

# La Determinación Judicial de la Pena. Teorías y problemas

## Judicial determination of punishment. Theories and problems

*Francisco Tomás Rizzi\**

### **Resumen**

El presente trabajo se propone realizar un repaso por las teorías de mayor relevancia, tanto a nivel nacional como internacional, desarrolladas en materia de determinación judicial de la pena. Se realiza una explicación de ellas, se analizan sus fundamentos y métodos, y se explicitan los problemas a los que cada una de ellas se enfrenta.

**Palabras clave:** penas – individualización de la pena – determinación judicial de la pena – medición

### **Abstract**

This paper proposes a review of the most relevant theories at domestic and international level, developed with regard to the judicial determination of the punishment. Essentiality, an explanation of them will be provided by analysing their foundations and methods, as well as a description of the problems each of them encounters.

**Keywords:** punishment – individualization of punishment – judicial determination of punishment – measurement

---

\* Abogado (UCA), Especialista en Derecho Penal (UCA), Magister en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral) y Doctorando en Derecho (Universidad de Palermo). Secretario de la Fiscalía General de San Isidro.

## I. Introducción

El objetivo del presente trabajo es brindar un panorama de la situación actual de las diversas teorías desarrolladas en torno a la determinación judicial de la pena y de los problemas a los que ellas se enfrentan. Debido a que se trata de un tema relacionado con las cuestiones nucleares del Derecho Penal y la política criminal, como es la pena y su medición, y a que esta y su fundamentación remiten a cuestiones sociológicas, políticas, filosóficas y criminológicas, se intentará abordarlo de la forma más magra y precisa posible. Por ello, se evitará ingresar en cuestiones referidas exclusivamente a la culpabilidad, el fundamento del Derecho Penal y las teorías de la pena.

La idea, como se dijo, es otorgar al lector un panorama liso y llano de las teorías desarrolladas en la dogmática al respecto y los inconvenientes o críticas a los que se enfrentan.

Sin embargo, previo a comenzar, se debe adelantar que, seguramente, causará sorpresa encontrar que existe una preocupante desigualdad entre el desarrollo del tema que aquí nos ocupa, en comparación con otras temáticas trabajadas por parte de la doctrina y la comunidad científica.<sup>1</sup> No se puede negar que temas como las garantías penales, teoría del delito o la autoría y participación se han desarrollado a nivel doctrinario –y también jurisprudencial– de manera abrumadora, en relación con los estudios sobre otras materias, como ocurre con la medición de la pena, que aparecen relegados pese a su importancia. De la lectura de cualquier sentencia condenatoria se puede apreciar que el espacio y el desarrollo que se le brinda a la materialidad fáctica como al encuadre jurídico es considerablemente mayor al que se le dedica a la identificación y mensuración del castigo. Y ello, pese a que, como afirman autores como Jescheck, se trate de la “cúspide” de la actividad resolutoria del juez.<sup>2</sup>

Ziffer, en su trabajo *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, hizo cita a una frase de Lang-Hinrichsen, que reza “[e]s el destino de la determinación de la pena el tener que conformarse con lineamientos generales”<sup>3</sup> y, pese a que en su obra asumió el

---

<sup>1</sup> Demetrio Eduardo Crespo, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, 2da Ed. (Buenos Aires: BdeF, 2016), 2.

<sup>2</sup> Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (Granada: Comares, 1993), 787.

<sup>3</sup> Patricia S. Ziffer, *Lineamientos de la Determinación de la Pena* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013), prólogo.

objetivo de cuestionar la oscura profecía, parecería que aún resta demasiado camino por recorrer como para decir que tal misión se encuentra cumplida.

En la actualidad, todavía no hay consensos ni reglas teóricas claras que brinden soluciones satisfactorias, ni a nivel dogmático ni jurisprudencial. Autores como Zaffaroni, Alagia y Slokar señalaron que, en gran medida, el déficit teórico era responsabilidad de las agencias académicas, en razón del magro desarrollo dogmático.<sup>4</sup> Sin embargo, se trata de una constante que se repite a nivel global. Feijoo Sánchez también indicó que llamaba la atención la escasa aportación de la doctrina española al respecto,<sup>5</sup> y Hörnle hizo lo propio con referencia al sistema educativo alemán.<sup>6</sup> Asimismo, otros autores como Silva Sánchez<sup>7</sup> y Hassemer<sup>8</sup> manifestaron similar preocupación frente a la imposibilidad de establecer siquiera si la individualización de la pena era materia de la teoría del delito, de la teoría de la pena o de ambos.

A pesar de ello, numerosos estudios avocados al respecto en los últimos años y la atención que se le está brindando, tanto a nivel académico como jurisprudencial, invitan a no desanimarse. Tal vez su desarrollo se deba a que los nuevos paradigmas, traídos a partir de la concepción del Estado de Derecho Constitucional, trajeron consigo la exigencia de que todo acto deliberativo jurisdiccional debe encontrarse fundamentado: lo que antes quedaba a exclusivo arbitrio del juez debió comenzar a ser fundado bajo sanción de nulidad.<sup>9</sup> Este mandato constitucional de que todas las decisiones debieran ser racionales, razonables y fundadas generó la bienvenida necesidad de que la doctrina y la jurisprudencia tuvieran que abocarse a analizar las exigencias de la determinación judicial de la pena.<sup>10</sup> A partir de esto, y en lo que refiere a la individualización de la pena, se habla de una “discrecionalidad jurídicamente vinculada”.<sup>11</sup>

<sup>4</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni et al., *Derecho Penal. Parte General*, 2da Ed. (Buenos Aires: Ediar, 2002), 993.

<sup>5</sup> Bernardo Feijoo Sánchez, “Individualización de la Pena y Teoría de la Pena Proporcional al Hecho”, *InDret*, no. 1 (enero 2007): 3.

<sup>6</sup> Tatjana Hörnle “La Concepción Anticuada de la Culpabilidad en la Jurisprudencia y las Doctrina tradicionales de medición de la pena”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 54, no. 1 (2001).

<sup>7</sup> Jesús-María Silva Sánchez, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret*, no.2 (febrero 2007): 2.

<sup>8</sup> Winfried Hassemer, *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal* (México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003), 8.

<sup>9</sup> Muñoz Conde y García Arán señalan que la superación de la arbitrariedad judicial y la consagración del principio de legalidad en los sistemas contemporáneos condujeron a la exigencia de que las penas se recogieran con absoluta certeza en los códigos [Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 8va Ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 531].

<sup>10</sup> Clara muestra de ello da el compendio de doctrina titulado *Determinación Judicial de la Pena y ejecución de la pena*, dirigido por Alejandro Alagia, Javier De Luca y Alejandro Slokar, que fue publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el año 2014, que reunió

Como bien señala Kindhäuser, la ciencia del Derecho Penal tiene también la tarea práctica de garantizar la aplicación racional de la legislación por parte de la jurisprudencia, para lo cual debe aportar las herramientas necesarias, es decir, métodos científicos, como para que dicha aplicación pueda verse realizada dentro de los parámetros constitucionales.<sup>12</sup> En el presente trabajo no se busca echar luz sobre el método adecuado, sino solo presentar las diversas teorías habidas al respecto e indicar los obstáculos a los que se enfrentan. Se trata meramente de una investigación académica tendiente a presentar un catálogo organizado de los métodos desarrollados por la doctrina.

Previo a comenzar, se debe precisar –para evitar cualquier tipo de controversia– que, en un sentido amplio, la determinación de la pena es el procedimiento legal mediante el que, luego de una condena o veredicto de culpabilidad, se prescinde o especifica la pena a imponer a quien ha sido encontrado autor penalmente responsable de un delito, tanto cualitativa como cuantitativamente, y las modificaciones que esta puede sufrir durante su cumplimiento.<sup>13</sup> A partir de esta aclaración, se realizará el desarrollo propuesto.

---

ponencias y artículos de una serie de prestigiosos académicos que brindaron diversos puntos de vista al respecto [Alejandro Alagia et al., *Determinación Judicial de la penal y ejecución de la pena* (Buenos Aires: Infojus), 2014]. También, a nivel jurisprudencial, el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Maldonado” (CSJN, *Maldonado Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado*, 2005), que constituye el punto de referencia en la materia, pese a tratarse de un caso del fuero de menores. En aquella oportunidad, fueron señaladas una serie de directrices por el Máximo Tribunal, tales como “[q]ue el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, Convención Americana de Derechos Humanos) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, Pacto Internacional de Deberes Civiles y Políticos) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial” o bien que “(...) la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia”.

<sup>11</sup> Jescheck, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 788.

<sup>12</sup> Urs Kindhäuser, “Acerca del objeto y la tarea de la ciencia del Derecho Penal”, en *Derecho Penal Contemporáneo* (Bogotá: Legis, 2019), 15-45.

<sup>13</sup> Diego Zysman Quirós, *Castigo y Determinación de la Pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Guidelines* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2013), 21. Resulta además adecuado señalar, tal como explica el autor, que el término “determinación judicial de la pena” no es equivalente a “individualización de la pena”, puesto que individualizar la pena es solo un modo de determinarla; en igual sentido: Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 785; Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General* (Barcelona: Reppertor Barcelona, 2006), 721.

## II. La teoría del ámbito del juego (*Spielraumtheorie*)

La teoría del ámbito del juego fue primeramente desarrollada por Albert Friederich Berner en el año 1845.<sup>14</sup> Este autor pretendió alcanzar una vinculación conceptual entre las teorías absolutas y relativas. Su teoría fue desarrollada con una finalidad práctica, que fue la de brindar parámetros precisos para la determinación judicial de la pena. De acuerdo a su concepción, la cantidad justa de pena no estaba determinada en forma absoluta, sino que se encontraba entre un máximo y un mínimo, dentro de los cuales se podía seleccionar la pena valorando fines intimidatorios y resocializadores. Consideró que la retribución justa, entendida como restablecimiento del Derecho mediante anulación del injusto, determinaba el “sí” de la pena, un máximo y un mínimo. La culpabilidad, de tal manera, no equivalía a una pena puntual, sino a un marco, y la pena no podía superar ni ser inferior a este. Así, dentro de ese marco, el juez debía determinar la pena exacta de acuerdo a necesidades preventivas.<sup>15</sup>

Esta teoría, sin embargo, fue desarrollada en su máximo esplendor por la jurisprudencia alemana en la posguerra, que la adoptó luego de más de un siglo. En ese ámbito, fue impulsada con un pronunciamiento del año 1954 del Tribunal Supremo Federal de Alemania, en el que se sostuvo:

[n]o es posible determinar con precisión qué pena corresponde a la culpabilidad. Existe aquí un margen de libertad (*Spielraum*), limitado en su grado máximo por la pena todavía adecuada (a la culpabilidad). El Juez no puede traspasar el límite máximo. No puede, por tanto, imponer una pena que, en su magnitud o naturaleza, sea tan grave que ya no se sienta por él como adecuada a la culpabilidad. Pero el juez (...) sí puede decidir hasta dónde puede llegar, dentro de ese margen de libertad.<sup>16</sup>

Se sostuvo, entonces, que solo era posible formular un marco acorde a la culpabilidad, dentro del cual el juez podía optar, a partir de criterios preventivos y de justicia, por una pena que considerara adecuada.<sup>17</sup>

Quienes aún pregonan esta teoría parten de la premisa de que no es posible determinar la gravedad de la culpabilidad, sino tan solo este marco o ámbito, y que,

<sup>14</sup> Bernardo Feijoo Sánchez, *La Pena como Institución Jurídica. Retribución y Prevención General* (Buenos Aires: BdeF, 2017), 49.

<sup>15</sup> Feijoo Sánchez, *La Pena como Institución Jurídica. Retribución y Prevención General*, 45.

<sup>16</sup> Claus Roxin, *Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 2008), 146.

<sup>17</sup> Tatjana Hörnle, *Determinación de la Pena y Culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania* (Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2003), 23. Señala la autora que incluso luego la jurisprudencia aceptó valorar al efecto criterios preventivos especiales (BGHSt. 20, 264, 267; BGHSt 29, 319, 321).

dentro de este, todas las penas son acordes a la culpabilidad. Entre sus defensores se encuentra Roxin, para quien la pena solo tiene sentido como instrumento al servicio de un fin político-social, en el entendimiento de que únicamente una pena acorde a la culpabilidad sirve a la prevención general en tanto sea aceptada por la sociedad como una condena justa, para estabilizar la conciencia jurídica general.<sup>18</sup>

Señala Hörnle que esta teoría aparece con dos variantes. Una en la que se coloca un gran énfasis en la prevención, a partir de la cual se sostiene que el juez debe, en todos los casos y dentro del marco de culpabilidad, realizar consideraciones de prevención especial y general. Sobre esta modalidad, señaló que, con el tiempo, fue quedando en desuso, puesto que la cuestión de la prevención no tiene la misma importancia que la entidad del mal causado. Asimismo, recordó que los criminólogos terminaron por aceptar que es prácticamente imposible realizar juicios en materia de prevención científicamente serios.<sup>19</sup> La segunda versión de esta teoría, que es la que la autora considera realista y dominante, es aquella que pone menos énfasis en la prevención y sostiene que, en los casos ordinarios, el castigo debe ser simplemente el segmento más estrecho del ámbito de la sentencia.<sup>20</sup>

Mir Puig, por su parte, indicó que, si bien la teoría admite diversas vertientes, estas se diferencian entre quienes consideran que la culpabilidad es la base de la pena exigida por la retribución<sup>21</sup> y quienes ven en la proporcionalidad un límite de la pena exigida por la prevención general, que es la postura de Roxin.<sup>22</sup>

Respecto de los límites, Roxin ha sostenido que, si bien el máximo no puede, en ninguna circunstancia, ser superado; sí lo puede ser el límite mínimo cuando razones preventivas especiales así lo demanden. Si bien el Tribunal Supremo de Alemania

<sup>18</sup> Roxin, *Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal*, 148.

<sup>19</sup> Feijoo Sánchez, *La Pena como Institución Jurídica. Retribución y Prevención General*, 140.

<sup>20</sup> Hörnle, *Determinación de la Pena y Culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, 24-6.

<sup>21</sup> El autor español coloca dentro de los sostenedores de esta corriente a Hans-Heinrich Jescheck. Sin embargo, más adelante trataremos la postura del catedrático alemán, que la consideramos propia de la teoría del acto de gestación social.

<sup>22</sup> Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 731. Se debe recordar que para Roxin la culpabilidad no se explica como algo fundamentado en premisas filosóficas, sino que se trata de un concepto estrictamente jurídico, como un comportamiento injusto pese a la accesibilidad normativa del autor. De tal manera, dentro del carácter teleológico del que dota a su sistema, la categoría debe orientarse entonces a los fines preventivos de la pena. Dentro de tal categoría, la culpabilidad tiene la función político criminal de establecer el límite hasta el cual deban perseguirse las metas preventivas. En otras palabras, cumple la función de confinar el poder estatal dentro de límites aceptables [Claus Roxin, *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 2000), 47.]

señaló que para que una sentencia sea justa ambos límites deben ser respetados,<sup>23</sup> el catedrático alemán entendió que estaba permitido, por razones de prevención especial, imponer una pena inferior a la correspondiente culpabilidad cuando esta pudiera tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la resocialización.<sup>24</sup>

Ahora bien, a la teoría del ámbito del juego se le realizaron críticas de dos tipos. Por un lado, se le achacó responder a teorías de la pena de la prevención general y especial y, por lo tanto, arrastrar sus mismos defectos; todos ellos, en definitiva, atados a la objeción tradicional realizada por Kant respecto de la instrumentalización del delincuente en beneficio de la sociedad.<sup>25</sup> Sin embargo, es menester señalar que la teoría del ámbito del juego, en su modalidad más desarrollada, no coloca tanto énfasis en cuestiones preventivas pese a la existencia de un ámbito de discreción,<sup>26</sup> con lo cual esta crítica únicamente puede ser dirigida a su tesitura primigenia.

Por otro lado, fue criticada por ser muy superficial para guiar la determinación de la pena. Si bien estipula que el valor justicia es importante, no aclara cómo llegar a sentencias justas.<sup>27</sup> Se considera, además, que es demasiado vaga como para ser de mucha utilidad y que sus límites son como fronteras fluidas.<sup>28</sup> Si bien no hay ninguna pena justa como magnitud objetiva, tampoco puede haber valores fronterizos fijos de la pena justa.<sup>29</sup>

Contra esta crítica, Roxin señaló que lo merecido no es algo escrito con precisión en el firmamento de un concepto metafísico de culpabilidad. En cambio, es el resultado de un proceso psico-sociológico valorativo mudable de una comunidad que no puede determinarse, pero sí fijarse dentro de un marco. Con cierto atino, indicó que si se le preguntara a un juez experimentado y formado por qué en un caso en particular una pena de 10 meses de prisión es acorde a la culpabilidad y no así una de 10 meses y 2 semanas, este no podría responderlo. Explicó, en miras a aquello, que toda pena

<sup>23</sup> Hörnle, *Determinación de la Pena y Culpabilidad*, 26.

<sup>24</sup> Roxin, *Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal*, 155.

<sup>25</sup> Se debe recordar que Kant afirmaba: “La pena judicial (poena forensis), distinta de la pena natural (poena naturalis) por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (...)” [Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres* (Barcelona: Altaya, 1996), 166.]

<sup>26</sup> Hörnle, *Determinación de la Pena y Culpabilidad*, 27.

<sup>27</sup> Hörnle, *Determinación de la Pena y Culpabilidad*, 27.

<sup>28</sup> Ziffer, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, 47.

<sup>29</sup> Jescheck, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 794.

correspondiente a la culpabilidad deducida racionalmente no se ve alterada por variaciones tan pequeñas y que solo es posible fijar un marco dentro del cual la pena sea justa. A su entender, el juez al que hizo referencia solo podría decir que una pena adecuada a la culpabilidad en el caso puede estar fijada entre los 9 y 11 meses, puesto que cualquier monto que se determine en tal ámbito sirve y es acorde a la prevención general, mas no se podría afirmar que este puede fijarse en un monto exacto.<sup>30</sup>

Para Roxin, la determinación de la pena no es un problema metafísico, sino un acto absolutamente terrenal que tiene como fin asegurar un orden social pacífico. De tal manera, si la pena adecuada a la culpabilidad tiene una finalidad preventiva general y si, dentro de un determinado margen de libertad, puede alcanzarse de la misma manera el fin perseguido por ella, lógicamente, cualquiera de estas penas debe ser una pena igualmente correcta.<sup>31</sup>

De todos modos, estas explicaciones no lograron desbaratar las críticas en torno a la imposibilidad de fijar los límites adecuados, que para los detractores siguieron siendo difusos. El problema de esta tesis es que no brinda parámetros claros de cómo crear el marco y ello lleva a que este sea creado por el propio arbitrio del juez, sin que se brinde directriz alguna. La sola mención de las valoraciones de una comunidad de por sí no es suficiente, puesto que aquellas tampoco son verificables ni cuantificables.

La respuesta de Roxin, a su vez, deja problemas sin resolver. Si la menor pena dentro del marco cumple con los objetivos, cualquier medida que estuviera por encima de ella parecería ilegítima en tanto que dejaría de ser necesaria.<sup>32</sup> Adicionalmente, si la culpabilidad es fijada de acuerdo a parámetros preventivos generales, cualquier pena que supere el marco mínimo no sería adecuada a la culpabilidad. Desde esta perspectiva, su tesis posee un problema de tipo lógico en tanto resulta en sí misma contradictoria. En otras palabras, si la menor pena dentro del marco cumple con el fin

<sup>30</sup> Roxin, *Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal*, 147-148.

<sup>31</sup> Roxin, *Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal*, 149-150.

<sup>32</sup> Debe recordarse que el principio de proporcionalidad, siguiendo a Hassemer y a Alexy, posee tres componentes o subprincipios: idoneidad, necesidad y exigibilidad (o proporcionalidad en sentido estricto, acorde a Alexy). El segundo, que es la necesidad, es el que dispone que, frente a diversas opciones que alcancen el mismo objetivo, se deba elegir el medio menos lesivo. De este componente en particular, se extraen los principios de *ultima ratio* e *in dubio pro reo* [Winfried Hassemer, “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico penales” en *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo* (Barcelona: Atelier, 2012), 195.] Alexy agrega que este subprincipio expresa el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas, es decir, impedir intervención en los derechos fundamentales que sean evitables [Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Lima: Palestra, 2010), 459.]

perseguido, cualquiera que estuviera por encima de esta, pese a también cumplir con el fin, sería arbitraria. De la misma manera, si la menor pena dentro del marco es acorde a la culpabilidad, cualquiera que la sobrepasara dejaría de serlo y, por lo tanto, habría un ejercicio abusivo del poder estatal. Se vulnera, entonces, el principio de proporcionalidad que impone la necesidad de, frente a diversas opciones que diera el marco de discreción, optar por la más benigna.

A pesar de lo mencionado y reconocer sus defectos, tanto Hörnle como Ziffer señalaron que la teoría del ámbito del juego tiene particular interés desde una perspectiva de los tribunales de revisión. Esto debido a que no era posible pretender ni que se revieran todas las decisiones ni que se encontrara una correlación matemática verificable entre la pena determinada y su fundamentación. De tal manera, coincidieron las autoras en que no se podía criticar al Tribunal Superior de Alemania por haber desarrollado la teoría, sino que el problema se encontraba en la doctrina. Se entiende que lo que se intentó por medio de esta tesis fue indicar que solo resultaban adecuadas las penas que se encontraran dentro de lo razonable y que solo podían ser revisables cuando existiera una desproporción evidente e intolerable.<sup>33</sup>

### III. La teoría de la pena puntual (*Punktstraftheorie*)

La teoría de la pena puntual, en contraposición a la del Espacio del Juego, niega la existencia de un marco de culpabilidad, y postula que la pena adecuada es solo una y que cualquiera que esté por encima o por debajo no concuerda con la culpabilidad del autor. Sin embargo, sus defensores aceptan que, desde el punto de vista del conocimiento, no es posible saber cuál es la medida exacta de culpabilidad y cabe la posibilidad de que existan distintas opiniones sobre la pena aplicable.<sup>34</sup> Lo que se propone es colocar en cabeza del operador el deber de hallar la pena justa y adecuada a la culpabilidad.

Arthur Kaufmann, defensor de esta teoría, aclaró que no puede derivarse con claridad del principio de culpabilidad cuál es la pena correcta para el caso particular. La culpabilidad es, para él, un fenómeno metafísico, y entiende que el déficit se da por la falta de conocimientos en la materia, lo que provoca que no se pueda conocer el valor

---

<sup>33</sup> Ziffer, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, 50. Hörnle, *Determinación de la Pena y Culpabilidad*, 34.

<sup>34</sup> Crespo, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, 234.

adecuado.<sup>35</sup> En su consideración, la teoría del espacio del juego confunde el aspecto del conocimiento teórico con el aspecto ontológico del problema.<sup>36</sup>

Este autor afirmaba que “(...) la aplicación del Derecho, en el sentido amplio de la expresión, es una parte de la ciencia jurídica: esa parte que consiste en el esfuerzo por conocer los que es el Derecho justo”.<sup>37</sup> Al mismo tiempo, sostuvo que:

Ha de bastarnos la certeza gnoseológica de saber que, en el terreno de las ciencias del espíritu, y entre ellas sobre todo las normativas, existe la posibilidad de que, sobre un mismo problema, lleguemos a diversas conclusiones que, aunque no contradictorias, sean dispares pero igualmente verdaderas o correctas. Nosotros los juristas jamás descubriremos ese único Derecho que es el justo.<sup>38</sup>

Neumann explica que ello es acorde a una concepción de la culpabilidad que la concibe como a una entidad, por lo que esta no puede ser indeterminada. La idea de un ser existente no puede conjugarse con que sea, al mismo tiempo, indeterminado. Necesariamente, debe ser determinable. Y es a partir de esta idea que, en el ámbito de la teoría de la medición de la pena, el concepto metafísico de culpabilidad se debe condecir con una pena puntual.<sup>39</sup>

Esta teoría recibió críticas porque su aplicación práctica no difería de la teoría del espacio del juego en la medida en que sus propios defensores admitían que no había forma de encontrar la pena exacta.<sup>40</sup> En cierto punto, es comprensible que, desde una perspectiva de justicia material, se bregue por una teoría de este tipo. Sin embargo, más allá de lo loable de su finalidad, no aporta un sistema confiable ni verificable.

Le fue criticado, además, que, al atarse únicamente a consideraciones metafísicas, supone un absoluto inmovilismo político criminal y carece de la flexibilidad necesaria para que la pena alcance sus finalidades. En la medida que la medición de la pena sea un acto puramente terrenal que tenga por objeto la pacificación del sistema social, se hace imposible defender un concepto metafísico de culpabilidad que sea capaz de decir en cada caso qué pena corresponde exactamente con lo merecido.<sup>41</sup> En el mismo sentido,

<sup>35</sup> Ulfried Neumann, “La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad”, *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, 2da Época, no.13 (2004): 137.

<sup>36</sup> Neumann, “La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad”, 135.

<sup>37</sup> Arthur Kaufmann, “En torno al conocimiento científico del Derecho”, *Persona y Derecho*, no. 31 (1994): 15.

<sup>38</sup> Kaufmann, “En torno al conocimiento científico del Derecho”, 28.

<sup>39</sup> Neumann, “La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad”, 137.

<sup>40</sup> Ziffer, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, 51

<sup>41</sup> Crespo, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, 235.

Mir Puig ha sostenido que no es función del Estado moderno garantizar la justicia absoluta en la tierra, puesto que no se imponen sentencias en nombre de Dios; sino que, en nombre del pueblo, el Derecho solo puede justificarse como medio para garantizar la existencia de la sociedad y sus intereses.<sup>42</sup> Así, señala que, al obligar a la ley a tomar en cuenta la personalidad del delincuente y al demandar a la Constitución que disponga una orientación resocializadora, esta teoría no logra dar una respuesta adecuada.<sup>43</sup>

#### IV. La teoría del valor relativo (*Stellenwerttheorie*)

Esta teoría fue también conocida por el nombre de teoría del valor posicional y, muy emparentada con ella, aparece la teoría de los escalones (*Stufentheorie*).<sup>44</sup> Sus defensores postularon que se debía determinar el valor de cada uno de los fines de la pena de acuerdo a las distintas etapas de la cuantificación. El primer paso consistiría en adoptar criterios retributivos respecto de la culpabilidad en proporción a la gravedad del hecho. En la segunda etapa, habría que considerar los fines preventivos, que definen la clase de pena y el modo de ejecución. De este modo, para estas teorías, la determinación de la pena termina por abstraerse del concepto de culpabilidad.<sup>45</sup>

En Alemania, se le criticó a esta tesis que no era compatible con la norma del artículo 46 del Código Penal, dado que esta estipula que el juez debe considerar al fijar la pena, además de la culpabilidad, las consecuencias para la vida futura del autor.<sup>46</sup> Si bien en el sistema argentino tal consideración no es requerimiento expreso, en el proyecto de Código Penal (presentado en el Congreso de la Nación con fecha 25 de marzo de 2019) fue introducida, como una novedad, la imposición de que la determinación judicial de la pena debe tener fundamento preponderante, por un lado, en la reprochabilidad de la conducta del condenado por el hecho, y, por el otro, en las consecuencias para su vida futura en la sociedad.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 80.

<sup>43</sup> Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 733.

<sup>44</sup> Feijoo Sánchez, *Individualización de la Pena y Teoría de la Pena Proporcional al Hecho*, 11.

<sup>45</sup> Ziffer, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, 52.

<sup>46</sup> Feijoo Sánchez, *Individualización de la Pena y Teoría de la Pena Proporcional al Hecho*, 11.

<sup>47</sup> Reza de la siguiente manera “Art. 40. 1. La determinación de las penas impuestas a personas físicas tendrá como fundamento preponderante la reprochabilidad de la conducta del condenado por el ilícito cometido, como así también las consecuencias para su vida futura en la sociedad (...)”. Ver al respecto Francisco Tomás Rizzi, “Sobre la reprochabilidad como fundamento de la Pena en el proyecto del Código Penal. Comentario al Art. 40.1” que fue incluido en la obra colectiva *Comentarios al Proyecto del Código Penal*, publicada en 2019.

Señala Jescheck que, además, esta tesis no repara en el hecho de que la culpabilidad juega también un papel en la elección de la clase de pena y, del mismo modo, que la prevención opera para fijar la magnitud.<sup>48</sup> Lo que ocurre es que la culpabilidad entra en consideración únicamente en el primer estadio y, por tanto, no puede funcionar ni como baremo de proporcionalidad ni tampoco como límite. Se le critica, con base en ello, que afecta al principio de culpabilidad, en tanto este demanda una proporcionalidad de la pena con el hecho cometido.<sup>49</sup>

Feijoo Sánchez, por su parte, indica que, si bien la prevención especial positiva es un factor atendible al momento de la individualización de la pena, no puede funcionar como criterio válido para otorgarle sentido a la pena. Por lo tanto, no puede orientar su individualización.<sup>50</sup>

## V. La teoría del acto de gestación social

Esta teoría parte de la base de que la cuestión acerca de si es posible arribar a una pena puntual toca un tema filosófico que va más allá del deber de los juristas. En coincidencia con la tesis de la teoría del espacio del juego, postula que no hay forma de hallar una medida exacta de la culpabilidad puesto que no es convertible en unidades fijas. Sin embargo, se enrola en la idea de la tesis de la pena puntual según la que el juez debe hallar una pena que sea adecuada a la culpabilidad conforme a la conciencia de la comunidad jurídica.<sup>51</sup>

Como presupuesto, la pena debe derivarse de la ley y debe ser encontrada dentro del marco punitivo mediante un acto de gestación creador que debe orientarse en las pautas valorativas del ordenamiento jurídico. Se sostiene que “(...) el juez, por tanto, no encuentra la pena adecuada a la culpabilidad, sino que la forma él mismo en su acto creador en el marco de la estructura social de su ámbito de competencia, puesto que se trata de un fenómeno específico de la vida social”.<sup>52</sup>

Jescheck señala que el acto de individualización debe entenderse de forma tal que el juez parte de la pena adecuada a la culpabilidad, según su parecer, y luego la modifica en favor de los otros fines penales, mediante combinaciones de las diversas

<sup>48</sup> Jescheck, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 795.

<sup>49</sup> Enrique Bacigalupo “¿Tiene rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?”, *Derecho Penal y Criminología* 5, no. 18 (1983): 248.

<sup>50</sup> Feijoo Sánchez, *Individualización de la Pena y Teoría de la Pena Proporcional al Hecho*, 11.

<sup>51</sup> Crespo, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, 248.

<sup>52</sup> Crespo, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, 250.

posibilidades de sanción. Que, en esa actividad, solo puede apartarse de su punto de arranque en tanto la pena siga manteniendo con su fundamento una relación interna que sea aceptada como tal por la comunidad jurídica. Se trata de una individualización penal como un acto de configuración social.<sup>53</sup>

A esta teoría se le realizó igual crítica que a la teoría del valor relativo en la medida que tampoco prevé considerar las consecuencias en la vida futura del autor, previstas en el art. 46 del Código alemán.<sup>54</sup>

## VI. La teoría de la pena proporcional (*Tatproportionalitätslehre*)

La teoría de la pena proporcional, de gran influencia en la actualidad, fue articulada a partir de la teoría de la pena conocida como *just desert*, que fue esbozada por Andrew von Hirsch en su obra *Doing Justice*, considerada como la primera exposición sistemática de la teoría del merecimiento en la literatura penológica, y que luego se ratificó y completó en *Censurar y Castigar*.<sup>55</sup>

Lo que von Hirsch propuso fue que la justificación reprobatoria del castigo debía centrarse en los rasgos condenatorios de la acción o, dicho de otro modo, en su rol para expresar censura o reproche.<sup>56</sup> Según su entender, una explicación de la facultad punitiva basada en la censura permitía vincular la pena con la proporcionalidad: si el castigo expresa reproche, sería lógico que el *quantum* del castigo guardara relación razonable con el grado de reprochabilidad. En cuanto a la capacidad de responder a la realización de un mal con la reprobación o censura es simplemente parte de la moralidad que considera a las personas responsables de su comportamiento.<sup>57</sup> Reconoce von Hirsch que el Derecho Penal, a través de la censura implícita en sus sanciones, expresa que la conducta está mal y con ello suministra al agente moral razones para desistir. Pero esto, a su entender, no es lo que fundamenta la pena, sino que se trata de una razón adicional para resistir a la tentación.<sup>58</sup>

Ello lleva a von Hirsch a responder a la pregunta de “cuánto castigar”, que es, en definitiva, la cuestión que más le preocupaba. Bajo la idea de que la censura expresa un

<sup>53</sup> Jescheck, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 795.

<sup>54</sup> Jescheck, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 250.

<sup>55</sup> Diego Zysman Quirós, *Castigo y Determinación de la Pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Guidelines* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 34.

<sup>56</sup> Andrew Von Hirsch, *Censurar y Castigar* (Madrid: Trotta, 1998), 34.

<sup>57</sup> Von Hirsch, *Censurar y Castigar*, 35.

<sup>58</sup> Von Hirsch, *Censurar y Castigar*, 39.

reproche, sostiene que este debe reflejar la reprochabilidad de la conducta, por lo que necesariamente debe existir entre ambas una relación de proporcionalidad. Requiere, entonces, que la severidad de las penas sea determinada en referencia a la gravedad de los hechos. La forma que propone para determinar la gravedad de un hecho es que sea en referencia a la afectación del estándar de vida de la víctima.<sup>59</sup> El criterio de proporcionalidad, asimismo, requiere graduar la severidad de la pena, para lo que propone aplicar un análisis de intereses similar: cuanto más graves sean los intereses afectados por una determinada pena, más severa es esta.<sup>60</sup>

Para poder demostrar que existe una relación entre la pena merecida y la gravedad de los delitos, el autor propone distinguir entre la proporcionalidad ordinal y la proporcionalidad cardinal. La primera refiere a la comparación de penas: los condenados por delitos semejantes deberían recibir castigos semejantes y los condenados por delitos de distinta gravedad deberían recibir penas de distinta severidad, puesto que la severidad de la pena debe reflejar el grado de desaprobación. Por ello, postula von Hirsch que es menester que exista paridad entre los castigos de delitos semejantes, que las penas sean graduadas de acuerdo a un rango y que estén espaciadas. La proporcionalidad cardinal, por su parte, refiere al punto de arranque de un determinado delito en razón de su severidad, dado que se puede afirmar que un homicidio es más grave que un robo, pero no por ello saber cuál sería la pena apropiada para cada uno. Tal coyuntura, que depende del grado de desaprobación, debe ser una expresión del sentimiento social respecto de la conducta reprochada.<sup>61</sup>

Ahora bien, y entrando en lo que sea tal vez la cuestión más importante, von Hirsch encara el punto fundamental de su teoría que es la determinación de la severidad de la pena en relación con la gravedad del castigo. El principio de proporcionalidad debe, dentro de su teoría, determinar la magnitud de la escala de la pena y, para ello, entiende que debe anclarse la escala de penas a un marco de proporcionalidad que, como dijimos, denomina cardinal. Pero, dado que no existe una relación adecuada entre la gravedad y la severidad, propone que la pena sea anclada de acuerdo al criterio preventivo adicional que brinda la pena; esto es, el elemento de sufrimiento que brinda la razón adicional para refrenarse. Sostiene, entonces, que lo adecuado sería anclar la pena a una escala

---

<sup>59</sup> Von Hirsch, *Censurar y Castigar*, 64.

<sup>60</sup> Von Hirsch, *Censurar y Castigar*, 68.

<sup>61</sup> Von Hirsch, *Censurar y Castigar*, 46.

que tuviera en consideración este criterio preventivo y que se debería discutir qué nivel de penas crearía un conjunto razonable de desincentivos que reforzase el sistema basado en la censura.<sup>62</sup>

Hörnle, al igual que von Hirsch, defiende una teoría del castigo legal carente de base, según la cual la gravedad del delito debe ser establecida para determinar la severidad de la sanción.<sup>63</sup> El hecho de que la pena no tenga un fin primordial preventivo o utilitario, ni tampoco una fundamentación ética a la que responder diversa al reproche, permite que pueda ser cuantificada de acuerdo a la proporcionalidad del hecho, puesto que es este, el reproche, el que de por sí la justifica. Por ello, entiende que la teoría de la determinación de la pena debe hacer énfasis en la función reprobatoria de esta. Sostiene que, si las penas fueran meras sanciones aplicadas como desalientos disuasivos, en nada se diferenciaría de una multa administrativa o de un impuesto, y el concepto de culpabilidad estaría vacío de contenido o, en el mejor de los casos, distorsionado. Por otra parte, si la reacción estatal no estuviera fundada en el reproche o la reprobación de la conducta y estuviera dirigida exclusivamente a alcanzar otros objetivos, no sería requisito que fuera proporcional al hecho.<sup>64</sup> A partir de estas consideraciones, concluyó que la pena debía reflejar la culpabilidad, en sus palabras la “severidad del delito”, y que, por ende, su magnitud debía ser proporcional.

Así, prosiguió planteándose el modo en que deben ser establecidos los factores determinantes y coligió que estos debían ser evaluados desde lo que llamó la “perspectiva de la víctima”. Esta autora, sin embargo, a diferencia de von Hirsch que propuso determinar la gravedad del hecho en relación con su afectación al estándar de vida,<sup>65</sup> optó por renovar el planteo bajo el entendimiento de que se requería de un parámetro objetivo para graduar la entidad.

Ahora bien, cuando Hörnle habla de una “perspectiva de la víctima”, no se refiere a la persona individual victimizada por el hecho, sino a una persona objetivizada que estuviera en tal situación. Se trata de un enfoque normativo. Por ello, habla de “una

---

<sup>62</sup> Von Hirsch, *Censurar y Castigar*, 80.

<sup>63</sup> Hörnle, *Determinación de la Pena y Culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, 81.

<sup>64</sup> Hörnle, *Determinación de la Pena y Culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, 83.

<sup>65</sup> Von Hirsch, *Censurar y Castigar*, 64.

perspectiva de la víctima” y no de “la perspectiva de la víctima”.<sup>66</sup> Se trata del impacto típico en la calidad de vida de la víctima. Lo que crea es un mecanismo para identificar la relación apropiada entre el hecho y el daño. En este sentido, señala que la perspectiva que propone importa un estándar objetivo para analizar el impacto del hecho.

Su tesis es que una importante función de la condena se relaciona con su mensaje para la víctima: la desaprobación encarnada con la imposición de la pena confirma que la víctima fue agraviada por el hecho, y ella es la principal receptora de la desaprobación y del mensaje de que no se puede aceptar la conducta del delincuente.<sup>67</sup> Sin embargo, como se dijo, no se trata de considerar sus intereses, sino más bien de un endoso formal de los derechos de la víctima a través del veredicto de culpabilidad. Dicho en otras palabras, la perspectiva de la víctima determina y confirma el lado comunicativo del procedimiento.

De tal modo, indica que esta perspectiva permite distinguir las circunstancias que caracterizan la responsabilidad de las que resultan insignificantes. Entiende que el concepto normativo de los intereses de la víctima permite mayores niveles de condena con mejor fundamentación dado que, por un lado, el daño infringido por diferentes delitos puede dejar de ser valorado por intuiciones y, por otro, otorga un filtro crítico para otras circunstancias que rodean al hecho criminal.<sup>68</sup>

Pese a sus esfuerzos, la teoría de la pena proporcional de Hörnle enfrenta también una serie de cuestiones a las que no da una respuesta satisfactoria. En primer término, si bien la perspectiva de la víctima puede ser útil para determinar la gravedad de un hecho con una víctima definida, no lo es cuando ello no sucede. En todos aquellos delitos en los que la víctima no es una persona física, sino que afectan los derechos de la sociedad en sus diversos niveles –como lo hacen los hechos dirigidos, por ejemplo, contra la seguridad, el orden público, administración pública, el sistema de salud, el fisco, la fe pública o el ambiente–, pareciera que esta perspectiva no es de mucha utilidad.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Hörnle, *Determinación de la Pena y Culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, 81.

<sup>67</sup> Hörnle, *Determinación de la Pena y Culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, 88.

<sup>68</sup> Hörnle, *Determinación de la Pena y Culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, 118.

<sup>69</sup> En igual sentido: Feijoo Sánchez, *Individualización de la Pena y Teoría de la Pena Proporcional al Hecho*, 10.

Asimismo, el hecho de objetivizar a la víctima como un concepto normativo estándar, en muchas ocasiones, puede llevar a desnaturalizar su situación, ahora refiriéndonos a ella en el plano empírico, que es lo que, en muchos delitos, hace a la gravedad de la conducta. Piénsese en aquellos casos en que los delitos son dirigidos contra personas en situación de vulnerabilidad, que hubiesen depositado cierta confianza en el autor o cuando existiesen circunstancias extraordinarias que las afecten y dejen desprotegidas, o a su merced. Una perspectiva de la víctima normativizada que tome como referencia a una víctima objetiva hace que se pierda el punto de vista de ella en particular que, en muchas situaciones, es fundamental.

Además de ello, la perspectiva omite tomar en consideración coyunturas atinentes a la personalidad, motivos del autor o situaciones en las que se encuentre, que también en muchos casos pueden intensificar o disminuir la gravedad del suceso, sin que constituyan eximentes de responsabilidad. El hecho de que la gran mayoría de los delitos, por ejemplo, contra la propiedad tengan su origen en las carencias o las necesidades insatisfechas de una situación coyuntural de la realidad social, es un factor que esta perspectiva tampoco puede alcanzar.

Feijoo Sánchez señala que, en la teoría del delito, Hörnle otorga un protagonismo excesivo a la producción del resultado típico o la medida de disvalor del resultado, en detrimento de los elementos comunicativos del injusto, como así también de los que tienen que ver con la culpabilidad.<sup>70</sup> Silva Sánchez agrega que, aun si se acepta que fuera posible una única individualización jurídicamente correcta, es necesario e inevitable la admisión de “márgenes de plausibilidad”. Ello llevó a que un sector de la doctrina señalara que la proporcionalidad no puede ser establecida en términos absolutos, sino que debería, en todo caso, serlo en términos relativos. Así, se dio lugar a un sistema comparativo de clases de casos más y menos graves.<sup>71</sup>

## VII. La teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad

Para entender la teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad de Zaffaroni, se debe tener presente que la culpabilidad contiene, por un lado, la reprochabilidad por el acto y, por otro, la reprochabilidad por el esfuerzo por alcanzar una situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo.

<sup>70</sup> Feijoo Sánchez, *Individualización de la Pena y Teoría de la Pena Proporcional al Hecho*, 10.

<sup>71</sup> Silva Sánchez, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático)*, 6.

Zaffaroni entiende a la culpabilidad como un puente personalizado entre el injusto y la responsabilidad.<sup>72</sup> Se trata, en su consideración, de un mecanismo que no tiene por objeto legitimar el poder punitivo, sino señalar un filtro, o sea, proporcionar un criterio racional de limitación del ejercicio de ese poder. Según su concepción, el reproche responde al principio racional de que a nadie puede cargársele con un injusto si no ha sido resultado de su libre determinación y que no puede hacerse en la medida que supere su ámbito de autodeterminación. Añade que, sin embargo, el reproche no hace racional al poder punitivo, sino que solo dota de racionalidad a la actividad de contención.<sup>73</sup>

Pero, además, Zaffaroni agrega a lo dicho que la culpabilidad penal del Estado de Derecho no puede ser la simple culpabilidad por el acto, sino que debe surgir de la síntesis de esta (como límite máximo del reproche) y otro concepto de culpabilidad que incorpore el dato real de la selectividad.<sup>74</sup> La selección del poder punitivo, indica el autor, se produce en razón de la situación de vulnerabilidad: siempre media un esfuerzo o contribución personal que hace una persona, a partir de cierto estado de vulnerabilidad, para ser alcanzada por el poder punitivo. A eso lo llama “esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad”.<sup>75</sup>

De tal manera, quienes no se encuentren en tal estado y se coloquen en él –como puede ser quien tuviera un buen pasar económico y no cumpliera con los estereotipos perseguidos por el poder punitivo–, pero, de todos modos, cometiera un hecho ilícito burdo, se entiende que hizo un gran esfuerzo por colocarse en esa situación de vulnerabilidad. Contrariamente, quienes se encuentren en alguna situación con necesidades básicas insatisfechas, que ya estén en situación de vulnerabilidad, al cumplir con el estereotipo perseguido por el poder, son fácilmente alcanzables y, por ende, se puede concluir que su esfuerzo por colocarse en esa situación es casi nulo.

---

<sup>72</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2006), 508.

<sup>73</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 512. Explica al efecto que lo que se racionaliza no es el poder, sino que, lo que se hace racionalmente, es crear un orden de distribución equitativa que la agencia jurídica hace de su limitado poder. Y agrega “Es como si hubiese que decidir la prioridad para recoger a los naufragos cuando se dispone un limitado poder de rescate, y se decide atender primero a los inocentes que cayeron al mar, luego a quienes voluntariamente se pusieron en riesgo y, por último, a quienes hundieron la nave, sin perjuicio de que a veces, por razones de humanidad, se atenúe este orden”.

<sup>74</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 515.

<sup>75</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 517.

En su teoría, la culpabilidad para la cuantificación de la pena no es otra que la culpabilidad de la teoría del delito, solo que en la teoría de la responsabilidad esta debe ser considerada desde otro punto de vista, que entiende que es dinámica, porque es social y las situaciones de las personas involucradas se pueden ir modificando.<sup>76</sup> De tal modo, sostiene Zaffaroni, que la medida de la pena debe ser la medida de la culpabilidad, pero desde una perspectiva dinámica.<sup>77</sup>

Esto implica que la culpabilidad por el acto delimite el máximo de la pena en concreto y, a partir de ello, se le debe ir descontando, de ser posible y hasta donde sea, lo que no es imputable a su esfuerzo por la selección del poder punitivo, es decir, el esfuerzo por estar en situación de vulnerabilidad. En el primero, señala que operan las motivaciones, que son todas las respuestas a la pregunta “¿por qué lo hizo?”, y se valoran cuestiones relativas a la autodeterminación. En lo segundo, que es lo que se resta, es el esfuerzo de la persona por ubicarse en la posición de ser penado. Si se parte de una situación de mucha vulnerabilidad, el esfuerzo por estar en una situación peor no es muy pronunciado, por lo que la resta debe ser considerable. Contrariamente, cuando el sujeto no se encuentre en una situación vulnerable y con esfuerzo se coloca en ella, la resta no debe ser cuantiosa. En el primer caso, señala Zaffaroni, incluso la pena puede perforar el mínimo legal, pero cuando, como en el segundo, el esfuerzo por estar en situación de vulnerabilidad es grande, la posibilidad de filtrar la presión punitiva es mínima.<sup>78</sup>

Ahora bien, al igual que las restantes teorías, la de Zaffaroni, si bien es coherente con su obra, presenta ciertos aspectos que resultan, al menos, poco claros y de escasa utilidad.

En primer lugar, se debe decir que, al igual que como sucede con su tesis sobre la culpabilidad, resulta llamativo que la vulnerabilidad o el esfuerzo por la vulnerabilidad

---

<sup>76</sup> La razón de esta aclaración es que, para algunos autores, la culpabilidad para la determinación de la pena no es exactamente la misma que la culpabilidad de la teoría del delito, que se funda en el juicio del reproche. Fue Hans Achenbach quien distinguió entre los conceptos funcionales diferenciables de la culpabilidad, que catalogó como la idea de la culpabilidad, la medida de la pena y la culpabilidad de la fundamentación de la pena. El primero, es la culpabilidad entendida como criterio suprapositivo de estructura material, es decir, como fundamento y límite de la violencia penal. Está relacionado con la legitimación del Derecho Penal y con la pregunta de la libertad de la voluntad humana. El segundo hace a la cuestión de la pena conforme a la medida de la culpabilidad y se refiere directamente a la aplicación del Derecho. Y el tercero se relaciona con la fundamentación de la pena frente al autor particular; o, dicho de otro modo, como justificación o barrera para la imposición de pena al autor particular en el caso concreto (ver también al respecto: Crespo, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, 285).

<sup>77</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 764.

<sup>78</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 766.

sea el baremo que deba utilizarse. Ciertamente es que el término responde a su visión crítica del Derecho y del ejercicio del poder punitivo, pero ello no puede implicar que el programa deba desarrollarse sobre la base de que una persona deba ser vulnerable para que pueda ser alcanzada por la pena. Si bien se entiende el modo en que propone su aplicación, lo cierto es que implementarlo requerirá aceptar que se pena solo a quienes son vulnerables, lo cual puede ser acorde a una teoría abolicionista o de derecho penal mínimo, pero no para erigirse como una guía de implementación práctica en un sistema judicial que, justamente, pretende no serlo.

Adicionalmente, aparece como contradictorio que se pretenda diagramar un programa de control de poder punitivo sobre la base de un concepto de vulnerabilidad edificado únicamente en relación al alcance de la pena. Afirmar que se debe penar a quienes se coloquen en situación de vulnerabilidad o implica desconocer el mandato de adoptar medidas activas frente a las personas en tal situación, o bien implica vaciar de contenido el término “vulnerabilidad”, conforme al desarrollo que le dio la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la concibe como un vector de análisis de la igualdad.<sup>79</sup>

Lo que se extrae es que “vulnerable” sería, para la teoría de Zaffaroni, todo aquel que fuera alcanzado por el sistema y nada más que ello.

En segundo término, parece poco claro que el esfuerzo por la vulnerabilidad pueda ser sopesado. Si bien se comprende que a lo que hace referencia Zaffaroni es a los casos en que las personas, sin estar en situación de vulnerabilidad, caen en el sistema por su falta de previsión o negligencia, pareciera que el término “esfuerzo” responde a una metáfora o alegoría puesto que, en todo caso, de lo que está hablando es de torpeza. No aparece con claridad, entonces, por qué se debe realizar un reproche de mayor envergadura a aquellos que demuestren mayor torpeza –léase esfuerzo– que a aquellos que no.

El autor Edgardo Donna ha señalado que, con la inclusión de la vulnerabilidad, Zaffaroni destruyó el concepto de culpabilidad y lo reemplazó por una culpabilidad no

---

<sup>79</sup> Úrsula Cristina Basset, “La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *Tratado de la vulnerabilidad*, ed. Úrsula Cristina Basset et al. (Buenos Aires: Thomson Reuters y La Ley, 2017), 2.

de acto, sino de autor, que considera que no es otra cosa que la teoría de “Lombroso al revés”.<sup>80</sup>

En efecto, se debe decir que Zaffaroni, en principio, afirma enfáticamente que la culpabilidad es una culpabilidad por el acto,<sup>81</sup> pero, cuando propone realizar el análisis de la culpabilidad por la vulnerabilidad, se inmiscuye en cuestiones de las personas y señala:

Puede discutirse si la culpabilidad por la vulnerabilidad es culpabilidad de autor, aunque no hay razones para creerlo, dado que se trata de componentes del hecho mismo, pero aun concluyendo que lo sea, no tiene importancia, dado que en el peor de los casos solo podría resultar en la síntesis un reproche equivalente a la culpabilidad por el acto.<sup>82</sup>

Si bien es cierto que ciñe un aspecto al otro, no es menos cierto que la culpabilidad por el acto no sería tal dado que lo excede e, incluso, él admite que puede entenderse de esa manera. De tal modo, nos encontramos frente a una contradicción y con una culpabilidad que, si bien no puede superar el límite de la culpabilidad por el hecho, tiene factores propios, dentro de ese margen, de una culpabilidad de autor, amén de que sea en favor de los marginados. No obstante, en todo caso, desconoce el principio de culpabilidad por el hecho.

En suma, pese al romanticismo de su tesis, por el grado de abstracción que presenta, no genera una herramienta útil, ni mucho menos clara, para la graduación de la pena.

### **VIII. La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático**

Esta tesis fue desarrollada por el autor español Silva Sánchez, para quien la determinación de la pena debería constituir una continuación cuantitativa de la teoría del delito, en tanto depende de las categorías del injusto objetivo (de la acción y del resultado), del injusto subjetivo y de la culpabilidad.<sup>83</sup>

A partir de ello, en su criterio, se deberían derivar una serie de necesidades al momento de realizar la medición. En primer término, señala que se debe elaborar una escala cuantitativa de subtipos, esto es, establecer formas o clases en que se pueden

---

<sup>80</sup> Alberto Edgardo Donna, *Fundamentación de la Sanciones Penales y de la Culpabilidad, Tomo 1. Teoría del Delito y de la Pena* (Buenos Aires: Astrea, 1996), 127.

<sup>81</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 509.

<sup>82</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 519.

<sup>83</sup> Silva Sánchez, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático)*, 8.

realizar las acciones típicas y ordenarlas en función de su gravedad. Para ello, señala que se debe establecer un conjunto de criterios de valoración-ordenación, en el marco de los que se examinen los casos a partir de la adopción de una determinada perspectiva o nivel de análisis.<sup>84</sup>

Los casos son, de esa manera, examinados a partir de las concepciones básicas sobre la teoría del delito de la que se parta, aplicadas en concreto a la categoría sistemática en la que se enmarque, lo que permitiría diagramar un esquema de análisis. Dentro del esquema, los casos podrían ser ordenados mediante valores numéricos, para lo que propone utilizar una base de evaluación numérica de hasta 10. Así, a su entender, al analizar un caso, se debería poder evaluar el injusto objetivo y el subjetivo, para luego conjugarlos. Los valores, conforme Silva Sánchez propone, si bien no son exactos, brindarían una aproximación de la pena a imponer.<sup>85</sup>

Llevado esto a la práctica, propone acoger, frente a las visiones empiristas (o naturalistas) y las normativas (o comunicativas), un concepto real de injusto que incorpore, junto a la dimensión empírica, también la comunicativa. Así, el modelo de cuantificación del injusto del hecho debería considerar, de forma esquematizada, factores del injusto objetivo y del subjetivo. En el primero, se deberían apreciar coyunturas tales como el injusto considerado *ex ante* y *ex post*, el riesgo que implicó la acción para el bien jurídico concretamente protegido –tanto en dimensión cuantitativa, que sería el grado de lesión, como cualitativa, en especial a lo que hace a los deberes–, los elementos de contenido expresivo y los riesgos para otros bienes. Mientras que el segundo abarcaría la intención y los grados de conocimiento, que también deberían esquematizarse para lograr una aproximación lo más precisa posible.<sup>86</sup>

Como lo indica en el título de su trabajo, se trata, en definitiva, de un esfuerzo por presentar un esbozo que pueda ser utilizado para cualquier tesis dogmática del Derecho Penal. Su principal aporte radica en el hecho de demandar una vinculación entre la determinación de la pena y la teoría del delito. Y lo cierto es que se trata de una propuesta que debería ser seriamente considerada, puesto que proponer anclar la realización de la tarea de medición a la teoría del hecho punible –que es la cuestión de mayor desarrollo dogmático–, y empuja a realizar un esquema de aplicación práctica.

<sup>84</sup> Silva Sánchez, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático)*, 10

<sup>85</sup> Silva Sánchez, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático)*, 10.

<sup>86</sup> Silva Sánchez, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático)*, 11.

Lo que las esquematizaciones de esta naturaleza proponen es una desatomización del hecho y que se proceda a analizar por separado los diversos aspectos de este para, luego, evaluarlos. Se trata de intentos por desmenuzar los aspectos relevantes y, posteriormente, extraer un promedio de las distintas evaluaciones. El problema que traen consigo estas tesis es que tienden a desembocar en un análisis matemático que, si bien puede presentarse como un medio apto para garantizar la igualdad, difícilmente puedan contener o dejar ingresar consideraciones de justicia material.

Más allá de eso, lo cierto es que la tesis, en tanto propone un abordaje dogmático cuya eficiencia fue arduamente comprobada, amerita un mayor desarrollo académico.

## IX. Consideraciones finales

A partir de lo expuesto, se puede apreciar que aún ninguna de las teorías descriptas puede erigirse como la dominante. De hecho, es sumamente dificultoso intentar identificar alguna de ellas en la jurisprudencia, que prosigue bregando por una determinación intuitiva que se funda –en no pocos casos– de modo aparente, mediante la mera enunciación de circunstancias atenuantes o agravantes. Siempre subyace la idea rectora de que no existe una imposición de partir desde punto alguno en la escala. Con lo que, en tanto no sea completamente desproporcional, parecería que su fijación no es realmente revisable. Sí, en cambio, es dable observar que, en las segundas instancias, se revisa el monto si es que se descarta o corrobora la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes no valoradas. Pero, salvo en estos casos, el *test* de proporcionalidad entre los hechos acreditados y la pena impuesta difícilmente pueda ser revisado. Con la salvedad, como se dijo, de cuando se adviertan casos de extrema desproporcionalidad. Ello ocurre, en parte, porque, al no existir un desarrollo dogmático en la materia, el método de determinación no puede ser revisado.

Se trata, en consecuencia, de una culpa compartida, en tanto la doctrina y la jurisprudencia se encuentran llamadas a realizar un trabajo de ayuda recíproca. La insuficiencia metódica y argumentativa no le puede ser únicamente achacada a los tribunales. La doctrina se enfrenta al hecho de que las sentencias de los jueces, que no son otra cosa que la ley aplicada en un caso concreto, requieren elementos dogmáticos precisos que les permitan acceder y alcanzar un “Derecho correcto”. Los tribunales intentan cumplir con una tarea práctica, dado que las leyes no solo precisan de constante interpretación, sino que, además, como ocurre con la determinación de la pena, brindan

un espacio de discrecionalidad que exige una decisión justa acorde al sistema jurídico y a los valores asumidos a nivel constitucional. Esta labor necesita de la utilización de métodos claros para solucionar cuestiones jurídicas que la doctrina no ha, al menos por el momento, brindado. La insuficiente fundamentación de una decisión, aunque tal vez justa, llevan a la poco satisfactoria conclusión de que es muy dificultoso realizar un juicio preciso acerca de la corrección del Derecho formulado en la decisión jurisdiccional. Por ello, no es de asombrar que el déficit en la jurisprudencia sea un reflejo del escaso desarrollo a nivel doctrinal.

Es, en ese sentido, necesario que sea asumida a nivel académico la necesidad de ahondar en el estudio de la medición de la pena, si se quiere obtener un sistema de justicia preciso, eficaz y justo. Las presentes líneas no pretenden ser más que un aporte para que su discusión tenga un accesible punto de partida.

## **X. Bibliografía**

- Alagia, Alejandro, Javier De Luca y Alejandro Skolar. *Determinación Judicial de la penal y ejecución de la pena*. Buenos Aires: Infojus, 2014.
- Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra, 2010.
- Bacigalupo, Enrique. “¿Tiene rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?”. *Derecho Penal y Criminología* 5, no. 18 (1983): 936-942.
- Basset, Úrsula Cristina. “La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En *Tratado de la vulnerabilidad*, editado por Úrsula Cristina Basset et al. Buenos Aires: Thomson Reuters y La Ley, 2017.
- Crespo, Demetrio Eduardo. *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*. 2da Ed. Buenos Aires: BdeF, 2016.
- Donna, Edgardo Alberto. *Teoría del Delito y de la Pena, Tomo I. Fundamentación de la Sanciones Penales y de la Culpabilidad*. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. “Individualización de la Pena y Teoría de la Pena Proporcional al Hecho”. *InDret* (enero 2007).
- Feijoo Sánchez, Bernardo. *La Pena como Institución Jurídica. Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: BdeF, 2017.

- Hassemer, Winfried. *Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.
- Hassemer, Winfried. “El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico penales”. En *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012.
- Hörnle, Tatjana. “La Concepción Anticuada de la Culpabilidad en la Jurisprudencia y las Doctrina tradicionales de medición de la pena”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 54, no. 1 (2001): 401-430.
- Hörnle, Tatjana. *Determinación de la Pena y Culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2003.
- Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Granada: Comares, 1993.
- Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Barcelona: Altaya, 1996
- Kaufmann, Arthur. “En torno al conocimiento científico del Derecho”. *Persona y Derecho*, no. 31 (1982).
- Kindhäuser, Urs. “Acerca del objeto y la tarea de la ciencia del Derecho Penal”. En *Derecho Penal Contemporáneo*. Bogotá: Legis, 2019.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor Barcelona, 2006.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 8va Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- Neumann, Ulfried. “La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad”. *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, 2da Época, no. 13 (2004).
- Roxin, Claus. *Fundamentos Político-criminales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- Silva Sánchez, Jesús-María. “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”. *InDret* (febrero 2007).
- Von Hirsch, Andrew. *Censurar y Castigar*. Madrid: Trotta, 1998.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2da Ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

Ziffer, Patricia S. *Lineamientos de la Determinación de la Pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

Zysman Quirós, Diego. *Castigo y Determinación de la Pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Guidelines*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.