

DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA

§ 1. DETERMINACION DE LA PENA

El abandono del sistema clásico de las penas rígidas y la adopción del sistema de las penas alternativas y de las penas divisibles, trasladó la cuestión de *la individualización legislativa* de la pena a su *individualización judicial*; de ello se deduce que ésta última, es el acto jurisdiccional por medio del cual el juez determina las consecuencias jurídicas de un delito según la clase, gravedad y forma de ejecución del ilícito cometido.

Sin embargo, el tratamiento de la determinación judicial de la pena debe estar precedido por el estudio de la individualización legal de la pena y seguido por lo que ocurre en la faz administrativa, una vez que el juez impuso la condena.

Efectivamente, el legislador, al sancionar una norma punitiva puede optar entre predeterminar un marco penal más o menos amplio del cual, posteriormente, el juez deberá individualizar la sanción justa -sistema de penas relativo- o establecer una pena invariable.

Nuestro Código Penal contempla el sistema de penas relativo pero también prevé sanciones fijas en los artículos 80, 142 bis y 215.

§ 2. FINES DE LA PENA

Ya sea en su faz legislativa, judicial o administrativa el proceso de determinación de la pena no puede prescindir del estudio de los fines de la pena.

a. Teoría absoluta de la pena

El fundamento de la teoría absoluta de la pena reside en la retribución del daño ocasionado; el verdadero sentido de la retribución es el de compensar un mal de manera de reparar la lesión jurídica y extinguir la culpabilidad del autor.

Para esta teoría, una vez que el infractor de la norma haya expiado su culpabilidad, entonces podrá reingresar a la sociedad como un hombre libre.

Por ello, una concepción absoluta de la pena afirma que ésta se libera de toda finalidad preventiva.

Fue Kant quien sostuvo que el sentido de la pena es la retribución de la culpabilidad. Puesto que la imposición de un castigo no se justifica en virtud de la utilidad social, éste no podría ser impuesto como medio para alcanzar otros fines.

Con la inflicción de una compensación justa, según esta teoría, se agota el contenido de la pena. Todos los otros efectos, intimidación, corrección, son, en el mejor de los casos, efectos concomitantes favorables que nada tienen que ver con la naturaleza misma de la pena.

La sanción se impone contra el delincuente porque ha quebrantado una norma; considerar cualquier otro fin punitivo atentaría contra la dignidad de la persona y la reduciría a la condición de un objeto.

Desde una posición crítica puede objetarse la esterilidad político criminal de la teoría de la retribución, ya que no pretende corregir desviaciones sociales que afectan la convivencia en sociedad. Por otra parte, se sostiene que si la reprobación ya ha recaído sobre el infractor, el reproche de la condena pierde toda función.

Otra posición importante, es aquélla que -con relación a la "expiación" de la culpabilidad- señala que la teoría absoluta, en el fondo, tiene un alto contenido "metafísico".

b. Teoría de la prevención especial de la pena

Existe una segunda concepción de los castigos penales que, enfrentando los fundamentos de la teoría absoluta de la pena, propone como fin de la misma, el de desarrollar una influencia inhibitoria del delito en el autor.

Para una teoría de la prevención especial, esta finalidad se subdivide en tres fines de la pena: intimidación (preventivo-individual), resocialización (corrección) y aseguramiento.

Mientras la intimidación y la resocialización pueden ser concebidas como objetivos positivos, en tanto buscan reincorporar al autor a la comunidad, el aseguramiento da expresión al aspecto negativo de la resignación en la recuperación del autor para la comunidad.

Sólo cuando la influencia resocializadora sobre el autor no ofrezca perspectivas de éxito, la medida de la pena se orienta conforme a la necesidad del aseguramiento de la colectividad, donde se acaba toda posibilidad de corrección.

Von Liszt afirmaba que sólo la pena necesaria es justa. El castigo era necesario cuando, desde el punto de vista preventivo especial, impedía la reincidencia del autor en el delito. En este orden de ideas, adoptando los lineamientos de la

prevención especial, la culpabilidad carece de toda función en la determinación judicial de la pena.

Son varias las críticas que se le han efectuado a la teoría de la prevención especial. Entre ellas, consideramos importante destacar que, en pos de una supuesta "resocialización", esta teoría no pone un límite fijo a la pena; el término de ella queda condicionado a la confirmación de un eventual resultado reeducativo.

Por otra parte, es importante señalar que las medidas reeducativas impuestas en forma coactiva no son eficaces. En efecto, se ha demostrado que la resocialización - organizada mediante la pena privativa de la libertad- no hace más que acentuar y tornar definitivo el deterioro del condenado.

Desde un punto de vista preventivo especial sería factible proponer la privación de la libertad de una persona que, aunque "resocializable" no haya cometido ningún ilícito.

Las teorías preventivas especiales padecen en gran medida de la insuficiente distinción entre penas y medidas de seguridad. Si bien es cierto que dan valiosas explicaciones para una teoría de las medidas de seguridad, fracasan ampliamente en la interpretación de la pena. Dado que toman como medida para la pena no la gravedad del juicio de culpabilidad, sino la peligrosidad social del autor (en especial la probabilidad de reincidencia), para lo cual el hecho cometido tiene sólo el valor de síntoma, no pueden dar una medida para la pena: no se puede determinar en ningún hombre qué efecto va a tener la pena y cuán grande es el peligro de reincidencia; por eso, llegan a resultados injustos e incluso inauditos.

c. Teoría de la prevención general de la pena

También contrariando los postulados de la teoría absoluta, la teoría de la prevención general persigue, mediante la amenaza, disuadir a la generalidad de obrar contrariando las normas legales.

Asimismo, en su formulación pura, esta concepción no se fija en los efectos que la pena puede tener sobre el autor de un delito.

La idea de la prevención general se emplea, lo que a menudo se pasa por alto, en dos sentidos: en sentido estricto, forma en que se le entiende comúnmente, es la intimidación general mediante la amenaza de la pena y en virtud de la sanción individual. En un sentido más amplio es la verificación del derecho como orden ético y sólo en forma secundario es intimidación.

La verdadera posición de las teorías preventivas generales se dirige más bien a la intimidación, ya sea mediante ejecución ejemplificadora de la pena o a través de

graves conminaciones de penas; en este sentido, la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach.

Anselm von Feuerbach explicó que la prevención general encontraba sustento en la existencia de una coacción psicológica, consecuencia del efecto intimidatorio que la aplicación de las penas tenía sobre los potenciales infractores de la ley.

Sin embargo, dentro del complejo de la prevención general es necesario distinguir entre ésta, en lo que hace al aspecto negativo de la intimidación y en cuanto al afianzamiento general de derecho.

En la prevención general subyace la idea de que el derecho es una institución destinada a la protección de la sociedad. En este sentido, las reflexiones de la prevención general determinan la creación de los tipos penales, condicionando las conductas de los ciudadanos e inciden en la persecución del delito.

En la actualidad, Jakobs es el más claro expositor de esta teoría. Este autor alemán afirma que la pena pública persigue el mantenimiento del modelo de interpretación públicamente válido. La razón del proceso de la punición no ha de ser la maldad del hecho sino; por el contrario, el mantenimiento de una determinada configuración social.

Justamente, puesto que las sociedades sólo existen en tanto están reguladas por normas reales y generales, Jakobs explica que los individuos no deben actuar conforme a sus esquemas individuales sino, por el contrario, en concordancia con un ordenamiento jurídico social general.

Los cuestionamientos a los que debe hacer frente son, en primer lugar, que no existen criterios definidos acerca de frente a qué comportamientos el estado está facultado a intimidar y, en segundo término, que existe una imposibilidad empírica de demostrar el efecto intimidatorio que se le asignan a los castigos legales.

Otro problema consiste en el hecho de que el juez apenas puede evaluar suficientemente el valor intimidatorio de las penas ya que desconoce cómo son apreciadas por la comunidad.

Se ha dicho que esta inseguridad acerca de la forma de la eficacia de la prevención general puede conducir a muchos jueces a plantear consideraciones de orden preventivo general de manera indiferente. De esta forma, además, se hace evidente una nueva problemática jurídico constitucional, en razón de que, para seguir los lineamientos de la prevención general los magistrados pueden llegar a abandonar el criterio de la culpabilidad.

En este orden de ideas, los críticos de esta teoría señalan que resulta peligroso seguir la propuesta de la prevención general ya que ésta no fija un límite al poder punitivo del estado.

En la misma línea de argumentación se observa que desde una perspectiva preventivo-general se justifica utilizar al hombre, a través de la pena, como medio para los fines sociales de otros hombres; lo que importa reducirlo a la condición de objeto.

d. Las teorías mixtas o de la unión

Las teorías mixtas, reciben su denominación toda vez que median entre los postulados absolutos y los relativos; afirman que ni la teoría de la retribución, ni las teorías de la prevención -por sí solas-, son capaces de establecer adecuadamente el objetivo y límite de la pena.

A través de una reflexión práctica, se sostiene que la pena puede cumplir con la totalidad de sus funciones y; puesto que la ley no prescribe ni prohíbe ninguna de las teorías, la aplicación preferencial de una de ellas -según cuál sea el caso concreto a resolver- no encuentra ningún obstáculo legal.

La teoría preventiva de la unión es una variante de las teorías mixtas: en su formulación, la retribución no entra en consideración como finalidad.

La teoría preventiva de la unión, por lo tanto, toma los puntos de partida de la prevención especial y general, de modo tal que tan pronto unos u otros entren en el primer plano: cuando ambos objetivos se contradicen, el fin de resocialización preventivo especial toma el primer lugar; en compensación, la prevención general domina el ámbito de las amenazas penales y justifica la pena por sí sola en caso de ausencia o fracaso de los fines de prevención especial, mientras que no puede darse una pena preventivo especial, sin ninguna intención de prevención general, a pesar del dominio absoluto del objetivo de socialización en la ejecución.

§ 3. LA DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA

En el proceso de determinación judicial de la pena (que involucra la identificación de la pena y la decisión acerca de si corresponde suspenderla o sustituirla) deben analizarse, en función de los fines de la pena, las circunstancias fácticas del ilícito y las condiciones personales de su autor.

Para orientar al juez penal en su actividad se han elaborado diferentes teorías que pretenden crear criterios racionales para la imposición de medidas de carácter punitivo.

a. Teoría de la combinación

La idea de esta teoría es que la pena aplicable a cada injusto se halla en el "triángulo mágico" de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial.

Efectivamente, la teoría de la combinación sostiene que la pena debe retribuir el ilícito según la culpabilidad del infractor, debe servir para reeducarlo y para proteger a la sociedad de su eventual recidiva en el delito. Finalmente, como si ello fuera poco, la imposición de una sanción punitiva debe servir de ejemplo para el resto de la sociedad.

b. Teoría del ámbito del juego

Esta elaboración sostiene que la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud exacta y que, por tanto, no puede ser establecida en un punto preciso.

La teoría del ámbito del juego postula que existe un espacio cuyos límites están fijados, hacia abajo, por la pena adecuada "ya" a la culpabilidad, y hacia arriba, por un máximo "todavía" adecuado a la misma.

Esta formulación es desaprobada por quienes niegan la existencia de un "marco de culpabilidad". Tal es el caso de Jescheck, quien asegura que si bien para un hecho determinado no existe una pena que sea objetivamente justa considera que, al individualizarla, el juez debe partir de la sanción que se adapte a la culpabilidad del autor.

c. Teoría de la pena puntual

Para los partidarios de esta teoría la culpabilidad debe establecerse en forma precisa: sólo existe una pena que se acomode a la culpabilidad del infractor.

Efectivamente, la teoría de la pena puntual niega la existencia de un "marco de culpabilidad" y, por el contrario, afirma que la pena adecuada a la culpabilidad es una sola y que el juez, al momento de decidir qué pena aplicar no puede guiarse por los fines preventivos. En este sentido, es correcto afirmar que esta teoría se fundamenta, principalmente, en la idea retribucionista de la pena.

Las críticas que se levantan contra la teoría de la pena puntual se vinculan con la imposibilidad que existe -desde el punto de vista del conocimiento- de

determinar una medida exacta de la culpabilidad del autor del ilícito y, asimismo, porque el concepto de culpabilidad puede ser definido en base a criterios muy disímiles.

Para ejemplificar lo expuesto basta con recordar que a lo largo de la historia la culpabilidad fue definida, entre otros, sobre la base de criterios morales, jurídicos, psicológicos y normativos.

c. **Teoría del valor relativo**

Esta teoría propone, como primer paso, que el juez gradúe la culpabilidad teniendo como parámetro la gravedad del hecho.

Luego, cuando la magnitud de la pena ya fue fijada en un punto exacto, el juzgador deberá seguir los criterios sentados por la prevención especial y decidir qué clase de pena aplicar y de qué modo deberá cumplirse.

Así las cosas, resulta evidente que esta teoría le asigna a la culpabilidad la función de codyuvar en la determinación de la pena en sentido estricto y a la prevención el rol de orientar en la decisión sobre de si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida.

En síntesis, la teoría del valor relativo divide el proceso de individualización de la pena en dos etapas bien diferenciadas que se guían por criterios de culpabilidad y de prevención.

Ahora bien, no debe dejar de remarcarse que los expositores de esta teoría no demuestran cuáles son las razones o fundamentos que los guían para valerse de pautas preventivas –y no de la culpabilidad- al momento de elegir qué pena aplicar.

§ 4. EL SISTEMA DE LOS ARTICULOS 40 Y 41 DEL CODIGO PENAL

La formación de la medida de la pena plantea como tarea previa, la constatación de todos los factores de culpabilidad y de prevención aplicables en el caso concreto. El conjunto de los hechos relevantes constituye la base fáctica de esta actividad.

Para la obtención procesal de los hechos, que influyen en la medida de la pena, se debe partir de la premisa básica de que la aplicación de la pena es también realización de derecho material y que se halla sometida a las mismas exigencias probatorias que rigen en todo proceso penal para la cuestión de la culpabilidad. Ello importa reconocer que, respecto del deber de instrucción del tribunal en el tratamiento de las peticiones de prueba de las partes y del principio "*in dubio pro reo*" se deben aplicar las mismas reglas que garantizan que el aseguramiento jurídico probatorio se organice sobre la base de criterios legales.

El artículo 40 del Código Penal prescribe que para determinar la pena dentro del marco penal señalado por cada figura legal, deben tomarse en consideración las circunstancias atenuantes y agravantes particulares de cada caso. Por su parte, el artículo 41 del mismo cuerpo legal brinda las pautas que deben valorarse.

Esta última norma enumera en forma *no taxativa* cuáles son los criterios decisivos al momento de fijar la pena. Se trata, por consiguiente, de una enumeración

enunciativa y explicativa que no excluye uno solo de los elementos referentes a la persona o al hecho dignos de ser considerados.

La técnica legislativa empleada en estas dos normas legales ha llevado a que autores como Nuñez sostuvieran que los artículos 40 y 41 nada dicen acerca del criterio con que los jueces deben elegir la pena.

Por su parte, Soler explicaba que el primer inciso del artículo 41 sentaba pautas de tipo objetivas –relativas al hecho- y el segundo, de tipo subjetivas –relacionadas con la personalidad del autor-.

En la actualidad, autores como Patricia Ziffer consideran que esta separación no puede ser sostenida de manera tan radical pues aún cuando es el primer inciso el que se refiere al ilícito, la existencia de contenidos subjetivos que inciden en la determinación de su gravedad hacen imposible mantener una división de este tipo.

a. La prohibición de la doble valoración

El § 46 inc. 3º del StGH contiene una disposición que, en lo que hace al proceso de la determinación judicial de la pena, dispone que las "circunstancias que por sí mismas constituyen un elemento del tipo legal" no pueden ser consideradas en la determinación de la pena.

La prohibición de la doble valoración juega un papel determinante en el proceso estudiado, ya que no se permite que aquéllas circunstancias que se hallan contenidas en el tipo legal y que, con ello, han contribuido a codeterminar la magnitud de la pena, vuelvan a ser consideradas en la formación concreta de la medida de la pena.

Si bien nuestro Código Penal no recepta una disposición como la prevista en la legislación alemana, es necesario que se la considere vigente.

En efecto, la prohibición de la doble valoración se fundamenta en que el legislador, al decidir acerca del marco punitivo aplicable a un tipo penal ha solucionado de manera general cuáles son los factores que agravan la ilicitud y la culpabilidad y, por tanto, no puede ser valorada en una nueva oportunidad.

En palabras de Maurach: "...Allí donde un elemento carezca de todo valor expresivo del contenido de ilicitud y de culpabilidad del hecho individual, debido a su incorporación general al marco punitivo, es improcedente su consideración en cuanto factor de medición judicial de la pena".

b. Circunstancias referidas al hecho y a la culpabilidad

Para graduar la pena, el juez debe prestar tanto atención al tipo del ilícito como al tipo de la culpabilidad. El análisis de los factores que los agravan o

atenúan debe ser realizado en forma amplia, de acuerdo a las representaciones morales de la comunidad en su conjunto.

En efecto, el ilícito culpable es la base de la determinación de la pena pues la sanción penal debe ser proporcional al ilícito cometido, de lo que se infiere que la medida de la pena se gradúa fundamentalmente de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad y, en este sentido, los factores generales y los individuales son decisivos para la determinación del grado de culpabilidad y la gravedad de la pena.

Por esta razón, en primera instancia, luego de haber individualizado la figura legal aplicable al caso, el juez debe valorar qué alcance tuvo la lesión jurídica, analizando la magnitud y cualidad del daño causado.

En efecto, nuestra ley ordena que, al momento de establecer la pena aplicable al caso concreto el juez tenga en cuenta "la extensión del daño causado".

En el derecho penal este problema es tratado con la denominación de "repercusiones del hecho". En esta legislación, este concepto, tomado en términos amplios, abarca tanto las consecuencias típicas cuanto las extratípicas, pudiendo ellas tomar la forma de lesión y puesta en peligro.

Las consecuencias típicas deben ser valoradas conforme a la intensidad y la extensión de la lesión del bien jurídico (gravedad de las lesiones corporales, duración de la privación de la libertad, medida de la puesta en peligro producto de haber conducido en estado de ebriedad). Sin embargo, al considerar este tipo de consecuencias no debe obviarse que existe la *prohibición de la doble valoración*.

Con relación a las consecuencias extratípicas, el problema de la prohibición de la doble valoración no se plantea dado que tales consecuencias no forman parte del tipo penal. Dentro del marco de las consecuencias extratípicas pueden señalarse las que pueden padecer los parientes de la víctima (supuesto estado de shock de los padres, etc.).

Relacionado con ello, el cuestionamiento que surge es si la lesión jurídica debe medirse conforme la magnitud y cualidad del daño causado y si, incluso deben computarse aquéllos estragos producidos fuera del ámbito del tipo.

No obstante el tratamiento que reciben las consecuencias extratípicas en Alemania, en nuestro país, Patricia Ziffer opina que éste es un problema de limitación de la causalidad y propone tratarlo según los principios de la teoría de la imputación objetiva: "...sólo pueden interesar aquellas consecuencias que puedan relacionarse con la acción típica por su especial relación de

imputación y, en este sentido, hablar de consecuencias extratípicas es poco feliz, pues una consecuencia que se encontrara fuera del tipo no debería ocupar ningún lugar en la valoración del hecho".

c. La relevancia de la conducta previa y posterior al hecho

Este problema es uno de los más complejos en tanto el primer obstáculo se presenta en la delimitación de la conducta delictiva. En efecto, el concepto de las conductas previas y posteriores al hecho sólo tiene sentido en tanto se pueda determinar con precisión cuál es la conducta constitutiva del hecho propiamente ilícito.

El conflicto se relaciona con la valoración de la culpabilidad. Si se parte de un concepto estricto de culpabilidad por el hecho se podría sostener que la culpabilidad se halla fijada sólo por éste y que no puede ser influenciada por ninguna otra circunstancia.

En este sentido, algunos autores creerán que es imprescindible realizar una clara distinción entre el componente de acción y el del resultado. Quienes no acepten los postulados de una teoría basada en el disvalor de la acción, afirmarán que la no producción del resultado es una causa legal para atenuar la pena. En esta misma línea de pensamiento dirán que, los esfuerzos del reo para reparar el daño o para llegar a un compromiso con la víctima, también operan aminorando el castigo.

En esta línea de pensamiento se ha dicho que medidas materiales e ideales de indemnización respecto de la víctima mejoran su posición y en determinadas circunstancias pueden reducir el monto de la sanción aplicable.

d. La intervención de la víctima

El tema tratado en el punto anterior nos introduce a otro aspecto de la determinación judicial de la pena que se relaciona con la importancia práctica que reviste la conducta de la víctima en la materia que nos ocupa.

Los aspectos centrales de la influencia del accionar de la víctima son los siguientes: los efectos sobre las consecuencias del hecho, su influencia en la conducta del autor y la significación de la víctima para la prevención especial y general.

En primer lugar, y para demostrar la trascendencia que tiene la participación de la víctima en el ámbito del derecho penal, basta con recordar que si la víctima, en cuanto titular del bien jurídico, teniendo la facultad de disponer del mismo, lo hace, su consentimiento excluirá la tipicidad del ilícito.

Asimismo, en aquellos casos en los que su facultad de disposición no sea tan amplia, su aprobación al hecho, tendrá relevancia para graduar la pena aplicable.

Las cualidades personales y sociales de la víctima también pueden ser relevantes para poder valorar el grado de daño asumido por el autor. Así, por ejemplo, desde el punto de vista de las consecuencias del hecho tienen efecto de incremento de la ilicitud cuando el abuso se comete respecto de una persona enferma, cuando se sustraen los ahorros de un jubilado, los abusos sexuales a los niños, etc.

Así como determinadas conductas de la víctima juegan en contra del autor del ilícito, otras no deben perjudicarlo. Por ejemplo, la omisión de la disminución del daño por parte de la víctima debe ser resuelto a través de la teoría de la imputación objetiva: al autor sólo se le puede reprochar legítimamente la parte del resultado que le es imputable y que sólo a él le correspondía evitar.

Otro problema a tratar en este punto se relaciona con la actitud de la víctima que, de algún modo, "provoca" la comisión del delito. La resolución de este tipo de cuestionamientos, en definitiva, depende de decisiones de tipo valorativas.

e. La ejecución del hecho

En todos los casos cobra especial relevancia la naturaleza de la acción y los medios empleados para llevarla a cabo.

A la ejecución del hecho pertenece la elección de la modalidad de comisión del ilícito, para lo cual es necesario conocer en qué lugar u hora fue cometido. Estas circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión -a las que alude el inciso 2º del artículo 41- son útiles para revelar la gravedad del ilícito.

Asimismo, los medios utilizados para consumar el delito y la peligrosidad emanada de ellos, ocupan un lugar importante en la determinación judicial de la pena.

No obstante lo expuesto, también al valorar estas circunstancias debe cuidarse de no evaluarlas doblemente. Esto es así ya que en muchos supuestos, las circunstancias del hecho, ya constituyen el fundamento del tipo penal; y en esos casos, la prohibición de la doble valoración impide que esa característica sea considerada nuevamente.

En efecto, en un robo calificado por el uso de un revólver cargado y apto para el tiro, no se podría agravar el hecho por el uso del arma. Sin embargo, sí

podría considerarse que "es más peligroso" utilizar como arma un revólver cargado que un palo de billar.

Las circunstancias que agravan o atenúan tipos penales básicos pueden ser útiles para orientarnos en otros supuestos delictivos en los que existan diferencias semejantes. Es lógico que, si se sigue esta guía, deberá identificarse previamente la categoría de delitos que se va a agravar o atenuar.

En cuanto a la intervención del autor en el hecho corresponde hacer las siguientes distinciones. La intervención de varias personas en un hecho delictivo, revelará un ilícito más grave en cuanto represente un mayor poder ofensivo para la víctima, derivado de las circunstancias de comisión del delito plurisubjetivo.

Pese a que el artículo 45 del Código Penal prevé la misma pena para el partícipe necesario o primario que para el autor, el ilícito de este último es más grave que el del partícipe. Por ello, en todos los casos será decisivo analizar el aporte de cada uno de los intervinientes en el hecho investigado.

f. La calidad de los motivos del autor

Cuando el artículo 41 del Código Penal enuncia como circunstancias relevantes para la determinación de la pena a la calidad de los motivos que determinaron al autor a cometer el delito está haciendo referencia a uno de los contenidos de la culpabilidad.

La letra del artículo 41 del Código Penal es clara. Al momento de evaluar cuáles fueron los motivos que impulsaron al autor de un delito a cometerlo debe tomarse en cuenta la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio o de los suyos.

Generalmente, una situación económica apremiante, cuando fue la que condujo a la realización de un delito contra la propiedad, será considerada como un factor que disminuye el reproche penal.

Por el contrario, cuando el autor de un delito actuó movido por sentimientos de odio, codicia, con placer ante un delito contra la vida o integridad física de una persona, la doctrina es conteste en valorar este tipo de motivaciones en contra del imputado, es decir, agravando el reproche penal. Sin perjuicio de ello, al considerar este tipo de motivaciones debe cuidarse de no realizar dobles valoraciones. En efecto, toda vez que existen algunas normas penales que incluyen en el tipo objetivo referencia a especiales elementos subjetivos,

este tipo de motivaciones no puede ser imputada contra el infractor en dos oportunidades.

g. Las circunstancias personales del autor

El inciso 2° del artículo 41 del Código Penal hace mención a la personalidad del autor como un aspecto de particular importancia al momento de graduar la pena.

A las circunstancias personales del autor pertenecen, entre otras, su edad, su estado de salud, su sexo, su inteligencia, su educación su posición profesional y social. Esta enunciación demuestra que el problema que aquí se plantea se relaciona con el tratamiento igualitario de los casos llevados a estudio.

Al igual que los otros factores enunciados en este inciso, se plantea la cuestión de si estos factores son relevantes sólo desde el punto de un enfoque de la prevención especial o si también entran en consideración para determinar, en cualquier caso, el monto de la pena a aplicar.

Asimismo podría llegar a discutirse si las consideraciones de las características personales del autor deben influir o no en la determinación de la pena ya que, si así se hiciera, se permitiría el análisis de la personalidad del autor, circunstancia que no debería ser objeto de ningún juicio de valor.

Sin embargo, consideramos que –aún en un derecho penal de acto, sería imposible no considerar determinados aspectos de la personalidad del autor ya que ellos, es indudable, inciden en la realización de su ilícito.

Esto rige especialmente para la cuestión relativa al posible efecto agravante de una elevada posición profesional o social del autor cuando ella fundamenta deberes incrementados sobre el bien jurídico lesionado.

El sexo, en cuanto tal, no es una causa suficiente para la diferenciación en la pena, sino más bien, se le debe agregar puntos de vista especiales que caractericen la situación del hecho (por ejemplo, por la mayor o menor agresividad impuesta sobre la víctima).

La calidad de extranjero no tiene, por lo general, efecto agravante o atenuante de la pena. Sin embargo, su condición sí debe ser tomada en cuenta si alega la existencia de un error de prohibición ya que la mayor o menor evitabilidad del mismo puede tener un efecto atenuante de la culpabilidad.

Para algunos autores, la calidad de funcionario tampoco representa, por lo general, una causal de agravación. Esto es así ya que lo común resulta que el

elemento de esa calidad determina la conminación penal en cuanto tal, de manera que una valoración de esta circunstancia en la medida de la pena se opone a la prohibición de la doble valoración.

En síntesis, la situación personal del autor -su nivel de instrucción, su origen social, su estructura familiar- resulta determinante para poder establecer si él pudo ser más prudente, si pudo conocer la antijuridicidad de su hecho o si, por ejemplo, era capaz de motivarse en la norma y actuar conforme a ese conocimiento.

h. La conducta precedente

1. Los antecedentes personales

Reiterando lo que ya fue expuesto en párrafos anteriores: una concepción estricta del principio de culpabilidad debe dejar fuera de análisis toda valoración relativa a la conducta precedente del autor. Esta fórmula impide que se agrave la pena del autor de un delito por su carácter o conducción de vida.

La sección más relevante de la vida previa del autor son sus condenas anteriores.

Quienes sostienen lo contrario aciertan dando un buen fundamento: los antecedentes y condiciones personales -edad, educación, composición familiar- permiten reconocer si el autor tuvo mayor o menor autodeterminación.

Un supuesto interesante de tratar es aquél que prevé la posibilidad de atenuarle la pena al infractor de una ley, tras considerar que tuvo -antes del hecho- una buena conducta. ¿Sería ésta una actividad legítima?

He de señalar que, a un planteo que legitime agravar o atenuar el castigo en función de una conducta anterior al hecho puede oponérsele un argumento de gran peso: la ausencia de condenas anteriores no conforma por sí sola una circunstancia atenuante. En efecto, existe un obstáculo difícil de sortear: ¿cuáles son los medios probatorios que, admisibles constitucionalmente, permiten -sin vulnerar el principio de reserva o la presunción de inocencia- verificar estos extremos?

Este interrogante sólo puede ser contestado de la siguiente manera. La conducta precedente del autor de un delito sólo puede ser valorada en forma limitada. Esto es así puesto que poco aporta a la gravedad del delito la vida que -"buena" o "mala"- haya llevado el autor hasta el día del ilícito.

La regla podría ser formulada de la siguiente manera: desde la óptica del ilícito y de la culpabilidad, la conducta precedente sólo puede ser considerada en tanto y en cuanto se refleje en forma directa con el hecho.

2. La reincidencia

La reincidencia agrava la pena, no porque agrave el delito cometido, sino porque al autor lo hace merecedor de una pena mayor que la normal; según unos, porque esa pena es insuficiente en relación con su sensibilidad; según otros, porque la recaída del autor en el delito a pesar de la condena anterior, demuestra su mayor rebeldía frente a la ley penal y así su mayor peligrosidad delictiva. Este último es el criterio de nuestro Código Penal.

Hay reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme a pena privativa de la libertad, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito (C.P., art. 50, § 1º). La reincidencia es *ficta* si basta la condenación anterior; es *real*, si el delincuente tiene que haber sufrido la pena.

La condena anterior, que debe estar firme, vale decir, que no admita recurso alguno, puede haber sido dictada en el país o en el extranjero.

La primera condena impuesta a la persona no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia, cuando hubiere transcurrido otro término igual al de ella, que nunca excederá de diez años ni será inferior a cinco (C.P., art. 50, § 4º).

En el plano teórico de la reincidencia, no es insular la opinión que sostiene que la existencia de condenas anteriores conllevan una mayor culpabilidad. El fundamento de tal afirmación es que, con la condena anterior el autor ya recibió el aviso de que debía adecuar su conducta a las normas legales que rigen en la comunidad y que, en una segunda oportunidad, a pesar de haber recibido esta primera advertencia, optó por contrariar nuevamente las normas.

Para esta concepción, parecería que la mayor reprochabilidad del infractor de la ley penal reside, no sólo en la existencia de condenas cumplidas sino, principalmente en que ha cometido nuevos delitos, aún cuando sobre éstos no haya recaído condena.

La teoría de la "advertencia" argumenta que la mayor culpabilidad del autor reside en que éste tiene una imagen más vívida de qué es lo que ocurre cuando se viola una norma penal.

La teoría de la "advertencia" es tan ficticia como grotesca: la violación al principio de inocencia es tan burda que no resiste el menor análisis. Por otra parte, de hacer propios sus postulados debería admitirse que todos los operadores de la justicia penal -jueces, fiscales, defensores, etc.- han recibido esta eventual "advertencia".

Con relación a la determinación de la pena y al establecimiento de un marco de culpabilidad adecuado, la reincidencia es uno de los puntos más debatidos en la doctrina nacional.

El artículo 41 del Código Penal ordena tomar en cuenta las reincidencias en que hubiere incurrido el autor. La doctrina y la jurisprudencia, por su parte, se han encargado de sostener que ésta debe ser valorada como *agravante*.

El fundamento de tal afirmación encuentra apoyo en el artículo 14 del Código Penal que deniega a los reincidentes la posibilidad de acceder a la libertad condicional.

Ziffer opina que el carácter agravante de las sentencias condenatorias previas debería quedar reservado para aquéllas que merecen la declaración de reincidencia; las demás, podrían quedar fuera de análisis.

También en materia de reincidencia corresponde señalar que, la consideración misma de circunstancias ajenas al hecho, debe encontrarse sujeta a estrictas restricciones respecto de la interpretación, por tratarse de una excepcional desviación del principio de culpabilidad por el hecho.

Finalmente, cabe hacer mención a la modificación introducida al artículo 50 del Código Penal. En virtud de esta reforma se reemplazó el sistema de reincidencia "ficta" por el de reincidencia "real". Hasta ese momento, sólo se exigía la preexistencia de una condena, sin importar si había sido efectivamente ejecutada o no. La condena misma era considerada como advertencia suficiente.

El nuevo artículo 50; en cambio, parece descartar la teoría de la advertencia en favor de un concepto de reincidencia con contenido de prevención especial. Para que pueda hablarse de reincidencia no basta con la mera declaración, sino que es necesario que haya sido ejecutada la sentencia -cumplimiento de pena *efectivo*- y haberse demostrado como insuficiente.

V. CONCLUSION

Un derecho penal liberal debe basarse en el reconocimiento de la existencia de una relación de proporcionalidad entre la gravedad del ilícito cometido y la cantidad y calidad de la pena a aplicar.

No obstante ello, esta premisa se enfrenta a una problemática de muy difícil resolución: no existe un criterio único y verdadero acerca de cuál es la pena específica que corresponde para cada infracción penal. La determinación de la pena apropiada a cada delito, tal como quedó demostrado en este trabajo depende de múltiples factores que se relacionan con la finalidad que tiene cada sanción penal dentro de una comunidad, con los valores éticos, políticos de cada grupo social.

Tal como fue presentado en la introducción de este ensayo, la problemática tratada puede ser analizada en tres niveles: el de la predeterminación -por parte del legislador- de la naturaleza y medida de la pena prevista para cada ilícito; el de la determinación -por parte del juez- de la sanción aplicable al caso y; finalmente, en la faz ejecutiva, el de la duración de la pena que efectivamente debe ser tolerada.

En el marco estricto de la determinación judicial de la pena, el problema se identifica con los espacios de discrecionalidad que se asignan a la actividad jurisdiccional.

El análisis de los artículos 40 y 41 del Código Penal, nos lleva a concluir que nuestra legislación, sin prefijar cuáles son los valores agravantes y atenuantes para cada caso, ha dejado, al criterio del juez, la tarea de escoger la pena para el autor de un delito.

Aceptamos que existe una imposibilidad material de prever los infinitos factores que pueden incidir en la determinación judicial de la pena ya sea agravándola o

disminuyéndola. Por esta razón es atendible que nuestra legislación no ofrezca ningún criterio objetivo para el establecimiento de estos extremos.

Por otra parte, es necesario poner en evidencia que para que el juzgador pueda atender cada caso de manera imparcial y brinde para cada supuesto una solución ajustada a la culpabilidad del autor, es preferible contar con un sistema, como el previsto por nuestro Código Penal, que se caracteriza por ser indeterminado y por ello *flexible*.

No obstante aceptamos que no existe una verdad objetiva acerca de cómo corresponde juzgar cada caso en particular, no consideramos que no debe rechazarse la posibilidad de pensar y analizar cuáles son los criterios que deben orientar la decisión judicial en cuanto al monto y calidad de la sanción punitiva aplicable en cada caso.

Si bien la determinación judicial de la pena es una actividad discrecional del juez, no por ello se debe considerar que su decisión puede ser arbitraria e irracional. El acto de determinación de la pena es un acto jurisdiccional que aplica el derecho vigente y, por tanto, debe ser rigurosamente fundamentado sobre criterios racionales.

Con relación al contenido que debe primar en la decisión judicial respecto de la sanción punitiva, el reproche jurídico penal debe referirse únicamente al hecho enjuiciado y no debe extenderse sobre aspectos extraños a éste.

En cuanto al método que debe utilizar el magistrado para determinar qué condena corresponde justificarla razonadamente: cuando la pena a aplicar sea mayor al mínimo legal previsto por la norma quebrantada el magistrado deberá fundar su decisión según criterios legales y racionales.

De esta forma, imponiendo a los jueces la carga de argumentar sus decisiones se abre la posibilidad de exponerlas a un control y someterlas a un eventual cuestionamiento.

Entre la fundamentación de una decisión y la posibilidad de revisarla existe una estrecha relación. Para que la fundamentación sea correcta y completa no basta exponer las circunstancias que han sido decisivas para la efectiva determinación, sino que corresponde incorporar los hechos que influyen en la medición judicial de la pena y su valoración jurídica en la fundamentación de la sentencia, de manera que se permita verificar si se ha seguido el camino correcto hacia la medida de la pena.

Así como en el derecho alemán, en una deficiente fundamentación de la medición judicial de la pena es frecuente encontrar un doble error, esto es, una infracción tanto en contra del deber procesal cuanto de la obligación jurídico material de fundamentación.

Entre este tipo de motivaciones existe una diferencia de fundamental importancia.

En este trabajo se ha hecho especial hincapié en la necesidad de justificar materialmente la imposición de una pena ya que, por esta vía se logrará un estricto control legal sobre esta etapa del proceso que es una de las más importantes en el proceso penal.

La posibilidad de que todas las partes de un proceso conozcan los motivos que llevaron a un juez a aplicar una sanción determinada es indispensable para garantizar un proceso penal legal.

-