

LIMITES DEL DERECHO PENAL: CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EN LA MEDICIÓN DE LA PENA

MARCELO FERRANTE

*"La loi ne doit établir que
de peines strictement et
évidemment nécessaires..."*

(art. 8º, D.D.H.C., agosto de 1789).

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de determinación judicial de la pena, aparecen posiciones que, con variable racionalidad o coherencia, intentan dar un fundamento teórico a la intervención penal del Estado y, a la vez, una serie de límites, más o menos individualizables, plausibles como conceptos abstractos pero de –generalmente– nula utilidad pragmática. Lo cierto resulta ser que todo intento de justificación racional de un particular modo de determinación de pena, que toda doctrina de fundamentación de una forma de aplicación de pena, no logra justificar, no consigue dar motivos racionales, a la transformación existente entre la comisión de un delito y una determinada cantidad de encierro. Los intentos no fueron –ni son– pocos. Sin embargo, cuando todo acto –al menos dentro de la ética de los capitalismo occidentales– y, más aún, todo acto estatal que pone límites a la libertad requiere, para su aceptación, de justificación racional, la conversión delito-cantidad de pena en cada caso particular sigue sin demostrar

racionalidad alguna. Así, cada tesis sobre la determinación de la pena llega, a lo sumo, a encontrar una justificación racional de un método de individualización de la pena pero sólo como esquema abstracto, inaplicable o de imposible traducción a un caso concreto, esto es, incapaz de responder a la pregunta: *¿Qué clase de pena y en cuál cantidad debe aplicarse al individuo "A" que cometió el delito "X" en las circunstancias "Y"?*

A su vez, una tesis relativa a la determinación de la pena lleva, como premisa necesaria, una doctrina del fin de la pena; pues dependerán del sentido dado a la pena-concepto los factores relevantes para la individualización de una pena, factores que serán causa de la pena particular resultante. Aun así, una tesis de la determinación de la pena, enmarcada dentro de una doctrina del fin del Derecho penal, incluso cuando sea teóricamente racional, sólo podrá, cuanto mucho, explicar la necesidad de un castigo ante la comisión de un delito, pero nunca especificar qué clase de castigo ni en qué cantidad.

El castigo ante la desobediencia –pena por la violación culpable de una norma– es una respuesta puramente irracional. La racionalidad aparece ante la necesidad de limitar aquella solución irracional dada y, cuando menos aparentemente, inextirpable: "La pena es una amarga necesidad"³. El saber jurídico-penal encuentra en el acto de la determinación de una pena en particular ante la comisión de un determinado delito, por un individuo en concreto, su propio límite.

Intentaré en este trabajo exponer una tesis sobre la determinación de la pena, aquella en la que encuentro mayor racionalidad y coherencia y, a su vez, mayor valor de actualidad, para luego demostrar que a pesar de su corrección no sirve como respuesta a la pregunta formulada anteriormente; por tanto, no sirve como explicación racional para un caso concreto, es decir, no es más que una ayuda a un irracional "sentido común" que, de todos modos, no siempre esclarece el panorama de un hipotético juzgador (a la sazón, determinante de la pena).

³ La frase citada alude a una de Hans Schultz: "La pena no es un fenómeno metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos", que, con algunas modificaciones, fuera incorporada en la fundamentación del Proyecto Alternativo de Código Penal, parte general, alemán de 1966.

La tesis que expondré es la surgida básicamente de la concepción impulsada por Claus Roxin, entre otros, enmarcada dentro de un concepto de Derecho penal orientado a fines –terrenales por oposición a metafísicos–, que halla su justificación última en la concepción del Derecho desarrollada por el funcionalismo-sistémico. Mi exposición será una reconstrucción de tesis de distintos autores, girando, siempre, sobre el eje que Roxin aportó al sistema del Derecho penal en este punto, intentando, a su vez, plantear algunos puntos especialmente problemáticos.

2. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Responder a la pregunta que origina el tema de la determinación de la pena implica, previamente, conocer cuál es la función que el Derecho penal debe cumplir como instrumento dentro de un sistema social determinado; y brindar una conclusión en ese sentido supone, a su vez, individualizar una función que el Derecho, en general, debe cumplir. No es sino esto lo que, genéricamente, Claus Roxin definió como "reconciliación de política criminal y sistema del derecho penal", o también, para Schmidhäuser, "sistema teleológico del Derecho penal" o "Derecho penal orientado a fines"². De este modo, "la vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica: un orden estatal sin una justicia social no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, pero que no consiga la garantía de la libertad como en el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal"³.

² Cfr., por todos, Schönemann, B., "Introducción al razonamiento sistémico en Derecho Penal", en AAVV, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. de Silva Sánchez, J.M., Temes, Madrid, 1991, ps. 31 y sigs., en particular, p. 43.

³ Roxin, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., Berlin, N.Y., 1973, p. 18, cit., por Pérez Manzana, M. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, U.A.M., Madrid, 1990, p. 37.

De este modo, un sistema del Derecho penal funcional u orientado a fines, debe, a partir de algunos presupuestos fácticos dados que hacen al medio en el que se aplica, escoger los instrumentos que resulten idóneos para la consecución de los fines propuestos. Así, la teoría sociológica puede aportar aquellos presupuestos de los que debe partir el Derecho penal: ésta es la razón de aquellos que sostienen la teoría de la prevención general positiva o prevención-integración como doctrina del fin del Derecho penal –y de la pena en particular– sosteniendo sus posiciones dentro del marco teórico aportado por el funcionalismo sistémico, en tanto brinda una hipótesis de legitimación del Derecho como instrumento de estabilización del sistema social⁴.

Un sistema social complejo en el que interactúan innumerables agentes requiere para su desenvolvimiento, o su equilibrio dinámico –al contrario de lo que sucede en sistemas sociales simples en los que la mera confianza personal recíproca es suficiente–, de la institucionalización de las expectativas de conducta: “el ordenamiento jurídico, con sus normas abstractas y sus relaciones despersonalizadas, reemplaza la confianza personal por la institucional”⁵. La vigencia de las normas es, pues, funcional a la estabilidad del sistema o, lo que es lo mismo, la infracción normativa es disfuncional a aquella estabilidad. Es decir, la infracción, en tanto que acción contraria a la norma o desviada de la prescripta por ella, constituye “... la expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho ...” pues su manifestación daña las expectativas del resto de los agentes en relación a sus comportamientos recíprocos. Pero esta afirmación sólo puede ser válida en tanto y en cuanto medie un consenso generalizado sobre el contenido de la norma violada. Así lo expresa Richard Münch: “Podemos considerar que una institución es una pauta normativa especificada cuya supervivencia exitosa está determinada por el arraigo que tenga en la tradición del universo vital de una comunidad, por su imposición mediante la movilización de poder y el carisma, y por su adaptación a

⁴ Baratta, A., “Integración-prevención: Una ‘nueva’ fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, trad. de Gertra Múnder y Sandoval Huertas, en *Doctrina penal*, t. 1985, Depalma, Bs. As., ps. 3 y sigs.

⁵ *Ibidem*, p. 4.

experiencias de aprendizaje, intereses y cálculos de utilidad situacionalmente cambiantes", pero —dice después—, "no cabe duda de que el aspecto de la consolidación de las pautas regulares de las instituciones descansa en el hecho de que las normas se comparten y mantienen colectivamente". En este sentido sí, un comportamiento violatorio de una norma la golpea en su vigencia y, por ello, hace estremecer la confianza institucionalizada respecto de su observancia. De otra forma, no hay razón para dar relevancia a la infracción normativa.

Pero, a su vez, la necesidad de continuidad del sistema, a través de la confirmación de esa norma, viene dada por la sanción, en tanto que expresión simbólica opuesta a la representada por la infracción⁶. La norma, por su naturaleza contrafáctica, adquiere sentido ante la conducta desviada y, a través de la sanción, se reafirma, se refuerza. La sanción "afirma y asegura las normas"⁷, tiende a "ejercitar en la confianza de la norma"⁸.

Ahora bien, para materializar esas funciones es necesario entender el Derecho penal como fenómeno inserto en un sistema social dado, de modo tal de no caer en un "esoterismo jurídico"⁹.

Un sistema social complejo, como una sociedad organizada bajo un Estado de Derecho, contiene diversos subsistemas sociales que varían en su complejidad. Según varíe esta complejidad variará también el sistema normativo de cada subsistema, disminuyendo su formalización en relación directa a la disminución de complejidad de los vínculos interactivos del subsistema. Así, en un sistema social complejo consisten di-

⁶ Münch, R., "Teoría parsoniana actual: en busca de una nueva síntesis", en AAVV, *La teoría social*, Roy, Giddens, A. y Turner, J., comps., trad. de Alberto, J., Alianza, Madrid, 1991, ps. 181 y 184.

⁷ Cfr. Baratta, op. cit., p. 8 y también Hassemer, W., *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1985, p. 389.

⁸ Hassemer, *ibidem* p. 392.

⁹ Jakobs, G., "Strafrecht. Allgemeiner Teil", Berlín, 1983, p. 8, cit., por Mir Puig, B., "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", en *Poder y Control*, n° 9 - año 1988, PPU, Barcelona, p. 53.

¹⁰ Hassemer, op. cit., p. 388, en donde trata de esotéricas a las doctrinas de la prevención general negativa por considerar al fenómeno de la pena aisladamente, como cuestión meramente jurídica.

versos –innumerables– sistemas normativos que van desde las relaciones de confianza personal hasta la institucionalización de expectativas propia del Derecho. Todos son procesos –e instrumentos– de control social¹¹; “con él –afirma Hassemer– asegura todo grupo, cualquier sociedad, las normas, las expectativas de conducta sin la que no podría seguir existiendo como grupo o sociedad... el control social es una condición básica irrenunciable de la vida social”¹².

De este modo, el derecho penal es un método de control social, el más formalizado dentro del sistema, situado por encima de todo el resto de subsistemas normativos, que por ser el modo más violento y tosco influye en el resto de procesos de menor formalización, dándoles fuerza. Como ya se afirmó, cada sistema normativo, para ser legítimo, se sustenta y fundamenta –adquiere razón de ser– en el consenso, y el derecho penal, de igual forma y por la misma razón, debe tender a la afirmación y aseguramiento sólo de aquellas normas sobre las que haya consenso que, por la generalidad definitiva del derecho, no es sino “el mínimo consenso normativo” sin el que no existe sociedad alguna¹³.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DENTRO DEL MARCO EXPUESTO

Si no hay necesidades preventivo-general-positivas, no puede aplicarse, legítimamente, una pena. Este es un primer límite a la intervención punitiva estatal, surgido de la prevención general positiva. Llamaré a este límite extensivo, por oposición a intensivo, pues funciona como tal en la esfera de fundamentación de la pena, es decir, sólo tiene relevancia para responder a la pregunta “¿cuándo aplicar pena?”, pero no responde al “qué” ni al “cuánto”.

De esta premisa Roxin extrae algunas consecuencias.

¹¹ Cfr. al respecto, Hassemer, W., “Sobre las normas no jurídicas en el Derecho”, trad. de Sancinetti, M., en *Doctrina penal*, Depalma, Bs. As., t. 1969, ps. 1 y sigs.

¹² Hassemer, *ibidem* nota 7, p. 390.

¹³ Cfr. Stratenwerth, G., *Derecho penal, parte general: El hecho punible*, trad. de Romero, G., Edersa, Madrid, 1982, ps. 6 y 7.

En primer lugar, admitiendo la validez de aquella afirmación, debe concluirse que la sola comisión culpable de un ilícito no fundamenta, por sí, la aplicación de una pena. La pena no es retribución de la culpabilidad, pues "no puede ser impuesta si no es necesaria por razones preventivas"¹⁴. De modo que el concepto "bilateral" tradicional de culpabilidad cae en favor de una concepción "unilateral"; esto es, que la afirmación "no sólo la pena tiene que corresponder a la culpabilidad sino que ésta también hace necesaria la pena", premisa necesaria dentro de una doctrina retribucionista, debe transformarse, cuanto menos, en: la aplicación de una pena requiere culpabilidad, pero la culpabilidad no exige la aplicación de pena, sino que ésta está dada por necesidades preventivas; "con ello se consigue una recíproca limitación"¹⁵. Roxin contrasta esta hipótesis demostrando que en el llamado estado de necesidad "disculpante", en el exceso en la legítima defensa, en el error de prohibición invencible y en los casos de inimputabilidad –todos, obviamente, según la regulación penal alemana, §§ 17, 20, 33, 35 StGB– la renuncia a la pena responde a necesidades preventivas y no a la falta de culpabilidad pues, en tales casos, el sujeto cuenta con posibilidades materiales de actuar de otra forma o, al menos, en los casos de inimputabilidad y error de prohibición invencible, "... la exclusión de la responsabilidad se puede explicar exactamente igual por la falta de necesidad de prevención *jurídico-penal* que desde el punto de vista de la culpabilidad"¹⁶. Como puede verse, el concepto de culpabilidad que toma Roxin en este punto no es sino el concepto clásico; el "poder actuar de otro modo" o "poder determinarse de otro modo" o, también, "el poder que tiene para ello" la persona con respecto a su antijurídica formación de voluntad¹⁷, ligado, en su eficacia, a la contrastación –imposible– de la existencia del libre albedrío¹⁸. Sin embargo, según lo que se verá más ade-

¹⁴ Roxin, C., "Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad", en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1991, p. 189.

¹⁵ *Ibidem*, p. 199.

¹⁶ Roxin, C., "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales", en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de Lonjón Peña, Reus, Madrid, 1976, p. 214.

¹⁷ *Ibidem*, p. 203.

¹⁸ Según las palabras de Roxin: "... esta concepción tropieza con difi-

lante, no es éste el contenido que Roxin atribuye a la culpabilidad.

La necesidad de reafirmación de la norma violada, en tanto que expectativa de conducta valorada como impredecible, constituye, pues, fundamento y límite de la intervención penal del Estado. Es decir, sólo en cuanto sea necesaria para la consecución de ese fin, la pena será legítima, esto es, ante la comisión de un delito en particular, sólo una pena estará justificada: la idónea para cumplir la función asignada. Llamo a este límite límite intensivo, pues determina el quantum de la pena a aplicar. Es inadmisibles tanto una pena mayor cuanto una menor; la primera por excesiva, la segunda por carecer de sentido. La pena "...demasiado fuerte o demasiado débil, es decir, ... aquella pena que se puede sentir como inadecuada hacia arriba o hacia abajo, tiene efectos negativos, ... irritantes, desaseguradores de la conciencia jurídica y, finalmente, desintegradores"¹⁸.

Entonces, esta idea de "pena exacta" idónea para restaurar la conexión a las expectativas de orientación normativa generada por la comisión de un delito, supone que sólo la mínima violencia necesaria para cumplir esa función puede estar legitimada. En este sentido puede aplicarse, para el caso, la regla de Ferrajoli¹⁹ en tanto se adecue previamente a un esquema formal –distinto del de Ferrajoli– como el propuesto por la teoría sistémica: "El Derecho penal es necesario si es el menos gravoso en relación con los sistemas alternativos de control de la desviación, y sólo se justifica si

cultadas tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias. Se basa en la aceptación de una libertad de voluntad (o libre albedrío) que escapa a la comprobación empírica", *ibídem*, p. 203.

¹⁸ Müller-Dietz, H., "Integrationsprävention und Strafrecht, zum positiven Aspekt der Generalprävention" en *Fest. für Jeschek*, Berlin, 1985, T. 2, p. 624, cit. por Pérez Manzana, M., *op. cit.*, p. 264, nota 192.

¹⁹ Ferrajoli, L., "El Derecho penal mínimo", trad. de Bergalli, R., en *Poder y control*, n° 0-año 1986, ya citada, p. 39. La regla indicada es la que limita la justificación de la respuesta penal en tanto y en cuanto sea la menos costosa para la consecución del fin. En el esquema de este autor se expresa: "Un sistema penal –puede decirse– está justificado únicamente si la suma de las violencias –delitos, venganzas y punitones arbitrarias– que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas".

realmente es necesario, si opera como mecanismo garantizador de la libertad de la sociedad y del delincuente⁷¹.

Ahora bien, más allá de estos límites teóricos de minimización de la respuesta punitiva, habiendo definido a la pena como una expresión simbólica es forzoso concluir que, como sostiene Hans Achenbach, "... si la administración de justicia penal tiende hacia la orientación normativa y al mantenimiento de la fuerza motivadora de normas sociales importantes, debe estar atenta, en lugar de al mero adiestramiento mediante el terror desnudo, a la cuestión de la aceptación social de las sanciones. En efecto, únicamente la pena que se sienta como justa podrá ser admitida por los miembros de la comunidad jurídica como reacción adecuada y, en suma, desencadenar el proceso de motivación que se desea⁷².

Esta afirmación no permite la crítica en relación a que el único factor al que debiera darse relevancia para la medición de la pena sería "el respectivo estado de la opinión pública", pues "... el baremo de la idea de confirmación del Derecho no viene constituido por la conmoción producida en la opinión pública, sino por la búsqueda de una fijación justa de los límites de la imputación jurídico-penal, apoyada en las relaciones de hecho, determinada por la función de protección, propia del monopolio estatal de la administración de justicia, y que satisfaga de modo duradero un acendrado sentimiento jurídico⁷³.

Hecha esta salvedad, el contenido simbólico de la pena, formulado en el sentido señalado, llevó a conjugar el primer concepto aséptico de prevención –puramente objetivo, en el sentido de que, por lo menos en una primera aproximación, sólo el hecho de la necesidad de reafirmación normativa como consecuencia de la sola lesión que implica el delito determina el quantum de la pena– con pautas diversas. De este modo, si la norma es la institucionalización contrafáctica de una

⁷¹ Pérez Manzana, M., op. cit., p. 222.

⁷² Achenbach, H., "Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad", en AAVV, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, ya citado, p. 140.

⁷³ *Ibidem*, pp. 141 y 142. La crítica señalada es de Stratenwerth en *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, p. 20, citado por Achenbach.

expectativa de comportamiento, y el delito la frustración de una expectativa tal, *sólo la conducta desviada de aquel definido como capaz de responder a la prescripción normativa tiene posibilidades materiales de generar aquella frustración*. En consecuencia, el principio de culpabilidad ya no resultaría excluido de la pena determinada de acuerdo con parámetros preventivo-general-positivos, sino que, al contrario, podría incluirse en la determinación del límite intensivo impuesto por aquéllas, aun cuando el límite extensivo –la fundamentación de la pena en última instancia– esté dado sólo por estos últimos²⁴.

Ahora bien, esta aseveración genera consecuencias en el concepto clásico de culpabilidad –unido a la doctrina del retribucionismo– y puede, por lo dicho, tener consecuencias en la medición de la pena.

3.1. El "círculo" mágico

Lo anterior lleva, necesariamente, al análisis de lo que tradicionalmente se llamó relaciones entre culpabilidad y prevención –general positiva–. Resulta necesario, para nuestro análisis, citar algunos párrafos de Roxin.

"Desde un principio debe rechazarse toda pena que sea superior al límite máximo que permite el marco de culpabilidad. Ello es consecuencia del fin protector liberal del principio de culpabilidad que impide que, tanto por razones preventivas generales como especiales, pueda imponerse una pena superior al grado máximo del marco de culpabilidad. El principio de culpabilidad cumple precisamente la función de poner límites al poder de intervención estatal a través de la idea de lo merecido"²⁵.

En el mismo artículo Roxin advierte: "Si, en efecto, la pena debe determinarse según el grado de culpabilidad, es porque de este modo se consigue la finalidad político-social de restablecer la paz jurídica perturbada y de fortalecer la conciencia jurídica de la comunidad imponiendo al autor del de-

²⁴ Según lo dicho ya al comenzar el punto 3.

²⁵ Roxin, C., "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena", en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, ya citado, p. 103.

lito una sanción que ha 'merecido', es decir, una sanción que corresponda a la gravedad de su delito"²⁶.

Pero, a la vez, Roxin halla un tercer factor: La "defensa del ordenamiento jurídico", que "... es en cierto modo la última forma de prevención general, su límite último de contención (*Auffangposition*)"²⁷, por debajo del cual no puede establecerse una pena, pues parecería "simplemente como incomprendible para la sensibilidad jurídica general". Vale decir, entonces, que Roxin entiende aquí la pena adecuada al grado de culpabilidad como idónea para conseguir los fines preventivo general positivos –en sus términos, fines de prevención-integración– aunque para ello nunca podrá ser inferior al límite mínimo necesario para la "defensa del ordenamiento jurídico"²⁸.

La incorporación del concepto "culpabilidad" en su teoría de la determinación de la pena dificulta las cosas, pues si bien en un comienzo aparece como dogmática y pragmáticamente correcta, luego lo sostiene, simplemente, como una suerte de resabio que es útil conservar. Si la medición de la pena era ya compleja con el solo factor de la consecución del fin de reafirmación de la norma violada, el hacer depender éste del grado de culpabilidad agrava el problema.

Pero, aparentemente, si el fin es arribar a la pena "socialmente valorable como justa", no es posible soslayar este problema.

Esta circularidad de los factores determinantes de la medida de la pena, carentes por sí de contenido, como una definición tautológica, requiere, para conseguir un sentido de aplicabilidad, completarse. Básicamente, las opciones son tres.

²⁶ *Ibidem* pá. 96 y 97. En igual sentido, del mismo autor, "Culpabilidad, prevención y responsabilidad", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, ya citado, pá. 147 y sigs.

²⁷ *Ibidem* nota 25, p. 108.

²⁸ Lo cierto es que en "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena", Roxin entendía que el límite de la "defensa del orden jurídico" era siempre inferior a la pena adecuada a la culpabilidad, de la que puede alejarse hacia abajo por razones de prevención especial hasta aquel límite. Pero, ello así, la pena en la medida dada por la culpabilidad resulta ilegítima cuando el límite mínimo de la defensa del orden jurídico está por debajo de aquella. Pues sólo está justificada la pena en tanto sea la menor coherente para conseguir los fines que la legitiman.

En primer lugar, una alternativa puede ser la aportada por Günther Jakobs: "La determinación de la culpabilidad en el Derecho penal vigente consiste en la fundamentación de las necesidades de punir en manera concreta para la confirmación de la obligatoriedad del ordenamiento frente al ciudadano fiel al Derecho; la culpabilidad se fundamenta a través de la prevención general en esta comprensión que la precisa y se mide conforme a esta prevención"²⁸. Es, así, la necesidad de reafirmación de la expectativa de conducta perturbada la que llena de contenido a la culpabilidad.

En segundo lugar, la alternativa podría ser el dar un contenido autónomo a la culpabilidad que, por sí, diera una medida de pena adecuada para la producción del fin preventivo general propuesto.

Y, por último, una posibilidad de combinación de ambos conceptos –culpabilidad y prevención– que, sin referirse circularmente el uno al otro, puedan definirse vinculándose en la función que los une, esto es, en la determinación de una pena. Esta parece ser la vía apropiada. En lo que sigue expondré las tesis de algunos autores alemanes para intentar, luego, arribar a una respuesta aceptable.

La posición de Roxin sólo es entendible si se parte de la objeción al concepto clásico de culpabilidad, como posibilidad de actuar de otro modo: como libertad material del individuo. La libertad de decisión pretendida por aquella culpabilidad es empíricamente indemostrable. Roxin empieza por intentar responder a esta crítica de la indemostrabilidad de la existencia de la culpabilidad en tanto "no se pueden derivar deducciones científicas de premisas indemostrables"²⁹. Pero esta objeción, para este autor, sólo es tal, dentro del Derecho penal, en tanto que partiendo de premisas empíricamente indemostrables se perjudique al que cometió un delito. En este sentido, argumenta: la renuncia al principio de culpabilidad privaría al reo de las garantías del Estado liberal en la aplicación de las penas. Pero, aún más, si es consecuencia de la renuncia a este principio la supresión de la pena, también

²⁸ Jakobs, G., *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 9, cit., por Pérez Manzana, M., *op. cit.*, p. 181.

²⁹ Roxin, C., "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, ya citada, pp. 41 y sigs.

aparecerían otros efectos perjudiciales, pues, por un lado, suprimido el efecto simbólico cohesivo de la pena, se afectarían las posibilidades de "supraduración del sistema"²¹ —condición legitimante de la pena—; y, por otro, aunque por la misma causa, en una lectura hobbesiana como la de Ferrajoli²², se maximizarían las posibilidades de una "... mayor reacción (informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal) que en ausencia de penas manifestaría la parte ofendida o ciertas fuerzas sociales e institucionales con ella solidarias"²³.

De respuestas como éstas, Roxin concluye que "no se puede, por consiguiente, discutir ni criticar desde ningún punto de vista lógico-jurídico, el que el principio de culpabilidad favorece al delincuente"²⁴. Así, la culpabilidad resulta una proposición normativa basada en la conciencia del hombre normal de su propia libertad y en la necesidad de atribución de libertad a la acción individual para la "ordenación satisfactoria de la convivencia humana". Esta proposición normativa, por ser tal, "no debe enjuiciarse según los criterios de 'verdadero' o 'falso', sino según su utilidad o dañabilidad sociales"²⁵. Lo mensurable como contenido de la culpabilidad aparece, en Roxin, como la "motivabilidad por la norma"²⁶ o la "capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas"²⁷.

Sin embargo, para Roxin no es posible deducir del grado de culpabilidad, por sí, una cantidad de pena determinada

²¹ Jakobs, G., "Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?", en *Aspekte der Freiheit*, Hrg. Dieter Heinrich, Schriftenreihe der Universität Bogenburg, T. 6, 1982, p. 74, cit. por Pérez Manzana, op. cit., p. 150.

²² En este sentido es reveladora su expresión (en relación a los costos de suprimir la respuesta penal en su formulación iluminista): "el libre abandono del sistema social al bellum omnium y a la reacción salvaje e incontrolada contra las ofensas, con un inevitable predominio del más fuerte...". Ferrajoli, op. cit., p. 40.

²³ *Ibidem*, p. 37.

²⁴ Roxin, C., "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", cit., p. 48.

²⁵ *Ibidem*, p. 49.

²⁶ Roxin, C., "Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales", cit., p. 214.

²⁷ Roxin, C., "Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal", en *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, ya citado, p. 172.

"con rigor matemático", sino que sólo puede garantizar el no-abuso en la individualización de la reacción punitiva³⁸.

El fin de prevención-integración aludido por Roxin exige, pues, una pena adecuada a la culpabilidad. Es esa pena la capaz de asegurar "la paz jurídica" y la "vigencia de las normas". "Con ello se produce –advierte– entre magnitud de la culpabilidad y necesidad preventiva un efecto recíproco...: en cierto modo, la culpabilidad misma viene influida ya por la prevención general, ya que, al depender de modo relevante de la gravedad de la lesión del bien jurídico que, por su parte, se basa en el valor que ese bien jurídico tiene para la sociedad, el interés preventivo se convierte en un factor determinante de la magnitud de la culpabilidad"³⁹. De este principio rector y del –ya destacado– de vinculación inversa, es decir aquel que prescribe que sólo será necesaria la respuesta penal en el grado en que era esperable que el autor respondiera a las expectativas de comportamiento sociales, esto es, en términos de Roxin, según su "capacidad de reacción frente a las exigencias normativas", surge la magnitud de la pena "preventivo-integradora" idónea para fortalecer, "... con la satisfacción del sentimiento jurídico, la conciencia jurídica general"⁴⁰.

Claramente, Roxin no hace más que dar algunas pautas que contribuyen al esclarecimiento de la primera definición circular de la relación "culpabilidad-prevención", sin conseguir salir de aquella circularidad. Esta circularidad que mantiene viene dada por la normatividad de su concepto de culpabilidad referida directamente a las posibilidades de prevención-integración de la pena, apareciendo, aunque no de manera totalmente expresa, como condición de eficacia de un Derecho penal que se legitima, en principio, por factores extraños a la culpabilidad de quienes cometen delitos. La culpabilidad resulta –según él– una "flección a favor del autor".

No es distinta la conclusión de Achenbach⁴¹. En sus términos, la pena debe adecuarse a la "imputación individual"

³⁸ *Ibidem*, nota 34, pá. 50 y 51.

³⁹ *Ibidem*, nota 37, p. 182.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 183.

⁴¹ En "Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad", ya citado, pá. 134 y sigs.

efectuada al considerado autor del ilícito penal, y en el grado de ésta. A su vez, sólo es posible imputar penalmente la comisión del ilícito a un individuo, en tanto y en cuanto (en su extensión y en su intensidad) sea necesario desde el punto de vista de la prevención general positiva. Pero existen esas necesidades preventivas legítimas "sólo en la medida en que nuestra sociedad se muestra dispuesta a aceptar la imputación de un comportamiento socialmente dañoso como algo de lo que es responsable el autor respectivamente sospechoso..."; sólo en esta medida pueden "... la persecución penal y la imposición de la pena... (conseguir) una función de orientación normativa"⁴².

El contenido de la culpabilidad en el modelo propuesto por Achenbach, sólo distinto al de Roxin en la univocidad mostrada por aquél al definirlo, no es, desde ya, el contenido de la concepción clásica de culpabilidad en el sentido de "poder actuar de otro modo". La culpabilidad –dice– "...no se trata de una circunstancia susceptible de ser determinada por vía forense...", sino de una contrastación de producción material de los requisitos teóricos asignados a una culpabilidad establecida normativamente, "... en suma, de un poder actuar de otro modo en el sentido de las expectativas normativas que cabe dirigir a un hombre sano"⁴³. Es decir, este "poder actuar de otro modo", no es sino una "fijación normativa": la culpabilidad es, entonces, el "uso defectuoso de un poder que en la práctica nos atribuimos unos a otros recíprocamente"⁴⁴, de modo tal que "... el ordenamiento jurídico excluye la existencia de un poder de evitación del autor mediante ciertos criterios tipificantes, allí donde la correspondiente expectativa de comportamiento aparece como ilegítima"⁴⁵.

Por lo tanto, Achenbach no avanza mucho más allá de lo andado por Roxin en este punto. No rompe la circularidad en la que se definen recíprocamente la necesidad de resfirmar-

⁴² *Ibidem*, p. 141.

⁴³ *Ibidem*, nota 41, pá. 144 y 145. Probablemente las condiciones de "santidad humana" sean determinadas, para Achenbach, por procesos también simbólicos o normativos.

⁴⁴ *Ibidem*. Achenbach toma esta definición de culpabilidad de Schreier, H.L., en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, pá. 209-210.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 146.

ción de la norma y la capacidad del autor de satisfacer expectativas de conducta. Pues, si bien es lógicamente verdadero que "todo lo que fundamenta limita", también lo es que la culpabilidad sólo puede limitar las necesidades de prevención general si existe y puede ser constatada y, a la vez, si puede traducirse en una medida clara y libre de consideraciones preventivas⁴⁶. La tesis de Achenbach sólo contesta a la primera objeción, pues la culpabilidad ya no es una "ficción en favor del autor", sino que está, en tanto unos a otros se la atribuyen reciprocamente –como capacidad de motivación en pautas normativas–, como una propiedad que, por cierto, no es perceptible por los sentidos, pero que da sentido a la interacción social.

A partir de la tesis de Bernd Schönemann parece poder sortearse el problema de la argumentación circular. Schönemann parte del siguiente argumento: "... una pena que sirve únicamente a una función preventiva sólo puede ser determinada, en lo relativo a su contenido, por el mismo fin preventivo, y su magnitud debe establecerse también desde un punto de vista preventivo"⁴⁷. Pero esta afirmación, que parece ser una constante en los autores hasta ahora citados, lleva, en Schönemann, a conclusiones diversas por el lugar que ocupa en su tesis la culpabilidad.

En una primera aproximación, este autor parece limitar la esfera de influencia de la culpabilidad a la fundamentación de la pena, excluyéndola de su medición, esto es, como límite extensivo y no como límite intensivo. Dice en este sentido: "la finalidad preventiva fundamenta la necesidad de la pena, el principio de culpabilidad limita su admisibilidad... en el sentido de que es inadmisibles una pena sin culpabilidad"⁴⁸. Como ya se dijo, sólo la conducta de aquel considerado como capaz de reaccionar a las exigencias normativas puede generar una frustración de las expectativas institucionalizadas de comportamiento. Por tanto, sólo en cuanto se con-

⁴⁶ Estas objeciones fueron tomadas de las paráfrasis de la posición de Jakob en *Schuld und Prävention* realizada por Pérez Manzana, M., *op. cit.*, ps. 160 y sigs. y 263 y sigs.

⁴⁷ Schönemann, B., "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en AA.VV., *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, ya citado, p. 173.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 172.

juegan culpabilidad y necesidades de reafirmación de la norma –prevención general positiva–, es legítima la aplicación de una pena. Pero, ¿qué sucede con el quantum de la pena? La pena, en tanto que instrumento necesario para confirmar el valor de la norma, ¿no debe ser directamente proporcional, en su cuantía, al grado de capacidad de respuesta a las exigencias normativas del autor del delito? En apariencia Schönemann responde a esta última pregunta negativamente.

“En efecto –afirma–, dado que la prevención general se obtiene... a través del proceso de internalización de normas y valores culturales por la población, el Derecho penal, en interés de una protección eficaz de los bienes jurídicos, debe reaccionar a las lesiones de tales bienes en forma distinta, escalonada en función del valor de los concretos bienes y del grado de su puesta en peligro que se exprese en el hecho”⁴⁸. De esta manera, insiste en que debe dejarse de lado el uso lingüístico “pena adecuada a la culpabilidad” ya que “... la pena como respuesta a la culpabilidad ya no es tema de conversación una vez que se ha derrocado la teoría retributiva”⁴⁹.

Sin embargo, aun cuando advierte que no es posible una conversión entre culpabilidad y pena, el hecho de haber sostenido a la culpabilidad como presupuesto para la fundamentación de aquella lo lleva a admitir que, como condición de legitimidad, únicamente pueden utilizarse en la medición de la pena aquellos aspectos que se encuentran sometidos al poder de evitación del autor –lo que, por demás, resulta obvio, pues culpabilidad es reprochabilidad por el hecho cometido⁵⁰–.

Por lo tanto, para Schönemann, son factores determinantes para la medición de la pena, la gravedad del injusto y el grado de amenaza revelado en el hecho –que él llama “energía criminal”–, incluyendo en este último concepto “... el quantum de alternativas que están a disposición del autor en lugar del hecho”⁵¹!).

⁴⁸ *Ibidem*, p. 173.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 174.

⁵⁰ Aunque resulta obvio en el marco de un Derecho penal de acto, no es sobreesbando recordarlo pues las críticas que suelen hacerse a la prevención general positiva, algunas veces, parecen olvidarlo.

⁵¹ *Ibidem*, nota 48, p. 177.

Si se le suma a este último concepto de "grado de amenaza" el que ambos elementos determinantes de la "cantidad" de pena sólo son tales "... en la medida en que éstos podían ser conocidos (y evitados) por el autor y, por lo tanto, serle imputados subjetivamente"⁵³, su premisa de la exclusión de la culpabilidad de la determinación del quantum penal pierde sentido.

3. 2. Una "solución" racional

En resumen, si bien en un principio Schönemann parece entender a la culpabilidad como categoría absoluta, esto es, que existe o no, sin otras posibilidades –de allí que le atribuya sólo la función de límite extensivo; si hay culpabilidad puede haber pena, en tanto y en cuanto haya necesidades de prevención; si no la hay, aunque medien necesidades de prevención, nunca puede haber pena–, luego es posible advertir que, en última instancia, toma a la culpabilidad como categoría graduable⁵⁴.

En consecuencia, si sólo es puesta en crisis una expectativa social de conducta, institucionalizada en una norma, cuando el comportamiento desviado es imputable a quien era considerado capaz de responder a aquella expectativa normativa, y esta capacidad de reaccionar a las exigencias normativas es susceptible de gradación –un individuo puede tener más o menos capacidad de respuesta–, la frustración de expectativas puede ser mayor o menor según sea el grado de capacidad de reacción del autor de la conducta desviada.

Por lo tanto, aunque Schönemann no lo haya visto así –por lo menos expresamente–, la circularidad de relaciones culpabilidad-prevención, consigue, de este modo, una nueva tentativa de resolución: prevención general positiva, en tanto que fin de confirmación del valor motivante de la norma, es la función que debe cumplir una pena cuya entidad se estima sobre factores constituidos por la gravedad del ilícito y el

⁵³ *Ibidem*, p. 136. La bastardilla es mía.

⁵⁴ Cfr. para el concepto de "cuantificación del reproche", Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas*, trad. de Bengualupo y Garzón Valdés, Depalma, Bs. As., 1977, pp. 267 y sigs.

grado de capacidad de reacción a las exigencias normativas, valorada en relación a los hechos imputables a la voluntad del autor –en síntesis, culpabilidad por el hecho–, sobre el marco penal prestablecido legislativamente, según una prognosis realizada del universo de supuestos alcanzado por la norma, en virtud de las posibilidades generales de necesidad de confirmación normativa.

Como se ve el avance, en relación a los autores anteriores, no es mayor que unos pocos pasos.

3.3. El ámbito de no-explicación

Aun cuando el esquema expuesto fuera indiscutiblemente racional y coherente, aun cuando la prevención general positiva fuera un fin claramente plausible del Derecho penal, habría, de todos modos, un ámbito, en la esfera de la determinación de la pena, que quedaría excluido de la explicación brindada. La tesis expuesta se mantiene en un nivel de abstracción insoportablemente elevado en relación al problema que intenta explicar: la determinación judicial de la pena. Es decir, con respecto a la pregunta formulada al comienzo de este trabajo, no consigue respuesta alguna. No puede determinar la corrección o no, en parámetros de racionalidad, de una pena "X", asignada al individuo "A" por la comisión del delito "Y", en las circunstancias "Z". No puede dar razones para escoger esa pena en lugar de otra.

Como toda teoría de la determinación de la pena sólo aporta pautas que, por la distancia conceptual que las separa de su objeto de explicación, pueden ser mencionadas, en su formulación general; en una sentencia como fundamento de cualquier monto de pena –de ocho o de veinticinco años de prisión–.

4. CONCLUSIONES

La elección de una teoría de la determinación de la pena depende, como se expuso, del fin atribuido al Derecho penal. Un Derecho penal que se considera preventivo u orientado a fines asigna determinados contenidos a la pena, diversos a los de un Derecho penal fundado en la idea de expiación de la

culpabilidad⁵⁴. Pero, de todos modos, el mecanismo de la determinación judicial de la pena, racionalizado al extremo, puede explicarse para ambos de un mismo modo.

Para ambos modelos individualización de la pena implica escoger un *quantum* penal determinado según, en el primero, la gravedad del ilícito cometido por el autor y la capacidad de reacción frente a exigencias normativas –en conjunto, el grado de necesidad de afirmación de la norma violada–, y, en el segundo, el grado de culpabilidad, siempre sobre un marco previamente establecido.

Este marco, lógicamente, debe estar determinado para el primer modelo, según el universo de posibilidades eventuales de necesidad de afirmación de la norma de que se trate, y, para el segundo, según el universo de posibilidades de grados de culpabilidad que, previsiblemente, deban expresarse.

De esta forma, tanto la necesidad de afirmación de la norma como la culpabilidad pueden, hipotéticamente, mensurarse según una escala limitada entre 0,1 (el grado más leve posible) a 100 (el grado más alto posible), de modo tal que, a cada punto (grado) de la escala corresponda una cantidad determinada de pena, dentro del marco penal prestablecido. Así, una vez individualizado el grado de necesidad de afirmación de la norma o de culpabilidad, determinar la pena correspondiente no resulta difícil.

Por tanto, no es esta conversión, en sí, lo imposible de explicar racionalmente, sino que, al contrario, el límite al saber jurídico-penal, en este tema, se halla en la contrastación del presupuesto del *quantum* penal, en el caso del modelo expuesto, la necesidad específica de reafirmación de la norma que se ve conmovida en su vigencia, por el comportamiento desviado.

Por lo tanto, pueden extraerse, al menos, dos conclusiones de todo lo expuesto. Por un lado, las pautas dadas por cualquier teoría plausible de la determinación de la pena no aportan los medios para determinar, con algún grado de certeza, los presupuestos del “cuánto” de la pena; es decir, no resuelven la problemática que intentan solucionar. Sólo,

⁵⁴ Cfr., para un modelo retribucionista, Maurach, R., *Tratado de Derecho penal*, trad. de Córdoba Rada, J., Barcelona, 1962, 2ª ed., T. I, p. 63 y sigs.

como máximo, según se dijo, pueden acercar al juez algunos elementos que, en casos no problemáticos, son capaces de fortalecer su sentido común y orientarlo hacia una vía no tan obviamente arbitraria.

Y, por otro, la elección de una teoría de la determinación de la pena está vinculada directamente a una concepción del Derecho penal. Por ello, no es posible optar por un modelo que tienda, simplemente, a la determinación de la pena "ajustada a la culpabilidad" si se parte, por ejemplo, de la idea de que "la pena no es un fenómeno metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos"⁸⁸.

⁸⁸ Cfr. nota 1.