

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA ¿MÁS ALLÁ DEL BIEN Y DEL MAL?*

MARY ANA BELOFF

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEO DEL PROBLEMA

La problemática de la determinación de la pena ha sido durante años dejada de lado en los abordajes de la dogmática jurídico-penal tanto a nivel nacional como extranjero, en cuanto aspecto que mereciera particular interés de ella, tal como lo ha constituido, por ejemplo, la teoría del delito, en sus interminables debates acerca del disvalor de resultado o del disvalor de acción.

Sin embargo, en los últimos años se ha comenzado a desarrollar lo que podríamos llamar una perspectiva dogmática en esta materia, y creemos que la discusión al respecto debe incrementarse y enriquecerse con los aportes que en este sentido pueden proporcionar otras ramas de las ciencias sociales, en nuestra creencia de que la ciencia penal, si existe como tal, y no es ésta la oportunidad de abrir el debate en este aspecto, integra el conjunto de las ciencias sociales y está muy lejos de verse reducida a una ciencia lógico-formal.

En el presente abordaje nos proponemos analizar los diferentes encuadres que en materia de determinación de la pena se han elaborado en la doctrina, comparar los enfoques de los teóricos nacionales y extranjeros y, por último, poner en evidencia sus falencias en tanto análisis que con-

* Este proyecto fue presentado en el II Congreso Nacional y I Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología que tuvo lugar en General Roca (Universidad Nacional del Comahue) en el mes de noviembre de 1985.

tribuyen a una mejor, más igualitaria y justa administración de justicia, en la medida en que es evidente la arbitrariedad en la que incurrirían los agentes que ejercen el poder jurisdiccional del Estado, al imponer condenas cuyas cantidades y calidades no aparecen justificadas en las sentencias que ellos mismos, casi automáticamente, elaboran.

2. UN PROCESO COMPLEJO

Haremos una recorrida por los antecedentes históricos, el derecho comparado y las posiciones doctrinarias, construyendo un marco teórico.

La determinación de la sanción que se le deberá imponer a quien ha cometido un delito no se reduce a un solo acto, a un solo momento, la sentencia, sino que, por el contrario, consiste en un no siempre claro y racional proceso que nace en la norma y que se extingue con la efectiva concreción de la pena impuesta al condenado.

Si bien se considera como más importante a la etapa a la que se ha convenido en llamar de "individualización judicial" —y es precisamente ésta la que nos ocupa principalmente en este trabajo—, no menos importantes son las otras dos individualizaciones: la legal, que la precede y que se hace manifiesta en la ley penal que establece de un modo general y abstracto la pena que corresponde a cada una de las infracciones taxativamente allí enunciadas; y la penitenciaria, que la continúa, y que está representada por el régimen que se considere en teoría más adecuado al cual debe ser sometido el condenado con la finalidad de lograr su "reinserción social"¹. De todas formas, la mayor o menor importancia relativa que se le otorgue a cada una de las tres fases mencionadas variará según las concepciones doctrinales que a este respecto se pongan en juego, y las diferentes legislaciones.

No obstante ello, algunos autores, entre ellos Zaffaroni, consideran que en realidad las actividades judicial y peni-

¹ La noción de "reinserción social", fuertemente relacionada con la teoría de la defensa social, ha sido ampliamente desestimada en los últimos años por la criminología crítica. En tal sentido ver Pavarini, Massimo, *La crisi della prevenzione speciale tra intese garantiste e ideologie secoliberriste*, en Caturri - Ramat (a cura di), "Quali garanzie", Bari, Ed. Donato, 1983, p. 279-309.

tenciaria —o administrativa, en sus términos—, se combinan para realizar la voluntad de la ley². Sin embargo, creemos que tal postura deriva de considerar sólo el deber ser de la norma, y de ignorar lo que en realidad ocurre al ponerse en funcionamiento el circuito infracción-sanción. Por algún factor que esperamos dilucidar a lo largo de la presente exposición, tal combinación no se lleva a cabo, aunque sería deseable que así ocurriese, y cada una de las individualizaciones corre por sendas separadas, las que muy pocas veces convergen en realizar los propósitos perseguidos por el legislador.

El problema que nos ocupa, esto es el de la determinación de la especie y del quantum de la pena, puede ser tratado desde tres enfoques teórico-metodológicos diferentes y complementarios entre sí: el de la política criminal, el de la psicología judicial y el de la defensa social (con los reparos que nos merece esta expresión a la luz de una postura no funcionalista-sistémica del derecho penal)³.

El de la política criminal, en la medida en que ciertas decisiones judiciales pueden ser tan eficaces, o inocuas, en la labor que se desarrolla para disminuir los índices de delincuencia en una sociedad dada, tanto como las medidas legislativas o las sociales. En este sentido se parte de la idea de que la política criminal es aquella ciencia encargada de hacer comprensible al derecho penal como una totalidad —parte del extenso control social— en cuanto unidad funcional, desde la creación hasta la aplicación del derecho, y como la encargada de desarrollar una concepción limitadora de la lucha contra el delito en nuestras sociedades, en la zona de conflicto entre la ciencia jurídico-penal normativa y la investigación criminológica empírica.

Desde la psicología judicial, en la medida en que el juez, como hombre, con una historia, una escala de valores y una personalidad dadas, y sometido a un sinnúmero de presiones, es el principal agente de individualización de la pena.

Y, finalmente, desde el plano de la "defensa social", en la medida en que la sentencia no sólo importa la apreciación y valoración de una infracción a la luz de un Código Penal, sino también la consideración de la personalidad de su au-

² Zaffaroni no sostiene en la actualidad la postura preventiva en ninguno de sus aspectos. En tal sentido ver *En busca de las penas perdidas*, Bs. As., Ediar, 1988.

³ Ver nota 1.

tor, sobre todo si tenemos en cuenta el aspecto "resocializador" de la sanción a imponer (en su momento se analizará la inconstitucionalidad del principio de culpabilidad en este sentido)⁴.

Desde los orígenes de la aplicación de una sanción al infractor de alguna norma legal o consuetudinaria, hasta fines del siglo xviii, la característica dominante en materia de determinación de la pena fue la arbitrariedad, consecuencia lógica del poder omnicompreensivo de los gobernantes de la antigüedad hasta el Iluminismo, y de la idea de que la falta, o bien atentaba contra el orden natural, o divino, de las cosas, o bien lo hacía contra el soberano, quien como vicario del dios en el primer caso, o por sí mismo, en el segundo, debía reparar la ofensa perpetrada en su jurisdicción. Con el advenimiento de la Ilustración se estableció un sistema de penas fijas, con el que se quería eliminar el arbitrio judicial, en nombre del principio de legalidad, en el que se vio tanto una garantía de igualdad como de sujeción del juez a la voluntad popular (Código Penal francés de 1791); pero que dio lugar a una rigidez excesiva. Hacia el siglo xix este régimen de tarifas legales se fue haciendo más flexible, al introducirse máximos y mínimos de la pena junto con circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad, y con medidas especiales para menores, enajenados y reincidentes.

Con Saleilles se comenzó a hablar de individualización de la pena, y de ahí en más se generalizó el uso de la trílogía planteada al inicio, la que constituye la tendencia prevalente en las legislaciones contemporáneas, a punto tal que actualmente se considera que el proceso de determinación de la pena en la sentencia no constituye únicamente un acto judicial formal sino también un acto humano y social.

Pese a ello, y como bien señala Mir Puig, la individualización no incluye todos los aspectos de la determinación de la pena. La individualización apunta a la adaptación al caso concreto. Así, regulada en parte tal adaptación por la propia ley penal, ella provoca el nacimiento del concepto de individualización legal; pero la propia determinación de la

⁴ Estamos refiriéndonos al principio de culpabilidad no como presupuesto dogmático de la imposición de una pena, en el marco de la teoría del delito, sino en el sentido en el que queda caracterizado en el texto, vinculado a la justificación de la sanción "y por extensión de su medida" a través de su contenido y finalidad resocializadoras.

pena exige un pronunciamiento anterior a dicha individualización, esto es, la propia fijación del "marco penal típico".

Prosiguiendo con el análisis histórico, agregaremos que el compromiso entre legalismo y arbitrio judicial que se alcanzó en el siglo pasado partió de la determinación legal como límite fundamental de garantía. Algunas escuelas, la positivista en especial y bajo los diversos nombres con los que se desarrolló en los diferentes países europeos y americanos, propiciaron una ampliación del ámbito de la determinación judicial y penitenciaria, como forma de atender a las necesidades de prevención especial relacionadas con la personalidad de cada delincuente, hasta extremos de postular la llamada "sentencia absolutamente indeterminada", a concretar por el juez o por las autoridades penitenciarias, a la vista de los resultados del tratamiento del recluso. En cambio otros, la mayoría, han abogado por la llamada "sentencia relativamente indeterminada", que sólo fija un límite máximo, y a veces también un límite mínimo. Sin embargo, la mayoría de los países han mantenido una determinación legal y judicial de la pena más estricta; y actualmente se advierte una reacción en contra del tratamiento indeterminado del delincuente —en realidad, por tiempo indeterminado—, incluso en aquellos países como EE.UU. y Suecia, donde más lejos se llevó el programa preventivo especial.

La mayor preocupación que provoca el tratamiento indeterminado es, ante todo, la inseguridad jurídica que implica para el condenado. Así, para evitar tal efecto, la ley y la sentencia judicial deben fijar la cuantía de la pena. Por el contrario, no despierta recelos la concesión hecha al juzgador, en delitos de poca gravedad, de suspender la pena, de sustituirla por otra menos grave o por medidas menos lesivas, o incluso, de prescindir de toda consecuencia jurídico-penal, como ocurre en algunas legislaciones. Asimismo, las necesidades de prevención general son tenidas en cuenta al restringir las mencionadas facultades judiciales a delitos poco graves. Sirvan como ejemplo las últimas reformas que en materia penitenciaria se han realizado en España, las cuales están dirigidas en la actualidad a ampliar el ámbito del arbitrio judicial sólo en la medida en que se trate de decisiones más favorables para el condenado y no entrañen, por lo tanto, un peligro para sus derechos.

De todo lo expuesto se concluye que la elaboración de sentencias en las cuales se determinan las penas —en cantidad y en especie— a imponer a los condenados, consiste en

un complejo proceso que en función de la teoría de la pena que fundamenta el análisis (en la medida en que cualquier teoría de la pena implica un criterio de legitimación del sistema penal), está destinado a alcanzar diferentes objetivos.....

Un claro ejemplo de ello lo representa el Coloquio de Bellagio de 1968, que reúne con regularidad a los representantes de las cuatro principales asociaciones internacionales interesadas por los problemas criminológicos (Asociación Internacional de Derecho Penal, Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, Sociedad Internacional de Criminología y Sociedad Internacional de Defensa Social), oportunidad en la que se hicieron manifiestas tres grandes orientaciones en lo que respecta al fin de la pena. La primera atribula a la sanción objetivos de intimidación y retribución, requisitos exigidos todavía por algún sector de la conciencia colectiva. La segunda le otorgaba finalidades de resocialización del delincuente, razón por la cual hacía hincapié en la importancia, durante el proceso de individualización de la pena, de la comunicación entre el acusado y el juez. La tercera, por último, enfatizaba la relación dialéctica que una sentencia establece entre los cuerpos judicial y social. Pese a las dificultades que las precedentemente citadas concepciones implicaban para la formulación de una única definición del proceso en cuestión, los participantes se pusieron de acuerdo en los siguientes términos: un acto que supone un enfoque que sobrepasa ampliamente las normas jurídicas de fondo y forma; un punto de encuentro entre las ciencias antropológicas y sociales; el resultado de numerosas decisiones preparatorias y el comienzo de diversas decisiones referentes a la ejecución de la pena; en suma, un acto humano que comprende numerosas interacciones entre el delincuente, el juez y la colectividad.

3. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Como se ha señalado, esta etapa consiste en que el agente juzgador establezca, dentro del marco que tiene para moverse en ejercicio de su arbitrio, cuál es la pena concreta a aplicar en un caso determinado, si cabe hacerlo, o la suspensión condicional de ella, o su sustitución por otra consecuencia jurídica. Sin embargo, este arbitrio no debe ser confundido con arbitrariedad, conforme lo señala Jescheck, al hablar de "discrecionalidad jurídicamente vinculada".

sino que tal arbitrio debe ser ejercido conforme a algunos principios que deben extraerse tanto de las formulaciones expresas de la ley penal como de los fines que se le atribuyan al derecho penal.

Conforme con tres criterios se ha planteado este problema en la doctrina, a saber: el de la prevención especial, el de la prevención general y el de la culpabilidad (en sentido amplio), incluyendo este último, aspectos tales como el de la proporcionalidad con la gravedad del hecho, y el de la culpabilidad *strictu sensu*. Así, el nudo de la cuestión se encuentra en determinar en qué medida el juez debe atender a cada uno de los criterios mencionados.

Una primera posibilidad es la sostenida por la llamada teoría de la pena exacta o puntual (*Punktstrafe*), la que entiende que el juez debe hallar la pena que resulte exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto, en un sentido amplio. Esta es una postura claramente retribucionista, la cual considera posible determinar el punto exacto de la pena que corresponde a la infracción cometida por el delincuente.

En la vereda opuesta a la teoría precedentemente citada se encuentra aquella que concibe a la culpabilidad, en un sentido amplio, únicamente como límite máximo de la pena, no como límite mínimo, de tal suerte que la pena no necesaria desde el punto de vista preventivo debería dejar de imponerse aunque fuese adecuada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor.

La primera teoría no contempla los fines de prevención en forma independiente. La segunda les concede, por el contrario, un margen ilimitado. En la actualidad, sin embargo, tienen mayor acogida otros planteamientos que pueden ubicarse en un lugar intermedio, como teorías eclécticas que buscan un equilibrio entre la función preventiva de la pena y la necesidad de ponerle un límite sobre la base de una proporcionalidad con la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor. Se trata de las teorías conocidas por el nombre de teoría del espacio de juego (*Spielraumtheorie*) y teoría del valor posicional (*Stellungswerttheorie*).

Según la teoría del espacio de juego, elaborada por la jurisprudencia alemana, la pena adecuada a la culpabilidad, en sentido amplio, no es una pena exacta, sino que abarca un marco determinado entre un máximo y un mínimo. Tal marco constituiría para el juzgador un "espacio de juego" dentro del cual podría moverse para graduar la pena en fun-

ción de las necesidades preventivas. Tal postura es defendible tanto desde una perspectiva que considere que la culpabilidad es la base de la pena exigida por la retribución, como lo sostiene Jescheck en su Tratado, como por aquellos que consideren la proporcionalidad como un límite de la pena exigido por la prevención general, tal como lo afirma Roxin en Culpabilidad y prevención en derecho penal. Asimismo, se discute también si dentro del marco que permite la culpabilidad sólo deben considerarse las necesidades de prevención general junto con las de prevención especial, o sólo las segundas.

En relación con la teoría del valor posicional cabe agregar que resuelve el problema entre culpabilidad en sentido amplio y prevención, otorgando a la primera la función de disponer por sí sola el quantum de la pena, y a la segunda, la de servir de guía, por sí sola también, a la decisión acerca de si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida (prevención especial).

Existen también otros factores a tener en cuenta en el análisis de la determinación judicial de la pena, mencionados tanto por la doctrina española como por la alemana, relacionados con específicas consideraciones y disposiciones que aparecen enunciadas en los Códigos Penales de los respectivos países, las que, asimismo, no son óbice para que el juzgador pueda y deba atender, además, a la totalidad de los principios que han de limitar el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de derecho, a saber: principios de utilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de resocialización, de humanidad, de legalidad, de culpabilidad y de proporcionalidad. Especialmente ponen de manifiesto la necesidad de que la determinación no ignore un principio constitucional básico: el de la igualdad, el que deberá servir para evitar que por razones coyunturales se apele a la prevención general para elevar la pena de algunos sujetos más que la de otros, así como para lograr que la prevención especial sea administrada de manera equitativa por los tribunales en sus sentencias.

Hasta aquí han sido analizados los aspectos concernientes a la relación que existe entre determinación de la pena y el fin de ella. Ahora es menester considerar los factores que inciden sobre la individualización, para observar si es posible encontrar criterios uniformes en esta materia o si, por el contrario, se trata de cuestiones que dependen estrictamente del tribunal encargado del juzgamiento, y que devie-

nen, por lo tanto, no susceptibles de ser sistematizados con miras a un mejor conocimiento del proceso que nos ocupa.

En este sentido se han realizado algunos estudios de campo, especialmente en Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e Israel, que son particularmente esclarecedores del problema que estamos interesados en estudiar. Así, se ha examinado la incidencia de los factores legales y extralegales en las decisiones emanadas de los tribunales, llegándose a la conclusión de que los primeros, por ejemplo, el número de hechos, de condenas anteriores, el tipo de delito, los informes judiciales, etc., explican en gran medida la disparidad aparente entre las decisiones dictadas; y que para el caso de delitos de poca gravedad, pero no excesivamente leves, las normas jurídicas revelan una tendencia a hacerse menos explícitas y la individualización, un margen mucho mayor de discrecionalidad judicial. Otros estudios evidencian, por otro lado, la influencia de la manera de ponderar y de recibir información por parte de los tribunales, la forma en que la utilizan, la ideología, el sexo, la religión o la profesión anterior del juzgador. Como estudios empíricos, sólo dan cuenta de aspectos muy específicos y parciales de la realidad, debido a que para efectuarlos es necesario realizar recortes del objeto de estudio. Pese a ello creemos que son orientadores para concretar estudios de esta naturaleza en nuestro país, donde sintomáticamente no se han llevado a cabo, con la finalidad de encontrar, inductivamente, algunos elementos relacionados con los factores que inciden de manera esencial en la fijación de la pena por los agentes encargados de determinarla.

Sobre la base de las investigaciones recién señaladas, es posible afirmar que existen tres clases de factores típicamente judiciales: algunos de carácter estrictamente técnico, como la colegialidad o la unipersonalidad del tribunal, el tipo de procedimiento, la existencia o no de etapas independientes de instrucción y de sentencia, el carácter profesional o no del personal que debe decidir, la formación jurídica o criminológica del magistrado, etc.; otros de índole psicológica como el estado físico y mental del juez, su reacción ante la criminalidad en general y ante el delito que debe juzgar, su percepción de la política criminal, etc.; y finalmente determinados factores sociales, como la reacción de la opinión pública.

Los elementos hasta ahora reseñados sirven para tener un panorama de las diferentes formas de abordar la proble-

mática de la determinación de la pena desde diferentes perspectivas metodológicas, el que, obviamente, no se agota con los elementos mencionados. Nos resta, finalmente, explicar por qué creemos que todas las hipótesis indirectamente formuladas nos parecen insatisfactorias, a la luz de nuestro derecho positivo y a la sombra de nuestros magistrados, para dar una acabada solución al tema³.

4. EL DERECHO POSITIVO Y LOS PRONUNCIAMIENTOS NEGATIVOS. REFORMULACIÓN DEL PROBLEMA

A nuestro juicio, el principal problema que se presenta en esta materia es el de esclarecer cuáles son las razones que conducen a que en las sentencias penales el apartado concerniente a la determinación de la pena constituya un cliché que se reproduce casi sin diferencias a lo largo de los años y de los tribunales, a través de diferentes magistrados y justiciables. No se trata aquí de considerar el funcionamiento de la corporación judicial, aunque creemos que él no es ajeno a todo lo expuesto hasta el momento. Se trata más precisamente, de discutir por qué razón se violan constantemente garantías constitucionales —principios de legalidad y de igualdad ante la ley— en las sentencias de nuestros tribunales como algo natural, inconsciente y, por lo tanto, no cuestionable.

Salvo escasísimas excepciones, los jueces no otorgan mayor importancia a la graduación de la pena y a la determinación de la especie, con relación a los fundamentos que la justifican. Suele leerse: "para graduar la sanción que habré de imponer al justiciable, habré de tener en cuenta su edad, la recuperación, o no, del bien sustraído (en el caso de que se trate de un robo o hurto), la presencia, o no, de antecedentes condenatorios, la impresión personal que de él me formé en la audiencia consignada a fs. XX, así como las restantes pautas de dosimetría punitiva previstas en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal". Es difícil entender si estas pautas de mensuración punitiva actúan a favor o en contra del condenado, si se consideran en todos los casos o sólo en algunos, si se relacionan con la gravedad del injusto o con la culpabi-

³ Creemos que no existen respuestas definitivas a ningún problema científico, precisamente porque por su provisividad se lo define así, como científico.

lidad del autor, etcétera. Tales lagunas son, a mi juicio, violatorias de los principios establecidos en los arts. 18 y 19 de la Const. Nacional, a saber: del principio de legalidad y del de reserva, así como del principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Const. Nacional.

Siguiendo a Zaffaroni, creemos que en nuestro Código Penal el criterio general en materia de cuantificación de la pena es que ella debe guardar cierto grado de relación con la magnitud del injusto y de la culpabilidad, sin perjuicio de admitir el llamado "correctivo de la peligrosidad", en cada caso concreto.

El sistema de cuantificación de las escalas penales contenido en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal pone en evidencia la inexistencia de penas rígidas en él, y aun más, permite al tribunal optar, hasta en las penas de duración perpetuas, entre reclusión o prisión, y para el caso del art. 80 del Cód. Penal, la reclusión accesoria del art. 52, o no (si bien en los hechos las diferencias entre reclusión y prisión son casi imperceptibles).

El art. 40 remite al 41: "en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condena-ción de acuerdo con las circunstancias atenuantes y agravantes particulares a cada caso, y de conformidad a las reglas del artículo siguiente". El art. 41 determina, en su inc. 1º, que se tendrá en cuenta a los efectos del artículo anterior, "la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados"; y en el inc. 2º señala criterios generales, pero no clasifica "agravantes" ni "atenuantes", como lo hacen otras legislaciones.

Las dificultades aparecen a la hora de interpretar los alcances de los artículos precedentemente citados, debido a que en este punto se ponen en funcionamiento las concepciones que se hayan adoptado del derecho penal y del delito, sintetizándose así todos los aspectos problemáticos de la teoría del derecho penal.

Hemos dicho que parte de la doctrina considera que la individualización judicial no constituye una etapa posterior e independiente de la individualización legal, sino que la continúa para precisar la pena que corresponde a un caso concreto cuya especificidad escapa al legislador. Pero si nos mantuviéramos en esa postura no podríamos explicar las discrepancias abismales que aparecen entre sentencias que resuelven sobre una misma clase de delitos y con autores

que revisten un grado similar de culpabilidad (si es posible formular generalizaciones tales). Por ello creemos que en la individualización judicial se ponen en juego un sinnúmero de factores que se le escapan al legislador y que no se relacionan solamente con la especificidad del delito.

Leemos en el Manual: "la pena tiene por objetivo proveer a la seguridad jurídica mediante la prevención de futuros ataques a la misma, lo que se obtiene o procura obtener con la acción preventiva especial"⁴. Por tanto, el disvalor del delito no debe ser desproporcionado con la lesión que inevitablemente trae aparejada la pena preventiva a los bienes del condenado por razones de seguridad jurídica que se hallan socioculturalmente condicionados. Ahora bien, puede ocurrir que por la personalidad del penado no quepa aplicársele todo el equivalente a la cuantificación que hubiera resultado de los criterios del injusto y de la culpabilidad. En este caso es admisible el correctivo de la peligrosidad "que no afecta la imagen del hombre como persona" ni implica un derecho penal de autor, en virtud de que no crea una punición sino que descende una cuantificación basada en el injusto y en la culpabilidad.

Por todo lo expuesto queda claro que no es posible sostener que en el art. 41 sólo se encuentran indicios de peligrosidad, como lo afirma parte de la doctrina nacional, porque en nuestro Código Penal el correctivo de la peligrosidad sólo puede obrar a favor del condenado.

El art. 41, inc. 1^o, hace referencia a la cuantía del injusto, es decir, al grado de contradicción de la conducta con el derecho. La "naturaleza de la acción" es una expresión redundante porque ella surge del resto del enunciado del inc. 1^o. Asimismo, las referencias al injusto no se agotan en el inc. 1^o sino que en el inc. 2^o se manda computar "la participación que haya tomado en el hecho", lato sensu, es decir, abarcando la coautoría. Existen también casos especiales de mayor contenido del injusto del hecho, como la pena del concurso ideal o la del delito continuado.

En relación a la culpabilidad de autor como criterio cuantificador (violatorio del principio de legalidad ya que reprocha conductas anteriores al delito y a las que la ley no declara delito -art. 18, Const. Nacional-; de cualquier ámbito de lo privado y del principio de reserva -art. 19, Const.

⁴ Ver nota 2.

Nacional— al reprochar lo no prohibido) aparece en las siguientes citas del art. 41: "la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos", siempre que la miseria no alcance un grado tal que determine un estado de necesidad justificante; "los demás antecedentes y condiciones personales", general referencia a la personalidad del sujeto como condicionante de su ámbito de determinación; "los vínculos personales" y "la calidad de las personas", como relaciones que unen al autor con la víctima y que le hacen más exigible la conducta conforme a derecho.

Por último el art. 41 establece una garantía de jurisdiccionalidad, en la medida en que demanda al juez "tomar conocimiento directo y de viva del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida en cada caso". Se trata de una disposición de naturaleza procesal pero de rango constitucional, razón por la que, como acertadamente señala Zaffaroni, los tribunales de alzada deberían cumplimentarla regularmente, tal como lo estipula el Código Penal.

A lo expuesto se le suma la prohibición de la doble desvaloración, por ejemplo, de la condición de hijo, lo que no obsta a que se gradúe la responsabilidad en algunos supuestos, por ejemplo, en el caso del funcionario público (no es igual la responsabilidad de un barrendero que la de un ministro).

Por otro lado, las escalas penales se alteran por el contenido del injusto derivado de la afectación del aspecto objetivo de la seguridad jurídica, en el caso de la escala penal de la tentativa y de la complicidad; y se agrava en base a un mayor contenido del injusto derivado de un mayor peligro de alarma social por la reincidencia, el cual es a todas luces inconstitucional, puesto que toda pretensión de agravar la pena de un delito posterior en razón de un delito anterior ya juzgado, importa una violación del principio *non bis in idem*.

Por último, cabe agregar que en la parte especial se fijan escalas penales para delitos en particular teniendo en cuenta tanto la cuantía del injusto como la culpabilidad (es el caso del art. 81, inc. 1°, la emoción violenta, y las motivaciones del art. 80, inc. 3°, por precio o promesa remuneratoria, inc. 4°, por placer, codicia, odio racial o religioso e inc. 7°, por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito).

La condena condicional implica el reconocimiento de la conveniencia de evitar las penas cortas, privativas de la libertad, admitiendo su carácter perjudicial y criminógeno, y

su nulo valor preventivo. Creemos que la aplicación de esta última por los tribunales también se hace de manera automática, sin tener en cuenta todos los factores anteriormente considerados.

5. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS Y CONCEPTUALIZACIÓN

"Cada sociedad tiene su régimen de verdad, su política general de la verdad: es decir, los tipos de discurso que ella admite y hace funcionar como verdaderos; los mecanismos y las instancias que permiten distinguir los enunciados verdaderos o falsos, la manera en que se sancionan los unos y los otros; las técnicas y los procedimientos que son valorizados para la obtención de la verdad; el status de aquellos que tienen a su cargo decir lo que funciona como verdadero"³.

Hemos visto, a muy grandes rasgos, en qué consiste la problemática de la determinación de la pena. Hemos tratado de formular los alcances de las teorías que se han elaborado para explicarla mejor. Hemos visto qué dice nuestro Código Penal al respecto. Hemos tratado de entenderlo. Pero no hemos podido responder con claridad al interrogante planteado al inicio: por qué razón en las sentencias penales prácticamente se ignoran las razones por las que se impone una especie de pena y una cantidad determinada o no de ella, por qué los jueces no se ven en la necesidad de justificar las sanciones que imponen (violando gravemente garantías constitucionales) y por qué, tal vez como consecuencia o concomitantemente con ello, la doctrina nacional prácticamente no se ocupa de este tema.

Creemos que la respuesta se encuentra probablemente al nivel del discurso jurídico, en la convicción de que se trata del discurso del poder por antonomasia. La verdad, en el discurso jurídico, no está fuera del poder ni actúa sin poder. Cuando el juez falla, dice el derecho, crea derecho y verdad jurídica. Puesto a analizar los elementos que integran el injusto que tiene frente a sí, y la culpabilidad del sujeto sometido a proceso, no se siente con demasiado lugar para la innovación. Tampoco es necesario. Acomoda los hechos a algún esquema de teoría del delito que considere

³ Foucault, Michel, en "L'Arc, Revue Trimestrielle", Aix en Provence, n° 70, La crise dans la tête. Entretien avec M. Fontana, p. 25.

conveniente y, si no encajan, por esa molesta manía que tiene la realidad de sustraerse al cómodo cepto que le impone la teoría, los mete a presión, como en lecho de Procusto, para que el teorema resuelva.

En el acápite de individualización de la pena, por el contrario, no encuentra elementos precisos, contundentes, que le permitan seguir adelante. El Código Penal es demasiado ambiguo; doctrina y jurisprudencia parecen escapar al tema.

Sin embargo, la pena debe ser impuesta, para que el sistema resuelva.

Creemos que en este aspecto entran en juego tanto el pensamiento mágico de los magistrados como el de la opinión pública, que clama venganza. ¿Cómo puede ser similar el proceso de individualización de la pena para un homicidio calificado y para un robo de autoestéreo en grado de tentativa?

Sólo en la medida en que lo que se requiere es castigo, retribución.

En este estado del análisis, podemos formular la siguiente hipótesis: En el proceso de individualización de la pena se pone en funcionamiento el pensamiento mágico de los magistrados y el de la opinión pública que, como parte del inconsciente colectivo, no se cuestiona ni necesita justificarse.

En lo que concierne al proceso de individualización de la pena, creemos que ha quedado claramente conceptualizado a lo largo de la exposición. Entendemos por pensamiento mágico aquel sistema de referencia, alejado del significativo y del significado, en cuyo seno pueden integrarse datos contradictorios². Magistrados son todos los agentes de la corporación judicial encargados de dictar sentencias; opinión pública, aquel objeto y producto de las manipulaciones "informativas" de los *mass-media*. Llamamos inconsciente colectivo, a las imágenes primordiales (pensamiento y sentimientos más antiguos, generales y profundos de la humanidad), posibilidades de humana representación, heredadas en la estructura del cerebro y que producen remotísimos modos de ver³. Por último, entendemos por cuestionarse a aquella actividad que consiste en reflexionar sobre las propias formas de actuar y de pensar, y por justifi-

² Conf. Lévi-Strauss, Claude, *Antropología estructural*.

³ Conf. Jung, Carl G., *Lo inconsciente*.

corres, a aquella consistente en otorgar sentidos a estas mismas formas.

6. DEMOSTRACIÓN. MOTIVOS DE ESTA INVESTIGACIÓN

No hemos podido implementar la tarea concerniente a la recolección de pruebas que permitan verificar la hipótesis planteada en el apartado anterior.

No obstante ello creemos conveniente mencionar que consistiría nuestra actividad, a saber: encuestas a magistrados, presidiarios y ciudadanos; relevamiento de sentencias, desde la implementación de la actual justicia penal hasta la fecha; confección de estadísticas buscando constantes en algunos de los sentidos en los que se ha orientado la investigación en otros países, y en otros sentidos originales, que se vayan descubriendo; además de todos los elementos que se hagan presentes a lo largo de la investigación, para poder contrastar y falsar con la mayor amplitud posible (proporcionada por la mayor cantidad de elementos de juicio que se pueden reunir) nuestra hipótesis.

En otro sentido, consideramos imperioso explicitar las razones que nos motivaron a llevar a cabo la presente investigación (o al menos comenzarla con este proyecto). Creemos necesario realizar reformas al Código Penal que tiendan a precisar con claridad reglas de individualización y de determinación de la especie y del quantum de la pena, como garantía de control al arbitrio judicial. Pero también creemos necesario desarrollar sistemáticamente principios que se encuentran presentes en algún rincón de nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo ha venido haciendo la doctrina extranjera en los últimos años.

Estamos convencidos de la necesidad de desmitificar el sentido de la aplicación de sanciones por parte de un tribunal, como paso inicial de un largo pero imprescindible camino que permita abolir este siniestro andamiaje punitivo, con miras a lograr una administración de justicia más igualitaria, más justa, donde los discursos de poder no sean unidireccionales sino que se integren a un entramado de relaciones sociales que sirva para eliminar de las mentes de los hombres la difundida idea de que el derecho penal es una herramienta legítima y eficaz para resolver conflictos que son creados, precisamente, por un mismo y perverso sistema de control social institucionalizado, y no tanto.

BIBLIOGRAFÍA

- Cuello Calón, Eugenio. *La moderna penología*. Barcelona, Bosch, 1958.
- Eco, Humberto. *¿Cómo hacer una tesis?*. Bs. As., Gedisa, 1978.
- Jaschbeck, Hans H., *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1966.
- Jung, Carl G., *Lo inconsciente*. Bs. As., Lonada, 1975.
- Levi-Strauss, Claude, *Antropología estructural*. Bs. As., Eudeba 1984.
- Mari, Enrique E., *La problemática del castigo*. Bs. As., Nachebe, 1943.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal*. Barcelona, Publicaciones Universitarias, 1988.
- Rico, José M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*. México, Siglo XXI, 1987.
- Rosin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972.
- *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981.
- Walzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983.
- Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 1987.
- Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Jaén, Edersa, 1979.