo debe basarse en que la culpabilidad debe ser el criterio principal para la elección del tipo y monto de la pena, a partir de lo cual considero que los términos “peligrosidad” y “reincidencia” deberían ser eliminados del conjunto de pautas para la determinación judicial de la pena en una futura reforma legislativa, no obstante lo cual y encontrándose vigente el actual artículo 41 del Cod. Penal, no resulta tolerables desde la perspectiva constitucional y de los derechos humanos su invocación en una sentencia como circunstancia para la medición de la pena, como tampoco resulta tolerable la utilización de eufemismos o de la aplicación de la noción de peligrosidad bajo el camuflaje de otras pautas.
- 12.- En función de lo antes expresado, entiendo que durante la etapa de determinación de la pena, el juez debe en primer término ubicar el caso dentro de la escala penal prevista por el legislador como de gravedad mínima, intermedia o máxima, fundamentando tal ubicación en una relación de proporcionalidad con el ilícito y a la culpabilidad y vinculando tal relación con las particularidades del caso, debiendo tener presente también el mandato de humanización de las penas, en cuanto superador del concepto de resocialización y de la prevención especial positiva, para garantizar así al individuo un marco de respeto a su dignidad humana y asumir que que la manera de cómo transite internamente el penado el tiempo de la pena será una decisión esencialmente personal e intransferible en la que resulta intolerable la

intromisión estatal.

- 13.-** A partir de lo antes expuesto, entiendo que no obstante la actual redacción del art. 55 del Cod. Penal, en virtud de la aplicación de las pautas previstas en el art. 41 del mismo código y de los principios constitucionales antes expuestos a partir de los cuales la culpabilidad por el/los acto/s es el eje de la determinación judicial de la pena, deberá realizarse un mayor esfuerzo argumentativo para explicar las razones por las cuales excepcionalmente puede utilizarse el mínimo de la escala penal construida en tales casos, como también que en una futura reforma legislativa se supere la actual fórmula legal por aquella que permita dentro de las reglas del concurso real fijar una pena única en cuya determinación deban contemplarse cada uno de los ilícitos por los que su autor es condenado.
- 14.-** Considero que resulta insoslayable la incorporación de la perspectiva de la víctima como dato normativo que opere como pauta de la determinación judicial de la pena, de cuya valoración no pueda prescindirse al momento de cuantificar la sanción penal, en función no sólo de la subjetividad concreta de la víctima sino fundamentalmente de la construcción de un rol acerca de las expectativas de una víctima media.
- 15.-** En virtud de todo lo expuesto, considero que si bien resulta deseable una reforma legislativa del artículo 41 y concordantes del Código Penal Argentino, su redacción actual interpretada a la luz de los principios de legalidad, culpabilidad e igualdad ante la ley y del mandato de humanización de las penas que emana de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional, permite que la determinación judicial de la pena deba ser una decisión racional expresamente fundada en las particularidades del caso, cuyo eje sea la culpabilidad y el mandato humanizador de las penas, debiendo incorporar las pautas expuestas en los puntos precedentes respecto de la pluralidad delictiva y la perspectiva de la víctima y eliminando toda referencia a la peligrosidad y calificaciones similares.

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ, Ricardo Carlos María, “Los tratados internacionales de Derechos Humanos y los fines de la pena, en la política criminal del Estado”, en “Libro de Ponencias de las Jornadas Uruguayo-Santafecinas, 2a. Etapa”, Junio de 1997, U.N.L., Santa Fé, 1997.-

ALVAREZ, Ricardo Carlos María, “Breves apuntes acerca del rendimiento funcional del fin preventivo especial de las penas privativas de la libertad”, en “1° Encuentro de Prof. de Dcho. Penal, El sistema penal ante las exigencias del presente”, Rubinzal Culzoni Editores, UNL, Santa Fé, 2004.-

ARMENTA DEU, Teresa, *Estudios sobre el proceso penal*, 1° edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fé, 2008.-

BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3a edición renovada y ampliada, Hammurabi José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1994.-

CODESIDO, Eduardo A. y DE MARTINI, Siro M. A., *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*, 1a edición, Universitas, Buenos Aires, 2005.-

D’ALESSIO, Andrés José y DIVITO, Mauro A., *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, 2a. Edición actualizada y ampliada, Tomo I, Parte General, La Ley, Buenos Aires, 2009.-

DONNA, Edgardo Alberto, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, 2da edición ampliada y actualizada, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2012.-

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho”, en “InDret -Revista para el análisis del Derecho”, Barcelona, 2007.-

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías – La ley del más débil*, traducida por Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 6ta edición, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2009.-

FLEMING, Abel y LOPEZ VIÑALS, Pablo, *Las Penas*, 1a edición, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2009.-

FOULCAUT, Michel, *Vigilar y castigar – Nacimiento de la prisión*, 1a edición, 4° reimpresión, traducido por Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2005.-

FRISCH, Wolfgang, “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de

consecuencias jurídicas del Derecho Penal", en "InDret Revista para el Análisis del Derecho", www.indret.com, Barcelona, Julio 2007.-

HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, Biblioteca Filosófica, Editorial Claridad S.A., Buenos Aires, 1968.-

HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Fabián J. De Plácido Editor, Buenos Aires, 2003.-

JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad por Manuel Cancio Meliá y Bernado Feijóo Sánchez, Thomson Civitas Cuadernos Civitas.-

JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 1º edición, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2012.-

KINDHÄUSER, Urs, MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Julio César Faira Editor, Buenos Aires, 2011.-

LANGER, Máximo, *La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo*, en "Revista de Derecho Público N.º 32", Enero – Junio 2014, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.-

LURATI, Carina, *El sistema de pena única en el código penal argentino: la unificación de penas y condenas y su máximo posible*, 1a edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2008.-

MONTIEL, Juan Pablo, "Estructuras analíticas del principio de legalidad", en "InDret Revista para el análisis del Derecho", www.indret.com, Barcelona, 2017.-

RAMOS VAZQUEZ, Isabel, "La individualización judicial de la pena en la primera codificación francesa y española", en "AHDE", Tomo LXXXIV, Universidad de Jaen, 2014.-

RIGHI, Esteban, *Derecho Penal Parte General*, 2da edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.-

RIQUERT, Marcelo Eduardo y JIMENEZ, Eduardo Pablo, *Teoría de la pena y derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1998.-

ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, 1a edición, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fé, 2010.-

ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, traducido por Jorge Carrier Vélez, Ediciones Brontes S.L., Barcelona, España, 2016.-

ROXIN, Claus, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, 1a edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.-

ROXIN, Claus; *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducida por Francisco Muñoz Conde, Instituto Editorial Reus S.A., Madrid, 1981.-

RUSCONI, Maximiliano, *El sistema penal desde las garantías constitucionales*, Hammurabi José Luis Depalma Editor, 1a edición, Buenos Aires, 2013.-

SABATO, Ernesto, *Antes del fin*, 2da edición, Booket, Buenos Aires, 2004.-

SALT, Marcos Gabriel, “Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina” en “Los derechos fundamentales de los reclusos. España – Argentina”.-

SCHÜNEMAMM, Bernd (compilador), “El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales”, en “Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario”, traducido por Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, España, 1991.-

SILVA SANCHEZ, Jesús María, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, publicado en “InDret -Revista para el análisis del Derecho”, Barcelona, 2007.-

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal Parte General I – El hecho punible*, 4a edición totalmente reelaborada, traducida por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2005.-

TERRAGNI, Marco Antonio, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, 1a edición, La Ley, Buenos Aires, 2012.-

VIGO, Rodolfo Luis, *Visión crítica de la historia de la filosofía del Derecho*, 1a edición, 1a reimpresión, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2008.-

YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2002.-

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, 6ta edición, 3º reimpresión, Ediar Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2003.-

ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2da edición, 2da reimpresión, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.-

ZIFFER, Patricia, “El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la

determinación de la pena”, en “Contribuciones 3/1996”, publicación trimestral de la Konrad Adenauer Stiftung A.C. - Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano” CIEDLA, Año XIII – Nº 3 (51) julio-septiembre, Buenos Aires, 1996.-

ZIFFER, Patricia, “La idea de peligrosidad como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez””, en La Ley, Buenos Aires, 2007-A.-

OTRAS FUENTES DE CONSULTA:

Constitución de la Nación Argentina.-

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.-

Declaración Universal de Derechos Humanos.-

Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.-

Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.-

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.-

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.-

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.-

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.-

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.-

Código Penal Argentino.-

Código Penal Alemán (StGB).-

Código Penal Español.-

Ley 24.660.-

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de Noviembre de 2018 sobre Medidas Provisionales respecto de Brasil en el Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.-

INDICE

<u>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....</u>	<u>1</u>
<u>INTRODUCCION.....</u>	<u>2</u>
<u>HIPOTESIS.....</u>	<u>3</u>
<u>OBJETIVOS GENERALES.....</u>	<u>4</u>
<u>OBJETIVOS ESPECIFICOS.....</u>	<u>4</u>
<u>JUSTIFICACION.....</u>	<u>5</u>
<u>CAPITULO I: CONCEPTO DE PENA.....</u>	<u>7</u>
<u>I.- 1.- Consideraciones generales sobre el concepto de pena.-.....</u>	<u>7</u>
<u>I.- 2.- Antecedentes y evolución de la pena.-.....</u>	<u>17</u>
<u>CAPITULO II: FINES DE LA PENA.....</u>	<u>27</u>
<u>II.- 1.- Teorías sobre los fines de la pena.-.....</u>	<u>27</u>
<u>II.- 2.- Relaciones entre fines de la pena, teoría del delito y sistemas de enjuiciamiento penal.-.....</u>	<u>37</u>
<u>CAPITULO III: PENA Y CONSTITUCION NACIONAL.....</u>	<u>47</u>
<u>III.- 1.- Relación entre la pena y los principios constitucionales de legalidad e igualdad.-.</u>	<u>47</u>
<u>III.- 2.- Búsqueda de concepto y fines de pena en la normativa constitucional.-.....</u>	<u>57</u>
<u>CAPITULO IV: PAUTAS DE DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA.....</u>	<u>67</u>
<u>IV.- 1.- Estado de la cuestión en materia de determinación judicial de la pena en el Derecho nacional y comparado.-.....</u>	<u>67</u>
<u>IV.- 2.- Análisis de las pautas para la determinación judicial de la pena a partir de los mandatos constitucionales.-.....</u>	<u>77</u>
<u>CAPITULO V: NUEVAS PAUTAS PARA LA MEDICION DE LA PENA.....</u>	<u>87</u>
<u>V.- 1.- Búsqueda de precisión para la determinación judicial de la pena.-.....</u>	<u>87</u>
<u>V.- 2.- Elaboración de nuevas pautas para la determinación judicial de la pena.-.....</u>	<u>97</u>
<u>CONCLUSIONES.....</u>	<u>107</u>
<u>BIBLIOGRAFIA.....</u>	<u>112</u>