

NOTAS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Dino Carlos Caro Coria*

Sumario: I. Generalidades. II. Aproximación a la dogmática de la individualización judicial de la pena. III. Los modelos teóricos sobre la individualización judicial de la pena. IV. Aplicación de los criterios de la individualización judicial de la pena en el Código Penal peruano.

I. GENERALIDADES

El deber de fundamentación de las resoluciones judiciales, previsto en el art. 139.5 de la Constitución y en el art. 12 de la Ley Orgánica de Poder Judicial, constituye una garantía institucional del derecho al debido proceso¹ y la tutela procesal efectiva² que con carácter general establece el art. 139.3 de la Ley Fundamental, de forma que su vulneración se considera causal de nulidad en nuestro ordenamiento jurídico³. Acorde con ello, la fundamentación de una decisión condenatoria no se agota en la atribución del injusto culpable al autor, es necesaria además la argumentación relativa a la individualización judicial de la pena⁴, a fin de evitar que la fijación de los límites de la condena se convierta en una «zona de riesgo» para los derechos fundamentales⁵.

Como precisa Jescheck, en la individualización judicial de la pena el Juez debería liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente conforme a criterios objetivos de valoración⁶. Pero estos parámetros no dejarán de concurrir por el simple hecho de ser jurídicamente indeseables.

La toma de decisión no obedece únicamente a razones de justificación jurídica («contexto de justificación»), sino también a las llamadas razones explicativas vinculadas a las ideas, creencias y valores culturales de quien decide («contexto de descubrimiento»)⁷. Si bien es posible que, de hecho, el Juez decida, al menos en parte, mediante un proceso mental inverso en el que plantea primero la conclusión y luego las premisas e incluso que su decisión sea,

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Profesor de Derecho Penal y Coordinador de la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ La STC de 23-7-02 en el exp. N° 1289-2000-AA/TC señala que «el derecho al debido proceso incluye dentro de su contenido el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en cualquier clase de procesos», fundamento 5. Vid. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima, Ara 2004, p. 156.

² El art. 4 pf. 3 del nuevo Código Procesal Constitucional lo incardina como contenido de la tutela procesal efectiva.

³ Ej. Suprema de 25-5-1994, exp. 167-93-B/Lima, en: ROJJASI PELLA, Carmen. Ejecutorias supremas penales (1993-1996). Lima, Legrima 1997, pp. 380-381. SAN MARTÍN CASTRO. Derecho procesal penal. Vol. I. 2ª ed. Lima, Grijley 2003, pp. 112-113. MAIER, Julio B.J. Derecho procesal penal. T I. 2ª ed. Buenos Aires, Ed. Del Puerto 1996, pp. 481ss, 871ss.

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Lecciones de Derecho penal. Parte general. 2ª ed. Barcelona, Praxis 1999, p. 381. PÉREZ DEL VALLE, Carlos. «La individualización de la pena y su revisión». En: Estudios sobre el nuevo CP de 1995. Valencia, Tirant lo Blanch 1997, pp. 42-43. PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general. 3ª ed. Lima, Grijley 1999, p. 628.

⁵ ZIFFER, Patricia. «El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena». En: RPCP 6/1998, p. 867.

⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho penal. Parte general. 4ª ed. Granada, Comares 1993, p. 787.

⁷ ATIENZA, Manuel. La razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Madrid, CEC 1997, pp. 23-25.

sobre todo, producto de prejuicios, ello no anula la necesidad de justificarla, ni convierte tampoco esta tarea en algo imposible⁸. De allí que la teoría de la argumentación jurídica no puede tener un carácter puramente prescriptivo, sino también descriptivo, dando cuenta de los argumentos que tienen lugar de facto en la vida jurídica⁹. En esa dirección se incardina la dogmática de la individualización judicial de la pena, vinculada precisamente al deber de fundamentar jurídicamente los límites de la sanción penal¹⁰.

Antes bien, la determinación de las consecuencias jurídicas del delito, como la imposición de una pena o una medida alternativa, el tipo de pena o la intensidad de ésta, aún se percibe en la jurisprudencia penal peruana como un espacio de arbitrio judicial que permite alcanzar una justicia individualizada¹¹. Pero el desarrollo de la dogmática penal no se agota en la teoría del delito, su influencia en el momento de la «individualización judicial de la pena», reduce significativamente esta discrecionalidad, pues concuerda la decisión sancionadora con el principio de culpabilidad y los fines de prevención¹².

II. APROXIMACIÓN A LA DOGMÁTICA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Si bien la búsqueda de la «pena justa» y adecuada al autor y su hecho es una constante en la ciencia penal, la individualización judicial de la pena¹³ se sitúa en un ámbito del Derecho penal material en proceso de elaboración, tanto por su complejidad conceptual como por el escaso estudio que se le ha dedicado en las últimas décadas. La complejidad del acto de determinación de la pena está vinculada a las diferentes funciones que cumple -o pretende cumplir- la pena frente a la infracción de una norma penal, por lo que la identificación o selección de los criterios que deben orientar la decisión y su influencia sobre la pena concreta requiere previamente la adopción de una concepción de la pena que justifique la injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas. Así, antes de abordar la delimitación conceptual de la IJP, las categorías que la integran y el análisis del problema de la racionalidad de la decisión individualizadora, conviene realizar una aproximación preliminar a esta problemática.

Tradicionalmente, la doctrina distingue entre individualización legal, judicial y administrativa de la pena¹⁴. Según esta clasificación, la *individualización legislativa* es la que realiza el legislador cuando preestablece distintas clases de penas, concediéndole al juez un marco legal abstracto al que debe someterse para realizar la «individualización de la pena» en el caso concreto. Por ejemplo, el art. 196 del CP sanciona la estafa con pena privativa de libertad de 1 a 6 años. La *individualización judicial* de la pena consiste en la identificación de la sanción concreta a imponerse dentro del marco legal, en el ejemplo anterior, el Juez puede decidir imponer al estafador la pena de 4 años de privación de libertad. Por su parte, la *individualización administrativa* refiere a todas aquellas medidas relativas al tratamiento penitenciario.

Ahora bien, en el ámbito de la decisión individualizadora, se diferencia entre «determinación legal de la pena» (*Strafbemessung*) e «individualización judicial de la pena» (*Strafzumessung*)¹⁵.

⁸ Ibid., p. 26.

⁹ Ibid., p. 239.

¹⁰ ZIFFER, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. Buenos Aires, Ad-Hoc 1996, p. 28.

¹¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Código Penal. 3ª ed. Lima, Grijley 2001, p. 187. Sentencia N° 499-98 de 7-12-98, de la Sala Penal de Camaná, en: ARMAZA GALDOS, Jorge, Fernando ZAVALA TOYA. La decisión judicial. Lima, Gaceta Jurídica 1999, p. 235.

¹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE. Lecciones de Derecho penal. Vol. I. Madrid, Trotta 1997, pp. 165, 194ss.

¹³ En adelante IJP.

¹⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte general. 4ª ed. Barcelona, PPU 1996, pp. 736-737.

¹⁵ Quintero Olivares advierte que determinar la pena consiste en fijar cuáles han de ser las consecuencias jurídicas que debe producir un injusto penal, fijación que tendría que hacer el juez teniendo en cuenta la

Para Demetrio Crespo, en la *determinación legal de la pena* se observa una dimensión legislativa y otra judicial, primero opera la «fijación legal de la pena» («*getzliche Strafbestimmung*»), mediante la cual el legislador establece en abstracto las sanciones correspondientes a los delitos, señalando la pena máxima y mínima en cada delito según su gravedad, de modo tal que se ofrece al Juez un espacio de juego («*Spielraum*»), o marco penal («*Strafrahmen*»). En segundo lugar se aprecia la determinación judicial de la pena («*richterliche Strafbemessung*»), el Juez fija la pena abstracta que se considera suficiente para impedir potenciales hechos delictivos atendiendo a criterios de proporcionalidad («marco penal abstracto»), y decide la clase y cantidad de pena todavía en abstracto que debe imponerse frente al hecho («marco penal concreto»), según el grado de ejecución del delito, el título en virtud del cual interviene el agente y las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal¹⁶.

Luego, en la IJP, dentro del marco penal genérico fijado por el legislador para el delito, el juez asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto. Precisamente, el problema de la IJP es elegir la pena justa a partir del marco penal típico correctamente determinado, más no la corrección de un tipo penal determinado incorrectamente, ni la cuestión de la inimputabilidad del autor. La individualización de la pena reviste tal importancia que constituye, junto con la apreciación de la prueba y la aplicación de un precepto jurídico-penal a hechos probados, la tercera función autónoma del juez penal¹⁷. La importancia de la IJP también es política, radica en constatar hasta qué punto los postulados del Estado democrático de Derecho concurren en el momento decisivo del castigo. Así, la búsqueda de la «pena justa» se transforma en el objetivo prioritario del sistema penal, entendiéndose la justa determinación del castigo como un acto del Estado contra un ciudadano, en el que deben concurrir simultáneamente los intereses y derechos de ambas partes, teniendo en cuenta que cualquier represión innecesaria deslegitima el instrumento punitivo.

Se diferencia entre IJP en sentido estricto e IJP en sentido amplio. La IJP en sentido estricto es la decisión sobre la clase y cantidad de pena que corresponde aplicar al autor de un hecho delictivo por la trasgresión culpable de un precepto penal, decisión en la que el primer paso lógico es la elección entre la pena privativa de libertad y las otras penas previstas por el CP. Por su parte, la IJP en sentido amplio se refiere a la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena, y otros sustitutivos penales.

En palabras de Jescheck, la IJP constituye un acto de discrecionalidad jurídicamente vinculada¹⁸, en el sentido que el juez puede moverse libremente -en principio- dentro del marco legal previamente determinado por el legislador para una determinada infracción penal, correspondiéndole la misión de concretar la conminación penal de la ley para el caso particular, orientado por principios contenidos expresamente en la ley o derivados de los fines de la pena. Sin duda, la importancia dada a la problemática de la IJP por parte de la doctrina contemporánea, es producto de la necesidad de dotar de racionalidad a una parcela del ordenamiento librada tradicionalmente a la arbitrariedad y que ha generado muchos abusos¹⁹.

gravedad del hecho, su naturaleza y las condiciones que concurren en el autor. Señala, además, que, en todo caso, la *determinación de la pena* habrá de pasar por dos estadios: *el legal y el judicial*, con lo cual nada se dice, de momento, sobre cuál pesa más ni sobre los criterios presentes en cada momento, (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Manual de Derecho Penal. Parte General, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 699 y ss.).

¹⁶ Vid. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Prevención general e individualización judicial de la pena, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, pp. 41-44. Demetrio añade que la decisión sobre la clase y cantidad de pena a imponer a un hecho, pasa por tres factores: el grado de ejecución del delito, el título por el que el sujeto interviene en él y, por último, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el supuesto.

¹⁷ Ibid., p. 43.

¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General, cit., p. 788.

¹⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte General. 3ª ed. Santa Fe de Bogotá, Temis 1997, p. 674.

Así, la institución de la determinación de la pena ha sido tradicionalmente vista como un acto de discrecionalidad técnica del juez²⁰, lo cual resulta intolerable desde que la imposición de una pena implica la máxima injerencia estatal posible sobre la persona.

Como se ha mencionado, la IJP exige previamente reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena al caso particular, esto es, cuál es la función de la pena, cuál es el fin que autoriza y legitima la injerencia estatal. Así, en el afán de responder esta interrogante y de armonizar los diversos fines concedidos a la pena en abstracto, se desarrollaron las denominadas «teorías de la unión» que intentaron resolver el problema mediante la distribución de los diversos fines según las etapas de penalización²¹. De este modo, la entidad de la pena debiera corresponderse con el grado del injusto y de la culpabilidad, y debe cumplir una función resocializadora del autor, así como proteger a la sociedad del infractor penal.

Esta discusión nos ubica frente a la problemática del fundamento o factores de la IJP²². Conforme a los clásicos aportes de Spendel, puede distinguirse un fundamento real (*Realgrund*) o *causa essendi* de la medida de la pena que estriba en los antecedentes de hecho, un fundamento final (*Zweckgrund*) o *causa finalis* que se concreta en el fin perseguido con la pena, y un fundamento lógico (*logischer Strafzumessungsgrund*) o *ratio cognoscendi*, que conecta los presupuestos de la individualización con la individualización misma. Pero este esquema que ha sido en cierto modo perfeccionado por Bruns²³, quien distinguir cinco fases de la IJP:

- a) Ajuste a los fines de la pena.
- b) Averiguación de los factores de hecho relevantes para la individualización de la pena.
- c) Determinación de la dirección valorativa de los factores reales.
- d) Ponderación de las circunstancias de la individualización de la pena entre sí.
- e) Clasificación del caso en la escala de penas del marco penal previo.

De modo semejante y desde la perspectiva del Derecho penal español, Bacigalupo también propone una ordenación sistemática para concebir la IJP como un proceso lógico, logrando diferenciar cuatro etapas²⁴:

- a) Determinación de los fines de la pena, esto es, optar por la prevención especial o por la general.
- b) Fijación de las circunstancias de hecho a valorar o factores reales.

²⁰ ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, cit., p. 26, toma esta expresión de CHICHIZOLA, La individualización de la pena, Buenos Aires, 1978, T. II, p. 87, señalando que la historia de la determinación de la pena se ha debatido siempre entre dos valores, el de la seguridad jurídica -que conduciría a penas absolutamente predeterminadas- y la idea de «justicia», traducida en el principio de la individualización de la pena: una pena justa sólo es aquella que se adecua a las particularidades del caso concreto.

²¹ Prevención general en la amenaza de la pena, retribución en la sentencia y prevención especial en la ejecución. Al respecto, ZIFFER, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena, cit., p. 46.

²² DEMETRIO CRESPO. Eduardo. Prevención genera e individualización judicial de la pena, cit., p. 45, siguiendo a Spendel.

²³ Citado por DEMETRIO CRESPO, ibid., p. 46.

²⁴ BACIGALUPO, Enrique. «La individualización de la pena en la reforma penal». En: RFDUC 1980, pp. 58ss.

- c) Valoración de los factores reales de la individualización a favor o en contra del autor.
- d) Transformación de todas las consideraciones en una expresión numérica.

Planteamiento similares no se aprecian en el Derecho penal peruano. Prado Saldarriaga, quien se ha enfrentado monográficamente al estudio de las consecuencias jurídicas, considera tres etapas para la determinación judicial de la pena²⁵:

- a) En la primera etapa el Juez debe identificar la *pena básica*, debe reconocer de modo específico cuál es el mínimo y el máximo de pena que puede ser aplicada al autor del delito.
- b) En la segunda etapa corresponde que el juzgador individualice la *pena concreta*, desplazándose entre el mínimo y el máximo de la pena básica, debiendo analizar las circunstancias del caso y valorar sus efectos sobre la penalidad, cobrando utilidad los diversos indicadores que detallan los arts. 46 y 46-A del CP. «Se trata entonces de una etapa de cotejo de circunstancias y de asignarle un valor cuantitativo en atención a su repercusión sobre el contenido del injusto o sobre la culpabilidad de su autor». Y «El momento final de esta etapa será aquél en donde el Juez, con equidad y razonamiento, decida una pena concreta que estará más próxima al mínimo o al máximo de los límites de la pena básica, según el grado de gravedad y reproche que se asignen al delito y a su autor»²⁶.
- c) Por último, la tercera etapa permite que el Juez complemente la individualización de la pena, «revisando su extensión en base a la concurrencia, eventual, de otros indicadores particulares o circunstancias cualificadas y que suelen autorizar al órgano jurisdiccional a ubicar la pena concreta por debajo o por encima de la pena básica o conminada»²⁷. A juicio de Prado, entre estas circunstancias se tiene las eximentes incompletas del art. 21 del CP, la imputabilidad restringida del art. 11, la atenuación facultativa en los casos de omisión del art. 13 *in fine*, el error de prohibición vencible del art. 14 pf. 2 *in fine*, la tentativa del art. 16 *in fine* y el delito masa del art. 49²⁸.

Pero un esquema como este, quizás didáctico porque simplifica el proceso de IJP, no solo confunde la IJP (*Strafzummessung*) con el proceso de determinación legal de la pena (*Strafbemessung*) que ya comprende la determinación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (la tercera fase en el esquema de Prado), sino que parece reducirlo a éste, dejando de lado en consecuencia los aspectos valorativos expuesto en los esquemas de Bruns y Bacigalupo y que toman en cuenta los fundamentos real, final y lógico que desarrolla Spindel.

III. LOS MODELOS TEÓRICOS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Con el objetivo de lograr la concordancia de los fines de la pena en cada caso particular, se han desarrollado diferentes construcciones: las denominadas teoría de la pena puntual o exacta (*Punktstraftheorie*), la teoría del ámbito o espacio de juego (*Spielraumtheorie*), y la teoría del valor jerárquico del empleo (*Stellenwerttheorie*). Estos modelos parten de la necesidad de determinar la pena partiendo de la ponderación de la culpabilidad como

²⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Lima, Gaceta Jurídica 2000, pp. 101-103. Lo sigue, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Código Penal comentado, cit., p. 187.

²⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú, cit., p. 102.

²⁷ Ibid., pp. 102-103.

²⁸ Ibid., p. 103.

fundamento de la pena y se diferencian en el modo en que puede modificarse por razones de prevención especial y general, pues el principio de culpabilidad constituye el medio para la limitación de la injerencia estatal²⁹.

La teoría de la pena exacta o puntual (*Punktstraftheorie*) se basa en una concepción retribucionista de la pena³⁰. Sus seguidores afirman que el juez debe determinar la pena conforme a aquella que resulta exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto, soslayando los fines que debe cumplir la pena o las necesidades de prevención. Así, esta teoría considera posible calcular exactamente cuál es la pena que corresponde a la culpabilidad del autor en el caso particular, postulando la existencia de una única pena completamente determinada, justa y adecuada a la culpabilidad.

Las críticas que se formulan contra esta construcción refieren que se trata de una ficción teórico-jurídica, ya que debido a la insuficiencia de la capacidad humana de conocimientos, dicha pena puntual no puede ser determinada exactamente³¹. Pero como aclara Demetrio Crespo, no es que exista una magnitud penal que corresponda exactamente al grado de culpabilidad y que, por nuestras limitaciones, no podamos verla con claridad; sino que una tal magnitud no existe en absoluto, siendo rechazable una concepción metafísica de culpabilidad ya que la IJP es un "acto puramente terrenal"³². Pero más allá de ello, la consideración de que el injusto culpable merece una única pena, exacta o puntual, contribuye a un modelo de inmovilidad político criminal, en el que el Juez no tendría más alternativa que pronunciar esa pena adecuada a la culpabilidad.

La teoría del espacio o ámbito de juego, o del margen de libertad (*Spielraumtheorie*) es una construcción elaborada por la jurisprudencia alemana³³, se considera que la pena ajustada a la culpabilidad comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo, y no es, como lo propone la teoría de la pena puntual, una magnitud exacta, sino que existe un margen de libertad que se limita -en el grado mínimo- por la pena ya adecuada a la culpabilidad y -en el grado máximo- por la pena todavía adecuada a la culpabilidad³⁴. De este modo, dicho marco constituye para el juez un espacio de juego dentro del cual puede moverse para graduar la pena con mayor precisión, según las necesidades preventivas. Con ello, la teoría del espacio de juego afirma que la pena adecuada a la culpabilidad comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo, donde todas las cantidades de pena en el interior del marco de la culpabilidad son penas adecuadas a la culpabilidad. Demetrio Crespo, citando a Lackner, señala que con esta teoría se intenta terminar con el conflicto entre los fines de la compensación de la culpabilidad (retribución), la prevención general y la prevención especial, pero aclara que las operaciones mentales que debe realizar el juez conforme a esta construcción son extraordinariamente complejas³⁵.

²⁹ Al respecto, Roxin sostiene que una pena que supera la medida de la culpabilidad, lesiona la dignidad del hombre, de modo tal que el principio de culpabilidad adquiere rango constitucional en su función limitadora de la pena (ROXIN, Claus. «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», En: Determinación judicial de la pena. Buenos Aires, Editores Del Puerto 1993, p. 38).

³⁰ MAGARIÑOS, Mario. «Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena». En: Determinación judicial de la pena, cit., p. 74.

³¹ Crítica formulada por Hirsch, citado por DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Prevención general e individualización judicial de la pena, cit., pp. 187-188, también señala que el Tribunal Supremo alemán la ha rechazado expresamente.

³² Ibid., p. 188.

³³ «La pena adecuada a la culpabilidad no puede ser exactamente determinada. Existe un espacio de juego, que está delimitado, por arriba, por la pena ya adecuada a la culpabilidad y, por debajo, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. El juez no puede sobrepasar el límite superior. No está autorizado a imponer una pena tan severa en cuanto al tipo y cantidad que no sea ya, según su apreciación, adecuada a la culpabilidad. El juez puede, sin embargo decidir según su criterio en qué medida debe aplicar la pena dentro del espacio de juego». BGHSt BD. 7, 1954, pp. 28ss.

³⁴ MAGARIÑOS, Mario. «Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena», cit., p. 74.

³⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Prevención general e individualización judicial de la pena, cit., p. 190.

Entre las críticas que se formulan contra este modelo, tenemos las que destacan la inseguridad que genera y su impracticabilidad, debido a que el juez no puede dividir la concreta culpabilidad en tres magnitudes: una máxima, una mínima y una intermedia, que sería la culpabilidad real correspondiente al hecho. De este modo, se señala que el “marco” que propugna esta teoría, en realidad, no existe³⁶. Ahora bien, asumiendo la existencia del “marco”, otro problema que afronta esta teoría es la determinación de los criterios -de prevención especial o general- que han de entrar en consideración para dotar de contenido al referido margen de libertad.

Por lo demás, Ziffer cree hallar una similitud entre este modelo y la teoría del espacio de juego. Así, parafraseando a Jescheck cita que “el acto de individualización de la pena debe entenderse (...) de forma que el juez parte de la pena adecuada a la culpabilidad según su parecer (pena puntual) y la modifica, a favor de los otros fines penales, mediante combinaciones de las diversas posibilidades de sanción. En esa actividad sólo puede apartarse de su punto de arranque mientras que la pena siga manteniendo con su fundamento una relación interna que sea aceptada como tal por la comunidad jurídica (individualización de la pena como *acto de configuración social*)”³⁷.

Por ello Demetrio Crespo pone de relieve la discusión de si la teoría del espacio de juego postula una adecuación a la culpabilidad de diferentes cantidades de pena, o si el espacio de juego es el resultado de una incertidumbre subjetiva sobre la correcta fijación de la cantidad de pena, con lo que la cuestión central radica en establecer si el debate no requiere profundizarse desde una perspectiva práctica, “por tratarse en última instancia de una cuestión filosófica (con lo que el núcleo del problema respecto a la diferenciación lógica entre la teoría de la pena puntual y la teoría del espacio de juego, así como el examen de la validez jurídica de ambas, quedaría en el aire), o si por el contrario, el auténtico debate empieza justamente en esta pregunta (aunque ello requiera recurrir a la filosofía para intentar dar una respuesta)”³⁸.

Finalmente, la teoría del valor jerárquico del empleo (*Stellenwerttheorie*) pretende ofrecer una solución frente a las antinomias de los fines de la pena, partiendo de la retribución de la culpabilidad y de la prevención, pero atribuyendo a cada cual una posición ante la ley completamente diferente. De este modo, mientras que a la culpabilidad se le asigna la misión de decidir la duración de la pena (IJP en sentido estricto), a la prevención se le otorga el rol de orientar la decisión referida a si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida (IJP en sentido amplio).

Este planteamiento ha sido fuertemente criticado en la doctrina alemana, sobre todo porque se considera que el método propuesto por la *Stellenwerttheorie* es incompatible con los criterios de IJP previstos en el § 46 del StGB³⁹, según el cual:

- «Principios de la individualización judicial de la pena.
- (I) La culpabilidad del autor es la base de la individualización judicial de la pena. Deben tenerse en cuenta las consecuencias que quepa esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.
- (II) En la individualización de la pena el Tribunal ponderará conjuntamente las circunstancias que atenúen y agraven la situación del autor. Se tomarán en consideración a estos efectos:
 - Los móviles y finalidades del autor

³⁶ Ziffer llega a afirmar que las evidentes falencias de la teoría del ámbito de juego hacen difícil comprender cómo es posible que se insista tanto en otorgarle alguna entidad científica diferente del “ámbito de discrecionalidad judicial”: el *Spielraum* tiene una íntima vinculación con la noción de discrecionalidad (ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*, cit, pp. 49-50).

³⁷ ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*, cit., p. 51, citando el Lehrbuch de Jescheck.

³⁸ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*, cit., p. 189.

³⁹ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Madrid, Reus 1981, pp. 93-114.

- La actitud interna que exprese el hecho y la voluntad que en él concurra
 - El grado de infracción del deber
 - La forma de ejecución y las consecuencias culpables que se sigan del hecho
 - La vida anterior del culpable, sus circunstancias personales y económicas y su comportamiento posterior al hecho, en especial su esfuerzo por reparar el daño causado y por alcanzar una compensación con el lesionado
- (III) No podrán ser tenidas en cuenta las circunstancias que ya son elementos del tipo penal».

En ese sentido, si sólo la culpabilidad puede fundamentar la extensión de la pena (IJP en sentido estricto), no se comprende porqué el § 46.I introduce criterios de prevención especial al obligar que se consideren al fijar la pena “las consecuencias para la vida futura del autor”. De otra parte, será muy difícil considerar esas consecuencias para la vida futura si antes no se tomaron en cuenta al establecer la magnitud de la pena. Asimismo, no parece compatible con la *Stellenwerttheorie* que el § 46.II introduzca criterios de prevención especial (vida anterior del culpable, circunstancias personales y económicas, etc.) para determinar la pena en el sentido de § 46.I, es decir para determinar la duración de la pena.

IV. RELEVANCIA DE LOS CRITERIOS DE INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

El CP peruano recurre casi exclusivamente a un sistema de penas relativas en el que se establece un marco penal, es decir un extremo mínimo y máximo de la sanción. Luego, para determinar la pena, o consecuencia en general en los casos de IJP en sentido amplio, a partir del marco penal⁴⁰, el CP obliga al juzgador a considerar diferentes criterios que se esbozan en los arts. 45 y 46, en los términos siguientes:

«Artículo 45.- El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.»⁴¹

«Artículo 46.- Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;

⁴⁰ Entendido como “la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario atribuir a la comisión de la conducta descrita, es decir, como decisión político criminal en la que se refleja la gravedad que se atribuye a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de que se trate en un momento histórico determinado”, GARCÍA ARÁN, Mercedes. Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español. Barcelona, Ediciones de la Universidad de Barcelona 1982, p. 96.

⁴¹ Según HURTADO POZO, José. «Responsabilidad y culpabilidad». En: ADP 1993, p. 54, este artículo, inexistente en el CP de 1924, se inspira en el Proyecto de Reformas a la Parte General del CP de la Nación Argentina, presentado por los Diputados Nestor Perí y Oscar L. Fappiano, de la Bancada del Partido Judicialista.

8. La edad, educación, situación económica y medio social;
 9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
 10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y
 11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.
- El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima.»⁴²

Esta dualidad de reglas significa para Hurtado Pozo que «En el art. 45, se trata del “momento de fundamentar y determinar la pena” y, en el art. 46, del momento de “determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley”. (...). Podría pensarse que la fundamentación indicada en el art. 45 no se refiere a la cuantificación de la pena (regulada en el art. 46), sino más bien a su selección a otro nivel: preferir la pena de prestación de servicios a la comunidad o la de multa a la privativa de la libertad; o la de decidir si conviene suspender la ejecución de la pena o convertirla en otra. Si este fuere el objetivo del art. 45, resultaría superfluo porque el legislador ha previsto las condiciones que el juez debe constatar para optar por una de estas alternativas»⁴³.

De modo similar, para Velásquez Velásquez los arts. 45 y 46 del CP parecen referirse, respectivamente, al ámbito de la IJP en sentido amplio y a la IJP en sentido estricto. A su juicio, el contenido del art. 45 del CP enfrenta al intérprete ante dos previsiones distintas: de un lado, emplea los conceptos de fundamentación y de determinación de la pena —como una noción diversa a la de determinación de la pena “dentro de los límites fijados por la ley”, consagrada en el art. 46—, y de otra parte señala tres criterios genéricos para que el funcionario judicial cumpla con dichas tareas: las carencias sociales sufridas por el agente; su cultura y costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia, o de quienes dependen de ella. Más específicamente, entiende Velásquez que el sentido de la determinación de la pena en el art. 45 se refiere a todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal, como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa, o la conversión de la pena de multa no pagada en pena privativa de libertad, así como la fijación de plazos para el pago de la multa, etc.; esto es, se parte de una noción amplia de tal figura. El art. 45 no se refiere en consecuencias a la noción estricta utilizada por el art. 46, al tenor de la cual se entiende por determinación de la pena la operación mental mediante la cual el Juez, en concreto, una vez examinadas las diversas categorías del hecho punible, fija, precisa, señala cuales son las sanciones imponibles al trasgresor de la ley penal; esto es, la determinación de la pena dentro del marco punitivo, acorde con la culpabilidad por el hecho⁴⁴.

⁴² El antecedente inmediato es el art. 51 del CP de 1924, según el cual: «Para la aplicación de la pena los jueces apreciarán la culpabilidad y el peligro del agente, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, en cuanto la ley no las considere especialmente como constitutivas o modificatorias del delito:

1° La naturaleza de la acción; el tiempo en que se perpetró y el que hubiere transcurrido desde entonces; el lugar, los instrumentos y los medios en que se hubiere hecho uso; la preparación tranquila o la perpetración ocasional; el modo de ejecución y las circunstancias en que ésta se hubiere efectuado; la unidad o la pluralidad de agentes; el número y la importancia o especialidad de los deberes infringidos; la dificultad que hubiere para prevenirse contra el hecho punible; y la extensión del daño y del peligro causados.

2° La edad, la educación, la vida personal, familiar y social del sujeto anterior y posterior al delito, su situación económica, sus precedentes judiciales y penales, la calidad de los móviles honorables o excusables o innobles o fútiles que lo determinaron a delinquir, las emociones que lo hubieran agitado, su participación mayor o menor en el delito, la reparación espontánea que hubiere hecho del daño, o la confesión sincera antes de haber sido descubierto, y los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de su carácter».

⁴³ HURTADO POZO, José. «Responsabilidad y culpabilidad». En: ADP 1993, p. 56.

⁴⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Los criterios de determinación de la pena en el CP peruano de 1991. Ponencia presentada el 21 de agosto de 2000 en la PUCP, pp. 9-10.

Esta interpretación conduce a presentar el contenido de los arts. 45 y 46 del CP como tributarios del modelo de la teoría del valor relativo de empleo⁴⁵. Con ello debiera estimarse que la fijación de la pena dentro del marco penal establecido por el legislador, la IJP en sentido estricto, se fundamenta en la culpabilidad del autor. En efecto, el art. 46 señala que el Juez atenderá a la «responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido», en concordancia con el principio de prohibición de doble valoración o de inherencia («en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad») y conforme a los criterios previstos en los num. 1 al 11. En ese contexto, la referencia a la «responsabilidad» no se vincula a la responsabilidad penal por la comisión de un injusto culpable, sino al grado de culpabilidad del autor (responsabilidad en sentido estricto)⁴⁶. Mientras que la mención a la «gravedad del hecho punible» tendría que estar referida a los elementos del injusto graduable⁴⁷.

De esa forma, el art. 46 establecería dos pautas genéricas de tasación de la pena, el grado de injusto y el grado de culpabilidad. Con ello, los referentes previstos en los num. 1 al 11 del art. 46 deben valorarse bien como criterios vinculados al grado del injusto⁴⁸ o al grado de culpabilidad⁴⁹. Aunque tales notas son «propias de un derecho penal orientado hacia la retribución entendida como límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, acorde con los principios del acto, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad y de proporcionalidad»⁵⁰, retribución que no sólo se estima incompatible con la Constitución⁵¹ sino además ajena al sentido de los arts. IX y I del CP que establecen una orientación preventiva de la pena y la legislación⁵².

Pero una explicación del art. 46 del CP peruano conforme a la *Stellenwerttheorie* no es satisfactoria si se toma en cuenta que, al igual que el § 46 del StGB, introduce criterios

⁴⁵ Ibid., nota 50.

⁴⁶ HURTADO POZO, José. «Responsabilidad y culpabilidad», cit., pp. 53, 54.

⁴⁷ BRAMONT ARIAS, Luis, Luis. Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES. Código Penal anotado. 4ª ed. Lima, San Marcos 2002, p. 248.

⁴⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Los criterios de determinación de la pena en el CP peruano de 1991, cit., p. 14, incluye en este grupo los criterios de los num. 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del art. 46. De igual modo, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Código Penal comentado, cit., p. 187, con excepción de los móviles (num. 6) que los relaciona con el grado de culpabilidad. Por su parte BRAMONT ARIAS, Luis, Luis. Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES. Código Penal anotado, cit., p. 249, sólo considera como criterios vinculados al grado del injusto los supuestos de los num. 1, 2, 3, 4 y 5, dejando de lado los móviles y fines (num. 6), y la unidad o pluralidad de agentes (num. 7), criterios que vinculan más bien con el grado de culpabilidad pese a su evidente relación con el injusto.

⁴⁹ VELÁSQUEZ, ibid., incardina en este grupo los criterios de los num. 8 y 11 del art. 46. BRAMONT ARIAS, Luis y Luis Alberto BRAMONT ARIAS, ibid., p. 249, incorporan todos los restantes num. 6, 7, 8, 9, 10 y 11, lo que resulta injustificado respecto de criterios relacionados con circunstancias posteriores al hecho, como la reparación espontánea (num. 9) o la confesión sincera (num. 10).

⁵⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Los criterios de determinación de la pena en el CP peruano de 1991, cit., pp. 12-13, remitiéndose a los arts. II, IV, VII y VIII del Título Preliminar del CP.

⁵¹ En ese sentido, la reciente STC de 21-7-05 sobre la Ley de arresto domiciliario, Exp. N° 0019-2005-PI/TC: «Son distintas las teorías de los fines de la pena desarrolladas en la doctrina. Una es la teoría de la retribución absoluta, cuyos exponentes son Kant y Hegel. Según ella, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talió: “ojo por ojo, diente por diente”.

Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución Política, conforme al cual “La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.”»

⁵² CASTILLO ALVA, José Luis. En: Código Penal comentado. T. I. Lima, Gaceta Jurídica 2004, pp. 35, 228ss.

preventivo especiales que, en definitiva, influenciarán el proceso de la IJP en sentido estricto, ya desde el momento de establecer la duración o extensión de la pena dentro del marco legalmente establecido y no sólo en la determinación de los sustitutos penales (IJP en sentido amplio). En esa línea se inscriben los criterios previstos en los num. 9 (reparación espontánea) y 10 (confesión sincera), y en cierta forma la consideración de las condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento del agente (num. 11), cuya relevancia no sólo puede estimarse desde la perspectiva del grado del injusto y de la culpabilidad, sino también conforme a la prevención especial⁵³.

La introducción de criterios preventivo-especiales para fijar la extensión de la pena ha tenido acogida en la jurisprudencia⁵⁴ y forma parte de un debate más amplio sobre la antinomia entre los fines de retribución y prevención en el proceso de IJP⁵⁵. En esa perspectiva, Bramont Arias y Bramont-Arias Tórres consideran que a los principios básicos de merecimiento de pena, relativos al grado de injusto y de culpabilidad, cabe agregar el correctivo de la necesidad de pena mediante el recurso a criterios de prevención general o especial, «para fundamentar que, en casos concretos, muchas veces la pena no es necesaria», de forma que «la pena se mide en cada caso particular tomando en cuenta la magnitud del injusto, la magnitud de la responsabilidad y admitiendo el correctivo de la necesidad de la pena», correctivo que «se explica si se tiene en cuenta que la pena deja de ser necesaria para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social»⁵⁶.

La coherencia de este planteamiento puede discutirse, al menos porque la introducción de criterios preventivo generales no opera como medio para agravar la pena adecuada a la gravedad del hecho o para elegir la más intensa entre aquellas adecuadas a dicha gravedad, sino como un argumento para evitar la pena cuando no fuere necesaria, con lo que la función de la prevención general no jugaría un rol en la IJP en sentido estricto, sino como fundamento para la aplicación de una medida alternativa a la sanción. Por lo demás, a juicio de Velásquez Velásquez esta opción es rechazable, se opone al Derecho positivo, «cuando se parte del contenido de los Arts. IV, VII y VIII del Título Preliminar, que consagran de manera vehemente, respectivamente, los principios de protección de bienes jurídicos (...), de culpabilidad (...) y de proporcionalidad (...); esos axiomas, no se olvide, son de rango constitucional dado que emergen del modelo de Estado diseñado por el Art. 1 de la Carta: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”», con lo que «un Derecho penal como el peruano sólo puede tomar en cuenta la prevención general —desde luego, al lado de la culpabilidad retributiva— a la hora de la amenaza penal, esto es, cuando el legislador redacta las escalas punitivas, no en esta sede —en la cual, se repite, sólo operan el grado de injusto y el grado de culpabilidad como criterios de individualización de la misma—, porque ello podría comportar la vulneración del principio de la prohibición de la doble valoración; y, en lo que a la prevención especial respecta, ello sólo puede suceder en el momento de la ejecución de la pena y, por supuesto, cuando se alude a la determinación de la pena en sentido amplio aunque, como ya se dijo, al estudiar el artículo 45, sin descontar los fines retributivos.»⁵⁷

⁵³ ZIFFER, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena, cit., pp. 137ss.

⁵⁴ ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos, Mery Elizabeth Robles Briceño. Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema. Lima, Gaceta Jurídicas 2005, pp. 160ss.

⁵⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Prevención general e individualización judicial de la pena, cit., pp. 73ss.

⁵⁶ BRAMONT ARIAS, Luis, Luis. Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES. Código Penal anotado, cit., pp. 248-249.

⁵⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Los criterios de determinación de la pena en el CP peruano de 1991, cit., p. 16.

Este punto de vista es matizable, las referencias del art. 46 del CP a la «responsabilidad» y «gravedad del hecho»⁵⁸ y todas las circunstancias descritas en los num. 1 al 13, no sólo puede conducir a la interpretación mayoritaria, según se ha reflejado, que las equipara con el grado de culpabilidad y del injusto, esto es con la culpabilidad y de un modo u otro con la retribución. Como indica Demetrio Crespo, la noción de «gravedad del hecho» es susceptible de entenderse en términos de prevención general, la pena adecuada a la gravedad del hecho es probablemente la pena preventivo generalmente más eficaz, pero «es en esencia una exigencia de proporcionalidad vinculada al principio de culpabilidad por el hecho»⁵⁹. Bajo esa orientación, no se persigue establecer la pena adecuada a la culpabilidad sino la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho, lo que es mucho más que una cuestión gramatical, mientras el § 46 del StGB señala por ejemplo que «la culpabilidad es el fundamento de la individualización judicial de la pena», el criterio de la culpabilidad por el hecho pone de relieve el «carácter meramente limitativo y no constitutivo en nuestro ordenamiento jurídico, vaciando de contenido retributivo el criterio de la culpabilidad en la IJP»⁶⁰.

En esa línea de ideas, la antinomia retribución-prevención especial⁶¹ que de inicio puede apreciarse en el marco del art. 46 del CP, puede resolverse considerando que la pena adecuada a la gravedad o culpabilidad por el hecho debe operar como límite a las exigencias de prevención, introduciendo, como en la teoría del espacio de juego y en contra de la tesis de la pena puntual, una frontera superior que bajo ningún concepto podrá superarse en base a argumentos de prevención general o de prevención especial. Así, mientras la prevención general no puede introducirse lícitamente en la IJP en sentido estricto, la prevención especial debe orientarse en este terreno al establecimiento de una pena acorde con la gravedad del hecho pero que a la vez permita prever un impacto positivo en la vida futura del condenado, que persiga su no desocialización y la adecuación de su conducta externa a las expectativas normativas.

Esta concepción evita la explicación del modelo de la IJP en sentido estricto del CP peruano conforme a la teoría del valor relativo de empleo. Por esa línea, los alcances del art. 45 del CP, más allá de la interpretación histórica de su antecedente argentino, no deben limitarse a servir de fundamento general -preventivo especial- de medidas alternativas como la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la conversiones o la exención de pena⁶², medidas que por cierto tienen un desarrollo normativo propio que permite evidenciar suficientemente su orientación preventivo especial. Por lo demás, sólo la ampliación de criterios trascendentales del art. 45 como el de la co-culpabilidad social (num. 1) al ámbito de la IJP en sentido estricto, permitirá superar la reducción de tales criterios a los casos de criminalidad menos grave, la única en la que es posible la aplicación de medidas alternativas.

⁵⁸ Expresión que recoge también el art. 66.1 del CP español de 1995, cuando establece que «Los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia».

⁵⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. «Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal español de 1995». En: ADPCP 1997, p. 357.

⁶⁰ Ibid., p. 358.

⁶¹ Producto de la introducción en el art. 46 de criterios o pautas relativas a la vida futura del reo, según se puso de relieve.

⁶² Arts. 57ss., 62ss, 52ss. y 68, respectivamente.