

CUANTIFICACION DE LA PENA Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL *

MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA **

1. Estas páginas responden al propósito y la urgencia dogmáticos de reconstruir científicamente la regulación que reciben y cómo se acuerdan con la entidad y la gravedad del delito en nuestros ordenamientos la determinación, es decir, la graduación o cuantificación, y la imposición, o sea, la concreción, en ejercicio conjunto de la discrecionalidad o arbitrio y del imperio, judiciales de la pena en cada ocurrencia delictiva. Semejante tarea, y la de ejecutar, esto es, cumplir o hacer cumplir las penas, han sido, casi sin excepciones, despreciadas por la doctrina y se hallan, en los hechos, abandonadas a la empiria, al ojo del buen cubero, a la rutina o, en el más afortunado de los casos, a los esfuerzos de un espíritu sensible o de la buena voluntad, pero también, en ocasiones, a prejuicios estereotipados, criterios coyunturales, reacciones de desquite o impulsos de sadismo.

Para penetrarse de ello, basta comparar en las obras, sistemáticas o exegéticas, sobre la Parte General del Derecho punitivo la sección que consagran al delito, y aun la que destinan a la ley

penal, con la que dedican a la pena, y al punto se percibe la desproporción entre el detenimiento y el espacio, mucho mayores, y el grado de elaboración, mucho más intensa, de las dos primeras, y la verdadera insignificancia de la última; insignificancia que todavía se acentúa y se hace más notoria al ocuparse de la determinación e imposición y de la ejecución o cumplimiento, sin contar los casos, no infrecuentes en nuestros días, de obras de Parte general — a veces, de sutil contenido e impecable factura — que¹ la dan por concluida con el estudio de la infracción criminosa, sin siquiera mencionar el de sus consecuencias jurídicas o remitiéndolo a la mera promesa de un futuro incierto.

Tal desprecio o desinterés por cuanto se refiere a la pena, y, pronunciadamente, lo atañente a su determinación y su ejecución, se refleja en su enseñanza, que, cuando no falta por completo, no pasa de apresurada y superficial, y explica la

* Con particular aplicación al Derecho uruguayo.

El presente estudio constituye la contribución de autor al volumen colectivo en honor de la Prof.^a Adela Reta Sosa-Días, de Montevideo, que se encuentra en preparación.

** *En homenaje a la figura y el ejemplo de Adela Reta Sosa-Días y en testimonio de una antigua y noble amistad.*

1. Así como carecen de toda sección introductoria, o la minimizan hasta la caricatura, acerca de la fundamentación filosófica o ideológica del Derecho penal y el proceso de su formación histórica, sin lo cual es muy difícil o sencillamente imposible distinguirlo y captar sus confines en el plano de la realidad, situarlo en el mundo de la cultura, o sea, entenderlo como una manifestación de ésta, y comprender sus diferencias y relaciones con otras realidades, y de consiguiente ubicar su estudio entre, y elaborarlo con los criterios de, las ciencias culturales.

desorientación o el desconcierto de los prácticos, sean jueces, abogados o fiscales, en la materia, y la ausencia en ella de convicciones firmes, de una argumentación consistente y de decisiones y soluciones adecuadas. En el fondo, no se trata sino de una indisimulable falla o deficiencia de la dogmática en su genuino y obligado cometido de examinar el ordenamiento, o un sector diferenciado del ordenamiento, y suministrar fundamentos y criterios para su aplicación racional, que es decir fuerza de persuasión a las pretensiones y resoluciones jurídicas, contribuyendo a realizar y afianzar así la certeza y la seguridad, valores siempre capitales para el Derecho, pero aún más necesarios en esta rama de él, por la mayor e incluso extrema severidad de sus sanciones.

Sin embargo, la determinación e imposición y la ejecución o cumplimiento de la pena son los dos momentos en y mediante los cuales ésta se convierte de nuda hipótesis legal, abstracta y general, en efectiva realidad social y humana, concreta e individualizada; en y mediante los que pasa de ser una simple amenaza de sanción jurídica, una sanción conminada en la ley, y, como tal, de carácter ideal y, además, incierta hacia el futuro, a ser una sanción plena de contenido en el presente, de existencia objetiva, que ha recaído sobre un sujeto en particular y grava y constriñe su vida. Sin o antes de dichos momentos, la pena no pasaría de ser un *flatus vocis*, carente de auténtica entidad jurídica, social y humana. En efecto, mientras es sólo una amenaza y permanece inerte en la ley, no regula conductas ni crea obligación alguna;² es a partir del pronunciamiento judicial que la determina e impone, y durante su ejecución, cuando surge un deber, o una serie de deberes, cuyo cumplimiento constituye un fenómeno social y compele al condenado con todo el poder

de coerción de que disponga el Derecho e independientemente de su voluntad. Con razón escribió Pacheco que "las penas no son números solamente",³ pero todavía menos, palabras; son, ante todo, privaciones o limitaciones de posibilidades, que el Derecho prescribe y emplea en una sociedad por razón de delito, en la vida de los hombres.

De consiguiente, determinar e imponer la pena, y también hacerla cumplir, son y no pueden dejar de ser la ambición, la finalidad y la meta lógicas del Derecho Penal, igual en cuanto realidad normativa que en cuanto indagación y construcción teórica, y peor para la doctrina que no lo reconozca así, pues sin aquéllas se vería éste privado de sentido, y, es más, ni siquiera existiría. Por ello, decidir, como hace Maurach, de la mediación de la pena, y habría que añadir la ejecución, que "representa el término y remate de la teoría de la pena",⁴ es poco; representa, más bien, según con gran propiedad y elegancia expresó Finger y Maurach recuerda, "el techo que se coloca sobre las leyes."⁵ Sin él quedarían éstas a la intemperie, como edificación ininteligible, no ya inconclusa, sino, más exactamente, levantada sin ningún propósito, horra de cualquier significación. Pues, por fijarnos sólo en lo que durante mucho más de un siglo ha constituido el núcleo y casi el tema exclusivo de la doctrina penal, lo que la ha ocupado y agotado, o sea, el delito, ¿para qué el estudio minucioso, a veces hasta en minucias microscópicas, de todas las características que presenta, de todos los elementos que lo componen,

3. *El Código Penal concordado y comentado*, 5.^a ed., corregida y aumentada, 3 vols., Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 1881, t. I, p. 358.

4. e 5. *Tratado de Derecho Penal*, trad. y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda y prólogo de Octavio Pérez-Vitoria Moreno, 2 vols., Barcelona, Ariel, 1962-1963, t. II, p. 525.

2. Como no sea para el juez, que, dados ciertos supuestos, debe actualizarla y aplicarla.

y de las subnotas o los subelementos, en su faz positiva, sino para fundamentar la determinación e imposición y la ejecución o cumplimiento de una pena precisa, la que a esta y no a cualquier otra ocurrencia delictiva, por semejante que sea, corresponde, o bien, en su faz negativa, sino para fundamentar, en los casos de mera apariencia o parentesco, pero no de auténtica realidad criminal, la ausencia de su punición, su absolución? Sólo imponiendo una pena exacta, la que corresponda en cada caso, y haciéndola cumplir, el Derecho punitivo consume, cualquiera que sea, su misión.

Por lógica consecuencia, los estudiosos no satisfacen la suya, y no deben respirar tranquilos, mientras no hayan debatido, y, si pueden, esclarecido, los conceptos, criterios y procederes para ello; y, cuando orientan su labor en un sentido preferentemente dogmático, con base en la ley y para su aplicación correcta y profícua.

2. El proceso, esto es, la secuencia de actos mediante los cuales se adapta y concreta para el singular suceso delictivo la abstracta previsión penal de la ley para la especie o categoría criminosa a que pertenezca, escogiendo y actualizando para aquél y haciendo cumplir al reo la posibilidad y magnitud, de las comprendidas dentro de los límites de dicha previsión, que más o mejor se adecue a las particularidades de tal suceso, se conoce comúnmente con el nombre de *individualización de la pena*.

Aunque suele repetirse⁶ que quien idea, denomina e inicia la teoría de la individualización de la pena es Emil Wahlberg (1831-1885), con su monografía *Das Prinzip der Individualisierung der Strafpflege*, publicada en Viena el año 1869, y que se populariza con la obra de

Raymond Saleilles *L'Individualisation de la Peine*, aparecida en París el año 1898,⁷ antes había granado el concepto en la mente y rondaba la palabra en la pluma de Karl David August Röder (1806-1879), en *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones — Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, que vio la luz en Giessen el año 1867.⁸ Es fácil de comprender que la idea y la palabra germinaran en el seno del correccionalismo y que luego fueran acogidas y difundidas por los positivistas, pues cuadran perfectamente con la concepción correccionalista y la positivista, las que, por mucho que difieran entre sí, coinciden en el giro antropológico que imprimieron al Derecho Penal, desplazando su centro o eje, y también su estudio, de la objetividad del delito a la personalidad del delincuente, y lo que, en consecuencia, había de interesarles es adaptar la sanción a las peculiaridades y la singularidad del individuo que delinque; y, asimismo, que para los penalistas de uno u otro de estos signos resultara ininteligible la tarea de determinar la pena conforme a las reglas contenidas al efecto en los códigos punitivos, como se puede advertir en el desprecio con que se refería a ella Dorado Montero (1861-1919), considerándola, en su ponencia al Congreso penitenciario internacional de Washington en 1910, un que hacer “casi por entero maquinal” y comparándola al simple hecho de apretar un botón y obtener con sólo ello la

7. Hay traducción española de Juan Hinojosa, Madrid, Reus, 1914, em 369 pp.

8. Cf. su traducción por Francisco Giner, 3.ª ed., revisada y corregida por el Autor y aumentada con una Memoria del mismo sobre la *Reforma del Sistema Penal Español*, Madrid, Victoriano Suárez, 1876, p. 299. También, Giner y Calderón, *Principio de Derecho Natural*, Madrid, Imprenta de la Biblioteca de Instrucción y Recreo, s. a. [1874], p. 172.

6. Cf., por ejemplo, Antonio Quintano Rippollés, *Compendio de Derecho Penal*, 2 vols., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, t. I, p. 430.

solución exacta para el caso que se debe juzgar.⁹

Puede ser ilustrativo recordar aquí a un autor de la significación de von Liszt (1851-1919), cuando, en su célebre Programa de Marburgo, de 1882, compara y contrapone el pensamiento de Feuerbach en el pasado y el de Sontag y Lasson en su tiempo. Mientras que para el primero la gravedad del delito deriva y la pena debía proporcionarse a la importancia de los derechos subjetivos lesionados o amenazados y la peligrosidad e intensidad de los móviles, para los últimos todo dependerá del objeto que el delito haya atacado y de la intensidad de la voluntad delictiva que se exprese con la acción, y él se inclina por la adecuación de la pena a la índole o categoría a que pertenezca el delincuente.¹⁰

En cambio, lo que dogmáticamente importa es determinar la pena y concretarla, o sea, conmensurarla, con arreglo a la entidad y gravedad del respectivo delito. Bien examinado el asunto, no cuesta trabajo percatarse de que, más que de individualizarla, se trata — y no es una vacua y superflua cuestión verbal — de cuantificarla o, expresándolo todavía con mayor propiedad, graduarla. El sentido profundo de la diferencia reside en fundar la operación en, o hacer caso omiso hasta donde sea posible en ella de, la figura del delincuente.

Tras o bajo esta diferencia hay otra aun más radical: la que separa y contrapone

insalvable y beligerantemente concebir el Derecho Penal como Derecho Penal de acto o concebirlo como Derecho Penal de autor; concebirlo y que lo sea en lo fundamental, pues en los ordenamientos punitivos de acto, y entre quienes los defienden y los reconstruyen, no deja de percibirse con excesiva frecuencia — y se observa bien en el tema que nos ocupa — puntos de vista, como incrustaciones de cuerpos extraños, referidos al Autor.

Ciñéndonos en adelante a la medición o graduación de la pena por el Juez, es muy cierto, y por lo que venimos exponiendo y razonando se comprenderá, lo que escribió Claus Roxin en las primeras líneas de su contribución al libro colectivo de homenaje a Hans Schultz en 1977; que la teoría acerca de ella “todavía está en sus comienzos”.¹¹ Otro penalista, Carlos Fontán Balestra, había dicho once años antes: “La adecuación o medición judicial de la pena, que durante mucho tiempo fue la hijastra del Derecho Penal, es la actividad más importante y difícil del juez penal”.¹²

3. Para hacerse cargo apropiadamente del problema, aun circunscribiéndolo a la cuantificación judicial de la pena, conviene situarlo en una perspectiva más amplia; y esto, en dos sentidos:

a) La determinación de la pena, contemplada en su compleja y completa realidad, no es una operación única, sino un proceso, ni incumbe en ninguno de los segmentos que lo integran, aunque en cada uno haya un sujeto que le dota de su tónica especial, a un sujeto único, sino que requiere la colaboración de varios. Semejante proceso da lugar a una con-

9. *La Sentencia Indeterminada* (en su obra *El Derecho Protector de los Criminales*, 2 vols., Madrid, Victoriano Suárez, 1915, t. II, pp. 19-44), pp. 26-27. Igualmente, antes, *Bases para un Nuevo Derecho Penal*, nueva edición, con prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, B. Aires, Depalma, 1973, pp. 68-69.

10. Cfr. *La idea de finen el Derecho Penal*, trad. de Enrique Aimone Gibson y revisión técnica y prólogo por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, Edeval, 1984, pp. 101-103 y 114-126.

11. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena* (en su obra miscelánea *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1981, pp. 93-113), p. 93.

12. *Tratado de Derecho Penal*, 7 vols., B. Aires, Abeledo-Perrot, 1966 y ss., t. III, p. 269.

creción progresiva, que se inicia en la ley y concluye con la ejecución de la pena, yendo de unas reglas generales que anuncia o señala aquélla hasta la suma concreción que se da en ésta, y consta, así, de las tres fases, bien conocidas, de la individualización legal, la judicial y la penitenciaria, que estaría mejor llamar ejecutiva.¹³ En la segunda, el Juez, muy lejos de ser libre en su actuar, debe atenerse a las reglas que para ello le suministra la ley, moverse dentro de sus límites y orientarse por su finalidad. Es una labor conjunta de la ley y del Juez.¹⁴

b) Por otra parte, la determinación de la pena supone el abandono de cualquier sistema o idea de penas fijas e iguales como el que caracterizó a los Códigos revolucionarios y la adopción de un sistema de penas elásticas o flexibles, esto es, divisibles, o, mejor, graduables. El *quid* del problema consiste en que, en ordenamientos que se sirvan de penas alternativas o paralelas, el juez determine cual de ellas corresponde al delito que está juzgando, y, además, en todo caso, determine qué magnitud corresponde a tal delito entre cuantas componen la amenaza penal o pena abstracta señalada para la especie delictiva a que aquél pertenece, que por lo común son muchísimas. Al respecto, es de recordar que el Código uruguayo sólo muy limitadamente conoce las penas alternativas, para algunos delitos, en los arts. 234, 235, 256, 333 y 334, y para las faltas, en los arts. 360, 361, 364, 365 y 366, y que desconoce por completo las penas rígidas o indivisibles, es decir, que no pueden ser graduadas (la de muerte, las perpetuas, la confiscación).

Ahora bien, la cuantificación de la pena por el juez es el corolario y pro-

blema práctico de la *vexata quaestio* de la proporcionalidad que deba existir o deba guardarse entre el delito y la pena; cuestión que no por antigua y atormentada y por haber apasionado a los doctos en la segunda mitad del Siglo XVIII y a lo largo del XIX deja de mantener un significado y un valor siempre capital, actual y definitivo. Pero el problema carecía realmente de base racional para su planteamiento y solución, mientras no apareciera y se aplicase al Derecho penal la Filosofía de los valores, pues sólo éstos, con su característica de polaridad, o sea, de recorrer una serie continua de intensidades desde su plenitud absoluta hasta su ausencia total, permiten la graduación de los entes o las cualidades que los realizan, y hacen, así, que estos entes o cualidades sean graduables. Tal carencia de sustento teórico explica el desprecio de la doctrina por el tema y el abandono en que lo tenía, y que, en consecuencia, estuviese librado, en el ejercicio cotidiano de aplicación del Derecho, a la pura empiria o al mero buen sentido. Con la adopción de la noción de valor, en cambio, en el plano de la antijuridicidad lo injusto se hace graduable, o, por lo menos, se hace, en principio, graduable, y en el de la culpabilidad surge la concepción normativa de ésta, que, en cualquiera de sus versiones, la entiende asimismo comogradable.

A propósito de la culpabilidad, será útil señalar que, mientras se la entendió como una simple relación de conocimiento y voluntad, es decir, psicológicamente, o sea, como un hecho natural, que, por serlo, se da y existe o no, pero no se da y existe más o menos, podía servir para fundamentar la responsabilidad y, por ende, la pena, pero, aparte de otras insuficiencias,¹⁵ no podía ser criterio para su

13. Para Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5 vols., B. Aires, Ediar, 1980-1983, t. I, p. 209, "sólo hay individualización "judicial" de la pena."

14. Cf., Maurach, loc. cit.

15. Para explicar la culpa sin representación y, fuera del error, las restantes causas de inculpabilidad o exculpación.

graduación y la consiguiente medida e imposición judicial, en cada caso delictivo, de su pena proporcionada. Sólo entendiéndola normativamente, cabe lograr lo que durante siglos o quizá milenios ha constituido la aspiración o el *desideratum* del Derecho Penal, a saber, que la pena se ajuste a la culpabilidad con la plena fidelidad con que el guante se adapta a la mano. Mas sobre todo esto volveremos sin tardar;¹⁶ por ahora basta con comprobar que, así, el delito se revela como algo que antes no se hubiera podido concebir: como una realidad y un concepto valorativos y, por tanto, graduables.

Con este cambio de enfoque, la dosimetría penal y la cuantificación de la pena, como se verá en seguida, van a admitir y a recibir otro fundamento y carácter y a poder ser una verdadera graduación.

4. Entre las actuaciones judiciales la más genuína e importante es la de sentenciar. Pues bien, desde el punto de vista del fondo o de su contenido, no desde el punto de vista procesal, el fallo judicial se articula o estructura en una serie de juicios lógicos: unos, de hecho, que expresan un conocimiento acerca de ciertos datos de la realidad, y otros, de valor, que expresan la valoración, positiva o negativa, esto es, la desvaloración, con arreglo al sistema axiológico que informa al respectivo ordenamiento, del caso controvertido que se somete al conocimiento y la decisión del juez. En lo criminal, los primeros son el juicio sobre la actividad, y señaladamente, dentro de él, el referente a la causalidad, y el juicio de tipicidad, o relativo a la tipicidad, el cual, empero, si se trata de tipos anormales por la presencia en ellos de algún elemento normativo, requerirá del juzgador una valoración, ora jurídica, ora empírico cultural, según sea la índole del correspondiente elemento normativo, si-

quiera, de ser éste de carácter jurídico, dicha valoración no recaerá sobre la significación del acto en cuanto tal para el Derecho, sino sólo sobre el aspecto de él matizado por la exigencia valorativa consignada en el tipo. Y los segundos son, sin duda, los juicios de antijuridicidad y de culpabilidad.

Frente a esto o en congruencia con esto, el concepto de pena es, asimismo, valorativo y, por tanto, graduable. Es valorativo, porque no consiste sino en la expresión o concreción, por no decir el símbolo, de la desvaloración, o sea, la reprobación y el reproche, pública de los actos de significación más grave para la comunidad por atentar de manera insostenible contra su existencia u organización o contra los bienes que con arreglo al desarrollo cultural y el sistema de valores dominantes en el cuerpo social se estima en aquella más importantes y cuya destrucción, menoscabo o puesta en peligro digna, consiguientemente, de la sanción jurídica más severa; y, por ende, es también graduable, pues el concepto de delito, entendido en referencia a valores, exige que su consecuencia y complemento, la pena, tenga idéntica entidad valorativa y graduable, repudiando por ello los ordenamientos modernos, más que por razones de sensibilidad u otras análogas, las penas rígidas, hoy en abierto descrédito y decadencia, y precisando, en cambio, su divisibilidad, con reglas para su cuantificación en cada caso.

Y es que, en suma, tanto el delito como la pena son entes y conceptos que, aunque reposen sobre un substrato natural, no pertenecen al mundo de la naturaleza, sino al de la cultura.

5. De este planteamiento se desprende que la determinación o individualización judicial de la pena, es decir, su graduación e imposición precisa al caso singular y concreto, es educación y consecuencia, sobre todo, de los respectivos juicios de antijuridicidad y culpabilidad.

16. Cf. infra, 5.

Lo cual, sin embargo, requiere ciertas explicaciones y matizaciones.

La graduación de la pena es, en primer término, medida, o, más correctamente, expresión de la medida, de lo injusto. Base necesaria del delito en cualquier concepción y cultura es la lesión u ofensa objetiva del Derecho, lo que en nuestros ordenamientos significa afectación de bienes jurídicos, afectación susceptible, en principio, de un más y de un menos, graduable. Hemos dicho antes,¹⁷ y repetimos ahora, en principio, porque es lo que ocurre en la mayoría de los casos, en la que lo injusto consiste en el menoscabo del correspondiente bien jurídico o en el impedimento o la restricción de su goce o ejercicio. Pero hay delitos cuyo injusto consiste en la destrucción del bien jurídico, y el concepto de destrucción no admite un más ni un menos; por lo cual, lo injusto sirve en ellos sólo para fundar, no también para graduar la responsabilidad criminal. Objetivamente, desde el exclusivo punto de vista de lo injusto, no hay un homicidio más o menos grave que otro; todos son iguales, salvo, según se comprenderá, que se trate de una figura pluriofensiva, en la que se involucre el atentado simultáneo de otro bien jurídico, como en el homicidio con ensañamiento.

Mas la graduación de la pena es, también y prevalecientemente, medida, o expresión de la medida, de la culpabilidad. La culpabilidad es, sin disputa ni excepciones,¹⁸ fundamento y medida de la responsabilidad y, por ende, de la pena, o, si se prefiere, criterio mensurador de ella. Ahora bien, aun en las construcciones más evolucionadas y que más lo depuran, el concepto de culpabi-

lidad es muy complejo, y, para formular con corrección y a fondo el juicio de culpabilidad, para medirla o graduarla y graduar a su través la pena, habrá que atender a todos los heterogéneos elementos que la componen. De atenernos a una dogmática neoclásica, y sirviéndonos de la terminología de Mezger, habría que tomar en cuenta, una vez comprobada la concurrencia de la imputabilidad, las que llama partes integrantes psicológicas, motivadoras y caracterológicas del juicio de reproche,¹⁹ y que, a nuestro ver,²⁰ más que partes son sus elementos o, todavía mejor dicho, sus fundamentos, a saber, respectivamente, el dolo o la culpa, la motivación y la exteriorización de una personalidad adversa al Derecho. Trasladando este pensamiento al Uruguay, su Código, en los arts. 18 e 21, requiere, para que haya delito, la presencia de dolo o culpa, o de algo que considere sustantivo y diverso de uno y otra y que denomina ultraintención, y distingue en aquéllos sus diferentes especies, refiriéndose, además, en el art. 47, n. 5, a la premeditación, que en último análisis no es sino una particular intensidad del dolo; en los arts. 46, n. 10, y 47, ns. 2 y 9, confiere singular relieve a los móviles, y en el art. 48 hace objeto de enérgico disvalor, cuando aparezcan en una ocurrencia criminal, a determinadas manifestaciones de la personalidad: la reincidencia y la habitualidad.

19. Cf., su *Tratado de Derecho penal*, traducción de la 2.ª ed. alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, nueva edición, revisada y puesta al día, 2 vols., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, t. II, pp. 54-68.

20. Prescindimos aquí de lo infortunado de estas denominaciones, pues los motivos también son de índole psíquica. Tampoco entramos en la crítica de cuando atañe a la manera de ser o personalidad del agente, poco compatible y muy peligroso para un Derecho Penal de acto, que, sin embargo, constituye una exigencia efectiva de numerosos Códigos, sin excluir, como se verá de inmediato, el uruguayo.

17. Supra, 3.

18. Puntualizando las cosas, podrán darse, en realidad, algunas excepciones, de carácter verdaderamente teratológico y anacrónico, en aquellos ordenamientos en que todavía subsisten delitos calificados por el resultado u otras situaciones de responsabilidad objetiva.

Cuanto antecede, sea lo concerniente a la antijuridicidad o a la culpabilidad, se aprecia muy bien en las reglas, más o menos sencillas o complicadas, que dan los Códigos para determinar e imponer las penas y que suelen ser muy previsoras, rígidas y minuciosas en los cuerpos legales de la primera parte del siglo pasado, con su evidente empeño por reducir²¹ la discrecionalidad de los jueces y llevarles celosamente de la mano en todos sus pronunciamientos, y muy genéricas y flexibles en los posteriores, de franca apertura y confianza hacia el arbitrio judicial. Contempladas en su respectivo contexto histórico, ambas actitudes resultan muy explicables: la una, hija del racionalismo, en un mundo que habían alumbrado el pensamiento de los ilustrados y los revolucionarios y sus ansias de renovación y las luchas y los sacrificios de estos últimos por libertad y que se erquía y se conformaba en pugna con *l'ancien régime* y había de mirar con recelo la omnimoda y desmedida, extraordinaria,²² potestad de que en él habían gozado los jueces, y la otra, imbuída de una mentalidad muy distinta, en un mundo más consolidado, en el que se hacen notar las mudanzas y las exigencias sociales. Pero, sin restar a esto un ápice de importancia, quizá sea aquí más oportuno destacar que dichos preceptos constituyen en todo Código un punto neurálgico, de imprescindible examen para calibrar la concepción que le anima o a que responde y la orientación a que tiende; concepción y orientación que de ningún modo poseen u ofrecen interés sólo para el teórico, sino que deben inexcusablemente se tenidas presentes por el práctico,²³ y guiarle en su aplicación.

Modelo de concisión y claridad en esta regulación es el Código vigente en Portu-

gal desde el 1.1.83, cuyo art. 72 prescribe que "en la determinación de la pena, el Tribunal atenderá a todas las circunstancias que, no siendo parte del tipo de delito, ser revelen en favor o en contra del agente, considerando especialmente: a) el grado de ilicitud del hecho, el modo de ejecución de éste y la gravedad de sus consecuencias, así como también el grado de violación de los deberes impuestos al agente; b) la intensidad del dolo o de la culpa; c) los sentimientos manifestados en la preparación del delito y los fines o motivos que lo determinaron; d) las condiciones personales del agente y su situación económica; e) la conducta anterior al hecho y la conducta posterior a éste, especialmente cuando ésta fuera destinada a reparar las consecuencias del delito; f) la gravedad de la falta de preparación para mantener una conducta lícita, manifestada en el hecho, cuando esa falta deba ser reprochada mediante la aplicación de la pena". En tal disposición se parte de la consideración de lo injusto del delito y se continúa con la de una serie de datos relativos a la culpabilidad. Y de laconismo y precisión no menores es el Anteproyecto Ecuatoriano de 1993, cuyo art. 64 empieza: "Dentro de los límites de la escala penal del delito de que se trate, corregida en su caso conforme a las reglas de los artículos precedentes, el juez fijará una penalidad que no exceda de la medida de la culpabilidad que por el delito pueda formularse al procesado"; y prosigue: "Para ello, tendrá en cuenta las circunstancias de los arts. 19 y 21,²⁴ si las hubiere, y su compensación, si concurrieren y procediere, y, además, los siguientes criterios, en la medida en que no las configuren: 1.º) La extensión del daño o del peligro provocado; 2.º) Los motivos del delito; 3.º) La mayor o menor comprensión de la criminalidad del acto; 4.º) Las circuns-

21. Ya que no pudieran anularla o extirparla.

22. *Extra ordinem*.

23. Si quiere hacer obra racional.

24. Atenuantes y agravantes.

tancias que concurrieron en el delito y, especialmente, las económicas, sociales y culturales del procesado. En particular, el juez deberá considerar las carencias de cualquiera de estos órdenes que padezca y que hayan influido en su obrar; 5.^o) El comportamiento posterior al delito, en cuanto revele la disposición para reparar el daño, resolver el conflicto o mitigar sus efectos.”²⁵ En el número cuarto se crea al juez la obligación de apreciar la posible culpabilidad²⁶ que se dá en el caso, o sea, los condicionamientos e insuficiencias sociales que lastran la personalidad y reducen su capacidad de autodeterminación.

Por la reconocida influencia que ejerció en el uruguayo, fijémonos ahora en la regulación de la materia en el Código italiano. Su art. 133 dispone que “en el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo precedente,²⁷ el juez debe tener en cuenta la gravedad del delito, deducida: 1) de la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y cualquier otra modalidad de la acción; 2) de la gravedad del daño o del peligro causado a la persona ofendida por el delito; 3) de la intensidad del dolo o del grado de la culpa”, e, igualmente, “la capacidad del culpable para delinquir, deducida: 1) de los motivos del reo para delinquir y de su carácter; 2) de los

precedentes penales y judiciales y, en general, de la conducta y de la vida del reo anteriores al delito; 3) de la conducta contemporánea y subsiguiente a éste; 4) de las condiciones de vida individual, familiar y social del reo”. Pues bien, en esta enumeración de fundamentos para determinar y dictar la pena dentro de los límites del arbitrio judicial al respecto, queda de manifiesto con suficiente nitidez la estimación que en semejante tarea se ha de hacer de lo injusto y, asimismo, de la culpabilidad, conforme a una concepción compleja de ella. Que no cabe disimular aquí una intromisión de datos y elementos propios de un Derecho Penal de autor en un ordenamiento penal de acto es evidente,²⁸ lo cual, empero, no denota preferencia del estudioso, sino achaque del objeto estudiado, que mecha e impurifica su ser y sentido con aportaciones ajenas y contrapuestas a su substancia y orientación; datos y elementos, pues, que *de lege lata* se imponen al dogmático y que éste no puede sino reconducir al pensamiento o carácter general del ordenamiento para reducir así en lo que le resulte factible su alcance y significación, sin perjuicio, como es natural, de dar un paso más y en una perspectiva políticocriminal, *de lege ferenda*, criticarlos a fondo y propugnar sin contemplaciones su desaparición.

6. Ahora bien, estas ideas, más allá de su coherencia interna y de su conformidad con otros ordenamientos, ¿son aplicables también al uruguayo?

El eminente Irureta Goyena (1873-1947) dejó escrito, en la Exposición de Motivos,²⁹ que su Código “es un trabajo de política criminal, inspirado en las exigencias de la defensa social”; el recordado Carbalha (1907-1979) precisó que “estas palabras deben entenderse, no tanto como una vinculación a los principios de aquella ciencia o arte que se

25. El artículo todavía se extiende con otros dos párrafos, que no guardan, sin embargo, muy estrecha relación con el tema estricto sobre el que estamos versando.

26. Acerca de este concepto, en castellano, Zaffaroni, ob. cit., t. IV, pp. 65-67, y *Manual de Derecho Penal*, Parte General, B. Aires, Ediar, 1977, pp. 448-449, y Rivacoba, *Criminología y Justicia Penal* (en la revista *Doctrina Penal*, de B. Aires, año 12, n. 48, oct.-dic./1989, pp. 675-678), p. 677.

27. Sin que su discrecionalidad exima al juez, según dicho artículo, del deber de “indicar los motivos que justifican el uso de tal poder discrecional”, siempre dentro de los límites establecidos por la ley para la pena.

28. Cf. supra, 2.

29. § I.

llamó con ese nombre en la doctrina del Derecho Penal, sin a su técnica componedora”,³⁰ y la autorizada figura de Jiménez de Asúa (1898-1970) asevera que “es, en afecto, un Código políticocriminal.”³¹ Sin embargo, en el Código uruguayo ejercieron muy poderosa gravitación la noción de peligrosidad y el pensamiento peligrosista en general, mucha más que en su modelo italiano. Por no salirnos del tema de las presentes páginas, el art. 86, bajo el epígrafe *Individualización de la Pena*, la hace depender enteramente de la peligrosidad del sujeto. Su tenor es: “El juez determinará en la sentencia la pena que en su concepto corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales, la calidad y el número — sobre todo, la calidad — de las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en el hecho”; pero no hay que olvidar que éstas, a su vez, tienen un “valor esencialmente sintomático” y sirven para concluir de ellas, o captar a través de ellas, la mayor o menor peligrosidad del agente.³²

Si bien se cita como antecedente del mentado art. 86 los arts. 132 y 133 del Código Italiano,³³ en el texto uruguayo el perfil de la peligrosidad resulta más

genuino y su papel más relevante. Verdad es que de las circunstancias indicadas en el art. 133 deduce en Italia el art. 203 “la cualidad de persona socialmente peligrosa”, pero entre ambos cuerpos legales median serias diferencias sobre el particular: a) en ningún momento del art. 133 se hace mención de la peligrosidad, en tanto que el art. 86 está dominado por esta noción; b) los dos primeros criterios establecidos en el art. 133 para determinar la pena tienen una significación completamente objetiva, mientras que en el art. 86 no existe nada similar; c) las referencias de aquél al dolo y la culpa, y también a los motivos, antes dicen relación a la culpabilidad que a la peligrosidad, sin que tampoco encuentren en éste alguna exigencia comparable. Aunque en el párrafo o apartado segundo del art. 133 se trata de llegar a conocer la capacidad del sujeto para delinquir, la señalada referencia a los motivos se conecta sin duda mucho mejor con la culpabilidad que con la peligrosidad, bien a diferencia de lo que acaece en el precepto uruguayo, plenamente peligrosista. A pesar de la remisión del art. 203³⁴ al art. 133, no puede perderse de vista la distinta localización de aquél y del art. 86 en sus respectivos Códigos y la distinta función que cumplen; y, en fin, el italiano no asigna a las circunstancias el valor sintomático que les atribuye el oriental.

A primeira vista parecece, pues, que en el Uruguay el juez no debe atenerse para fijar la pena más que a la peligrosidad del delincuente. No obstante, saltando con decisión, y tal vez con audacia, por encima de las limitaciones de una interpretación meramente literal; sirviéndose de una interpretación sistemática, teleología y progresiva, y acometiendo una construcción jurídica de la materia, cabe, en un examen más detenido de la cues-

30. *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, concordado y anotado por el Prof. Juan B. Casballe, 2.ª ed., Montevideo, Ministerio de Cultura y Centro Estudiantes de Derecho, 1968, pp. 20-21 (en el Prólogo de la 1.ª ed.).

31. *Tratado de Derecho Penal* (publicados, 7 vols.), t. I, 3.ª ed., actualizada, B. Aires, Lozada, 1964, p. 1.276. El mismo juicio, en otros pasajes del propio tomo y en otras obras.

32. Cf. arts. 50 y 53.

33. Cf., *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, anotado y concordado por Adela Reta y Ofelia Grezzi, 2.ª ed., actualizada, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986, p. 67.

34. Que en el Código Italiano es donde surge el concepto de peligrosidad.

tión, arribar a conclusiones más adecuadas y satisfactorias para un Derecho Penal de acto, que es decir liberal.

En primer lugar, el delito consta indudablemente, para la ley, de antijuridicidad y de culpabilidad, de las que el Código incluso trata por separado y que, por sí misma y con independencia de cómo sean entendidas, son de índole axiológica y graduables. Tan es así, que, como no podía dejar de ocurrir, no ya la entidad, sino la intensidad de lo injusto cumple diversas y decisivas funciones en el Código, ya en su Parte General (Libro 1.º), ya en la especial (Libros 2.º y 3.º). Sin la pretensión de ahondar en este punto ni de agotarlo, sino con el simple ánimo de ejemplificar, fijémonos en que sólo el diferente grado de lo injusto, que, mirando la cuestión a la inversa, equivale al grado de efectación del correspondiente bien jurídico, puede fundar la mayor gravedad y punición de los sucesivos estadios del *iter criminis* o de delitos de daño respecto a los de peligro, y en que no sobre otra base que la diferente gravedad de lo injusto, o sea, el valor y la importancia del bien jurídico por él afectado, se establece la clasificación de las infracciones criminales en grupos relativamente homogéneos y las penalidades más severas de unos que de otros, y se conmina cada especie delictiva, dentro de tales grupos, con su pertinente pena abstracta o amenaza penal.

De manera semejante, y aun distando, el régimen de la culpabilidad en el Código, de ser verdaderamente fiel al principio *nullum crimen sine culpa*, no desconoce la importancia de la comprensión de la ilicitud ni, menos, la del valor de los motivos y la consiguiente reprochabilidad de la conducta realizada. Puede asombrar el primer aserto en un cuerpo que niega efecto exculpante a lo que en el art. 24 denomina "error de Derecho", salvo, con limitaciones, en las faltas; pero hay que percatarse de que en el art. 30 acoge la llamada fórmula mixta de la inimputabilidad, y,

por lógica consecuencia, exigiendo para ser imputable capacidad "de apreciar el carácter ilícito" del acto que se ejecuta, de ello fluye que nunca que falte por error la actualización de tal capacidad podrá haber culpabilidad.³⁵ Y demos un paso más: por indubitable y grande que sea el papel de los motivos en el pensamiento positivista como índice o criterio para determinar la peligrosidad de un individuo,³⁶ y aunque quepa o deba admitirse que en la gestación del Código uruguayo se los viera en tal sentido, poseen hoy aquéllos una significación no menos importante, pero por completo distinta en la dogmática moderna, dentro de la culpabilidad, como elemento o fundamento del juicio de reproche;³⁷ y en esta perspectiva resulta asimismo inegable la estimación que el texto oriental los confiere en numerosísimos pasajes para fundar la responsabilidad criminal o eximir de ella, para crear figuras privilegiadas o calificadas e incluso para elevar en ciertos supuestos el término de prescripción del delito.

35. Tanto más cabe sostener lo anterior, cuanto que el citado art. 30 considera inimputable, no ya a quien no fuere capaz "de apreciar el carácter ilícito" de su acto, sino también al que "sólo lo fuere parcialmente."

36. Véase por todos, en castellano, Jiménez de Asúa, *El estado peligroso — Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, Pueyo, 1922, pp. 52-53. Asimismo, Grisogni, *Derecho Penal Italiano*, traducción de la 2.ª ed. italiana y notas con la legislación y doctrina de los países latinoamericanos por Isidoro de Benedetti, 2 vols., B. Aires, Depalma, 1948-1949, t. II, pp. 157-165.

37. Cf., Mezger, ob. y vol. cit., pp. 54-55, 56 y 57-61; Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito — Principios de Derecho Penal*, 3.ª ed., corregida y actualizada, México-B. Aires, Hermes, 1959, p. 357, y *Traído*, cit., t. V, B. Aires, Losada, 1956, pp. 233-239, y Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 3 vols., Barcelona, Bosch, 1979-1985, t. III, p. 98.

Si, pues, la antijuridicidad y la culpabilidad no pueden faltar para constituir la responsabilidad criminal y de ellas depende su gravedad, tienen que repercutir en la medida de su consecuencia, es decir, en la cuantificación o graduación de la pena.

Por otra parte, en las circunstancias, que expresamente tienen la función de alterar o modificar el grado de la pena, y que pueden llevar hasta a su substitución por otra, las hay de evidente naturaleza objetiva, que representan un injusto mayor o menor, y de naturaleza subjetiva, que aminoran o agravan la culpabilidad, referidas ora a la intensidad del dolo, ora a la calidad de los móviles, ora a la personalidad del agente,³⁸ con independencia de la idea de peligrosidad: lo cual acontece tanto en las circunstancias genéricas, contenidas en la Parte general, cuanto en las específicas, privativas de ciertos delitos en particular.

Además, según preceptúa el § 2.º del art. 50, para elevar o rebajar la pena, el juez ha de atender, por un lado, a la calidad de las circunstancias que concurran en el caso, e independientemente, por otro, a las conclusiones que de ellas se deriven en orden a la peligrosidad; y en el art. 86 se reitera una idea análoga, refiriéndose de manera separada a las circunstancias, e insistiendo sobre todo

en su calidade, y a la peligrosidad. O sea, que, teniendo éstas naturaleza de antijuridicidad o de culpabilidad, su apreciación para graduar la pena es autónoma de la consideración de la peligrosidad.

Y, en fin, siendo cierta la afirmación del “valor esencialmente sintomático” de circunstancias, que el juez debe tener en cuenta para “formarse conciencia acerca de la peligrosidad del agente” y fijar “la pena entre el máximo y el mínimo de acuerdo con las indicaciones que dicho examen le sugiera”, también lo es que tal aserción, además de pugnar y ser poco conciliable con la entidad y posibilidades de muchas de ellas, no se refiere más que al caso en que concurran en un mismo delito agravantes y atenuantes.

Subraya y comprueba con energía y claridad la radical independencia de la gravedad intrínseca del delito para graduar la pena, y la función complementaria y adventicia de la peligrosidad en esta graduación, el conciso, pero elocuente art. 87: “El delito tentado será castigado con la tercera parte de la pena que correspondería por el delito consumado, pudiendo ser elevada hasta la mitad, a arbitrio del juez, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y la peligrosidad del agente.”

Por consiguiente, al determinar el juez la graduación de la pena, ha de combinar criterios estrictamente valorativos, de antijuridicidad y culpabilidad, con la consideración de la peligrosidad, paliándose notablemente con ello la gravitación de esta último, con su neta significación sociológica, en una tarea que por excelencia es jurídica.

De esta suerte, el Código Uruguayo, a pesar de diferenciarse en la materia, por el peculiar énfasis que pone en la noción y la función de la peligrosidad, del Argentino en sus arts. 40 y 41, el Peruano de 1924 en su art. 51 y el Colombiano de 1936 en el 36, se aproxima al mayor relieve que todos ellos reconocen a los datos y elementos valorativos sobre las

38. En la imposibilidad de examinar con detalle aquí cada una de ellas y demostrar de este modo lo que se acaba de afirmar, remitimos a nuestro estudio *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*, publicado en la obra colectiva *Estudios de Derecho Penal y Criminología en Homenaje al Prof. José María Rodríguez Devesa*, 2 vols., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia (Facultad de Derecho), 1989, t. II, pp. 183-210, y en las revistas *Debate Penal*, de Lima, año II, n. 4, enero-abril/88, pp. 73-99, y *Doctrina Penal*, cit., año 11, n. 43, jul.-sept./88, pp. 473-495.

siempre perturbadoras interferencias peligrosistas.

Mediante este esfuerzo y esta construcción se rescata y queda salvada la índole valorativa de la determinación o, ahora mejor, graduación judicial de la pena, con la enorme e innegable dificultad de todo juicio y todo cometido axiológico, que no puede aspirar a identidades, sino

a equivalencias, y se logra, conmensurándolos racionalmente, una verdadera proporcionalidad entre el delito y su punición.³⁹

39. Acerca del tema de este artículo, en general, véase, más ampliamente, Rivacoba, *Función y Aplicación de la Pena*, B. Aires, Depalma, 1993.