

Universidad Nacional de La Matanza

## **INFORME FINAL DE INVESTIGACIÓN**

Unidad Académica donde se encuentra acreditado: Departamento de Derecho y Ciencia Política

Código: **C2DER-005**

Título del Proyecto: Una búsqueda de principios dogmáticos para la determinación de la pena

Programa de Investigación: CyTMA2

Director del Proyecto: Dr. Marinaro, José Ángel

Integrantes del Proyecto: Speranza Rossi, Ariel; Cordero Fabbri, Ernesto Camilo Manuel; Barrios, Adriana Celeste; Cayú, Carmen Cecilia; Córdoba, Hernán Alfredo; Marizza, Nahir Ayelén; Orellana, María Agustina; García, Mauro Héctor; Llamas, Nicolás; Gallino, Germán

Fecha de inicio: 2013/01/01

Fecha de finalización: 2014/12/31

Resumen: El sistema de dosificación de la pena imperante en el ordenamiento argentino adolece de notables falencias en su método de determinación, por la carencia de una dogmática eficiente para su aplicación. La idea principal del presente trabajo es abordar la problemática que presenta una correcta y eficiente dosificación de la pena, a la vez que dar una solución a dichas falencias, con el objeto de llegar a una sistémica que provea, en cada caso concreto, una respuesta al por qué del monto de pena impuesto.

Palabras claves: *pena, determinación, dosificación, individualización*

Área de conocimiento: Derecho y jurisprudencia

Código de Área de Conocimiento: 4100

Disciplina: Derecho Penal

Código de Disciplina: 4115

Campo de Aplicación: Derecho Penal

Código de Campo de Aplicación: 4115

## RESUMEN

Título del Proyecto: Una búsqueda de principios dogmáticos para la determinación de la pena

El presente informe final acompaña los resultados de la investigación “*Una búsqueda de principios dogmáticos para la dosificación de la pena*”. El objetivo primario ha transitado la auscultación de elementos conceptuales de raíz teórico-dogmático que permitan dar pasos concretos y novedosos en la tarea primordial del Derecho Penal que es la individualización judicial de la pena. Por ese camino, que ha implicado la revisión de las proposiciones teóricas que habitualmente se invocan para fundamentar tanto el hecho de punir como el de cuantificar, su tránsito histórico, el análisis de algunos modelos legales de diversa procedencia, incluso los que se apartan de los formatos preceptivos que disponen de marcos penales mínimos y máximos prefijados, hasta anclar en la anexión de herramientas matemáticas que justifiquen el método y lo alejen de las habituales arbitrariedades e infundamentaciones de mero intuicionismo, carentes de sustento teórico-legal.

La pena, como entidad que aglutina valores e intereses de toda índole, no merece ese destrato.

Lanzamos las primeras conclusiones al ruedo de la discusión académica, despejando toda tendencia reduccionista o mecanicista del derecho, con la esperanza de sortear enraizados prejuicios que *ab initio* soslayan cualquier intento por acudir al saber de ciencias exactas como componente instrumental, olvidando el garantístico reclamo del Derecho Penal en pos de la justificación racional de sus presupuestos y sus enunciados.

La desnaturalizada praxis, por la que al medir la pena se escoge arbitrariamente un número para luego proponer breves excusas, debe tener fin.

Vamos pues entonces, por la adecuación de lo hallado, a las proposiciones dogmáticas y legislativas necesarias.

Palabras claves: legitimación, cuantificación, retribución, racionalidad

## ABSTRACT

*This final report displays the results of the research named “A quest of dogmatic principles for punishment quantification”. The primary objective of this research has implied the auscultation of conceptual elements with dogmatic and theoretical origins that allow real and new steps in the essential duty of the Criminal Law; that is, the judicial determination of the quantification of punishment.*

*Our study has taken into consideration the review of theoretical propositions usually involved in order to base the act of punishing itself and quantification, their historical development, and the analysis of some legal systems of diverse origins, even those that depart from the mandatory formats that are established by the minimum and maximum sentencing range. At an advance stage of this research, it has been proposed the annexation of mathematics, as a tool, in order to justify the method, and prevent the arbitrary and unfounded sentencing, based on intuition, and deprived of legal or theoretical support.*

*Punishment, as an entity that binds values and all kinds of interests together, does not deserve that treatment.*

*Our first conclusions were delivered during academic discussions, clearing any reductionist tendencies. We hoped to avoid any deep-rooted prejudices, which try to neglect any attempt at resorting to the knowledge of exact science as an instrumental component, forgetting the claim for rational justification of the Criminal Law’s statements.*

*The irregular punishment habit of selecting an arbitrary number, and then justifying it with weak excuses, shall end.*

*Therefore our intention is the adjustment of our findings to the dogmatic and legal propositions. (\*)*

*Key words: legitimation, quantification, guarantee, retribution, prevention, rationality.*

*(\*) The interpretation of the abstract was done by Nicolás Ezequiel Llamas, a member of the research group.*

## INTRODUCCIÓN

### Selección del tema. Definición del problema

La escasez de abordaje de la temática de individualización judicial de la pena –denominación que empleamos provisoriamente- es de frecuente reflexión en todos los textos, ya propedéuticos o más profundos en el abordaje. No haremos aquí una exhaustiva lista de un hecho notorio de índole doctrinal. Basta citar un ejemplo al azar y concitar el sentir del italiano Emilio Dolcini en su “Commisurazione della pena” donde lamenta la escasez de literatura penalista sobre el tema. Así lo refiere Luigi Ferrajoli (1989:399).

En comunicación vía Skype con nuestro grupo, el jurista español Eduardo Demetrio Crespo catalogó la situación diciendo que la individualización de la pena es “*la olvidada del sistema penal...*”

Es por ello que paralelamente esta temática ha sido considerada una etapa donde ha primado la discrecionalidad. Schünemann en el prólogo a la obra de Tatiana Hörnle (2003) define a la determinación de la pena como: “*...un campo de la ley hasta ahora controlado por la discrecionalidad y la arbitrariedad del juez...*”

Ya más cercanos a nuestros pensadores, aún los de origen hispano cobijados generosamente en nuestro país, hemos de acudir al ejemplo evidenciado en la obra del maestro Soler. En su recordado “*Derecho Penal Argentino*” podemos apreciar que ya desde esos tiempos –para ello hay que señalar que su obra tuvo primera edición en el año 1940- y en lo sucesivo –v.g. ejemplar del año 1970, editorial TEA- el tratamiento de la temática cuantificadora es más que conciso.

La evidencia que respalda lo dicho, asoma en las páginas 418/419 de la obra mencionada, donde se advierten referencias genéricas a dos aspectos, el uno en cuanto a la manera de efectuar “esa operación” con el sistema de agravantes y atenuantes o el del libre arbitrio judicial; limitativo del arbitrio judicial y el más amplio, dejado al criterio judicial con base en la metodología indeterminada de los artículos 40 y 41 del C.P. Un curioso supuesto legal de modelos con taxativa regulación es el anotado al pie (nota 3, página 418), atribuido a Viada en “*Cuadros sinópticos para la aplicación de las penas*”, publicado en Madrid en el año 1901, “*en la cual, en 142 cuadros, se contienen todas las combinaciones posibles...*”.

También la pretensión de abordar el tema del título, no puede obviar que la pena del derecho penal, en este caso, su cuantificación concreta, de ordinario ha estado incidida por las razones teóricas ensayadas acerca de la legitimidad estatal de su empleo; tal vez haya que revisar esas perspectivas como se propone más recientemente. Un repaso de sus fundamentos básicos, así como de las aporías o antinomias a que han dado lugar, es imprescindible en aras de enmarcar, en el sitio oportuno, su asentamiento en el marco de un Estado de Derecho Democrático y Republicano.

Hemos considerado necesario, ante su inexistencia, ejercitar una revisión de las terminologías empleadas a fin de precisar su pertinencia con la tarea concretamente individualizadora, ya que en variadas ocasiones se le alude como determinación, graduación, individualización, mensuración, etc., lo cual revela la desorientación epistemológica que ello implica.

### **Justificación del estudio. Limitaciones. Alcances del trabajo**

No debemos perder de vista que la determinación de la cantidad de sanción penal importa ante todo, teniendo en cuenta que el derecho penal es una forma de ejercicio del poder (Zaffaroni, Alagia, Slokar: 2000) y por ello, se impone un impostergable esfuerzo dogmático en pos de racionalidad y de hacer predecibles las reacciones del estado de Derecho. La búsqueda que nos proponemos, deberá insertarse en los marcos de la dogmática y en lo posible dar lugar a modelos legislativos propios.

Medir la pena, cuantificar temporalmente la vivencia de la pena como sucedáneo de una condena, ha sido el tema escogido –entre otros de suma importancia y luego de variadas reuniones llevadas a cabo durante tres meses previos al comienzo formal de la tarea, según puede verse en el Anexo- no solo por su trascendencia sino por su llamativa falta de investigación y desarrollo en comparación con lo acontecido en torno tanto de la teoría de la ley como del delito. Incluso, como veremos en el lugar oportuno, en la tierra de los adalides de la elaboración dogmática del derecho penal –Alemania- no se ha logrado consenso.

El camino seguido habrá de relevar todos los aspectos que rodean la temática, en un prisma multifacético no ajeno a consideraciones críticas en torno de consolidados elementos discursivos ajenos a la realidad regional en la que nos hallamos inmersos. Una marcada tendencia a sobrevalorar las producciones foráneas conformará nuestras apreciaciones críticas.

El variado marco teórico y positivo no ha aportado soluciones compatibles con una dogmática funcional a la previsibilidad de las decisiones judiciales, siendo afirmado por todos los doctrinarios -nacionales y extranjeros- acerca de su insuficiencia e iniquidad.

A la vez esta investigación no tiene como propósito el llevar adelante una mera recolección de sistemáticas diversas al efecto de su agrupación sincrética. Lo que nos proponemos es avanzar hacia una auscultación de esquemas teóricos nuevos que signifiquen una mensuración que responda a bases teóricas más desarrolladas.

Se trata de revisar criterios y enunciados teóricos a los fines de elucidar –siguiendo premisas peirceanas- su compatibilidad con los efectos pragmáticos; de ahí nuestro particularizado abocamiento sobre el tema, con miras a desarrollar conclusiones y tomas de posición a las que arribamos en el decurso del tiempo de investigación de que hemos dispuesto.

Ya desde el inicio echaremos una mirada a los textos de nuestra región tratando de abordar su contenido en los capítulos vinculados a la medición de la sanción penal. Ello aun cuando pueda apreciarse que invariablemente los cuerpos normativos hayan abrevado en los pensamientos de los teóricos del viejo continente como uno de los componentes de la herencia cultural recibida.

Algo importante acontece. La temática esta vez, se halla en ebullición en todo el orbe de modo simultáneo. No acontecerá entonces como otrora con –por ejemplo- las teorizaciones sobre el concepto de acción de la teoría del delito que arribaron a nuestros márgenes geográficos y claustros académicos, con profusas elaboraciones ya consolidadas.

Del mismo modo hemos entendido que no puede soslayarse la rememoración de la temática de la penalidad en las costumbres de nuestros aborígenes. Particular atención prestaremos a las formas de reacción punitiva y la naturaleza del castigo que los pobladores autóctonos concebían. Desde allí elucidaremos su compatibilidad –o no- con las teorizaciones más recientes en pos de verificar identidades materiales.

Indudablemente que los relevamientos tendrán en las auscultaciones realizadas el signo de la historicidad, el tratar de mirar las cosas desde la procedencia. Desde ese prisma, trataremos de dar pasos en pos de la consolidación de un saber desde epistemologías afines a nuestro margen. Y en ese propósito -que es máxima aspiración- será este un modesto y pequeño impulso.

El aspecto histórico, la evolución del Derecho Penal en general habrá de poseer breves referencias, sin perjuicio de auscultar con más detalles, la evolución que ha tenido la concreta temática de medición de la pena. Será un modo de hacer efectivo que *“sólo comprendiendo el pasado podemos esperar descubrir lo que es realmente nuevo en el presente...”* (Garland: 2005)

Lo que haya sido materia de consideración tanto teórica como práctica y legislativa en otros ámbitos, impondrá apreciar al menos en los rasgos generales lo acontecido en Europa y los Estados Unidos. Hemos excluido el continente asiático para delimitar el margen de consideración dadas las compatibilidades culturales que son comunes con las aquí tratadas, lo cual deja abiertas posibilidades de investigación futura. Es que, como se podrá ir apreciando, el trabajo llevado a cabo no ha estado ajeno en su lógica dinámica a variaciones, modificaciones de rumbos e incluso, a delimitaciones temáticas que auspician otros campos a recorrer.

Puntualmente hemos fijado la atención, también, a cuanto se ha podido coleccionar en nuestra región tanto en orden a las legislaciones, como al producido doctrinario y también a aquellas tareas de investigación más recientes afines a nuestro cometido que hemos logrado acopiar.

### **Objetivos. Hipótesis**

Surge del proceso de problematización la convicción razonable de que el tema de la cuantificación de la pena muestra un grado de evolución inferior al deseable, en miras de una dogmática que apunte la función contenedora, en el marco de un Estado de derecho. Nos hemos propuesto un abordaje exclusivo del problema, con el propósito de evitar que otras temáticas pudieran desviar nuestra atención del núcleo de la investigación.

Como enuncia el título, hemos emprendido una búsqueda. Tratamos de acercarnos, dentro de nuestras posibilidades, a la construcción de un sistema basado en principios que siguieran los preceptos constitucionales, convencionales y legales. El aporte dogmático que se pretende debe ir en la dirección que asegure más previsibilidad, racionalidad, discusión y menos arbitrariedad, discrecionalidad, univocidad.

Del mismo modo en que se ha logrado en otras áreas del derecho penal, es posible una sistematización que aplique la teoría de la cuantificación de la pena a la resolución de casos concretos, bajo el imperio de los mencionados principios dogmáticos. La importancia de la determinación de la pena nos impone un

lineamiento: este camino debe encararse sin ninguno de los prejuicios habituales en relación al aporte de todos los saberes disponibles.

Con el avance de la investigación, fuimos concibiendo que medir, cuantificar, mensurar, graduar, son todos términos que poseen en común su natural pertenencia lexicográfica a la naturaleza medidora de la tarea. El Derecho Penal, y su instrumento principal de ejercitación de sus cometidos, esto es, la pena, nos ubican en un escenario donde confluyen magnitudes diversas. Precisamente la magnitud cuantificadora es propia de las esferas del saber de las ciencias “duras” y por otro lado nos hallamos ante un material inasible, deletéreo, maleable, propio de la constitución existencial del ser.

Allí entonces, encontramos depositada la encrucijada.

Mas, lo acontecido en cierto tramo del desarrollo investigativo, puede catalogarse de paradójal, esto es, que la búsqueda de principios dogmáticos nos ha depositado en la necesidad de incorporar elementos cognoscitivos de las ciencias exactas. Dimos paso a la convivencia de lo deóntico, lo normativo y las ciencias matemáticas.

En el análisis de ese segmento del saber vinculado al derecho penal es donde entendemos, que deben superarse las actitudes que rehúyen del empleo de instrumentos matemáticos en función de dotar a nuestro cometido de individualizar la pena, de basamentos justificados y racionales que, a tono con los principios generales limitativos de la punición, como los de un Derecho Penal mínimo, contenedor del ejercicio punitivo inmoderado, garantizador, que demarquen, no obstante, la función instrumental de los números.

Más aún, hemos podido comprobar que las actitudes intelectuales refractarias, no han consultado a quienes ejercitan el saber matemático. Por ello van las gracias también al señor Presidente de la Unión Matemática Argentina, Dr. Héctor Aimar, quien interiorizado del proyecto, evaluó con tino, sugerirnos a un experto vinculado al derecho.

Dejamos sentado que rechazamos ab initio toda construcción que importe reduccionismos (ya sociológicos, psicológicos, normativistas, etc.,) del Derecho Penal, que se traduzcan en obstáculos, en este caso, para la fijación racional de la pena en procesos suficientemente contradictorios que garanticen fluidos márgenes de discusión entre las partes, de modo de acercar al Juez todas las razones que permitan arribar a la fijación de la pena con base en justificados métodos de base científica. Pretendemos, entre otros objetivos, disminuir los márgenes de arbitrariedad e irracionalidad.

Por ello, entendemos que sólo una visión sesgada del saber en general, echaría por la borda todo lo que puede razonablemente aprovecharse de las ciencias matemáticas, sin antes asumir el compromiso de agotar el conocimiento y análisis serio de sus presupuestos en función de su operatividad instrumental para este segmento del Derecho Penal.

Se trata en definitiva de una actitud científica insoslayable y desprejuiciada.

Por ello, los ensayos que algorítmicos que va desarrollando el matemático Ricardo Miró, han sido de suma importancia para diseñar alternativas o dispositivos que posean justificación científica en todas sus propuestas y a la vez se hallen contenidas por una serie de preceptos dogmáticos que los cobijen.

Todas esas aportaciones, según se verá, han sido enmarcadas en un contexto teórico que, con aspiraciones de congruencia, demarca los terrenos justificativos de la pena y los correspondientes a la peculiar gestión de cuantificar (por ello el título Legítimar y Graduar), concepto, este último, que resulta afín a la naturaleza medidora de los tiempos.

En cuanto a la metodología, si bien se han anticipado algunos aspectos en orden a los relevamientos realizados, entendemos, siguiendo a Mancuso (2004:176) que la forma de cita autor-fecha es la adecuada a las modalidades más aceptadas, de allí su empleo. Por ello, en el cuerpo principal del informe, incorporamos –lo más brevemente posible- las citas que resultaron pertinentes a fin de no distraer la lectura, recurriendo en menor medida a las denominadas citas al pie.

Hemos acudido, por su utilidad creciente, al empleo de los medios informáticos y en tal sentido no sólo la búsqueda de material ha enriquecido nuestros cometidos, sino que a modo de coordinar a la distancia, las labores que se han ido produciendo empleamos el sistema Google Drive, que nos permitió acumular información que fue incorporándose al arsenal. Del mismo modo, los celulares contribuyeron en mantenimiento de un contacto simultáneo por medio del WhatsApp colectivo.

Con el transcurrir de las pesquisas, hemos podido llevar a cabo actividades de transferencia del trabajo que íbamos diseñando, las que se anejan a este informe. Allí pueden verse, por ejemplo, detalles de nuestra participación en las jornadas llevadas a cabo en el Colegio Nacional Buenos Aires organizadas por la Asociación de Docentes de la UBA (subidas a Youtube), a propósito del Anteproyecto de Reforma integral de nuestro Código Penal, donde fuimos

anoticiando –en fecha 26/5/14- nuestra empresa y los avances logrados a esos tiempos. Para más decir, fuimos convocados por el Profesor Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni y el Dr. Roberto Carlés para colaborar con el libro intitulado “Anteproyecto de código penal de la Nación. Aportes para un debate necesario”, editorial La Ley; uno de cuyos ejemplares, habrá de ser donado a la biblioteca de la UNLaM, para su empleo en actividades de investigación.

Y también en ocasión de la celebración de la 1ra Jornada de Investigación Interdepartamental, celebradas en la UNLaM en fecha 15/9/14, participamos exponiendo uno de nuestros integrantes –el abogado Ernesto Camilo Manuel Cordero Fabbri-, parte de los avances logrados hasta ese momento, promoviéndose la discusión con los colegas participantes en otras tareas investigativas.

El diseño de investigación de campo, pretendió coleccionar las opiniones de operadores del sistema judicial. Agradecemos profundamente a quienes han aportado su tiempo respondiendo a nuestras inquietudes incluso con su invaluable presencia –como aconteció con el Juez Aníbal Bellagio o en ocasión de organizar un coloquio en la sede de la UNLaM- o a la distancia con colegas de Francia (Zunilda Carvajal del Mar) y España (Eduardo Demetrio Crespo), que nos dejaron en claro su compenetración con la temática.

Son quienes con nombre y apellido obran en las constancias.

Sin embargo, no queremos soslayar en el tramo antedicho, la comprobación de un inesperado obstáculo, consistente en la escasa respuesta de otros operadores del sistema judicial –jueces- que fueron invitados a responder. Un obstáculo insalvable. Nos atrevemos a rotular esa falta de compromiso como apatía respecto de una temática de tanta trascendencia.

## **Agradecimientos**

Los integrantes del grupo, a los fines de contactarnos en forma personal hemos contado con la colaboración de la señora Directora de la Biblioteca de la UNLaM, Sra. Alicia Huiván, quien generosamente autorizó como lugar de encuentros periódicos, el auditorio ubicado en ese predio. Allí pudimos realizar contactos vía Skype con colegas del exterior y convocar a quienes han colaborado aportando sus conocimientos. A la vez, fue pensado como modo de facilitar la inserción de los alumnos en la actividad de investigación, ya que la asignación de tareas implicó el intercambio de opiniones y su abordaje académico siempre en el marco de los objetivos delineados. Precisamente en ese ámbito, el presente informe final, fue

objeto, en sucesivos encuentros, de íntegra diagramación, estructuración y confección con la activa participación de todo el grupo, respondiendo a la premisa: todos deben conocer todo.

Un especial agradecimiento debemos dejar sentado, no sólo a las autoridades del Departamento de Derecho y Ciencia Política de la UNLaM que en la persona del Sr Decano Dr. Eduardo Rolleri, y especialmente en la del Sr Secretario de Investigación Magister Aníbal Corrado y el personal a su cargo han contribuido a despejar el camino de los obstáculos que se presentaron. En particular, valoramos la colaboración al tiempo de celebrar, como parte de las actividades programadas, un coloquio abierto al que concurrieron destacadas personalidades, ligadas tanto al quehacer académico, judicial como investigativo (INECIP; Instituto Gioja), que enriquecieron nuestra labor.

Finalmente, con el producto total de nuestra tarea, hemos pretendido, esencialmente, ir en busca de caminos escasamente transitados. En cuanto a los pasos dados, las propuestas que hemos de realizar, tanto de orden teórico por la toma de posición concreta y por los mecanismos novedosos que entendemos aportar, guardamos la esperanza de motivar útiles discusiones que enriquezcan el material a considerar por los legisladores a quienes dejamos bosquejados modelos legales tentativos.

## DESARROLLO

### CAPÍTULO 1

#### La dosificación de la sanción penal. Un análisis de su teorización.

Como punto de partida de la investigación, hemos decidido auscultar con el mayor detalle posible, los contenidos teóricos que se han ido desarrollando, en torno de las llamadas teorías legitimadas de la pena. Mucho es lo que se ha escrito, desarrollado y analizado de modo reciente y podemos decir, afortunadamente. Nuestra intención primaria es fijar los conceptos abundantes que se fueron alineando en este cometido. Entendemos, como oportunamente se dirá, que esa abundancia no ha contribuido o aportado claridad y racionalidad, cometidos estos naturalmente dogmáticos.

Durante la investigación, antes bien, hemos ido comprobando que varios de los componentes teóricos son dotados de polifuncionalidad, esto es, que son aptos para intentar explicar los por qué de la atribución estatal en el ejercicio de esta forma de poder que es la pena del derecho penal, siendo luego introducidos *nuevamente* al tiempo de decidir la cantidad de pena, objetivo principal de nuestra hipótesis de trabajo. Repasar lo que se ha venido diciendo es en un sentido una buena noticia, pues revela que se han echado los ojos a la imposición de la pena, con escaso desarrollo en relación a la fase de la teoría del delito, avizorándose avances y fluidas dedicaciones académicas. Pero por otro lado, ese “repasso”, intenta una labor de ubicuidad epistemológica respecto de los institutos teóricos involucrados, para luego, llevar adelante otro intento: el de despejar el terreno de la medición y asignarle un espacio con contenidos propios –tal vez, novedosos- que no rehúyan de concitar saberes maltratados por los pensantes o *savants* del derecho penal.

La visión regional, como cometido sobre el que insistentemente programamos nuestra actividad, ha implicado otro propósito: el revisar el desarrollo doctrinario y fundamentalmente académico, que en forma creciente, viene abocándose en nuestra Latinoamérica, con un alto nivel de abstracción.

Es que otro de los cometidos de carácter mediato, sin dudas, es el de agrupar las producciones locales, obviamente más afines a nuestras realidades. La medición de la pena, no ha de escapar a esa idea de “pertinencia” y “pertenencia” de

los conceptos que pueden llevarnos en definitiva a diseñar formas más racionales, justificadas y previsibles de reacción punitiva.

Seguidamente, desarrollaremos, con las advertencias formuladas, la temática que anunciamos.

Determinar el *quantum* sancionatorio es una tarea que según una opinión extendida (Jescheck: 2003:790) comprende todos estos presupuestos teóricos, situación que ha dado lugar a la generación de las “aporías” o “antinomias” que se han producido. Más aún, se ha sostenido que las teorizaciones diseñadas por la labor pretoriana alemana, es el correlato de las teorías justificantes (Ziffer:1996:55) *“para posibilitar la concordancia de los fines de la pena en el caso concreto...”*

Es en definitiva, tanto como decir que justificar se traslada a cuantificar, y esas premisas son de constante reflexión, a pesar de su repetición casi invariable y con todos los autores.

Sin embargo, un vistazo de las obras doctrinarias, tanto como a los manuales de las carreras universitarias de grado, nos dan cabal muestra del abordaje disperso del complejo justificante y las concretas teorías de la cuantificación. Así lo apreciamos en la obras de Zaffaroni, Maurach-Gössel-Zipf, Jescheck, Roxin, Demetrio Crespo, entre otros.

### **1.1. Breve mirada histórica**

La imposición de penalidad del derecho criminal se remonta a épocas añejas de la historia. Pero es que yendo más allá de los tiempos del desarrollo de las normas represivas, esto es, a los pertenecientes a la reacción punitiva como impulso, carente de sustentos teóricos de toda índole, nos hallamos ante el hombre primitivo.

Hurgando en la historicidad de las expresiones de la doctrina, Constancio Bernaldo de Quirós, recordaba una investigación de Guillermo Ferrero, diciendo: *“la idea del homicidio entre los salvajes, nos muestra como después de la invención del homicidio mismo, esto es, después de que los hombres movimientos humanos y determinadas consecuencias de destrucción biológica, vivieron largos tiempos en una especie de locura persecutoria, imaginando toda clase de muertes, aun las mas ajenas a la intervención humana, eran de naturaleza criminal; y, consiguientemente, nos muestra la formación y la acción de las primeras expediciones de castigo, las primera formas explosivas, extraordinariamente impulsivas, de la penalidad, semejantes a las relaciones de dolor y de ira en los niños, cuando reciben un cuerpo inerte, inanimado....Ciertamente, esta situación no puede merecer aún el nombre de*

*Derecho Penal, pues todavía no es sino: un movimiento reflejo de la irritabilidad natural de los organismos vivos....”* (..)

Nota: (Derecho Penal- Doctrinas esenciales- Tomo I. Edgardo Alberto Donna, Director, pago. 577- Editorial La Ley- primera edición 2010- ISBN 978-987-03-1710-04).

Con el transcurso de los tiempos, fueron dando a luz los primeros cuerpos normativos por ejemplo el ya épico Código de Hammurabi basado casi exclusivamente en la forma talional. Definimos talión como “tal pena cual delito”. En su *Diccionario de Derecho Penal y Criminología (...)*<sup>1</sup>, Raúl Goldstein define Talión como: “(del latín *talís, tal, tal cual*) Pena consistente en hacer sufrir al delincuente un daño igual al que él causó. Dícese en el *Éxodo, XXI, 23-25: pagará vida por vida; y en general se pagará ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura*”. Este principio, conocido como ley del talión, significó una moderación del derecho de venganza proporcionándola a la ofensa. Se encuentra en el código de Hammurabi, en la legislación mosaica y en la Ley de las XII Tablas.

Para el Diccionario de la Real Academia Española<sup>2</sup>, Talión se define como: “(del latín *talio, onis*). Pena que consiste en hacer sufrir al delincuente un daño igual al que causó. 2. Ant. Compensación del efecto de una cosa con el efecto opuesto de otra”. “*Pago equivalente por el crimen...del indoeuropeo tal- variante de tel. "pesar"...*” es la significación que también le atribuye Guido Gómez de Silva en su Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española<sup>3</sup>.

No debe descuidarse que en su momento la reacción talional vino a significar un avance en términos del valor justicia. La ubicación temporal de su aparición es algo incierta, de estar a la fuente de información disponible.

El capítulo vinculado con las denominadas teorías de la pena, en términos generales viene a resultar un conjunto de abstracciones de cuño jurisprudencial que por un lado pretende simplemente dar sustento teórico a tan delicada temática y por el otro, resulta para algunos autores un discurso legitimante (Zaffaroni:1990) que se aprecia con sentido crítico, resaltando que a estos tiempos se halla ausente el desarrollo de una dogmática coherente (Ziffer:1996), con el grado de necesaria profundidad como la que se ha producido en torno de la teoría del delito. Advierten que además legitiman la denominada confiscación del conflicto siendo este un

---

<sup>1</sup> editorial Astrea pág. 620.

<sup>2</sup> Madrid 1992, ISBN 84-239-9418-X –tomo II-

<sup>3</sup> Fondo de cultura Económica- México-2006

proceso que en el desarrollo histórico del derecho penal acontece en el siglo XII cuando el conflicto dejó de ser lesión contra la víctima para pasar a ser delito contra el soberano. (Zaffaroni-Alagia-Slokar: 2000:225).

Sin embargo los fines resocializadores que para un sector teórico se destacan como propósito preeminente en la imposición de la pena, han venido a plasmarse en la legislación supranacional de los Derechos Humanos, en un fenómeno que Ferrajoli denomina positivización. Por caso el art. 5, ap.6to. de la Convención Americana de Derechos Humanos, afirma certeramente que: *“las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación de los condenados...”*<sup>4</sup>.

En nuestro derecho interno las leyes de ejecución han receptado ese cometido. La Ley Nacional de Ejecución Penal número 24.260<sup>5</sup> en su artículo 1ro preceptúa que: *“la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad...”*.

En la Provincia de Buenos Aires, la respectiva Ley de Ejecución Penal número 12.256<sup>6</sup> señala en su artículo 4to. que *“el fin último de la presente ley es la adecuada reinserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control...”*.

Prietamente puede afirmarse que la doctrina consultada es conteste en agrupar los conjuntos teóricos como formas absolutas, relativas y mixtas o de la unión.

### **1.1.1. Teoría denominada absoluta**

Para los sostenedores de esta postura, que de alguna manera procede en cuanto a su estructura básica de la clasificación que formulara Antón Bauer<sup>7</sup>, la razón de ser de la pena se basa en que la culpabilidad del autor ha de ser materia de compensación mediante la imposición de un mal. Se razona provocando un mal ante un mal cometido. En este caso no se tienen en cuenta ultra finalidades de la pena sino solo la idea de justicia en la imposición, el que a su vez resulta el valor priorizado en esta perspectiva.

---

<sup>4</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Ed. Astrea; ISBN 950-508-424-2

<sup>5</sup> Dec. Reglamentario nro.1293/00; Carpetas ISBN: 950-9792-09-8

<sup>6</sup> Editorial Lex; ISBN: 950-9076-14-7

<sup>7</sup> promediando el año 1830 (Zaffaroni- Alagia Slokar:2000)

Sostenedores de la talla de Immanuel Kant conformaban la base ideológico filosófica esta idea aportando sustento a la vertiente ética y como otro de los imperativos categóricos. Leyendo su obra *“La metafísica de las costumbres”* del año 1797 (1993) llega a afirmar, en el conocido párrafo de la isla que: *“aún cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ej. decidiera disgregarse y diseminarse por todo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentra en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerarse como cómplice de esta violación pública de la justicia....”*.

Nota: Zaffaroni, Alagia & Slokar (2000:53) atribuyen esa procedencia teórica diciendo en la nota 58: *“la clasificación parece originarse en Bauer, Antón, Die Warnungstheorie, pp.279-273; se repite a partir de Röder, Estudios, p. 42 y ss.; una exposición moderna, aunque incompleta, en Grupp, Stanley E. Theories of Punishment...”*.

El valor justicia es, lo dijimos antes, la base de la legitimación de la pena. La pena que se impone responde a la mentada idea de justicia cuanto produce en el autor, considerado libre para autodeterminarse, un mal que venga a compensar el mal que a su vez ha causado en abuso de su libertad. Esa compensación configura retribución, idea que, pese a recibir serios cuestionamientos, parece, por estos días retomar nuevos bríos aunque con un tono compensatorio marcadamente en función de la lesión de la norma (Schünemann. *“Aporías....”*- sitio InDret).

Jescheck (2003:58) ya se encargaba de precisar los términos para despejar las admoniciones a que dio lugar en su momento el concepto de retribución y es algo que hoy debiera ser tenido en cuenta. *“La retribución fue originariamente una pura reacción frente al delito, cargada de fuertes emociones. Sin embargo, el concepto de retribución ha experimentado un profundo cambio de significado desde la Ilustración en el siglo XVIII. Retribución significa hoy que la pena debe ser equivalente al injusto culpable....”*.

Entre otros reproches se afirmó que esta teoría conlleva a la admisión de la pena de muerte como reacción punitiva, algo claramente ínsito en la perspectiva kantiana. Hegel es otro de los basamentos filosóficos de las teorías absolutas, en la perspectiva que dio en llamarse fundamentación jurídica. Así lo recuerda en nuestro margen el venezolano Keymer Ávila quien acude a Bustos para remarcar el aspecto central del aporte idealista: *“para Hegel la pena es la negación de derecho, cumple sólo un papel restaurador o retributivo y por tanto, según sea el quantum o*

*intensidad de la negación del derecho, así será también el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena, ningún otro factor influye sobre ella...<sup>8</sup>.*

Contra esas teorías absolutas (Bacigalupo: 1999), a las que se le reprocharon utilidades ideológicas para las formas totalitarias, se ha dicho que no poseen fundamento empírico y son, por lo tanto, irracionales. También se afirmó que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito.

Opera a su favor que impide que el condenado sea utilizado para fines preventivos en el sentido de pretender intimidar a la generalidad aplicando penas ejemplares. De esto se deriva, también en tono crítico, que entendidas así las cosas esa pena no estaría necesitada de guardar relación proporcional con la gravedad del hecho que se reprocha.

Anida aquí una idea ya sostenida por Kant (Durán Migliardi: 2011) en la obra citada renglones más arriba<sup>9</sup>.

Los sostenes filosóficos de una y otra postura han evidenciado, a su vez, antagónicas diatribas entre esos autores. Kant en relación al pensamiento de Beccaria decía en su obra ya citada, página 171, que: *“el marqués de Beccaria, por el sentimentalismo compasivo de un humanitarismo afectado (compassibilitas), ha sostenido que toda pena de muerte es ilegal, porque no podría estar contenida en el contrato civil originario...todo esto es sofistería y rabulismo”*

A su vez, Schopenhauer<sup>10</sup>, con dureza y adscribiendo a la idea de penalizar *ne peccetur*, dijo de Kant en su “Die Welt als Wille und Vorstellung” de 1819, página 261, que: *“Sólo la debilidad senil de Kant explica su teoría del derecho, que no es más que un conjunto de errores nacidos unos de otros... es cierto que fuera del Estado no puede darse un derecho penal... Todo derecho a castigar está fundado en la ley positiva, que antes de cometerse el delito le ha señalado una pena cuya amenaza sirve de contramotivo y está encaminada a contrarrestar todos los motivos que puedan conducir a la delincuencia... mas el único fin de la ley es impedir, por la intimidación, el menoscabo de los derechos ajeno.. la ley y su cumplimiento, a saber, la pena, están dirigidos principalmente al futuro y no al pasado...esta es la diferencia entre la pena y la venganza, la última de las cuales está motivada simplemente por el hecho, es decir, por lo pasado como tal...y no puede tener otra intención que la de*

---

<sup>8</sup> Revista Capítulo Criminológico, vol.35 nro.1, pág. 4/44; Venezuela. Instituto de Criminología Lolita Aniyar de Castro, Luz, 2007, fijado también en la revista Iuspenalismo de Matías Bailone.

<sup>9</sup> La obra de Kant a que nos referimos es “La Metafísica de las costumbres”, Editorial Altaya, tr. Adela Cortina Orts del Título original *Metaphysik der Sitten* (1797)- año 1993.- ISBN 84-487-0119-4)

<sup>10</sup> Hay traducción al castellano de la obra de Schopenhauer de Eduardo Ovejero y Maury, como “El mundo como voluntad y como representación” editorial Porrúa, México, año 1983.

*consolarse del mal sufrido con el espectáculo del mal ajeno....Por eso la teoría de Kant, según la pena se establece únicamente para castigar, es contraria a la razón y carece de sólido fundamento...”.*

### **1.1.2. Teorías relativas**

La esencia de estas construcciones radica en concebir la pena en función de obtener determinados fines (Bacigalupo 1999:33 y doctrina unánime), para lo cual esa pena debe responder al valor utilidad.

Cuando se pretende dirigir una intimidación a la generalidad, como una suerte de mensaje de inhibición psicológica hacia quienes no han delinquido, estaremos ante una modalidad concebida como prevención general de la pena.

Si el fin se vincula con el autor del hecho ya cometido, estaremos hablando de la modalidad preventivo especial, que posee como fin evitar que el sujeto vuelva a transgredir las normas penales. En estos casos, resulta de consideración cuanto hemos dicho supra, al aludir a la inserción normativa de esos propósitos, tanto en el orden provincial, nacional e internacional de los Derechos Humanos.

Anselm Ritter von Feuerbach fue quien dio sustento teórico a ese pensamiento (Mir Puig: 2008 y doctrina unánime). Este autor ha pensado las cosas incluyendo fines sociales en sus consideraciones llevando al autor potencial el mensaje contenido en la amenaza tendiente a disuadirlo psicológicamente: ¡abstente de delinquir!

De lo dicho se deriva como corolario lógico, que a mayor entidad de la amenaza, mayor efecto intimidante disuasorio. Christie (1988:41) en breves palabras trasunta un efecto no deseado y claramente extensivo del punitivismo judicial nórdico al decir *“en mi país, innumerables sentencias comienzan con la fórmula: “por razones de prevención general, es necesario aplicar aquí una sanción severa...”.*

Desde la teoría psicoanalítica Freud parece dar razón a esta perspectiva. Resultan en este punto interesantes sus aportes en *“Malestar en la cultura”*<sup>11</sup>. Aborda allí conceptos concitables en este terreno cuando trata del sentimiento de culpa y de la renuncia a las pulsiones que lo prohibido generan en el súper yo. Se genera una suerte de conciencia moral. Señala Freud que una conciencia moral más severa y vigilante es el rasgo característico del hombre virtuoso, y que si los santos se proclaman pecadores no lo harán sin razón considerando las tentaciones de

---

<sup>11</sup> Obras Completas- Editorial Amorrortu-Bs. As.-cap. VII y VIII; volumen XXI; ISBN 978-950-518-597-9

satisfacción pulsional, puesto que la denegación continuada aumenta las tentaciones, por lo que se exponen en forma más elevada.

Ese superyó se desarrollaría a partir de la introyección de las normas emanadas de la autoridad, representando las inhibiciones del instinto características del hombre.

De tal forma educación trae consigo las pautas culturales que anotan de lo prohibido y allí, de la mano de Feuerbach, las normas penales conforman parte de ese tenor cuya función se dice, consiste en disuadir mediante la amenaza.

Nos permitimos, desde lo empírico, dudar de la efectividad de tal correlación. Las investigaciones colectadas en la obra de Ferrajoli han aportado datos que tienden desde lo empírico a demostrar su yerro. En su Derecho y Razón, pág. 439 nota 105 señala que: *“tras las experiencias abolicionistas de los últimos dos siglos, la inutilidad de la pena de muerte como instrumento de prevención puede por lo demás darse por descontada. Tancredi Canónico recuerda que en Toscana, que fue el primer país europeo donde la pena de muerte fue abolida, en los cuatro años siguientes a la abolición de 1786 a 1790, hubo solo cuatro homicidios, mientras que de 1791 a 1796, tras haber sido reintroducida en 1790 la pena capital, los homicidios fueron treinta...”*.

*Lo mismo puede decirse por la experiencia italiana, donde los homicidios durante el veintenio fascista en el que la pena de muerte se reintrodujo...fueron como media más numerosos (2.186 al año entre 1927 y 1947) que en el veintenio a la supresión por la Constitución (1786 al año, entre 1948 y 1970)...”* Las observaciones en la órbita del derecho escandinavo, según Christie (1988:37), cuentan con el ejemplo de Thorsten Sellin quien *“descubrió que la pena de muerte no tenía influencia sobre la tasa de asesinatos en un Estado...”*.

En todo caso, como dijimos en nuestra exposición en el Colegio Nacional Buenos Aires, a propósito del Seminario sobre el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal, media una seria objeción empírica ya que no contamos con una estadística de los disuadidos.

Christie (1988:33) afirma que *“la ideología del tratamiento estaba basada en los conceptos del pensamiento utilitario...”*, luego lanza su escepticismo de raíz empírica al sostener que *“los alegatos de su utilidad no han sido confirmados...”*.

Desde el prisma funcionalista, por estos días, resulta interesante colacionar el modo en que la promovida finalidad de sostenimiento del sistema normativo es reafirmada por Jakobs.

Esta vez la consulta estuvo a nuestra mano, pues el Profesor Esteban Mizrahi –quien participara de nuestras reuniones previas a la elección del tema de investigación- nos aportó su trabajo intitulado “*Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günter Jakobs*”<sup>12</sup>, con el respaldo de la Fundación Konrad Adenauer en Argentina, donde explica su peculiar postura, apoyada en lo que da en llamar cimentación cognitiva.

Sobre una de las fundamentaciones legitimantes del derecho penal con base en la prevención general positiva, Mizrahi conversa entonces en Alemania con Jakobs, quien en la página 47 de ese registro aporta un concepto que remite a ideas de ejercitación de los preceptos normativos: “*la doctrina de la protección de los bienes jurídicos no aporta nada, y por el contrario, no hay que perder de vista que también bajo el nacionalsocialismo estaba en parte aceptada... una cuestión completamente diferente es la que se refiere al derecho penal del enemigo... apunta a lo siguiente: nosotros hemos establecido determinadas instituciones normativas. El canciller de la república. El rector de la universidad. Un profesor. Y también cualquier norma es una institución normativa. La prohibición de matar. Pero también es una institución normativa la persona como portadora de derechos y deberes... se trata de entender que el derecho no es sólo una cosa pensada, sino algo que tiene que ser practicado realmente en la sociedad presente... es lo que yo llamo la fuerza orientadora del derecho... y el derecho no tiene fuerza orientadora simplemente por ser normativo, sino que además necesita lo que yo llamo una cimentación normativa...*”.

Los desconocimientos reiterados son explicados del siguiente modo:

“*si una norma es infringida una y otra vez, nadie confía en la validez de esa norma*”, pero claro que, a partir de esa afirmación, no podrá decirse que esa carencia de reconocimiento se transforme –como opina el antropólogo Ernst Gellner (1999)- en una nueva norma ya que el hecho de que: “*falte la cimentación cognitiva solo significa que uno no puede tomar la norma como orientación. Pero no que la norma como tal deje de tener vigencia...*”.

Finalmente en la página 63 grafica: “*hay que ver que la norma sólo orienta si está cimentada cognitivamente... y después de una transgresión a la norma, es necesario restablecer la cimentación cognitiva...*”

En cuanto a la prevención especial, no es una idea novedosa en los tiempos de Feuerbach. Osvaldo Nilo Thiegui en su Tratado de Criminología (editorial Universidad, año 1989, pág. 43) apunta que Lucio Anneo Séneca (Córdoba 4-65), se

---

<sup>12</sup> Universidad Nacional de La Matanza, 2012. (ISBN 978-987-1635-56-6).

ocupó en su tiempo del delincuente y de la pena. Para el filósofo la pena debía cumplir un fin correctivo, sólo eliminatorio ante la imposibilidad de lograr el primer cometido. Sus obras *De Clementia* y *De Ira*, son ejemplos de su anticipación en la visión correccionalista alejado de cualquier forma de retribución o crueldad.

En los “*Diálogos*”<sup>13</sup>, traducidos por Carmen Codoñer, el cordobés de Roma se adentra en innumerables consideraciones sobre aspectos enteramente subjetivos como la ira, diferenciándola de la iracundia, la cólera. En cuanto a la función del castigo, apoyaba los fundamentos correccionalistas del tipo *ne peccetur* y citando a Platón sostenía “*ningún hombre sensato castiga porque se ha delinquido, sino para que no se delinca; pues el pasado no puede repetirse, el futuro es posible impedirlo...*” (pág. 88).

Y, si de correccionalismo se trata, el Doctor en Derecho y filósofo español, Pedro Dorado Montero, que vivió entre los años 1861 y 1919, ya declamaba en su obra “*Bases para un nuevo derecho penal*” (1973) la necesidad de un derecho penal que aborde la problemática del tratamiento de los delincuentes con signos humanitarios y esencialmente tutelares.

En la página 8, sostenía: “*...la transformación radical que se avecina en las concepciones penales, y tras de ellas en la vida de los hechos exteriores sociales, consiste en el abandono completo de la punición de los delincuentes, y en no emplear nunca con estos sino medidas de protección tutelar.... si el castigo de los delitos es, o puede ser una exigencia del idealismo abstracto y racionante a que se ha hecho referencia anteriormente, la proscripción de todo castigo, y su sustitución por un conveniente tratamiento terapéutico y profiláctico, es a su vez una consecuencia ineluctable del realismo filosófico, es decir, del sometimiento de los fenómenos humanos y sociales a la ley general de causalidad natural; realismo filosófico que, según se ha dicho hace poco, ha empezado a tener gran influjo en las ciencias morales y políticas....lo que se pretende hacer con los delincuentes, y en parte se está ya practicando con ellos en algunos sitios, es conducirse respecto de los mismos de un modo análogo a aquel como se obra bastante generalmente, y sin protesta apenas de nadie, con los débiles, enfermos y necesitados de toda clase, tales como los locos, los alcohólicos, los neurasténicos, los epilépticos, los vagos, los niños abandonados, los miserables, etc.... parte por el notable desarrollo que ha ido adquiriendo el sentimiento de solidaridad, y los con él estrechamente enlazados de humanidad, de fraternidad, de simpatía: parte también, y principalmente acaso, efecto de hallarse extendida la convicción de que todos los individuos de las clases*

---

<sup>13</sup> Publicados por la editorial española Altaya (año 1994-ISBN: 84-487-0119-4).

*citadas se encuentran en su estado presente, no ya por su elección libre y espontánea, sino obedeciendo a causas múltiples de que ellos son instrumentos y víctimas, ninguna persona de cierto desarrollo intelectual considera que haya de aplicársele un castigo, del cual se hayan hecho merecedores....esto es afligir al afligido, echar leña al fuego, y amontonar, por consiguiente, injusticia sobre injusticia...”.*

En la década del 1960 la prevención especial, podemos decir, recibió el aporte de otros saberes. Los conocimientos pedagógicos-sociales remarcaron el concepto de resocialización (Garland: 2005 en referencia a Gran Bretaña y Estados Unidos). Se sumó a ello la idea de corresponsabilidad de la sociedad en el fenómeno delictual con abandono del causalismo antropológico y biológico del estilo Ferri-Lombroso.

La ejecución penal entonces ha de basarse en definitiva en la propósitos de tratamiento (Bacigalupo: 1999:36 y doctrina unánime).

Queda claro que tanto la prevención general como la especial, encuentran subdivisiones positivas y negativas (Zaffaroni-Slokar- Alagia, 2005:39/48).

La prevención general negativa establece que la pena se halla dirigida a quienes no delinquieron y para que, además, no lo vuelvan a hacer en el futuro. Quienes la hayan padecido operarían como efecto expansivo en lo que configura la intimidación. (Zaffaroni-Alagia-Slokar 2000: 39/40).

Zaffaroni es a su vez, una voz crítica de estas teorías, dudando de su eficacia y sugiriendo también el logro del efecto contrario. Ya en el Manual de Derecho Penal, Parte General<sup>14</sup>, escrito junto a Alagia y Slokar, Zaffaroni en la pág. 40 duda de la eficacia de la intimidación y dice: *“desde la realidad social, puede observarse que la criminalización ejemplarizante –al menos respecto del grueso de la delincuencia criminalizada (delitos con finalidad lucrativa)-, siempre recaería sobre algunas personas vulnerables y respecto de los delitos que estas suelen cometer. Pero tampoco esto sería eficaz, porque incluso entre las personas vulnerables y para sus propios delitos burdos y específicos, la criminalización secundaria juega de modo inverso a la habilidad. Una criminalización que selecciona las obras toscas no ejemplariza disuadiendo del delito, sino de la torpeza de su ejecución, pues si no hay cambio de las constantes sociales dominantes, impulsa el perfeccionamiento criminal al establecer un mayor nivel de elaboración delictiva. El desvalor no recae sobre la acción por su lesividad, sino por su torpeza; no refuerza una pauta ética sino un perfeccionamiento tecnológico...”.*

---

<sup>14</sup> Ed. Ediar.

En la faz práctica la repercusión se orienta a la elevación de las escalas penales precisamente para lograr el cometido de la intensificación de la intimidación. A mayor intimidación, mayor disuasión. Tal es el eje de esas ideas.

La prevención general positiva busca por caminos alternativos a la amenaza tratando de reforzar la confianza en el orden social. La particular visión sobre este punto de (Zaffaroni-Alagia-Slokar 2000:43) se refleja cuando dicen: “...*constituye un fuerte sinceramiento acerca de la función de la pena y por eso es la única posición que demuestra no ignorar completamente la realidad social: la pena no sirve pero debe hacerse creer que sí lo hace para el bien de la sociedad...*”.

Añaden los autores citados que delitos como los denominados de *cuello blanco* no serían alcanzados por el efecto de consenso de la opinión pública en tanto no se perciben como conflictos delictivos.

De ahí que esa modalidad sólo opere con la criminalización del más torpe que facilita la legitimación de los operadores políticos que falsean la realidad con la colaboración de los comunicadores. Sobre las opiniones críticas y a la incidencia nociva de los medios masivos de comunicación pueden sumarse las consideraciones igualmente denostativas de Zaffaroni (1996:100 y 141).

La prevención especial positiva conceptualmente tiende al mejoramiento de los transgresores. Aún cuando contra esta idea se alzan las conclusiones que desde la ciencia social demuestran que el efecto en rigor, es deteriorante de allí que no se puedan afirmar como posibles los pretendidos logros de mejoramiento.

Los propósitos resocializadores, enraizados en principios de respeto a la dignidad humana poseen, como hemos señalado antes en este relevamiento, repercusión legislativa de orden provincial y nacional tanto como la derivada de los organismos internacionales de Derechos Humanos. Ello ha llevado, en las prácticas del Poder Judicial, a enfatizar un mayor control (mas allá del judicializado), de los lugares de detención de personas, como por caso ha sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por parte de los distintos operadores del sistema, esto es, la Defensa Oficial, los representantes del Ministerio Público Fiscal y los Jueces.

En cuanto al sistema de visitas de cárceles y comisarías precisamente, la SCBA con base en lo dispuesto en el artículo 32 inciso “s” de la Ley 5828, ha actualizado la normativa tendiente a optimizar las visitas penitenciarias y a los restantes lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires. Se trata del acuerdo nro. 3415 del 22-12-08 por la que se propone adecuar el sistema de visitas a los estándares internacionales, por caso, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de

Reclusos de Naciones Unidas. También tuvo por fundamento la Resolución 250/07 dictada el 19 de diciembre de 2007 en el marco de la causa P. 83.909 “Verbitsky, Horacio –representante del Centro de Estudios Legales y Sociales- Habeas Corpus. Rec. de Casación. Recursos extraordinarios de nulidad e Inaplicabilidad de Ley”.

Los críticos de estas teorías sostienen que se llega a visualizar la pena como un bien para quien la cumple y parafraseando a Zaffaroni, se aplica entonces un benéfico remedio social por medio de la pena. Variadas objeciones, se erigieron contra esta concepción yendo desde la imposición coactiva del tratamiento, la generación de valoraciones sobre hipotéticos comportamientos futuros –dejando de lado el criterio de culpabilidad por el hecho-, entre otras. (Righi, 2001).

Por su parte la prevención especial en su faz negativa, tienen por objetivo según Luigi Ferrajoli (1997) asignar a la pena una función precisamente negativa tendiente a que el reo sea eliminado, de un modo u otro, neutralizado.

El autor italiano es en general reacio a aceptar las consecuencias de las formas de prevención. En la pág. 406 Ferrajoli esboza críticas a las finalidades de prevención general cuando se dosifican las sanciones. *“Dentro de un sistema garantista la función judicial no puede tener otros fines que la justicia del caso concreto, el juez no puede proponerse finalidades de prevención general que harían de cada una de sus condenas una sentencia ejemplar...”*.

También incluye objeciones acerca de la prevención especial al decir:

*“Más problemática es la valoración del futuro referida a la persona del condenado. A este propósito, la única consideración admitida –convergente con el principio equitativo de la indulgencia- me parece la de que cuanto mayor sea la pena tanto más se consolidará la exclusión del condenado de la sociedad y se reforzará su identidad desviada. Pero ésta es una consideración general que debe presidir no sólo las opciones del juez sino antes aún las del legislador...”*.

En cuanto a la pena de muerte, indudablemente que miradas las cosas desde el plano de las regulaciones internacionales que tratan la materia, ese propósito aparece como antagónico y frontalmente colisionante con los presupuestos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana, en ambos casos en sus artículos 1°.

Esa confrontación incluye, desde ya, la pregonada eliminación de la pena de muerte que esos mismos instrumentos regulan. Así por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 4° al tratar del Derecho a la vida en su inciso 3 especifica: *“No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido...”*.

Hemos indicado renglones más arriba que la teorización llevada a cabo con las penas del derecho criminal no ha estado ajena a cuestionamientos. Se puede constatar que en nuestro ámbito interno, es Eugenio Raúl Zaffaroni el autor más prominente entre quienes las estiman justificadoras de una irracionalidad. Junto a Alagia y Slokar (2000:53), en un excursus formulan consideraciones sobre el conjunto de estas teorías bajo la óptica de evidente tenor crítico, nominando a estos modelos como legitimantes del poder punitivo. La sociedad a la que, en general y con variadas denominaciones, dicen defender, importa la adscripción a una concepción organicista de la misma, según la apreciación de estos autores.

En el derecho Italiano el desaparecido cultor de la Criminología crítica, Alessandro Baratta (1985) y más recientemente Luigi Ferrajoli (1997; 2011), son también mentores de la crítica en un camino intermedio al que caracteriza al denominado abolicionismo del estilo Louk Hulsman y Bernat de Celis o el más radical de Max Stirner<sup>15</sup>. Incluso al de Nils Christie y su impronta moralista (1988). Precisamente por ello, a la reseña que venimos realizando, entiendo que no es ajena la crítica que a la pena (y al Derecho Penal todo) le dirige el movimiento denominado abolicionista.

Existen diferentes formas de abolicionismo (Zaffaroni 1990) con una visión ora racionalista, ora positivista, ora cristiana. Hulsman por ejemplo atendiendo a la creciente inutilidad para resolver conflictos por parte del sistema penal propone su directa abolición. Critica esta postura Ferrajoli (1997) quien reprocha falta de propuestas de reemplazo. Otros, siguiendo ese camino entienden que debe acudir a otras instancias de solución de conflictos con base en recientes aportes de la investigación sociológica. En este último caso, puede recordarse a Elena Larrauri quien con su "*Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista*"<sup>16</sup>: ha sido una de las figuras más notorias de la representación teórica europea del abolicionismo.

Desde el derecho escandinavo, otro autor refractario es Nils Christie (1992) con crítica acérrima a las fórmulas de prevención especial, en particular a las rehabilitaciones.

Y más allá de los aportes probatorios demostrativos del fracaso de propósitos resocializadores que proceden de la sociología, ha sido en nuestro ámbito, y desde la psicología desde donde se hizo notar que la prisión genera una patología con

---

<sup>15</sup> Max Stirner en "Der Einzige und sein Eigentum" (1884), traducción al castellano de P. González Blanco: "El único y su propiedad", La España Moderna, Madrid, 1904; reeditada por Orbis, Barcelona, 1885.

<sup>16</sup> En Poder y Control, 3, 1987 páginas 95 y ss.

signos de regresión. Esa fue la conclusión de Mariano F. Castex y Ana M. Cabanillas<sup>17</sup>.

Sin dudas, es éste otro de los tópicos de importantes contenidos, de abordajes multifacéticos, que por exceder el cometido de nuestro trabajo, habremos de postularlo como hipótesis investigable alternativa.

Para finalizar este tópico, la precisión de los alcances de esta posición aparece a nuestro juicio, adecuadamente delimitado de otras formas de cuestionamiento del ejercicio del ius puniendi en la obra de Ferrajoli.

En la página 248 de su citada obra, dice: *“Considero abolicionistas sólo aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el derecho penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque considera ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social. Por el contrario son sustitucionistas, aquellas doctrinas criminológicas, a veces libertarias y humanitarias en su intención, pero convergentes en la práctica con el correccionalismo positivista, que bajo el programa de la “abolición de la pena” proponen en realidad la sustitución de la forma penal de la acción punitiva por “tratamientos” pedagógicos o terapéuticos de tipo informal, pero siempre institucional y coercitivo y no meramente social...”*.

En *Principia Iuris* (2011), hace muy poco tiempo según podemos apreciar, Ferrajoli embate contra la causa principal de las falencias que en definitiva, convergen también en la cuestión de la pena. En la página 360 de su tratado axiomático, es contundentemente severo al decir: *“es obvio que las responsabilidades de la crisis corresponden, ante todo, a la política, que en esta materia ha sido siempre coyuntural, incapaz de leer cambios sociales y sólo capaz de un uso demagógico del derecho penal como sustitutivo simbólico de su incapacidad de afrontar los problemas –de la droga a la inmigración y la seguridad misma- de otro modo que no sea exorcizarlos, precisamente, con la penalización...”*.

Por supuesto, la cultura penalista no escapa a este cuestionamiento, pero ello, en su análisis excede el cometido de la investigación. Por lo cual también formará parte de los senderos investigables alternativos que resulten de este trabajo, conforme hemos señalado en la Introducción al informe final.

---

<sup>17</sup> En “Apuntes para una psicopsicología carcelaria; Multicop., Bs. As., 1986.

### 1.1.3. Las teorías denominadas mixtas

También llamadas de la unión (Roxin: 1997). Se proponen una suerte de síntesis de las dos anteriores. Aquí la pena mantiene su carácter retributivo pero se añaden criterios de prevención. La pena –señala Riquert (1998) en nuestro medio-, debe responder a la idea de justicia y de utilidad. Se asignan funciones según las etapas por las que atraviesa el proceso. El primer paso –cuando no se ha cometido ilícito penal alguno- la ley opera como amenaza tendiente a la disuasión, como coacción psíquica, procurando la evitación de la infracción. En el segundo, al dosificarse la sanción juega el criterio que hace operativo el principio de culpabilidad (Bacigalupo: 1999). Y finalmente, en la fase ejecutiva, es aplicable la denominada prevención especial orientada a la enmienda o resocialización. Según he indicado en otro pasaje de este trabajo, es en este segmento donde las normas supranacionales (por caso el art. 5, ap. 6 CADH), y las locales regulan la temática de la ejecución (Ley Nacional 24.260 y en la PBA, la ley 12.256).

Fuera de nuestro ámbito doctrinario, en el Derecho Penal Alemán, sobre las denominadas teorías de la unión Jescheck (2003:66/67) explica que: *“....la prevención general y la retribución justa se unen en la experiencia de que sólo la pena limitada hacia arriba por la medida de la culpabilidad opera intimidatoriamente y en sentido pedagógico social; así, la retribución no se entiende nunca como mera humillación del reo, sino siempre como una intervención, lo más moderada posible, que debe reconciliar al delincuente con la comunidad mediante la adecuada compensación de su culpabilidad...cabe reducir el marco primitivo trazado por el grado de culpabilidad, pero sin que la pena llegue a perder su relación con esa culpabilidad que constituye su fundamento...Por el contrario la pena merecida conforme al grado de culpabilidad nunca puede ser agravada atendiendo a razones de prevención general o especial....”*

Ya desde nuestra introducción al informe final, hemos remarcado que en la búsqueda de material íbamos a priorizar la producción del margen latino. Ello no sólo vinculado al que hacer doctrinario y positivo legal, sino también a los esfuerzos investigativos y académicos. En este punto, un trabajo reciente ha abordado en forma exhaustiva el vasto campo de las teorizaciones, con referencia incluso, a las producciones más novedosas.

Flor de María Madelaine Poma Valdivieso presentó en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos -Perú-, durante el año 2013, su trabajo de Maestría intitulado *“Individualización judicial de la pena y su relación con la libertad y el debido*

*proceso a la luz de la jurisprudencia en materia penal en las salas penales para reos en cárcel del distrito judicial de Lima*<sup>18</sup>.

Luego de formular una reseña análoga a la pesquisada en este trabajo, con abordaje de los tramos procesales del derecho peruano, añade una concepción reciente y de algún modo refleja orientaciones novedosas en el plano teórico que algunos ya rotulan como posturas “neo”.

Así, en la página 124 al aludir a la Teoría de la Retribución Funcional de la pena sostiene que *“El representante de esta teoría de la pena es Heiko Lesh, discípulo del maestro de Bonn Günther Jakobs. A lo largo de su trabajo titulado “La función de la pena” publicado en el 2000 realiza una exposición detallada y crítica de las diversas teorías de la pena postuladas hasta la actualidad. No obstante, Lesh resalta la teoría postulada por prevención general positiva del funcionalismo sistémico cuyos orígenes se encuentran en la teoría de la pena de Hegel.*

*De esta manera, Lesh postula una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad superando así la confrontación entre las teorías absolutas y relativas, unificando fundamento y fin, alcanzando no sólo una dimensión dialéctica-hegeliana sino también una dimensión práctica utilitarista.*

*De ahí que la finalidad postulada sea el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social: de la identidad normativa de la sociedad. Por tanto, el autor del hecho delictivo responde estrictamente por su culpabilidad, y ésta última se ubica en la alteración del orden establecido...”*

Por su parte el Juez de Menores del Departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires, Doctor Raúl Elhart<sup>19</sup>, uno de los pocos magistrados dispuestos a la consulta y la consideración de tan importante tema –decimos esto por lo que ya hemos anotado en nuestra Introducción sobre la apatía judicial- al ser llamado mostró una disposición generosa y un particular compromiso con la temática.

Su trabajo es sin dudas una de las labores académicas que se añaden al total del material logrado y que constituye, para los alumnos integrantes del grupo otro ejemplo investigativo. En el caso puntual de Elhart hemos obtenido bastante más que una entrevista, ya que puso a nuestra disposición su tesis doctoral que lleva por título *“Individualización judicial de la pena en el derecho argentino”*. La misma es también reciente ya que fue impresa en junio del año 2012 y en la misma

---

<sup>18</sup> [www.unmsm.edu.pe](http://www.unmsm.edu.pe), visualizado en febrero de 2015.

<sup>19</sup> rauldok@yahoo.es

se ha propuesto echar vista de los moldes normativos que pueden, o no, respaldar positivamente cada esbozo teórico.

En esta tesis, no sólo se abordan las teorías justificantes de la pena y el sistema concretamente argentino de dosificación, sino que involucra un tema de suma importancia –sobre el que volveremos más adelante- y que se vincula, como también surge de la entrevista al Juez Pont Vergés –ver Anexo-, al punto de ingreso en la graduación de la pena.

Se aprecia en el mismo una tarea interesante cual es la de establecer la existencia o no de normas legales que adscriban a las posturas de prevencionistas.

Así, enmarca su postura diciendo: *“He afirmado que en la medición de la pena tallan (del modo explicado en el punto anterior) el grado de culpabilidad por el hecho y las necesidades de prevención (la última categoría sólo como disminuyente). Pero esta afirmación no puede ser aceptada si no se encuentra amparada por normativa legal que así lo admita y además por el respaldo de argumentos racionales que tengan coherencia con los principios del derecho penal liberal respetuoso de los derechos humanos...”*.

Puede notarse que Elhart en cuanto a la prevención especial, admite su empleo pro reo y sostiene que esa es la tónica con que se regula el principio en la Ley de Ejecución provincial número 12256.

Sobre la prevención general concluye: *“la prevención general negativa, o intimidatoria (modelo de Feuerbach), no tiene recepción de derecho positivo a fin de, en sede judicial, medir la pena a imponer en caso concreto. No puede negarse que el legislador al momento de fijar los parámetros de las escalas penales tiene en cuenta los montos a aplicar como amenaza a los ciudadanos o habitantes, pero este concepto no tiene admisión de derecho positivo en nuestro país a fin de calibrar judicialmente la pena, por lo que cabe descartar su aplicación a casos concretos...”*.

## **1.2. Las concretas teorías individualizadoras**

Cuando se discrimina acerca de las teorizaciones que en rigor legitiman la pena según el detalle brevemente visto, debe quedar en claro que esas premisas no necesariamente deben asociarse o añadirse con incidencia argumental y pragmática en torno de los otros esquemas teóricos que fundamentan la individualización punitiva stricto sensu, como los que detallaremos.

Es necesario precisar que la interrelación entre ambos campos debe eliminar los extremos críticos a que han dado lugar con mengua y afectación de principios

garantísticos. De ahí las denunciadas aporías. Si no se toma en cuenta la necesaria depuración que entendemos menester, han de primar en la praxis nocivas consecuencias; así entonces llegar siquiera a pensar en cuantificar de la mano de las teorías absolutas de la advertencia punitiva puede habilitar discursos de expansión cuantitativa con ingredientes fundacionales ajenos a la concreta tarea de medir. Medir, precisamente, debe contabilizar circunstancias existenciales de suma y resta tomadas del hecho que materializa la imputación *in genere*, esa “axiología matemática” ya contiene los presupuestos que se piensan en aras de fundamentar la legitimidad estatal y su instrumento sancionatorio penal. Debe simplemente “pesar” las consabidas circunstancias, circunscriptas en su legal procedencia al *factum* ilícito. Sumos recaudos deben tenerse incluso de la prevención especial, idea esta que guarda coincidencia con la postulación de Horn (Ziffer:1996) cuando concluyó que “*es incorrecta la suposición de que la decisión acerca de la ejecución tiene algo que ver con la culpabilidad...*”.

Y ciertamente que lo es. Penar –individualizar sanción- con el baremo teórico de la prevención especial es un salto al vacío que demanda, del juzgador, cualidades adivinatorias.

Nadie ha trasladado seriamente –decimos, con respaldo científico- esas afirmaciones al concreto plano de los números y las proporciones de esas magnitudes. Sólo aquellos que pretendan ensayarlos con el recurso a registros estadísticos, podrán arriesgar cifras, las que a más de imprecisas han de basarse en experiencias colectivas siempre ajenas al condenado individual y con afectación del principio de culpabilidad.

Siquiera ha sido dicho, desde Séneca hasta nuestros días, cómo en el mejor de los casos con designios pro reo, se trasladan a las cifras concretas las indulgencias derivadas de la reconocida nocividad del encierro carcelario.

Debe discriminarse que la culpabilidad desde la perspectiva retribucionista (necesariamente actualizada en su sentido según Jescheck y descargado del antiquísimo contenido expiatorio y talional) es de la esfera del sujeto de imputación y su hecho. Las prevenciones, en cambio, atañen a los propósitos estatales de dotar de utilidad al castigo por imperativos que por estos tiempos, se hallan –afortunadamente- arraigados en el respeto a la dignidad humana.

Nos hemos ido convenciendo –y diremos más en Legitimar y Graduar- que las prevenciones no le “pertenecen al sujeto” y sólo los contenidos de esas pertenencias, pueden ser objeto o el material a “pesar” en la tarea de una medición punitiva válida. Desde este concepto que podemos denominar “axiología de las

pertenencias” es que puede evitarse el cargar en los hombros del sometido a proceso, los desajustes de las aporías y las antinomias que se teorizan desde el interés estatal.

Sin embargo esta “aporía” ya fue materia de advertencia: *“Es necesario evitar que el concepto de culpabilidad por el hecho se conciba a partir de los fines de la pena o que éstos contribuyan a conformar su contenido.”* (Maurach:1994:719) Ésa debe ser la delimitación acorde a propósitos de racionalidad y más allá de eventuales contradicciones del autor que se avizoran en la página 694.

El fracaso declamado de las formas de prevención mueve sin dudas –como lo advierte Schünemann (óp. cit. Indret)- a mirar las cosas desde los presupuestos de las teorizaciones absolutas. Pero aún aceptando ese estado de cosas de la mano de aportes empíricos -lo que controvierte las positivizaciones convencionales acontecidas- no creemos que el camino adecuado, incluso en nuestra región, lo sea por el retorno al idealismo hegeliano. Si hemos de considerar esa posibilidad en Latinoamérica, proponemos que al menos construyamos conceptos desde nuestras realidades. Nuestra onticidad es sin dudas, diversa.

Recorramos prietamente ahora este otro terreno. El de la teorización de la medición o individualización.

Tanto en la obra de Ziffer (1996) como en la investigación de Mario Durán Migliardi de la Universidad de Atacama, República de Chile (a la que nos referiremos más adelante) se exhiben en forma coincidente en los aspectos generales, estas creaciones u opciones nacidas de la labor pretoriana.

### **1.2.1. Teoría del ámbito de juego**

Admite un marco, no una pena puntual un mínimo ya adecuado y un máximo todavía adecuado. La pretensión puntual es tenida por inverosímil. Aquí se vigorizan los fines preventivos, en particular los de prevención especial (Mir Puig: 2008 *et al*).

Es producto de la jurisprudencia alemana. Se le critica la falta de límites de ese marco y resulta muy discrecional. Precisamente sobre ese punto Maurach (1994) atribuyó al Supremo Tribunal Federal la creación de la *Teoría del margen de libertad* por al que entiende que los *“fundamentos básicos de la medición judicial de la pena son la gravedad del hecho en su significación para el ordenamiento jurídico infringido y el grado de la culpabilidad personal del autor. Mediante la consideración y la ponderación recíproca de estos puntos de vista, el juez debe encontrar la pena justa, es decir, la más adecuada a la culpabilidad...”*.

### **1.2.2. Teoría de la pena puntual**

Es opuesta a la anterior, ya que la pena es una y fija. La culpabilidad se considera un fenómeno metafísico y por ello no es posible averiguar una medida de la pena determinada matemáticamente. La pena debe ceñirse a la culpabilidad del sujeto, sin atender a otros fines que no sean retributivos.

Bruns –evoca Ziffer (1996)- dice: *“solamente existe una pena adecuada a la culpabilidad, solo que nuestro conocimiento no está en situación de fijarla con seguridad”*.

Algunos hablan de similitudes entre ambas teorías. Jescheck (2003) señala que *“el acto de la 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 otros fines penales”*.

Mir Puig (2008) entiende al respecto que se trata de una postura *retribucionista*, que considera que es posible determinar el punto exacto de la pena que corresponde a lo merecido por el delincuente.

También anuncia los pasos más recientes al entender que se exhibe hoy mayor acogida otros planteamientos que buscan *“un mayor equilibrio entre la función preventiva de la pena y la necesidad de limitarla en base a la proporcionalidad con la gravedad del injusto y la culpabilidad de su autor. En esta línea destacan la “teoría del espacio de juego” (Spielraumtheorie) y la “teoría del valor posicional” (Stellungswerttheorie)”*.

### **1.2.3. Teoría del valor relativo**

En este caso, se debe determinar el valor de cada uno de los fines de la pena en relación con cada etapa del proceso de determinación de la pena. Sostiene criterios retributivos como la gravedad del hecho. Para hacerlo no entra en consideración ningún tipo de reflexión orientada a la prevención y la culpabilidad queda fija en un punto dentro del marco. La prevención sólo será relevante en una segunda etapa en la que se toma la decisión sobre la clase de pena y el modo de ejecución en las cuales deben estar ausentes consideraciones retributivas o de culpabilidad. Aquí reaparece Horn citado renglones más arriba: *“Es incorrecta la suposición de que la decisión acerca de la ejecución tiene algo que ver con la culpabilidad”*.

La crítica que recibe esta teoría –expone Ziffer- es que es contraria al artículo 46 del Código Penal Alemán, pues esa norma ordena al juez tomar en cuenta al fijar la pena “las consecuencias para la vida futura del autor” por prevención especial.

Roxin en *“Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal”*<sup>20</sup> destaca un aspecto relevante de esta opción teórica, y es que culpabilidad y prevención constituyen grados sucesivos e independientes de la fijación e individualización de la pena. *“creo haber demostrado –dice- que la ley –se refiere al art. 46 del CP Alemán- normalmente obliga a tener en cuenta las necesidades preventivas en el marco del ámbito de la culpabilidad, pero es que el art. 46, párr. 1ro., sec. 2ª, StGB, permite excepcionalmente imponer una pena inferior a la correspondiente al grado de culpabilidad, hasta el límite de lo indispensable para la “defensa del ordenamiento jurídico”, cuando la imposición de una pena correspondiente a la culpabilidad pueda tener un efecto claramente contrario a la socialización...podrá conseguirse una solución a la antinomia de los fines de la pena que sea igualmente vinculante para los teóricos de la retribución y para los prevencionista”.*

Roxin rescata la teoría del “valor de empleo” originada en Henkel y reelaborada por Horn, y la entiende como solución de la antinomia de los fines de la pena que pretende tener en cuenta tanto el punto de vista de retribución de la culpabilidad como el de la prevención, *“pero atribuyendo a cada uno un valor de empleo en la ley completamente diferente, con abstracción de todo criterio preventivo”*, únicamente conforme al grado de culpabilidad.

Todas las edificaciones teóricas que tratan de la pena en general conducen inevitablemente, como lo enfatiza Schünemann (óp. cit. InDret), a la verificación de un conjunto de aporías sobre las cuales aún hoy, media el disenso.

Sin embargo, para Mir Puig (2008) esta propuesta es apta tanto para involucrar aspectos sólo retributivos como de prevención general en términos de limitación de la proporcionalidad de la pena.

**Adenda:** charla vía Skype con Eduardo Demetrio Crespo

En el decurso de la investigación logramos contactarnos vía Skype con el jurista español Eduardo Demetrio Crespo, de cita en este informe en variadas ocasiones. En lo que sigue dejaremos anotadas las principales apreciaciones e intercambios que pudimos realizar<sup>21</sup>. Las demarcaremos como breves anotaciones dado el amplio espacio sonoro y las dificultades de plasmar íntegramente ese

<sup>20</sup> tr. De Muñoz Conde- ed. Reus- año 1981.

<sup>21</sup> Imagen y audio completos en Anexo.

contenido el que será registrado en el Anexo. Hacemos notar que, cuando el entrevistado se refiere a "I.J.P.", lo hace en el sentido de aludir a individualización judicial de la pena, del mismo modo en sus escritos reseñados.

*"La (teoría) olvidada del derecho penal es la individualización judicial de la pena... y la menos estudiada... allí confluye todo, la filosofía penal, la aritmética penal, la legislación... En referencia al Anteproyecto de reforma del código argentino y la posibilidad de ir por debajo de los montos mínimos, me ha parecido una decisión político criminal interesante ya desde el problema de la culpabilidad y desde la determinación legal..."*

Sobre la prevención especial dijo que solo la forma de prevención especial positiva es un factor a considerar en la dosificación de la pena...aún cuando va en contra de la proposición de los neoretribucionistas que ha venido creciendo en los últimos tiempos como v. Hirsch, con quien tiene fluido vínculo. Sobre estos temas tiene pensada una revisión.

Habló de su adhesión a un derecho penal mínimo y a su perspectiva metodológica... *"la legitimación fundante del castigo en su generalidad y la legitimación en concreto... es un problema... al que nos enfrentamos en la I.J.P..."*

*"Hay argumentos de peso para excluir la valoración de otros fines como los prevención general ya sea positiva o negativa al medir la sanción..."*

*"Habrá que diferenciar en torno de la culpabilidad si son lo mismo la culpabilidad como concepto general y la que corresponde tener en cuenta en la I.J.P., donde -a lo mejor- podemos considerar algunos factores de personalidad que allá en el concepto general no se puede por contravenir la idea de culpabilidad por el hecho..."*

*"Si como vosotros estáis proyectando el empleo de las matemáticas y lo que puedan aportar aun cuando sea como dato aproximado... pues será bienvenida... porque puede aportar algo más de racionalización..."*

### **1.3. El garantismo: marco teórico constitucional de inserción**

Para aludir reducidamente a este tópico el análisis axiomático-garantístico de Ferrajoli –diverso del aforístico-semiótico de Wittgenstein-, tanto en *Derecho y Razón* como en *Principia Iuris*, ofrece un marco conceptual apto para dejar en claro la idea. También la individualización punitiva se halla integrada a ese conjunto de proposiciones que entre otros servicios que presta al Estado de Derecho, permite

inobjetablemente predicar que la pena participa de todas esas ordenadas premisas que conforman las garantías penales y las procesales.

Así entonces, no hay pena sin crimen, no hay crimen sin ley, no hay ley penal sin necesidad, no hay necesidad sin daño, no hay daño sin acción, no hay acción sin culpa, no hay culpa sin juicio, no hay juicio sin acusación, no hay acusación sin pruebas, no hay prueba sin defensa: aporte contradictorio de las partes en contienda de iguales.

Toda la concepción garantista de Ferrajoli, se halla ligada como anunciamos, a un marco constitucional, de naturaleza preferentemente rígida, según se ha encargado de re enfatizar en sus *Principia Iuris* (2011).

### **1.3.1. La peculiar disputa Nino-Zaffaroni**

En nuestro ámbito, medió oportunamente una disputa académica entre dos grandes juristas como Carlos Santiago Nino y Eugenio Raúl Zaffaroni.

La reproducción de esa apasionante confrontación, se halla en el blog del jurista Alberto Bovino en el sitio [www.uns.edu.ar](http://www.uns.edu.ar) y también ha sido recogido por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) en las fichas denominadas *Un debate sobre la pena*.

Inicialmente los acontecimientos bibliográficos tienen su punto de partida con la publicación de Zaffaroni de su libro *“En busca de las penas perdidas”* (Ediar, 1989). Las objeciones (y algunos elogios) no se hicieron esperar y Nino elabora su obra *“La huída frente a las penas”*.

No será el caso aquí de la reedición a la letra de esos interesantes intercambios, pero sí hemos de resaltar que el motivo central lo fue mostrar las distintas visiones sobre las llamadas Teorías de la Pena, en lo que configuró algo así, como la exhibición de las aporías en el plano local y el determinar qué funciones han de cumplir las penas en el Derecho Penal Contemporáneo.

Nino comienza describiendo la visión deslegitimante del sistema penal que concibe Zaffaroni, fundamentalmente en los países subdesarrollados, ya que éste provoca más violencia que la que previenen. También refiere de su opción por un derecho penal mínimo.

De seguido, Nino formula una lista de elementos críticos de análisis que van desde la función de las fuerzas de seguridad, pasando por los “aspectos aberrantes” del procedimiento penal, las deficiencias del servicio de defensa jurídica gratuita, la

discrecionalidad y las sospechas de corrupción, hasta la dramática situación carcelaria.

Las discrepancias asoman en tanto los males que genera el sistema parecieran de imposible solución y que *“el sistema no tiene una capacidad para prevenir otros males, de modo que, si los anteriores se atenuaran, esa capacidad podría legitimar al sistema...”*.

Nino cree que la amenaza de pena es efectiva en muchos casos y ello se deriva de una percepción de sentido común. Algunos pueden ser disuadidos y eso revela alguna eficacia del sistema.

La pena es un medio eficaz de protección social, pero sobre la base del consentimiento de la persona, no sobre concepciones contractualistas.

Debe repararse en torno de la labor dogmática, que ésta no puede ser el resultado de postulaciones valorativas que carezcan de discusión abierta y democrática.

El abolicionismo a alcanzar, implica para Nino el riesgo de que se recurra a medios aún más violentos para disciplinar la sociedad.

Antes que un derecho penal mínimo, propone una reforma de la legislación penal que reprima sólo las graves afectaciones a terceros; que se adopten medidas alternativas que las de prisión o menos cruentas.

La marginalidad de nuestros sistemas penales, responde Zaffaroni, que obedece a nuestras sociedades son mas estratificadas, que por ende son más corruptas y violentas en el sentido de su reproducción.

El ex integrante de la Suprema Corte de Justicia Nación, pone énfasis en la falta de verificación del efecto preventivo general de la pena en ninguna de sus dos variantes. Y en cuanto a los males del sistema no sostiene la imposibilidad de evitar sus males sino que antes bien, estima que se los puede reducir ya que la inevitabilidad se debe a que son estructurales.

Sobre su concepción de la pena en general afirma *“Debo insistir en que no soy abolicionista, sino agnóstico respecto del sistema penal, porque no sé qué pasará en un modelo de sociedad diferente y futura que no puedo imaginar. No hay prueba en la historia que me permita creer en un sistema penal que no sea selectivo ni violento, pero tampoco negar la posibilidad de la utopía”*.

Su concepto de vulnerabilidad pretende dejar en claro que la legitimación de la pena sobre el más torpe es inmoral pues se establece para llevar tranquilidad al resto y dar falsa sensación de seguridad.

De aquí en más, las divergencias, cuya mención obviaremos, se hallan referidas a las posibilidades de medición de los efectos preventivos de la pena y a las posibilidades de contralor del ejercicio del *ius puniendi*.

Sin dudas, los contrapuntos reflejan tomas de posiciones antagónicas sobre la real eficacia disuasoria de la pena –aspecto este central en el análisis teórico que intentamos reflejar- y en la utilidad de tal instrumento en sociedades como la nuestra.

#### **1.4. La Investigación Académica**

Es nuestra convicción que en estos tiempos, la actividad de las agencias propulsoras del saber, en particular las Universidades, tienen un rol preponderante en el avance de modelos académicos que incluyan entre sus cometidos precisamente, los de incentivar las actividades de investigación, con inclusión de alumnos, a fin de que vayan haciendo sus primeras armas en estos necesarios senderos.

Durante el año 2012 les fue propuesta a las autoridades de la UNLaM la idea de llevar adelante un proyecto intitulado “Una búsqueda de principios dogmáticos para la determinación de la pena” integrado por alumnos y docentes.

Así nació el Proyecto C2DER-005 Programa Cytma2 de la SECyT de la Universidad Nacional de La Matanza. En su decurso fuimos dando pasos que a la vez fuimos anunciando y ofreciendo algunos de sus detalles a la discusión académica. Ello sin perjuicio de la continuidad de otros tramos de investigación. Ejemplo de ello lo fue la presentación del proyecto en la Primera Jornada de Investigación Interdepartamental, llevada a cabo en la sede de la UNLaM, en fecha 15 de septiembre, ocasión en la que participamos tanto en la coordinación de una de sus mesas (nro. 14) como en la exposición de nuestro trabajo, cometido que fue llevado a cabo por el abogado Ernesto Camilo Manuel Cordero Fabbri.

Nos propusimos igualmente, salir a la búsqueda de otros proyectos, finalizados o en curso que se llevaran a cabo en nuestra región. Así dimos con otro caso, el proyecto de iniciación de investigación nro. 11075088 del 2007, Conicyt-Fondecyt de Mario Durán Migliardi de la Universidad de Atacama, República de Chile<sup>22</sup>.

De modo sucinto, explicaremos los detalles de ese trabajo del colega y de sus afirmaciones. Para abordar los puntos básicos relacionados con la Teoría de la

---

<sup>22</sup> [www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl), leído en febrero de 2015

Pena, es obligatorio al abordar la discusión sobre la cuantía, entidad, fin, gravedad y justificación del castigo penal aludir aún brevemente los Fines de la Pena.

En sus rasgos generales, Durán Migliardi entiende que:

*“El concepto de pena y la forma de plantear su justificación, su función así como los fines que se le atribuyan, resultan de una importancia fundamental para el Derecho Penal, ya que de tales ideas emanan, a su vez, los criterios según los cuales la sociedad y, especialmente, los operadores jurídicos realizan la enseñanza, la aplicación y el análisis de todo el sistema del Derecho Penal. Existiendo una clara relación entre el tipo de sociedad y el régimen político; el concepto de pena, su justificación y sus fines, y la forma de enseñanza y aplicación del Derecho Penal.”*

*“Conceptualizando la pena como un mal le adjudica su utilización en forma justa y necesaria con protección de los bienes jurídicos más preciados por la sociedad. Todo ello fundamentado en una Constitución y un Derecho Penal democrático, respetuoso de los Derechos Humanos y de los principios materiales, generado a través de una representación efectiva y veraz de los ciudadanos...”*

Durán Migliardi dice que *“el punto de partida de la individualización judicial de la pena es la determinación de los fines de la pena...”*

Aborda luego, desde los *“razonamientos retributivos y preventivos, tanto generales como especiales, la dogmática tradicional ha creado, entre otros, tres criterios fundamentales para la aplicación de la pena en el caso concreto: la teoría de la pena exacta, la teoría del ámbito de juego y la teoría del valor posicional”*, en términos análogos a los tratados en esta investigación, aún cuando en ese prolijo trabajo no se especifica si los fallos analizados han echado mano argumental de estas teorizaciones.

El relevamiento de la jurisprudencia de su país lo llevan a determinar que por razones histórico-culturales la determinación de las sanciones se orienta hacia las teorías absolutas de la pena.

*“Al analizar la jurisprudencia reciente, se puede afirmar que la idea de retribución jurídica, presentada bajo conceptos tales como “castigo proporcional”, “razones de justicia”, “pena proporcionalmente retributiva al ilícito cometido” y/o “sanción condigna al hechos reprobado”, son sólo algunas de las expresiones de las que se han valido nuestros tribunales superiores de justicia para manifestar el carácter compensatorio y expiativo de la sanción penal.”*

---

Con apelación a garantías constitucionales, Durán Migliardi resaltando la aplicación del principio de igualdad entiende que *“la retribución...en ese sentido...se transformaría en una verdadera garantía. ...”*

---

Esto de actualizar el sentido y alcance de la retribución es de similar factura ideológica que la sostenida por Jescheck (2003), quien como ya hemos señalado oportunamente, le adiciona los componentes traídos por el Iluminismo en el siglo XVIII.

No es casual entonces, que su conclusión en tanto verificación en la justicia de Chile del predominio de un Derecho Penal de Retribución de la Culpabilidad, ha parafraseado al doctrinario alemán. El modelo que describe, en general entonces, posee acentuaciones de los cometidos de retribución pero, a la par, liga estrechamente los fines de la pena a la tarea de individualización de la misma.

En este segmento, podemos traer a consideración otro de los recientes esfuerzos académicos por abordar la graduación punitiva. Se trata de la tarea antes aludida y llevada a cabo por Flor de María Madelain Poma Valdivieso. Ya hemos tenido en cuenta algunos pasajes de este trabajo en punto a las más recientes orientaciones teóricas sobre la temática de justificación de la pena que rescatan el fundamento retributivo de la pena, aún desde la versión funcional.

Simplemente habremos de agregar aquí, la connotación que la autora hace de esos fines retributivos y el derecho constitucional, lo que resulta consustancial con el enfoque que debe hacerse desde perspectivas del Estado de Derecho.

La tesis de Poma Valdivieso lleva a cabo un pormenorizado análisis de algunos fallos del Tribunal Constitucional del Perú, estructura que demuestra la adhesión a formas de control de constitucionalidad concentrada. Así, del expediente N°0019-2005-PI/TC, extrae los párrafos que evidencian la perspectiva de ese Tribunal en torno de los fines de la pena que *“puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad...”*.

Queda claro entonces, que esas citas, evidencian la adhesión del Tribunal Constitucional a las funciones que a la pena, en general, le atribuye la doctrina concordante, con exclusión de funciones de retribución (pág. 121). Dichas concepciones conciben la retribución con improntas talionales y vindicativas.

En la página 129 la autora se formula una interrogación por demás interesante y que en cierto modo guarda empatía con lo que diremos en Legítimar y Graduar: *“resulta coherente preguntarse si la función de la pena tiene alguna injerencia en la individualización judicial de la pena, pues resulta necesario recordar*

*que la pena ha cumplido determinada función respecto al ordenamiento jurídico que cada modelo de Estado ha organizado; por lo que, resulta importante conocer cuál es la función que la pena cumple al momento de la individualización judicial de la pena, pues esta institución se constituye como una etapa previa al momento de la imposición de la pena. Por consiguiente, durante esta etapa previa, el Juez decidirá sí, en el caso concreto, impone una pena bajo los lineamientos y criterios de la teoría retributiva, teoría preventiva o teoría de la unión....”.*

Sin embargo, al arribar al tramo concreto de la determinación judicial (pág. 165), no se avanza en la concreta cuantificación aludiéndose a la complejidad del proceso, a la discrecionalidad del magistrado, etc.

Es decir, no se fijan pautas para la medición, lo cual ha sido una constante en los relevamientos que hemos llevado a cabo.

En Legitimar y Graduar, propondremos no sólo la adecuación teórica que entendemos más racional, sino también avanzaremos en el diseño de alternativas que permitan dar pasos para llenar esos vacíos.

#### **1.5. -El modelo procesal penal acorde y sus institutos**

Es una sana opinión afortunadamente extendida por estos tiempos, que el derecho penal material puede alcanzar estadios de consolidación teórica superlativos, pero de nada valdrían sus categorías de cuasi perfecta elaboración sin la puesta en acto de las mismas en el marco de la ejercitación por el procedimiento acorde. La conclusión es absolutamente coherente con la idea de efectividad de las garantías (Dalla Via: 2011; Ferrajoli: 1997; 2011), lo que en términos de un pragmatismo peirceano evidencia una dinámica interrelacional muy armónica.

Volvemos a decir que todas estas conjugaciones no son meros entrelazamientos académicos de practicantes de laboratorio, sino y antes bien, el reforzamiento del ejercicio de legitimación permanente que debe aprehenderse, vivenciarse en torno de las garantías constitucionales (Konrad Hesse, citado por Dalla Via: 2011). Las tendencias al ejercicio inmoderado del poder a todo evento, es una conocida pulsión acerca de la cual a la eficacia teórica de los instrumentos hay que sumarle la depurada y laboriosa fuerza de las razones.

El modelo procesal más acorde a las concretizaciones que la individualización judicial de la pena precisa, entendemos que es el denominado Acusatorio, de extendida difusión incluso desde la periferia latina (Langer: 2009).

---

La incorporación a la Constitución Nacional de los principales pactos y declaraciones internacionales sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22) y el conjunto de principios que de ese bloque emanan, ha llevado a algunos autores a afirmar la existencia de un nuevo paradigma de procuración y administración de justicia (Cafferata: 2007).

Este esquema, que reposa en disposiciones constitucionales, tiene como punto de partida la acusación entendida esta con los alcances procesales que la normativa internacional le adjudica en tanto señala un proceso en el cual cada parte interviniente tiene definido su rol.

Las funciones básicas aparecen divididas siendo el Ministerio Público Fiscal quien lleva adelante la investigación. El Juez desarrolla una función de control de las garantías constitucionales eventualmente involucradas en esa pesquisa. Así las cosas queda claro que en este esquema el juez no investiga.

En la etapa de iniciación llamada preliminar no existe un contradictorio pleno pero no obstante los querellantes o las defensas pueden participar y en algunos casos (estos últimos) deben -como es generalmente así ritualizado- asistir al imputado en forma previa a su declaración. Sobre este aspecto algunos matices resultan significativos de un cambio cultural, pero también de modelos. Ahora no se indaga, se recibe declaración al indicado o sospechado.

En ese contexto la igualdad de partes aparece con tono relevante respecto de los sistemas inquisitivos. De ese modo, previo concluir el fiscal la investigación se debe llegar, a su pedido y no mediando circunstancias obstativas como el sobreseimiento, al juicio propiamente dicho previo paso por la fase intermedia o de preparación, juicio que será oral, público, contradictorio, donde se debatirá sobre la culpabilidad del acusado y se llegará al dictado de sentencia que tendrá como base las pruebas que hayan sido introducidas legalmente y sean producto de la discusión, tanto *modus ponens* como *modus tollens* con ejercicio de la refutación o confutación (Ferrajoli 1997).

Hay un claro apartamiento de lo escriturario y secreto, por lo oralizado y público. Ello importa un cambio trascendente en las formas de obtención de la verdad. Allí la inmediación viene demostrando su superior jerarquía axiológica respecto de las modalidades inquisitivas escritas y secretas de otros tiempos, por ejemplo de la Inquisición (Maier: 1999).

Recuerda Ferrajoli (1997:85, nota 62) a Francesco María Pagano cuando graficaba un supuesto muy elocuente: "...suponiendo incorrupto e íntegro al actuario que recibe las declaraciones, la probabilidad de la prueba que nace de la fe de los

*testigos viene a ser en gran medida disminuida. Porque decrece cuanto más son los medios por los que pasa antes de que el juez intervenga. El actuario es un testigo solo, que da fe de lo dicho por otros. Tenemos, pues un dicho de dicho, una probabilidad de probabilidad, una sombra de prueba...”*

También el concepto de prueba se re conceptualiza positivamente. Gustavo Vitale entiende que prueba no es la recibida en la instrucción sino durante el debate, pues ha sido recibida en forma pública y ante un tribunal imparcial con los beneficios de la inmediación, la publicidad y la oralidad<sup>23</sup>.

Lo recursivo cambia de paradigma. Ya no importa una facultad revisora de un tribunal superior, sino antes bien una garantía del imputado como derecho a un doble conforme respaldado por normas internacionales, por caso el artículo 8, inc. 2 apartado h) de la CADH (Maier: 1999). Va de suyo entonces que incluso las decisiones inherentes a la cuantificación de la pena, son pasibles del ejercicio de vías recursivas que aseguren el doble conforme. Los fallos analizados del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en la obra de Simaz (2008) y los aportados por generosamente por la Secretaría de Jurisprudencia de ese órgano, son claro ejemplo de su creciente abordaje en esa instancia, ello mas allá de su apego o desapego con respecto a las teorizaciones elaboradas por la doctrina y a la ausente creación de dispositivos dogmáticos para la mensuración.

Para citar sólo un ejemplo de esta creciente tendencia Maurach (1994) en Alemania señala que *“la jurisprudencia exige una exposición completa (BGH NStZ 81, 299, y KG NJW 82, 838) y libre de contradicciones (BGH bei Holtz MDR 78, 459) de los fundamentos de la medición judicial de la pena...más detalles, acerca de las exigencias de la fundamentación de la medición judicial de la pena y de la extensión de la procedencia de la casación, con discusión de la jurisprudencia pertinente... A. Michalke-Detmering, Die Mindestanforderungen an die rechtliche Begründung des erstinstanzlichen Staufurteils, 1987, 244 y siguientes)...”*

El falsacionismo (Mancuso 2010: 90), como modo lógico de obtención de la verdad –o su aproximación-, se halla presente en estas ideas (también Ferrajoli 1997). Esta forma de ejercitarse el proceso halla su escenario por antonomasia en el debate propiamente dicho, que se caracteriza por la oralidad, publicidad e inmediación.

---

<sup>23</sup> “No hay condena sin acusación penal (a propósito de un fallo del Tribunal Superior de Neuquén)” en Pensamiento Penal y Criminológico- Revista de derecho penal integrado, año V, nro. 9, ed. Mediterránea, Córdoba, 2004, págs. 361 a 386.

Las partes protagonizan una verdadera contienda en la que el Juez imparcial no puede tomar intervenciones que signifiquen mutación de roles. No puede, por regla general, interrogar.

Queda claro entonces que en este nuevo paradigma la función persecutoria y de acusación no sólo debe recaer en sujetos distintos de aquellos que ejercen la labor jurisdiccional, sino que además han de ser independientes de éstos.

Derivación de lo anterior es que quienes ejercen la función de juzgar no pueden, como ya dijimos, –por imperio de la imparcialidad y de la igualdad de partes y de “armas”- realizar acto alguno de colaboración con cualquiera de éstas. Es decir, que ya desde la puesta en marcha del proceso, no puede el juez –i.e. de Garantías-, decidir en más –demasia jurídica- de lo que haya sido materia de requerimiento fiscal (salvo, claro está, supuestos de irracionalidad o ilegalidad que quienes detentan el *ius dicere* deben corregir).

Finalmente, en lo que a la pena concretamente concierne, los modelos acusatorios prevén la posibilidad de discutir lo inherente a la medición, en el tramo que da en llamarse “cesura de juicio” (Bertolino: 1993; Granillo Fernández & Herbel: 2009). Esto es, que luego de verificada y afirmada la imputación, en otro momento (lo cual es discutido), se lleva adelante la discusión sobre los elementos de juicio válidamente ingresados al debate, sobre los cuales se estimarán las penalidades en su especie y cuantía.

Todos estos aspectos son abordados con perspectiva tanto pragmática como propedéutica, por Alberto Martín Binder en su “*Iniciación al proceso penal acusatorio*”, con el patrocinio del INECIP, publicado por la editorial Campomanes. Nos decía Andrés Harfuch –vicepresidente de la Asociación Argentina de Juicios por Jurados- en una charla informal en el contexto de una jornada sobre juicio por jurados llevados a cabo en la Universidad de Belgrano en fecha 16/10/14, que en este nuevo sistema de enjuiciamiento la discusión sobre la pena no se modifica.

También recordamos que en aquel coloquio celebrado en la Universidad Nacional de La Matanza (Mayo de 2014 y que luce agregado en Anexos), Eleonora Devoto cerró su intervención diciendo precisamente que la discusión sobre la pena, posee un mejor terreno procesal y garantístico en la modalidad acusatoria. Allí las posibilidades de libre discusión por las partes aseguran un mejor camino a la verdad.

## **1.6. Evolución de las ideas generales**

Auscultar en los terrenos de la historia las particulares referencias a las formas de dosificar o medir la sanción, va de la mano con variadas instituciones del

derecho penal y su evolución tanto en el terreno teórico como en el plano de las formas institucionales de ejercer el poder penal dotando de mayores o menores facultades a los magistrados. Los encuadramientos políticos, y sus variaciones históricas también fueron incidiendo en los cambios que fueron sucediéndose, con flujos y reflujos. El camino trazado recogerá brevemente lo atinente a la evolución del Derecho Penal en general y al par, incluiremos la historicidad del concreto capítulo de la medición de la pena, a modo de ampliar lo ya explicado.

---

Las obras que han sido consultadas fueron escogidas teniendo en miras el dirigir la búsqueda bibliográfica hacia textos que forman parte de producciones recientes y en un grado menor recurrir a las de masiva difusión tanto en la Europa continental como en nuestro margen latino. Esas opiniones no por mayormente extendidas han de ser obviadas. Tal lo que acontecerá, entre otros, con la rememoración insoslayable de pensadores como Sebastián Soler y Luis Jiménez de Asúa.

En este último caso, y para relevar sintéticamente las notas del primitivismo, en la evocación del Tratado de Derecho Penal<sup>24</sup>, el autor lleva adelante una tarea inicial de conceptualización de esta rama del derecho y desde el Título segundo aborda de lleno una monumental historia del derecho penal y legislación comparada. Desde el derecho universal, la legislación europea, comparada, la codificación española, el derecho penal aborígen y nuestro derecho argentino e iberoamericano.

Coincidente con lo que luego referiremos sobre la obra de Soler –aunque en ese caso, en relación al derecho aborígen- Asúa, resalta las características de las formas primitivas. En las páginas 240/241 puntualiza: *“parece hoy suficientemente demostrado por los estudios etnológicos y sociológicos, que el hombre primitivo no rigió su conducta conforme a los principios de causalidad y de conciencia del yo. La retribución y la magia, de una parte, y la psicología colectiva de otra, configuran la cosmovisión del alma primitiva.”*

De aquellos tiempos proceden las formas de reacción que caracterizaron la magia del Tabú, de contenido altamente religioso, para pasar luego, a las formas-todas colectivas- de reacción con las “privaciones de la paz y las venganzas de sangre”. Los procesos incluían las formas de ordalías, con las pruebas que buscaban la verdad sometiendo a los ajusticiados a verdaderas pujas de resistencia. En la voz “Ordalías” de la Enciclopedia Jurídica Omeba<sup>25</sup>, apreciamos un listado de esos métodos.

---

<sup>24</sup> Consultamos el tomo I de la tercera edición del año 1964.

<sup>25</sup> Edición de 1982.

Precisamente en el Tomo XXI, pág. 36 Francisco Blasco Fernández de Moreda (uno de los tantos hispanos cobijados generosamente en nuestro país durante el franquismo) sobre las Ordalías explica su procedencia y características: *“de Ordel en la antigua lengua de Germania, Urtheil en alemán moderno, con el significado de juicio o decisión- o “Juicio de Dios”, constituyeron, en la historia de la justicia criminal, ciertas prácticas procesales de abolengo mágico religioso, encaminadas a obtener, per mediación de poderes sobrenaturales o de la divinidad, la prueba de la inocencia o de la culpabilidad de quien era acusado de un delito, o de la razón o sinrazón de ciertos propósitos o pretensiones objeto de cuestión o de disputa entre dos o más partes....los bárbaros las introdujeron en los pueblos de Europa que sometieron al caer el Imperio Romano de occidente, quedando consagradas como instituto de capital importancia en el antiguo Derecho medioeval...en muy variadas formas, a las que corresponden diversas denominaciones (del agua hirviente, del agua fría, del hierro candente, del fuego, de la cruz, de la hostia consagrada, del judicium offae, etc....) las ordalías adquieren carta de naturaleza en los sistemas jurídicos europeos...En Alemania especialmente, con ocasión de los procesos contra la hechicería que, a partir de la Bula Summis Desiderantes Affectibus dictada por el papa Inocencio VIII el 5 de diciembre de 1484, ofrecieron a toda Europa, hasta la Época de las Luces una perversa amalgama de superstición, fanatismo y ansia sexual, uno de los cuadros más repugnantes que conoce la historia de la civilización....”*

Los pasos dados por las concepciones del penar, nos llevan luego a las “composiciones” y el “talión”, como formas que para esos tiempos significaron avances en tanto modos de proporcionalizar la sanción lo que, ya contaba con la injerencia del Estado. (Asúa:1964:244/245), que daba lugar a la pena de carácter público, dejando atrás a las asociaciones familiares en el empleo de esta facultad. Sin lugar a dudas, y dado el cometido de nuestra investigación, es este un dato histórico relevante.

Todos los autores –como podrá apreciarse en nuestros relevamientos– señalan a la denominada “Época de las Luces” como el período de humanización más marcado en el proceso histórico del Derecho Penal. Sebastián Soler, en términos generales es coincidente con la descripción histórica de Asúa.

Hasta mediados del siglo XVII, son sesgos característicos de la actividad represiva (Soler:1970:64/65) *“la extraordinaria crueldad de las penas, que incluían la pena de muerte, que se agravaba por medio de diversas maneras de ejecución: el empleo de la tortura (questiones) para la obtención de las pruebas y, en particular,*

*de confesiones; el empleo de penas de mutilación; la represión penal de ciertos pecados, como también de la brujería y la herejía; la indefinición de los delitos de traición (perduellio); el empleo de la analogía; el empleo intimidatorio de la ejecución penal”.*

Este sombrío cuadro, uno de los aspectos más repugnantes que conoce la historia de la humanidad, solamente fue superado por la empeñosa obra de los pensadores de la Ilustración como Voltaire, Montesquieu, Rousseau, cuyas ideas gravitaron directamente en la obra de Beccaria. La trascendente obra del Marqués – *Dei delitti e delle pene*– fue publicado en 1764 en Livorno (Italia), inicialmente en forma anónima por temor a las dificultades que pudiera proporcionarle su publicación en Milán<sup>26</sup>.

Siguiendo las premisas ya indicadas, hemos tratado de recoger trabajos que circunscriban la evocación al plano de la individualización de la pena, ya que los esbozos brevemente reseñados, en todo caso nos ilustran –en términos muy generales- acerca de la apropiación de la facultad de penar por parte del Estado y del surgimiento de ideas que se propusieron delimitar y racionalizar esa actividad alejándola del arbitrio inmoderado. Ello no obstante, los aportes teórico-legales en pos de individualizar, son como ya demarcamos en la Introducción, una actividad reciente por virtud de un enorme descuido epistemológico.

Así entonces nos ha parecido que algunas investigaciones han merecido su enlistamiento en nuestra labor. De ese modo, por ejemplo, el trabajo de Ropero Carrasco<sup>27</sup>, dedicado puntualmente a la temática de nuestra tarea, posee nutridas y necesarias referencias históricas del viejo continente, donde se han ido desarrollando las ideas que fueron conformando el acervo con que todo ese bagaje es recibido en nuestras tierras.

También uno de los capítulos ha de referirse a la búsqueda que hicimos en torno de lo que podemos denominar convencionalmente “derecho aborígen” de nuestro margen periférico. En su momento hemos de explicarnos más detalladamente, pero sin dudas, esos fenómenos, preexistentes en parte de la historia, al advenimiento europeo merecen ser puestos a la luz, aún desde la más limitada perspectiva que impone nuestro cometido investigativo.

Como decíamos, Julia Ropero Carrasco en parte de su trabajo describe los márgenes dispositivos con que se legislaba la fijación de la pena.

---

<sup>26</sup> Según lo afirma Juan A. Delval en la introducción de la publicación de la editorial Altaya (1994).

<sup>27</sup> En VVAA, “La armonización legislativa de la Unión Europea II”, Madrid, 2000, edit. Dykinson. Visto en [www.eciencia.urj.es](http://www.eciencia.urj.es) en enero 2015.

*“Durante el Antiguo Régimen, los Tribunales actuaron prácticamente sin ninguna sujeción a la hora de determinar la pena. Este excesivo arbitrio judicial implicaba la comisión de numerosos abusos. La falta de disociación entre el poder judicial y el ejecutivo, el mantenimiento de jurisdicciones privadas (señoriales y eclesiásticas) y la ausencia de criterios generales en la imposición de la pena, contribuyeron a que en esta etapa se impusieran la inseguridad jurídica y la desigualdad ante la ley...”*

*“Por ello, la revolución burguesa contra el absolutismo no se limita a la transformación del orden estrictamente político, sino también de un estamento, el judicial, que vinculado al Rey absoluto y a la nobleza, impartía la justicia de manera arbitraria. Pues el Juez podía decidir en cada caso concreto las circunstancias que habían de influir en la determinación de la pena, e incluso cabía la posibilidad de que apreciara una pena distinta a la prevista por la ley para cada delito...”*

El componente de derecho comparado también es un factor a tener en cuenta:

*“A esta falta de límites a la actuación judicial hay que sumar la variedad y estado de dispersión de los distintos cuerpos legales, lo cual contribuía al fortalecimiento de la inseguridad jurídica...”*

Y por supuesto, hace su aparición toda la variada producción del denominado “Siglo de las Luces”, en coincidencia con lo que también diremos más adelante en tanto la evocación de Luigi Ferrajoli sobre este particular y trascendente período:

*“El humanismo, el movimiento enciclopédico, la codificación y, en definitiva, todos los principios que caracterizan al nuevo régimen instaurado tras la Revolución francesa, suponen en el proceso de individualización de la pena una transformación radical. El valor fundamental otorgado al principio de legalidad conduce, en este ámbito concreto, a la necesidad de limitar el excesivo arbitrio judicial que caracterizaba al régimen anterior. Por todo ello, en los nuevos textos legales que aparecen con el proceso de codificación, se establece una pena fija para cada delito, que coarta completamente la libertad del juez a la hora de decidir la pena aplicable a cada caso. Por tanto, la revalorización del principio de legalidad fomentó la necesidad de concretar en la ley todos los criterios que habrían de guiar la actuación del juez penal.”*

Precisamente ese nuevo escenario se plasmó en la legislación de la época, particularmente en Francia:

*“A este propósito responde el Código penal francés de 1791, en el que la determinación de la pena sigue reglas completamente estrictas: la ley señala de*

*forma taxativa cuál es la pena a imponer en cada caso sin que el Juez pueda modificarla y acomodarla a la características del supuesto concreto. Evidentemente, la utilización de este sistema no estaba exenta de inconvenientes, ya que la excesiva limitación del marco penal impedía la adecuación de la pena al caso en cuestión.*

*De esta forma, se había pasado de la vigencia del principio de “desigualdad ante la ley” que presidía la actividad de las diversas jurisdicciones de la Edad moderna a la instauración de un sistema de igualdad absoluta que, ciertamente, no resultaba justo: puesto que no todos los homicidios, hurtos, robos, lesiones, etc., son igualmente graves, ni todos los delincuentes, como indicábamos al principio, son igualmente peligrosos...”.*

Este estado de cosas, tuvo como consecuencia, en los evidentes vaivenes relacionados con la función judicial, un período de fijación de límites.

*“Ante esta situación, el Código penal francés de 1810, aun buscando como objetivo fundamental la sujeción de los jueces a la ley (en el aspecto concreto de la determinación de la pena, al que nos estamos refiriendo), permite un relativo margen al arbitrio judicial, mediante el sistema de los marcos penales genéricos. El Código señala un marco penal para cada delito, compuesto por una cantidad mínima y otra máxima, en el cual el juez puede moverse y optar por la cantidad que le parezca más conveniente para el caso concreto. Ahora bien, el Código no se limita al establecimiento de estos marcos penales, sino que indica, con carácter general, una serie de circunstancias que han de ser tenidas en cuenta por el Juez para la determinación de la pena en cada caso.*

*Las dos técnicas mencionadas, a saber, el establecimiento de marcos penales genéricos o abstractos para cada delito y la enumeración de una serie de circunstancias que el Juez ha de calibrar en el momento de la individualización de la pena, constituyen las características básicas del que podríamos mencionar el “sistema continental” de adecuación de la pena al caso concreto.*

*El sistema anglosajón, sin embargo, es bien distinto. Y la explicación de esta diferencia también se asienta en razones históricas. Como es sabido, el proceso de transformación desde el Antiguo régimen al nuevo Estado liberal burgués no fue en Inglaterra tan traumático como en el continente europeo (especialmente en Francia).*

*Pues la monarquía y las instituciones parlamentarias, así como la burguesía y la aristocracia estaban involucradas desde el siglo XVII en un proceso de coexistencia más o menos armoniosa. Por otra parte, los jueces, que habían*

*participado en ese proceso con un talante liberal, gozaban de un considerable prestigio.....”*

Ropero Carrasco finalmente se interroga sobre la incidencia de todo este cuadro en el concreto marco de la cuantificación punitiva.

*“¿Cómo influye esta situación socio - política en un tema tan específico como el proceso de individualización de la pena? En primer lugar, en un entorno de estas características, la codificación y el imperio de la ley no aparecían como exigencias prioritarias para afianzar un sistema, cuya consolidación se venía produciendo de forma pacífica. En segundo término, ante el prestigio de los jueces, cuya actuación se cimentaba en el respeto a la tradición, determinando la ley aplicable al caso a partir de lo decidido en supuestos similares anteriores, no tenía sentido el deseo de limitar el arbitrio judicial...*

*En consecuencia, la individualización de la pena es una labor que en el sistema anglosajón queda totalmente en manos de los jueces.*

*Desde luego, carece de sentido, en mi opinión, plantearse la posible virtualidad del sistema anglosajón no sólo en España, sino en cualquier otro país del continente. Puesto que el orden político y judicial de estos países se caracteriza por la supremacía del principio de legalidad (y de todas las consecuencias que de él se derivan) y por la utilización, en la práctica judicial, del criterio de deducción (de la ley aplicable al caso)”.*

Las definiciones que se van logrando, de alguna manera vienen perfilando modelos legislativos que se aproximan a los que luego, vienen a integrarse en los esquemas legales de nuestra región.

La autora española señala el decurso de las tendencias que se avecinaban: *“En consecuencia, podemos decir que en la mayoría de los estados europeos, el proceso de individualización de la pena sigue las pautas marcadas por el que podemos denominar “sistema continental”. En este sistema cabe diferenciar la existencia de dos fases: una fase legal y otra judicial. Por tanto, el primer paso en la determinación de la pena consiste en precisar cuál es el marco penal previsto por la ley para el delito que concretamente se produce. No obstante, los Códigos no se limitan a fijar un marco penal abstracto que comprenda una pena mínima y otra máxima, sino que suelen hacer referencia a distintas circunstancias que el Juez ha de tener en cuenta en la fase judicial de determinación de la pena, señalando incluso algunos de ellos la forma concreta en la que el Juez ha de precisar la incidencia de esas circunstancias en la pena aplicable....”*

También sobre la historia concerniente al viejo continente, Ferrajoli dedica en su *Derecho y Razón* (1997) algunas reseñas.

Al tratar de la determinación judicial de la pena en su aspecto histórico, en la página 402 el autor italiano nos informa: *“en el derecho penal pre moderno –hasta la codificación del principio de estricta legalidad y de tipicidad de las penas- estos espacios fueron amplísimos. Ya en crisis del derecho romano de la época imperial el viejo sistema de las leges iudiciorum publicorum y del proceso per questiones, la discrecionalidad judicial en la determinación de la pena resulta desbordada en el sistema de las cognitiones extraordinariae, que permitió también el desarrollo de las poenae extraordinariae encomendadas a la valoración del juez...este sistema – frenado primero por Justiniano y después, aún más rígidamente, por las minuciosas escalas penales de la Alta Edad Media bárbara ....se impuso de forma todavía más desordenada, después del siglo XI: desde entonces hasta las codificaciones, también por la ausencia de una legislación penal sistemática, todas las penas, incluida la de muerte, acabaron por quedar al arbitrio de los jueces...todavía en el siglo XVIII las constituciones piemontesas autorizaban a los magistrados a aumentar a su arbitrio las penas dictadas por la ley y a convertir en corporales las penas pecuniarias...y otro tanto hacían las leyes de Módena, e incluso el código toscano de Pietro Leopoldo, que asimismo consentían a los jueces las pene arbitrariae...”*

El fenómeno subsecuente, no podía ser otro que el de una desnaturalización de esas delegaciones que evidenciaron formas omnímodas de ejercicio del poder de punir, tal vez por una suerte de mimetización institucional con la cultura monárquica.

Así lo refiere Ferrajoli:

*“fue precisamente la polémica contra el despotismo de los jueces....lo que constituyó el motivo inspirador de la batalla ilustrada por la reforma penal....”Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador...-escribió Beccaria...es “oficio” de los jueces “sólo examinar si tal hombre ha hecho o no una acción contraria a las leyes” establecidas por un “código fijo” que deben “observar a la letra”. De otra parte, en el furor polémico contra el arbitrio judicial, la cultura penal ilustrada cultivó un equívoco: la idea, ligada al mito del juez como “boca de la ley”, de la necesidad de una absoluta predeterminación legal de la pena y de la supresión de cualquier discrecionalidad judicial en la valoración de la gravedad del delito y, por consiguiente, en la medida de la pena correspondiente. Esta idea fue acogida por el código penal francés de 1791, el cual –a diferencia del código austríaco de José II de 1787 y después del napoleónico de 1810 y de todos los códigos sucesivos- dispuso para cada tipo de*

*delito penas fijas e invariables, sin permitir al juez ninguna posibilidad de graduarlas según la gravedad del concreto delito cometido...”.*

Como se ve, el proceso involucró otra temática que ha demarcado divergencias, ello se refiere a la entidad de las posibilidades interpretativas de que podía hacer uso el magistrado. La historia de la hermenéutica jurídica ha ido mostrando las oscilaciones de escuelas como la exegética o del libre derecho, que han ido enriqueciendo temáticas que hoy confluyen por ejemplo, en modelos de control constitucionales e incluso, más recientemente, de control de convencionalidad de las normas (muy ilustrativo en tal sentido el caso “Amodio” – Fallos: 330:2658- de la CSJN) y la diferenciación que de los dos supuestos lleva adelante Néstor Sagües en “*Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*”<sup>28</sup>.

Ambas categorías no podrían haberse concebido sin ese derrotero histórico, que ha dejado atrás las concepciones atadas al paladar de los monarcas y las ha acercado al marco de instituciones de derecho constitucional.

Mir Puig (2008) formula una reseña en relación a la evolución del sistema penal que posee varios puntos de contactos con los vistos renglones más arriba. *“Aunque la función judicial de determinación de la pena ha acostumbrado siempre a partir de ciertos condicionamientos legales, en el Antiguo Régimen el arbitrio judicial era muy amplio. Los jueces podían no solo aumentar y disminuir las penas señaladas por la ley, sino incluso poner otras distintas. La filosofía penal liberal quiso acabar con dichas facultades en nombre del principio de legalidad, en el que se vio tanto una garantía de igualdad como de sujeción del juez a la voluntad popular. El Código Penal francés de 1791 llevo al extremo el nuevo planteamiento legalista y asignó a cada delito una pena absolutamente determinada, no susceptible de ser modificada por el juzgador. Mas ello impedía tener en cuenta las peculiaridades de cada caso concreto, lo que acababa vulnerando la misma exigencia de igualdad que se perseguía, puesto que la igualdad falta no sólo cuando se tratan desigualmente casos iguales, sino también si se tratan igual casos desiguales...”*

*Éste fue el sistema de compromiso entre el legalismo y el arbitrio judicial que prosperó en las legislaciones posteriores: la ley fija un marco penal, con unos límites máximo y mínimo, dentro del cual corresponde al juez la determinación de la pena concreta...”*

---

<sup>28</sup> En el marco del programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal. Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, Universidad Católica Argentina, Estudios Constitucionales. Año 8. Nº 1, 2010, 6 de marzo de 2010, pág. 128). En sentido similar Ennis (2012).

Zunilda Carvajal del Mar, nuestra colaboradora externa por el derecho francés, en la comunicación vía Skype que mantuvo con nuestro grupo sobre estos aspectos nos ha dicho que *“a nivel teórico, cual es el resultado, derecho francés actual es el resultado de una lucha entre dos sistemas, concepciones doctrinarias de la pena esta lo que se llama objetiva y subjetiva del Derecho penal. Objetiva: se legitima únicamente cuando hay un daño efectivo al orden social, lo que justifica es el resultado, la pena es un objetivo retributivo, se impone una pena para compensar el daño que le hizo a la sociedad, esta concepción esta concepción toma en cuenta los hechos, no la personalidad del autor, es lo que se llama el derecho penal del Crimen. El pensador más famoso de esta teoría objetiva es Beccaria.*

*Subjetiva: se basa en la peligrosidad de la persona, se llama derecho Criminal, y es el movimiento positivista del final del siglo XIX, que tuvo mucha importancia en Italia y en Francia a partir del siglo XX. Entonces en Francia a nivel histórico empieza a nivel revolucionario, que es una reacción a lo arbitrario del antiguo régimen. Entonces se instauro un código penal enteramente objetivo y contiene penas fijas con montos mínimos y máximos, y utiliza una igualdad de los ciudadanos ante la ley y ante el juez luego a final del siglo XIX empieza a desarrollarse la escuela Subjetivista con Lombroso en Italia, que esta la idea con el derecho penal que se basa en una persona que describe a las personas según sus rasgos físicos, y personales...”*

No en todos los casos, los autores de renombre literario han dedicado mayores renglones tanto a la historia general del Derecho Penal, como a los modelos de medición punitiva y sus eventuales avances.

Los autores consultados formulan referencias análogas a las de Ropero Carrasco y Ferrajoli, en punto a las marcadas diferencias habidas entre la legislación francesa de 1791, más limitativa de los márgenes de apreciación judicial y el posterior de Código de 1810 que *“confirió a los jueces un cierto arbitrio para que determinasen la pena dentro de un límite máximo y un límite mínimo legalmente previstos.”*(Mir Puig: 2008).

Reinhart Maurach en su *“Derecho Penal- Parte General”*<sup>29</sup> dedica espacios a la evolución histórica del derecho penal en páginas 55/75, con particular referencia al derecho germánico. Luego el período de la edad media hasta la recepción; le era moderna; la ilustración; el liberalismo y finalmente el siglo XX.

---

<sup>29</sup>Editorial Astrea. 1994. Tr. Jorge Bofill Genzsch-Enrique Aimone Gibson.

Otro caso es el de Hans Heinrich Jescheck en su “*Tratado de Derecho Penal- Parte General*”<sup>30</sup>. Este autor lleva adelante en su obra una reseña histórica señalada como “sumaria”, apuntando a su brevedad y claramente ceñida al Derecho penal alemán, hasta el nacimiento del denominado Código Penal Imperial de 1871, con contenidos generales análogos a los de Maurach y los de Roxin (1997).

### **1.7. Breves referencias a las normas penales en el Derecho de nuestros aborígenes**

Referir en torno de las concepciones de nuestros aborígenes acerca de la noción de crimen y sus características antropológicas, es seguramente un camino cuyo recorrido posee nutridos abordajes investigativos. Véanse en tal sentido las notas variadas con que Soler (1970) fundamenta sus referencias con base por ejemplo en obras como las de Francisco P. Laplaza (quien dirigiera en la Universidad de Buenos Aires un seminario sobre derecho penal de los aborígenes en el año 1941 (Jiménez de Asúa: 1964:912, nota 3), Ladislao Thot, Pablo Cabrera, Eduardo Casanova, Juan Matienzo o Tomás Falkner.

Una perspectiva distinta –y más acotada- ha de ser pretender auscultar o interrogarse si estas comunidades hubieron desarrollado concepciones sobre la penalidad –sea cual fuere-, que contengan definiciones acerca de la medición de las penas que aplicaban. Podemos intuicionalmente responder con una negativa aun cuando, como veremos en el trabajo del ecuatoriano Izcaza (2014), la imposición de penas perseguían propósitos análogos a alguna de las teorizaciones que más adelante veremos, con procedencia del derecho continental europeo.

De todas maneras en este cometido debemos tener igualmente en cuenta la atinada advertencia de Soler (1970:76) de claros contenidos de pertinencias antropológicas y sociológicas: “*para encontrar lo que hoy llamamos derecho penal entre los pueblos primitivos, debemos buscar un conjunto de funciones sociales no totalmente diferenciadas como funciones jurídicas, cuidándonos de no buscar lo que es imposible que hallemos, esto es, instituciones que representen en miniatura los preceptos de una ley moderna. Por eso no es de extrañar que algunos estudiosos no encuentren ni la sombra de instituciones jurídicas entre los aborígenes....*”.

Nos queda claro, que la imposibilidad de realizar hallazgos en el estudio de esas comunidades, más allá de los obstáculos apuntados por Soler, (1970) –también Jiménez de Asúa (1964:911)-, antes bien vinculados a la labor reciente de las crónicas y a que la cultura incaica fue motivo de acometimientos externos, sin

---

<sup>30</sup> Tr. José Luis Manzanares Samaniego. Ed. Comares- Granada- 1993, 4ta edición.

dudas, como decimos, tienen una fuerte dificultad dada la incidencia histórica consistente en la aparición de los conquistadores, quienes no sólo diezmaron poblaciones enteras, promovieron saqueos y arrasaron incluso con las creencias locales, sino que derechamente interrumpieron los procesos sociales en curso y demonizaron sus religiones, para imponer la propia con las armas empleadas en las persecuciones de la inquisición europea (Zaffaroni:1998). Es coincidente la prolija descripción que sobre este fenómeno histórico desarrolla Elizabeth Gómez Alcorta en la compilación “Vulnerables”<sup>31</sup>.

Al parecer la perspectiva de Joseph R. Kipling (Mancuso: 2010:93), al sostener –aunque poéticamente- que era una misión del hombre blanco anglosajón conquistar el mundo para “civilizarlo”, ha olvidado las peculiaridades de las incursiones españolas y portuguesas.

La historia, es nuestra convicción, debe ser contada –relatada- también por los sucesores de esas comunidades. Eso de algún modo es respetar la tradición cultivada por los pobladores históricos. La “*búsqueda de la lengua perfecta*” de Eco (1994), es una demostración de la preexistencia de lenguas suficientemente aptas – caso del Aymarà- para esa transmisión oral, con suficiente riqueza para la expresión incluso de conceptos abstractos. Queda la deuda entonces, como motivo para continuar, en otros proyectos, la búsqueda de más verdades. Desde la perspectiva del reconocimiento de la diversidad étnica, mas adelante, nos ocuparemos de la opinión de Ricardo Ángel Basílico.

Lo que sigue, es una forma breve de abarcar y describir la magnitud del desastre desde una amplia perspectiva, de la que queremos dejar constancia.

Tomamos entonces lo dicho en el Seminario “*La herencia y el futuro de la sociología en el siglo XXI*” celebrado en el Instituto de Investigaciones sociales de la UNAM el 17 de febrero de 1997 bajo el título “*Para una concepción multicultural de los derechos humanos*”<sup>32</sup>.

Allí se ha dicho: “*la modernidad occidental fue el producto de un epistemicidio...es decir...el conocimiento occidental se hegemoniza no rescatando conocimientos de conductas alternativas, sino destruyéndolos, reprimiéndolos...y a pesar de que todas las culturas, tienen valores últimos, sólo la occidental los designa como universales. De aquí el universalismo de los derechos humanos pregonados por la cultura occidental se hayan convertido en un instrumento regulatorio de globalización hegemónica sin legitimidad local. La propuesta en ese sentido, es de*

<sup>31</sup> De la Fundación de estudios para la Justicia (Fundejus), págs. 77/97, editorial Lajouane, año 2011.

<sup>32</sup> Del autor Boaventura de Souza Santos, del sitio [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx); Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

*reconceptualización de los derechos humanos como derechos multiculturales, es decir, como instrumentos de una política emancipatoria de globalización contrahegemónica con legitimidad local”.*

Sin pretender adentrarnos mayormente en tan crucial fenómeno histórico, quede dicho que el destrato hacia nuestros ancestros no es una práctica culminada y anacrónica. Es actual si leemos el informe final del proyecto “*Derecho Penal del enemigo y la criminalización de las demandas mapuche*” de Myrna Villegas Díaz del año 2008.<sup>33</sup> Allí luce una clara explicación del empleo de teorizaciones como la doctrina de la Seguridad Nacional y luego, la importada y simbiótica concepción del Derecho Penal del enemigo; ambas estructuras afines a las ideas de represión de minorías con aplicación de leyes antiterroristas, que han facilitado la práctica de torturas, so pretexto de delitos atentatorios de la propiedad.

Con leer las páginas del libro de Marcelo Valko “*Los indios invisibles del malón de la paz. De la apoteosis al confinamiento, secuestro y destierro*”<sup>34</sup> apreciaremos, ya de este lado de la cordillera, la continuidad y variedad de la historia reciente de esos avasallamientos, con detalles de sucesos ignominiosos producidos incluso en la mitad del siglo pasado y en períodos de regímenes democráticos.

Como pequeña muestra de un temario amplísimo, pero que concita ansiedades investigativas alternas, vaya este breve pasaje de las recomendaciones de la investigadora transandina en la página 270:” *La ocupación desmesurada de fuerzas policiales que hace un par de años se observa en la comunidad de Temucucui debe terminar a la brevedad. La estrategia de militarización de comunidades que aparecen de mayor conflictividad, ha teniendo como consecuencia el daño psicosocial, el atentado a la cultura mapuche y efectos directos en la salud de las personas adultas, niños, jóvenes y ancianos, incrementando en los hechos la polarización del conflicto y el ejercicio de la violencia. Es imperioso el retiro de contingente policial de las comunidades mapuche y el término de las situaciones de abuso por parte de funcionarios públicos sobre autoridades mapuche y los excesos represivos que se ejercen de manera indiscriminada sobre las comunidades, sumado al efecto ejemplarizantes de operativos y tácticas de seguridad que se llevan a cabo en la zona, que difunden el miedo y el terror...”.*

Si hemos de concebir una base teórica del derecho penal del miedo, veremos enseguida las conexiones y empatías (otra variedad de las mimetizaciones

---

<sup>33</sup> Presentado ante la Universidad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la República de Chile.

<sup>34</sup> Ediciones Madres de Plaza de Mayo-año 2007.

institucionales) que se ponen en práctica a la par de las actividades represivas policiales, con declamados propósitos preventivos, desde ya.

En nuestro medio, alguna investigación, sesuda, seria, y valiente, pone en evidencia que el industrialismo a todo evento como acontecer “posmoderno” (Díaz: 2000), también se ha “interesado” por las tierras de los pueblos originarios. Nos queda claro que la sola tematización aquí plasmada habla de por sí del exceso para con nuestros objetivos investigativos, pero también habla del paralelo apetito voraz de quienes, entre otras diligencias, atropellan los derechos de los aborígenes.

Vale entonces la pena la cuasi-digresión.

Recomendamos en ese caso, leer el libro de Soledad Barruti, que posee un título que puede llamar a engaño, se intitula “*Mal Comidos. Cómo la industria alimentaria argentina nos está matando*”<sup>35</sup>. No es un discurso gastronómico. Allí entre otras preocupantes novedades, nos anoticiaremos –pág.134- del asesinato del diaguita Javier Chocobar.

Retomemos el curso.

Las obras consultadas por lo general, además de las referencias históricas han realizado un abordaje también -desde el prisma mas delimitado - de la teoría del delito y acerca de cómo “tratar” jurídicamente a los aborígenes. De lo que en general y con ánimo de reducción, podemos decir que abarca cosificaciones, estupidizaciones y minusvalías jurídicas varias. Muy parecidas a las “verificaciones” antropológicas africanas de José Ingenieros en su obra “*Las razas inferiores*”. (Zaffaroni: 1998:170) lo recuerda diciendo. :” *Ante la visión de los negros de Cabo Verde, en uno de sus infaltables viajes para recoger erudición europea, se imaginó que habían sido iguales a los esclavos traídos a América y los consideró como una "oprobiosa escoria de la especie humana.... "*

Contactamos al Dr. Ricardo Ángel Basílico<sup>36</sup> quien tuvo a bien facilitarnos un texto de su producción. Así recibimos el libro “*Norma y error en el derecho penal*” *La cuestión de la diversidad cultural*<sup>37</sup>, elaborado cuando cumplía funciones como Fiscal General Jefe del Ministerio Público Fiscal (Trelew, Provincia de Chubut). Basílico es uno de los autores que remarcan y revaloran la moderna adaptación de las concepciones –tanto jurídicas como teóricas- que aprecian al aborígen con perspectivas de reconocimiento de sus culturas y su condición de personas.

---

<sup>35</sup> Editorial Planeta. Año 2013.

<sup>36</sup> rbasilico@kennedy.edu.ar

<sup>37</sup> Córdoba Ed. Mediterránea, año 2005.

De ese trabajo, extraemos algunas breves consideraciones de carácter general y si se quiere, de naturaleza antropológica en torno de las concepciones de tipo existencial, relacionadas con su percepción del entorno.

En la página 77 se afirma que *“las comunidades aborígenes que poblaron nuestro territorio en particular, y en Latinoamérica en general, poseían creencias de carácter mágico, caracterizándose su mundo, como bien lo apunta Levy Bruhl, por el animismo...”*, lo que resulta coincidente con lo expresado por Soler (1970).

*“Guevara, Soler y Jiménez de Asúa –continúa Basílico- expresan, en sus minuciosas obras, que los aborígenes de nuestra zona se basaban en un sistema – fundamentalmente mágico- , de prohibiciones tabú, siendo una de las características de estas prohibiciones, además de su naturaleza religiosa, su no correspondencia a situaciones objetivas...”*

La conceptualización de lo que se denomina animismo, entendemos debe ser correlacionada con las consideraciones de Kelsen en su *“Teoría pura del Derecho”* (2009:20) (4ta ed. 9na reimp.-Bs As- Eudeba) esto permite comprender los alcances de tal estado de percepción del mundo que tenían. Del igual modo surge en la edición de 1982, del mismo sello editorial, con la traducción del recordado jurista Moisés Nilve.

Más recientemente, añade Basílico, se ha ido promoviendo una suerte de reconocimiento de la temática aborígen, incluso desde planos legislativos.

En la página 84 apunta: *“Podemos decir que la cuestión del reconocimiento de la diversidad cultural, y el reconocimiento de la preexistencia étnica no sólo en nuestro país, sino en Latinoamérica ha sido un tema fatalmente olvidado....”*

También, evoca con agrado la intervención de organismos internacionales :” *Como bien lo expresa el Informe Final del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), hasta ese momento “el derecho penal latinoamericano parece no haberse preocupado mayormente para defender la integridad de estas manifestaciones culturales diferenciadas..... Bien se apunta cuando se dice que, con ello, se vulnera el principio de igualdad y de libertad de cultos, afectándose del mismo modo el **derecho a la integridad psíquica de la persona**, “porque un hombre abruptamente sustraído de su cultura, sufre necesariamente una **anomia** cuyas consecuencias son irreversibles, pese que se lo haga con el pretexto de someterlo o incorporarlo a una cultura que se considera a sí misma superior o mejor” (negritas del autor).*

El tratamiento jurídico del aborígen y la condición jurídico-penal de que ha sido objeto por la cultura occidental, elucida una gama variada cuyos detalles en

forma sintética nos trae Basílico en la nota 151 de la página 86 de su libro: *“Bien apunta el informe, cuando expresa en referencia a la corriente antropológica mencionada (denominada "victoriana"), que "extendió notoriamente sus conceptos en nuestra área y fueron muchos y muy ilustres los ideólogos latinoamericanos tributarios de la misma.*

*Sus "estadios"- "salvajismos", "barbarie" y "civilización"- son recepcionados incluso en los textos penales de algunos países. Así en Bolivia, se habla del "indio selvático" como inimputable (art. 17°) y del "inadaptado cultural" como semi-inimputable (art. 18°); en Perú claramente se hace referencia al "salvaje" y al "semicivilizado" o "degradado" (arts. 44 y 45°). El art. 96 del Código de Colombia se refiere al indígena inimputable por inmadurez psicológica."*

A todo cuanto venimos anotando puede sumarse el apreciar con atención la concepción existencial que poseían. De otros aspectos normativos nos ocuparemos más adelante. Según el trabajo "Entidades mitológicas del Norte Argentino"<sup>38</sup>, en la introducción que realiza Fernando Wayer, señala: *"El antropólogo Rodolfo Kusch, en su obra América profunda, en la que analiza la visión del mundo andino, propone dos tipos de visiones de la existencia humana: el "estar" americano y el "ser" europeo. El primero es una visión de la vida como situados próximos a un lugar donde se concentran energías mágicas que deben respetarse. El "ser" europeo, en cambio, ansía constantemente "ser" alguien, llenar con algún significado el vacío mas profundo del individuo".*

Habremos de excluir dados nuestros objetivos, las referencias que las obras consultadas contienen en relación a los delitos que concretamente penalizaban los aborígenes de nuestra región, o a las formas de reacción colectiva que singularizaban sus coerciones según informa, por ejemplo Garcilaso de la Vega (Soler:1970). Este dato es motivo de elogios por parte de Jiménez de Asúa (1964).

En función de advertir la caracterización de marcos culturales peculiares, como los ejercitados en términos de tradición, según lo anunciamos, hemos añadido a esta investigación el trabajo de tesis de Maestría en Derecho Penal del ecuatoriano Marcelo Andrés Icaza intitulada *Aplicación de la justicia penal indígena en Sudamérica* (defendida exitosamente en nuestro país en la Universidad de Belgrano, el 18 de diciembre de 2014) y a la que el Director de esta investigación ha accedido por integrar el tribunal evaluador y contar con la amable disposición del joven Magíster<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> De Guillermo Fabián- ed. Ideas del Norte-Salta- 2010.

<sup>39</sup> [micaza@tamayomartinez.com](mailto:micaza@tamayomartinez.com)

El en el sentido indicado en la página 21 leemos: *“El derecho penal indígena emerge de las costumbres y la sabiduría ancestral, y al igual que el derecho penal ordinario, ha ido evolucionando acorde a las necesidades de las comunidades indígenas, en busca de la paz y la armonía social de sus miembros.*

*Al nacer de la sabiduría ancestral de los grupos indígenas, la principal fuente del derecho penal indígena, tanto para el derecho sustantivo como para el derecho adjetivo es la costumbre, es decir aquellas prácticas que han sido aceptadas como derecho consuetudinario dentro de las comunidades indígenas....”*

Las características apuntadas en términos del irrestricto respeto por la costumbre, incluye un dato no menor, esto es, el de la falta de regulaciones escritas, esto es, que su sostenimiento lo es a través de la tradición oral. De allí entonces otra gran diferencia con relación a conceptos acuñados en nuestro derecho como el principio constitucional de Legalidad, en todas sus variantes (Bacigalupo:1999).

Por ello casi todas las comunidades, guardaban alta consideración por los ancianos, quienes generalmente integraban Consejos ante los cuales se llevaban las temáticas más trascendentes para su consulta y decisión vinculante. Amplia documentación fílmica, se encuentra en el sitio <http://pueblosoriginarios.encuentro.gov.ar> donde se aprecia el mantenimiento de esos hábitos culturales que aquí relevamos para comprender de mejor manera todas sus prácticas, incluso, las del derecho penal, donde como se ve, la ancestralidad es un norte cultural desvanecido en la cultura occidental.

En la página 25 Icaza precisamente indica: *“Es importante resaltar que el derecho penal indígena al encontrar su fuente principal en la “costumbre” tiene su lenguaje propio, regula la conducta del indígena dentro de su comunidad, por tanto es dinámico, evoluciona de acuerdo a las circunstancias colectivas, sin que requiera de norma escrita...”*.

El modo en que el aborigen fue “tratado” por el derecho luce explicado en la página 28: *“El fenómeno criminológico que sustenta la existencia de un sistema penal indígena distinto al sistema penal ordinario ha sido objeto de discusión por algunas décadas debido a que nos encontramos ante dos posturas divididas, por un lado están las teorías criminológicas que consideran que el indígena debe ser inimputable por ser inmaduro psicológicamente e inferior al resto de la sociedad; y, por otro lado las posturas que enfocan el factor criminológico indígena desde el punto de vista de la pluralidad y diversidad cultural; criterio que a mi pensar nos lleva obligatoriamente a definir una cosmovisión completamente distinta del derecho penal ordinario y que abre la puerta al pluralismo jurídico penal...”*.

Icaza, si se quiere, obviando la advertencia de Soler, ha avanzado con agudeza en correlacionar las perspectivas del derecho indígena con propósitos que se enarbolan en el contexto de las teorías legitimantes de la pena y que son producto de la cultura europea.

En la página 40 le vemos decir:” *La pena indígena no busca un objetivo diferente al que busca la pena dentro del derecho penal ordinario, ya que las comunidades indígenas al aplicar sus sanciones propias tienen el propósito de reinsertar al condenado a la población por medio de la purificación de su alma y su cuerpo, además de la armonización y la revalorización de los sentimientos colectivos de los pueblos indígenas que se pudieron ver afectados con la perpetración del ilícito. A pesar de aquello se han criticado a las sanciones de los pueblos indígenas de no ser típicas, y a más de ello de ser crueles, inhumanas, e incluso atentatorias a los derechos humanos y a la dignidad de la persona, por tratarse de sanciones consistentes en flagelaciones, latigazos, limpiar el cuerpo con ortiga, caminar descalzo sobre las piedras, entre otros, prácticas criticadas y repudiadas por el Derecho Penal...*”.

Otra importante diferencia con relación a la concepción del Derecho Penal de origen europeo, se plasma en páginas 44/45: “*Dentro de la teoría de la pena indígena no se contempla el sufrimiento o la denigración de la persona como un método de remediar el daño causado por el cometimiento de un ilícito, sino que por el contrario busca que el miembro de la comunidad comprenda y repruebe su actuar por medio de procedimientos ancestrales, aceptados por toda la comunidad y que son justos para cada delito, el autor Poveda en su investigación sobre la pena en el derecho penal indígena agrega: No conviene criminalizar a las personas a través del conflicto penal. Quienes hemos ejercido la judicatura conocemos que mientras más contienda generemos a través del uso de la justicia penal, menos armonía en la comunidad logramos. Se debe utilizar medios reparatorios que devuelvan tranquilidad y armonía al interior de una comunidad. Me parece que con estos principios podemos dar respuesta, en términos genéricos, a la comprensión del Derecho indígena, y queda pendiente el aprender de su sistema, que curiosamente se puede vislumbrar en las etnias europeas, asiáticas o latinoamericanas: diálogo, consejo, reparación, educación, resocialización, armonía, equilibrio y paz interna”.*

En la cita, Icaza se refiere a Carlos Poveda Moreno y su obra “*Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones*, (Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la

Finalmente, podemos adelantar, que el sentido de la pena posee una suerte de mixtura ya que se recurre a la aplicación del castigo de índole físico y a la vez, dichas medidas poseen propósitos que se corresponden a los que más adelante nominaremos, como de prevención especial en tanto se promueve con esas medidas la reinserción a la comunidad, todo ello enmarcado en un criterio de espiritualidad que sin dudas responde a su cosmovisión y a aquella diferencia que marcamos entre el “ser” europeo y el “estar” americano, con evocación del antropólogo Rodolfo Kusch.

Tal lo que sostiene en la página 48: *“Para la concepción indígena, las penas que nacen de las comunidades indígenas no son ni representan métodos crueles, inhumanos o atentatorios a los derechos humanos; pues los indígenas consideran más cruel el encerrar a una persona por un tiempo largo olvidándose para siempre de él. Sus penas no buscan el castigar por castigar, buscan reinsertar al infractor a la comunidad por medio de la purificación de su alma y su cuerpo, ya sea por medio de la ortiga, el agua fría, etc.*

No hemos hallado en el material consultado, referencias a las formas de graduar o medir las sanciones, sin embargo, nos pareció altamente significativo, por su peculiaridad, el modo en que se concibe la pena privativa de libertad, lo que constituye, a la vez, una crítica de la denominada prevención especial con signos de agnosticismo zaffaroniano (Zaffaroni, Alagia, Slokar:2000). En la página 57 Icaza señala: *“... la pena privativa de la libertad que se cumple en las cárceles va en contra de los valores culturales del indígena; a manera de ejemplo, la República del Ecuador ha elevado a norma constitucional los principios de la sana convivencia indígena resumidos de la siguiente forma: “Ama killa, no ser ocioso; Ama shua, no robar; y Ama llulla, no mentir. Por tanto, para el indígena el estar privado de la libertad no recupera al individuo ni colabora con la sociedad debido a que fomenta la ociosidad o desocupación, situación que genera a su vez perder un miembro de la comunidad; adicionalmente la cosmovisión indígena considera que aquel privado de la libertad no se rehabilita, sino que por el contrario podría caer en prácticas no aceptadas por los pueblos indígenas como son el robo, el tráfico de estupefacientes, entre otros ilícitos; por tanto el sistema penal indígena por medio de su derecho consuetudinario busca el sentido de la pena en el derecho indígena, convirtiéndose en más eficaces que las penas del derecho penal común...”*

Hemos soslayado en nuestra búsqueda las referencias al denominado derecho indiano por hallarse el mismo imbuido de la legislación española.

El trabajo del jurista argentino Ricardo Levene en el Tomo VII, página 275 de la enciclopedia jurídica Omeba, así lo refleja cuando alude con lujo de detalles a las recopilaciones ordenadas por Carlos V, (merced al decreto de 1680), Leyes de Castilla, las de Toro, etc., y las características de su vigencia en los territorios ocupados por los ibéricos.

Por su parte el ya citado Luis Jiménez de Asúa (1964), formula una descripción muy pormenorizada de la evolución del derecho penal de Indias, donde se confirma aquella incidencia hispana.

Las concepciones de penalidad, aún con esa influencia no traducen significativos aportes que refieran acerca del desarrollo o no de formas de medición punitiva aborígen.

Pero si hurgamos en la obra detallada de Asúa (1964:914) podremos encontrar referencias a la existencia, en el territorio hoy mexicano, de un ordenamiento penal atribuido a Nezahuacòyotl que poseía variedades asimilables a las reacciones vindicativas, como así del taliòn y la pena de muerte. Sobre esto último la desproporción era elocuente: *"si se sustraían siete o más mazorcas, se aplicaba al ladròn la pena de muerte..."*

El análisis de las restantes comunidades abordadas por el autor español, como la de los Mayas, los Incas, los Araucanos, etc., nada preveían para graduar los tiempos de pena, al menos, como se establece en las formas de escalas divisibles del derecho penal contemporáneo.

---

## CAPÍTULO 2

### El sistema argentino vigente

#### 2.1. Breves consideraciones sobre los enunciados judiciales

Desde los enunciados judiciales en perspectiva histórica, lo inherente a la fijación de la cuantía punitiva recibía un tratamiento escasamente fundado. En los tiempos –y no tan perdidos de la historia- cuando no se hallaba extendida tanto la teorización como su correlato en los supuestos legales, la temática de la cuantificación punitiva, de ordinario el resultado revelaba que los fallos consecuentemente, traslucían la aridez de su abordaje. Frases tales como: “y teniendo en cuenta las pautas mensurativas de los arts. 26 y 41 del Código Penal, estimo que la pena adecuada ha de fijarse en.....”.

La fórmula con que históricamente se arribaba a la etapa de fijación o individualización rezaba en términos análogos y breves como la precitada frase. Con algo de detalle a veces se nominaban causales ya presentes en los textos (arts. 40 y 41 del CP sin que estos, como lo señaló Soler dijieran en torno de su carácter aumentativo o disminuyente) sin mayores acompañamientos argumentales fácticos, normativos o teóricos.

Por lo general –y esto merece destacarse- tampoco las partes hacían demasiado esfuerzo en las propuestas o estrategias y de ahí en más, la consabida y reconocida jurisprudencialmente, selectividad omnímoda y arbitraria del juez.

Magariños (1992) reconoce este estado de cosas: *“A nadie escapa que, en nuestro medio, la mayor parte de las decisiones judiciales en punto a la determinación de la pena pone de manifiesto, con toda claridad, que la graduación y elección de la pena en cada caso, está librada más que al arbitrio a la arbitrariedad del juzgador, sin que las decisiones se presenten sobre la base de una justificación racional, limitándose, por lo general, a la mera remisión de lo establecido en los arts. 40 y 41 del Código de fondo...”*

Pero claro, una cosa es interpretar la precariedad y aridez de los enunciados judiciales, y otra, es que derechamente se afirme la innecesariedad de la postulación ya en sede fiscal, sobre la magnitud de pena que se requiere en el caso concreto juzgado.

No hace mucho tiempo, en el Plenario nro. 6467 del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, de diciembre del 2002, los magistrados se reunieron

para responder al interrogante que se enunciaba del siguiente modo: “¿Puede el órgano jurisdiccional dentro de una misma calificación legal, aplicar una pena superior a la requerida por el fiscal? La respuesta mayoritaria –y todavía vigente– concluía en forma afirmativa. Benjamín Ramón Sal Llargués quedó en soledad.

Más allá de las implicancias procesales, garantísticas, semióticas y filosóficas trastocadas –cuyo abordaje excede el cometido de este trabajo–, lo cierto es que uno de sus magistrados, en lo que aquí concierne, llegó a afirmar: *"Podría mencionarse complementariamente a esta altura que en el proceso penal de la provincia de Bs As el fiscal no tiene el deber legal de pedir un monto determinado de pena. Su solicitud de condena, que implica la de que el condenado sea penado, puede quedar allí, sin circunstanciación de especie ni cuantía, dejando esa individualización librada a la consideración y decisión del Tribunal....."*

Por supuesto se coronaba ese aserto con otra afirmación que destacaba, consecuentemente, la falta de afectación que esa tesis implicaba para el derecho de defensa.

## **2.2. El sistema legal vigente**

Nuestra legislación en materia de determinación prevé penas relativas y absolutas. Tal como señalan Elhart en su tesis y Ziffer (1996) las relativas están conformadas con máximos y mínimos, y en la absolutas nos encontramos con la prisión o reclusión perpetua. Ziffer de hecho nos dice que: *" En general, recurre a las penas denominadas divisibles, es decir, aquellas en que se fija un marco o escala penal dentro del cual se debe determinar la pena a imponer en el caso particular. Son penas divisibles en razón del tiempo ("penas temporales") la reclusión, la prisión y la inhabilitación; en razón de la cantidad, la multa, respecto de la cual rigen, además, las disposiciones establecidas en el art.21. En todos estos casos resultan aplicables los arts. 40 y 41, que establecen las reglas que habrán de seguir los tribunales al fijar la pena."<sup>40</sup>*

También hace hincapié al establecer que *" Aun cuando el Código no lo disponga expresamente, estos criterios también deben orientar la decisión en casos de penas alternativas, incluso si la alternatividad es entre penas absolutas -es decir, no divisibles-, por cuanto se plantea en ese supuesto el mismo objetivo legal: que la decisión entre varias opciones sea tomada fundadamente y siguiendo ciertos criterios."*

---

<sup>40</sup> Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Tomo 2 Artículos 35/78. Parte General. Editorial Hammurabi

Ahora bien, frente a la lectura que se hacen de los artículos 40 y 41 de nuestra legislación penal vemos lo siguiente.

El artículo 40 establece que en penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, se fijará la pena de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del art. 41 CP. Luego, el art. 41 CP establece que a los efectos del art. 40 se tendrán en cuenta una serie de reglas (o pautas) objetivas y subjetivas que se interrelacionan. Pero, de la lectura del art 41 CP, este mismo también constituye circunstancias que, dado el caso, puedan ser agravantes y atenuantes. Es así que Elhart en su tesis doctoral plantea si el art 40 se remite absolutamente al art 41, quedando aquél vacío de contenido, o si las circunstancias atenuantes o agravantes a que el art. 40 hace referencia (que son las del caso concreto), pueden no estar comprendidas completamente en las que enumera el art. 41; con lo cual, en este último supuesto, las circunstancias que menta el art. 41 serían solamente ejemplificativas, perviviendo, en consecuencia, las del art. 40 implícita e indeterminadamente.

Ambos artículos forman una enumeración no taxativa de circunstancias relevantes a tal fin, sin determinar el sentido de la valoración (ya advertido por Soler:1970), esto es, sin establecer de antemano si se trata de agravantes o atenuantes, ni cuál es el valor relativo de cada una de tales circunstancias, ni tampoco cómo se solucionan los casos de la concurrencia entre ellas y sin una "pena ordinaria" que especifique cuál es el punto de ingreso a la escala penal, a partir del cual hacer funcionar la atenuación o la agravación.(Ziffer:1996).

Elhart expone en dicha tesis la opinión sobre el art.40 CP que brindan diversos letrados, haciendo especial mención a los dichos de González Roura y Zaffaroni. *“González Roura, como es usual en él, extrae un conclusión puntual: atento a que el art. 40 refiere en forma amplia a circunstancias atenuantes o agravantes, entiende que tal extensión es la que cuenta y que el art. 41 CP obraría sólo de modo ilustrativo. Creo, según ya lo he expuesto en numerales anteriores, que esa es la posición correcta. Por último, de modo distinto al que he estimado acertado, Zaffaroni dice que el art. 40 queda vacío de contenido, al remitirse plenamente a las pautas del art. 41. Nótese que estos dos autores prácticamente sostienen tesis opuestas: para González Roura el art. 41 queda vacío de contenido (porque sus reglas o pautas serían meramente ilustrativas), mientras que según Zaffaroni las pautas del art. 40 se reducen completamente a las del art. 41...”*

En cuanto al artículo 41 del Código Penal, vemos que cuenta con dos incisos. El primero haciendo referencia a cuestiones objetivas y, el segundo haciendo mención a circunstancias de índole subjetivas.

Ziffer (óp. cit.) expresa que la selección de los factores relevantes para la determinación se verá influida, necesariamente, por la decisión acerca de los fines preventivos de la pena. La necesidad de conciliar los puntos de vista relativos al ilícito culpable, por un lado, y a la prevención, por el otro, tornara relevantes circunstancias que sólo tiene una vaga relación con el hecho en sí, lo cual plantea el problema de limitar lo que se suele denominar "el hecho de la determinación de la pena" y de cuáles son los factores que legítimamente se pueden incorporar al análisis apartándose del ilícito culpable. Este constituye, por cierto, el principal parámetro del daño sufrido por la norma, y también su límite máximo, pero no necesariamente la única perspectiva posible dentro del ordenamiento penal. Existen otras circunstancias que también pueden influir y alterar esa primera valoración del hecho, lo cual otorga relevancia para la determinación de la pena, como es el caso de la conducta anterior y posterior al hecho, o el punto de vista de la sensibilidad a la pena y las posibilidades de desocialización. La necesidad de reacción penal puede verse alterada por otros principios normativos que no se vinculan al ilícito, sino a consideraciones de otro tipo, especialmente, preventivas. El interés inicial del Derecho penal de aplicar una cierta pena en el caso puede ser modificado por otro interés jurídico que también reclame ser satisfecho, y ambos deben ser ponderados y equilibrados en la decisión.

La dualidad del ordenamiento jurídico, en cuanto explícitamente reclama que el acto de determinación de la pena logre armonizar las necesidades de prevención, siempre orientada hacia el futuro, y la formulación del grado de reproche de culpabilidad, referido al hecho pasado, plantea como cuestión previa cuál ha de ser el criterio dominante y si éste puede ser fijado en forma general o si, en cambio, es admisible que se modifique según la gravedad del hecho a analizar. Con relación a este último punto, se advierte que cuando se trata de hechos leves, las alternativas resocializantes y de prevención especial que entran en consideración son mucho más amplias.

La referencia del inc.2° a la peligrosidad, sumada al origen histórico del artículo, ha llevado a algunos autores a sostener que la mayor o menor peligrosidad del condenado constituye el fundamento de la medida de la pena. En un trabajo posterior, precisamente Ziffer (2007) dedico variadas consideraciones sobre el concepto de peligrosidad al comentar críticamente el fallo "Fermín Ramírez" de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, postulando su utilidad ya que *“mal que les pese a muchos no hay prevención especial posible sin consideraciones de peligrosidad...”*

Se trata en este inciso segundo de establecer atenuantes o agravantes a la luz de condiciones y situación personal de quién cometió el hecho y en el contexto de las circunstancias del suceso. Se valoran entonces datos verificables de cada partícipe, como la edad, la educación, las costumbres, la situación económica, etc., para determinar la culpabilidad del imputado en el hecho y para establecer, en su caso, la posibilidad de que operen pautas de prevención especial o general positiva como atenuantes. (Elhart)

Ziffer sostiene que el ilícito culpable no sólo constituye el presupuesto de la punibilidad de la conducta, sino también la base para la graduación de su gravedad. Si bien la problemática que plantea la graduación del ilícito es diferente de la de su preexistencia, esto no debe llevar a afirmar que se trata de conceptos de los de la teoría del delito. Sólo se modifica la perspectiva. Mientras que para la imputación interesa si ciertas categorías dogmáticas se encuentran presentes para la determinación de la pena importa cuál es su intensidad. Como consecuencia, el procedimiento de análisis no consistirá ya en la subsanación de una situación de hecho en una de dichas categorías, sino en establecer relaciones acerca de la mayor o menor gravedad de ese hecho.

Los criterios que permitan fijar esas relaciones derivan de los fundamentos de las categorías utilizadas para decidir las diferentes formas de imputación. Para establecer cuáles son los factores relevantes y el sentido en que han de ser valorados, se deben tener en cuenta todas las situaciones que reducen el ilícito, así como la intensidad de aquellas que afectan la culpabilidad, y analizarlas en formas amplias. El análisis es, en general, similar al llevado a cabo por Ennis (2012).

Se puede apreciar la opinión de jueces sobre el tema en cuestión.

[...]

*Establecida la gravedad del ilícito en la escala penal amenazada, el legislador permite subjetivizar, “id est”: personalizar la sanción atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes que emergen del autor, de la víctima y de la sociedad donde la conducta se concreta. En un régimen Republicano, esa graduación no puede ser irrazonable, como tampoco, en un Estado de Derecho, quedar reservada al sentir de cada intérprete. De ahí que el Código Penal argentino haya determinado en sus arts. 40 y 41 algunos elementos básicos para que la tarea no anide en el puro arbitrio judicial. A partir de ese dato y frente al caso penal, al operar atenuantes la*

*pena se acercará al mínimo, mientras que incidiendo agravantes, se arrimará al máximo. En todo el sistema de graduación de la pena subyace la proporcionalidad y el equilibrio. Ningún elemento puede ser eliminado so pena de erosionar una idea de armonía entre todas las acriminaciones. Suprimir el juego de las atenuantes reservándolas sólo para el supuesto de que concurran agravantes, implicará borrar la distinta entidad objetiva que asume cada delito dentro del sistema, como la posibilidad, por ejemplo, de premiar la menor dosis del injusto y las conductas posteriores que procuren morigerar o eliminar el daño causado y, en definitiva, también no tener presente que la orientación liberal de la Constitución Nacional y, en su consecuencia, del Derecho Penal argentino, implica tener en cuenta el mérito y demérito, que como todo lo axiológico tiene también gradaciones y categorizaciones.<sup>41</sup>*

### **2.3. Análisis jurisprudencial**

El propósito de realizar un muestreo de la jurisprudencia, fundamentalmente teniendo en cuenta lo anotado al inicio lo ha sido con el afán de auscultar en esas decisiones, si las mismas en sus fundamentos, exhiben adhesión, o no, a las variables teóricas tanto en lo que dimos en llamar “justificaciones” o en relación a concretas tesis graduatorias de los tiempos de sanción. La modalidad que aplicaremos consistirá en delimitar lo expresado en fallos seguido de nuestras consideraciones. Agruparemos en el epílogo de este análisis, aquellas que nada significativo han dicho.

De otro lado, hemos escogido fallos de tribunales superiores ya que estos reflejan, aún en nuestra breve recorrida, el sentir de regiones jurisdiccionales amplias. Nos adelantamos en señalar que el hallazgo ha sido escaso, según se verá. De alguna manera ello es reflejo de lo que nos indicaran los jueces entrevistados, los participantes del coloquio, o como explica Ennis (2012) por el rechazo de los tribunales superiores por razones formales. (ver Anexo).

Analizamos estos fallos sin perjuicio de tener considerados los que forman parte del libro de Bellagio, Castro y Garibaldi (2004) que si bien se circunscriben generalmente a los producidos por ese tribunal, sus singulares características teóricas se desarrollan en las entrevistas a uno de los coautores, según se verá en

---

<sup>41</sup> Del voto del Dr. Piombo al que adhirieron los Dres. Sal Llargués y Natiello, TCPBA, Sala I, 7/12/00, C. n° 1.633, “Guazzi, Ramón Alberto s/ recurso de casación”. (Simaz, Alexis; Año 2008; Doctrina Judicial del tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires 1º Pág. 446. Editorial Nova Tesis).

el tramo pertinente. Anotaremos los aspectos centrales de cada fallo para luego comentarlos.

### **2.3.1. CSJN – Fecha 08/08/2006 – Autos “Squilaro, Adrián”**

*“Squilaro, Adrián, Vázquez, Ernesto Marcelo s/ defraudación especial ... 4º) Que, por el contrario, en orden a la fundamentación del monto de la pena y su ejecución, el recurso extraordinario resulta formalmente procedente toda vez que la sentencia impugnada reviste el carácter de definitiva, proviene del superior tribunal de la causa y pone fin al pleito. Por otra parte, los citados agravios suscitan cuestión federal suficiente pues se invoca la arbitrariedad del fallo en el tratamiento de tales cuestiones y la consiguiente vulneración de las garantías constitucionales derivadas del art. 18 de la Constitución Nacional, verificándose, finalmente, relación directa entre dicha causal y la resolución recurrida.”*

*“5º) Que si bien las decisiones relacionadas con la aplicación del monto de la pena resultan privativas de los jueces de mérito, cabe hacer excepción cuando, como en el caso, no se advierte una adecuada fundamentación respecto de tan trascendentes cuestiones, lo cual, descalifica al fallo como acto jurisdiccional válido.”*

*“En efecto, más allá de que los dos años de condena impuestos a Squilaro por el tribunal de juicio se compadecen formalmente con la escala autorizada por la figura que reprime la conducta ilícita que se le reprocha, la mera enunciación genérica de las pautas objetivas y subjetivas que prescriben los arts. 40 y 41 del Código Penal para graduarla, desprovistas de toda relación y ponderación conjunta con los elementos que a tales fines fueron incorporados al juicio, sólo evidencia un fundamento aparente y colocan al pronuncia miento dentro de los estándares de la arbitrariedad de sentencia (Fallos: 315:1658 y 320:1463).”*

*“Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el fallo apelado con el alcance que resulta de la presente...”*

En “Squilaro” hemos anotado lo dicho en torno de la procedencia del recurso, fundamentalmente por el hecho de significar tal temperamento un criterio que ha venido a significar precisamente la posibilidad de revisión incluso en vías extraordinarias, de la cuantificación penal. Es que como se dice, una resolución de contenido absurdo sobre ese tópico lesiona garantías constitucionales.

En el terreno de la concreta delimitación analítica que nos hemos propuesto, se advierte que la sentencia se refiere a vicios de fundamentación. Tal vez esa conceptualización haya impedido adentrarse en los rubros teóricos que esas

infundamentaciones importaron. En todo caso, la falta de correlación de las pautas valoradas son invocadas con sustento en lo que disponen los artículos 40 y 41. No se dan, por vía de consecuencia, precisiones cuantitativas y solo se mencionan dos años de pena impuesta.

### **2.3.2. CSJN – Fecha 06/03/2007 – Autos “Garrone, Ángel Bernardo”**

*"Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada (fallo "Maldonado", considerandos 18 y 19)."*

En este caso, la falta de abordaje de tópicos cuantificativos es precedida por la desconsideración o inobservancia del derecho a ser oído.

### **2.3.3 CSJN – Fecha 01/04/2008 – Autos “Silva, José Manuel”**

*"Silva, José Manuel s/ causa n 1 6653" S.C. S. 1856, L. XLII... El agravio esencial de la defensa, mantenido en todas las instancias, se refiere a la defectuosa fundamentación en la individualización concreta de la pena, aspecto que, a mi manera de ver, suscita cuestión federal suficiente en el supuesto de autos, pues la sentencia del a quo es susceptible de descalificación con base en la doctrina elaborada por V.E. en los precedentes "Casal" (Fallos: 328:3399) y "Martínez Areco" (Fallos: 328:3741). En efecto, para mensurar la pena -fijada en cuatro años y seis meses de prisión- el tribunal oral tuvo en cuenta, como agravantes, "la nocturnidad, la inexistencia de motivos verificables que hayan determinado su acción; el modo en que fue llevada a cabo; y el mayor perjuicio ocasionado a la comunidad, al haber escogido para llevar a cabo sus designios criminales, un edificio dedicado al culto", así como también "sus antecedentes penales y su condición de reincidente."*

*"La mera repetición de los fundamentos dados en el juicio, sólo formalmente satisface la revisión de la pena, pero no demuestra el tratamiento de las cuestiones llevadas a estudio..."*

En “Silva”, hemos avanzado algo más. Superada la instancia de la viabilidad recursiva como tramo previo a tratar de su procedencia, el tribunal ha observado que al medir la sanción y ponderar agravantes, sólo se ha hecho mención de un conjunto de elementos y circunstancias de diversa naturaleza. No se verifica una discriminación en pautas subjetivas u objetivas, y tampoco se indica en qué medida o cantidad de sanción, esas denominaciones permiten arribar a una fijación de los tiempos de pena.

#### **2.3.4. CNCP – Sala IV – Fecha 24/03/2000 – Autos “García, Gustavo Miguel”**

*"Formuladas las precedentes consideraciones, corresponde analizar si el tribunal de juicio ha cumplido de manera suficiente el mencionado deber de fundamentación en la individualización de la pena que impuso a García en el decisorio recurrido."*

*"En efecto, debe señalarse que el derecho de defensa es un derecho amplio, cuyo ejercicio no puede verse entorpecido, y en la medida que se pretenda garantizarlo, debe rechazarse la posibilidad de agravar la pena por el silencio o la negación del hecho que pueda hacer el imputado en su declaración indagatoria, la que constituye uno de los pilares de la defensa en juicio."*

*"Aquello que el imputado está autorizado a hacer desde el punto de vista procesal no puede convertirse luego en una circunstancia de agravación de la pena" (conf. Ziffer, Patricia S., "Lineamientos de la determinación de la pena", 1996, Ed. Ad-Hoc, p. 171)."*

"García" invoca la obra de Ziffer donde como hemos podido comprobar las abundantes referencias al desarrollo teórico tanto en materia de justificaciones como de concretas teorizaciones que sobre la medición punitiva lleva adelante la autora argentina, sin embargo en este caso solo se dice de la improcedencia de valorar como pauta de agravación la negativa a declarar, lo cual constituye una garantía dada en su favor. Coincidimos en la imposibilidad de considerarlo sumatorio de pena. Sobre conceptos vinculados a determinación de la pena, nada se dice.

#### **2.3.5 CNCP – Sala I – Fecha 10/06/2005 – Autos “Rossini, José L. y Otros”**

*"Respecto del primero, la recurrente expresó que la falta de fundamentación en el monto de la pena impuesto torna aplicable la doctrina establecida en el precedente "Miara" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto permite controlar las reglas de graduación de pena si se ha vulnerado la garantía de defensa en juicio y la del debido proceso."*

*"Con tales premisas, la defensa consideró que el a quo aplicó, para agravar la pena, criterios de derecho penal de autor, contrarios al principio de culpabilidad. Tal interpretación no es compartida por esta Sala toda vez que los antecedentes que se le computan así como la brevedad del plazo que medió entre el hecho ilícito y la compurgación de la última pena única impuesta, dan pautas sobre la peligrosidad del autor, tal como lo prevé el art. 41 del Código de fondo, máxime cuando aquellos*

*antecedentes registrados no resultan menores. En efecto, se tuvo en cuenta que "1) con fecha 9 de febrero de 1996 fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 13 a la pena de tres años de prisión y costas del proceso, en la causa n° 221, operando el vencimiento de dicha pena el 11 de agosto de 1998; 2) el 30 de mayo de 1996 se lo sancionó con tres años y seis meses de prisión y con la pena única de seis años de prisión y sus accesorias, en el marco de la causa n° 319 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 7. Dicha condena venció el 11 de agosto de 2001; 3) el 7 de julio de 2000 recibió por parte del Tribunal Oral n° 17 en la causa n° 894 la sanción de tres años de prisión y costas la que se unificó con la anterior en ocho años y seis meses de prisión, con sus accesorias legales, revocándosele la libertad condicional y declarándosele reincidente. El vencimiento de esa pena acaeció el 8 de mayo de 2004. 4) Por último, el 3 de noviembre de 2000 el Tribunal Federal en lo Criminal de Comodoro Rivadavia lo condenó, en la causa 88-287/97 a cuatro meses de prisión, compurgados con el tiempo de detención sufrido y se lo declaró reincidente."*

*"Sin embargo, asiste razón a la defensa en cuanto a que las circunstancias objetivas en las que se perpetró el delito no justifican un agravamiento de la pena como el impuesto. En efecto, el horario en que se cometió el hecho (cerca de las 14 horas) y la modalidad (ingreso al local en el que extrajo un arma de fuego con la que apuntó a la damnificada y le exigió la plata, luego de lo cual le pidió que se dirigiera al fondo y salió del lugar con la suma de treinta y cinco pesos y un atado de cigarrillos) no explican las razones por las que procede tal aumento de la sanción, cuya escala penal va de cinco a quince años de prisión (art. 166 del Código de fondo)."*

*"Por tales motivos, esta Sala entiende que la pena de doce años de prisión que fue impuesta al condenado resulta excesiva teniendo en cuenta que las circunstancias objetivas no pueden ser merituadas como agravantes, sin perjuicio de que las de índole subjetiva autoricen la elevación por sobre el umbral punitivo en la forma electa en la cuestión siguiente."*

"Rossini" configura uno de los pocos fallos que se adentran en consideraciones de interés para esta investigación. Es que merced a la transgresión de garantías constitucionales podemos decir que se evidencian los tramos a superar en el terreno procesal-constitucional, para luego revisar lo dicho al graduarse la penalidad. En el caso parte de la discusión radica en la estimación aumentativa de pena del rubro antecedentes del enjuiciado. El agravio de la defensa acudió a encasillar el dato histórico como supuesto de derecho penal de autor, por cuyo

conducto postuló su impropiedad, dado que trastoca el principio de culpabilidad penal.

La divergencia del tribunal ha radicado en estimar que esos antecedentes dan pábulo a su acogimiento por hallarse vinculado al concepto de peligrosidad que prescribe el artículo 41 del Código Penal. Lo que sigue, es lógicamente por deber de fundamentación, un detalle pormenorizado de los datos que ilustran esos antecedentes. No habremos de adentrarnos en la discusión acerca de la corrección de efectuar esas valoraciones por las cuales la reincidencia habilita además, la posibilidad de su empleo para aumentar la pena como agravante, por exceder el propósito de esta investigación.

La falta de empleo de recursos teóricos para fundamentar posturas en el segmento de determinación de la pena es aquí también elocuente. Lo mismo sucede cuando se discrepa con el monto impuesto. Decir que *“la pena de doce años de prisión que fue impuesta al condenado resulta excesiva...”* sin más ni más, y sin que se ensayen variables de estricto corte aritmético, es demostrativo de esa falta de desarrollo dogmático que pretendemos evidenciar.

Todo lo dicho sobre teorías absolutas, relativas y mixtas, en este caso, se encuentra ausente.

#### **2.3.6. CNCP – Sala II – 2009 – Autos “Álvarez, Juan Abel”**

*“1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 de esta ciudad resolvió condenar a Juan Abel Álvarez a la pena de catorce años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio simple.*

*“Con relación a la graduación de la pena, se agravió por la falta de fundamentación al momento de imponerla en virtud de que *“...si bien en la sentencia se consigna que resulta un atenuante el hecho de que mi ahijado procesal cometiera el hecho delictivo bajo los efectos del alcohol, lo que afecta su juicio y dificulta su conciencia, luego achaca como agravante las ‘características del hecho’, es decir que realizó un crimen fácil y sin obstáculos, que lo ejecutó de forma cruel y rápida y que demostró un desprecio considerable por el bien jurídico vida”.**

*“Además, expresó que *“...el ‘móvil del homicidio’ ha sido indebidamente valorado como una circunstancia agravante. Pues puede no resultar lógico o racional para el juzgador que Álvarez reaccionara contra la víctima porque ésta no quería darle dinero para comprar bebida alcohólica...pero además debe valorarse desde la óptica del imputado y no desde la óptica del sentenciante...Un alcohólico al que le**

*falta bebida es lo mismo que un drogadicto al que le falta droga. Es su bien máspreciado". Finalmente, alegó que "...la ponderación como una circunstancia agravante la falta de demostración de 'signo alguno de arrepentimiento', resulta abiertamente violatoria del principio de inocencia. Desde el momento en que mi asistido nunca manifestó haber sido el autor del hecho, es porque se considera ajeno al mismo, De modo tal, no tiene nada de qué arrepentirse".*

*"En ese aspecto, entiendo que efectivamente no se advierte respaldo lógico para afirmar como agravante una orientación dirigida a producir un crimen fácil y sin obstáculos, de una persona ebria y recostada en la cama y al mismo tiempo reconocer de parte del imputado dificultades para mantener bajo dominio sus reacciones. Esto se verifica particularmente cuando el tribunal de juicio, luego de sostener que se habría tratado de un hecho cometido de forma cruel, y rápida, manifestó que Álvarez se encontraba en un estado de ebriedad tal que "...sin perturbar la consciencia, afecta su juicio y dificulta el control de los impulsos al momento de la reacción".*

*"También cabe aceptar la crítica de la defensa dirigida contra la ponderación como agravante de la falta de "signo alguno de arrepentimiento por sus acciones", pues Álvarez no se reconoció autor del hecho que se le imputa. En cuanto a las restantes circunstancias de tiempo, lugar, modo y motivación del suceso, no advierto inconsistencia que ponga en crisis su función ponderativa en los términos de los arts.40 y 41 del CP. El tipo de cuchillo utilizado, el lugar del ataque, la agonía padecida por la víctima, su traslado y abandono, los presupuestos de su reacción -negativa a entregarle dinero para comprar bebida- y la desfavorable impresión causada en la audiencia, son indicadores pertinentes para atender a la gravedad del injusto y de la culpabilidad."*

*"Esto determina una necesaria morigeración en la sanción definitiva a recaer y que, en virtud de la falta de indicadores plausibles para establecerla en esta instancia sin afectar las pretensiones del recurrente, corresponde se reenvíe al a quo para que la concrete. "*

*"El señor juez doctor Luis M. García dijo:*

*Antes de ahora (confr. mi voto en la causa n° 9108 de esta Sala, "De las Toscas, José Luis s/rec. de casación", reg. n° 12.095, rta. 14 de julio de 2008) he dicho que "el art. 41 del Código Penal indica a los jueces que para la determinación de la pena deben tomar en cuenta circunstancias que se refieren al hecho (inc. a), y circunstancias que se refieran al autor o agente (inc. b). Las primeras comprenden -aunque no de modo exhaustivo- los elementos objetivos del injusto del que el autor*

*ha sido hallado culpable, a saber, la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y peligro causados" y que "el art. 41, inc. a, [...] hace referencia no ya al injusto sino a su grado".*

*"La defensa ha descalificado la sentencia en cuanto a la medida de la pena impuesta, entre otras cuestiones, por cuanto se ha tomado como agravante la "mala impresión que [...] causara el acusado durante el juicio, donde no mostró signo alguno de arrepentimiento por sus acciones." En primer lugar, la sola afirmación de la mala impresión causada, sin referencia a elemento objetivo alguno, no puede tener ninguna incidencia en la mensuración de la pena. Aun en el campo del conocimiento experiencial que han tomado los jueces del imputado, es indispensable que expresen, aunque más no sea sintéticamente, los criterios objetivos en los que fundan la existencia de un agravante en la medición de la pena. De lo contrario las impresiones subjetivas sobre el imputado, por malas que se presenten, serían imposibles de controlar sin relación a alguna referencia objetiva, y en particular de confrontar si el a quo le ha dado un valor conforme al algún criterio de los que el art. 41 C.P. enumera como pertinentes para la graduación de la pena. "*

*"Desde este punto de mira he dicho que de allí se infieren dos consecuencias: a) en general las cualidades personales del agente no tienen relevancia para decidir la prohibición del hecho, ni para medir en abstracto la pena que corresponde al hecho prohibido, porque es el hecho y no el autor los que están en el fundamento de la prohibición y el alcance más o menos dañino del hecho lo que da la medida de la pena; b) la culpabilidad es una condición para la aplicación de la pena, pero cualquiera que se la medida de la culpabilidad, la pena no puede superar la medida del injusto, o en otras palabras, del daño o peligro de daño prohibido por la ley penal bajo amenaza de pena."*

*"De tal suerte, una consideración respetuosa del principio de culpabilidad por el hecho sólo autorizaría a considerar aspectos de la personalidad del condenado para imponerle, por razones preventivo especiales, una sanción menor a la estrictamente merecida por el injusto objetivo cometido, pero nunca para agravar la pena más allá de ese injusto, porque la medida de la pena encuentra su límite en ese injusto objetivo (confr. mutatis mutandis, mi voto en la causa n° 9583 de esta Sala II, "Garaza Pereira o Pereira, Rodolfo", rta. 22/04/2009, Reg. N° 14.311). Como observa Stratenwerth "abordar la individualidad del autor, y pensar desde el punto de vista de un Derecho penal de autor [...] es legítimo, como se entiende por sí mismo, siempre que puedan o deban desempeñar un papel puntos de vista de la prevención especial sin lesionar el principio de culpabilidad: es decir, p. ej. al decidir sobre la*

*naturaleza y medida de la pena a imponer, al resolver sobre la forma de su ejecución, al disponer la aplicación de una medida de seguridad regulada por el Derecho penal, etc.” (STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal Parte General I. El hecho punible 4ª edición, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, ed. Hammurabi, Bs. As. 2005, p. 76).”*

*“Una determinación de la pena según los principios de responsabilidad por el hecho debe partir de la cuantificación del injusto por el que el autor se ha hecho culpable, y este injusto se mide en el momento de ejecución del hecho y no en momentos posteriores a su ejecución o frustración.”*

*“Desde esa óptica, la consideración de la falta de expresión de arrepentimiento por parte del imputado, asignándole peso agravante en la medición de la pena, resulta incompatible con el principio de culpabilidad por el hecho.”*

“Álvarez” es un fallo que posee algunas aristas interesantes y para su análisis es necesario advertir que no fue unánime. De inicio el denunciado vicio de infundamentación es el carril que permite a los jueces ad-quem –como suele decirse en la jerga judicial-, ingresar a evaluar el acierto o no de los juzgadores de la instancia primera. En el derrotero argumental se abordan los cuestionamientos de la defensa que ciñe sus agravios a aspectos vinculados a la cuantía punitiva aplicada. Pero, es que para no apartarnos del esquema de análisis que nos hemos propuesto, vemos que se echa mano de preceptos dogmáticos sin que se añadan argumentos – más allá de los moldes positivos- que ligen esas categorías con las teorizaciones ensayadas para fundamentarlas. Es que aún cuando se acojan favorablemente los argumentos defensistas, no se avanza en, al menos, dejar señalado aspectos de cuantificación concreta.

Claro, podrá decirse que no les compete a los jueces de la “alzada” pues ese caso debe tornar para que los jueces “corregidos” se expidan al respecto. Digresivamente decimos que la economía del proceso, las expectativas del procesado entre otros aspectos, ameritarían el ingreso y decisión definitiva. Y desde ya, con explicitación acabada de todos los fundamentos teóricos inherentes a ese cometido y más aún si se trata, como dijo el tribunal, de hacer lugar a una morigeración de la sanción.

El voto del juez García es singular en varios aspectos. Es que sugiere la consideración de factores que claramente hacen a la culpabilidad por el hecho, esto fundamentalmente en su manifestación objetiva, evidentemente ligado ello a principios de lesividad. Cuanto dice en torno de impresiones subjetivas de los jueces en tanto evalúan las malas impresiones causadas, sin otras apoyaturas, forman

parte de otro motivo de apartamiento en la fundamentación.

A renglón seguido avanza en decir *“cualquiera que sea la medida de la culpabilidad, la pena no puede superar la medida del injusto, o en otras palabras, del daño o peligro de daño prohibido por la ley penal bajo amenaza de pena...”*. Con ello entendemos que ingresa en fundamentaciones poco habituales. Muy diferentes de las referidas a los hábitos de otras jurisprudencias.

Más aún, con algo de sigilo emerge de la cita de Stratenwerth el eventual respaldo al fijar la pena en principios de prevención especial y en este ejercicio nada se dice acerca del valor y de los mecanismos para fijar ese peso. Sobre este aspecto ampliaremos en Legitimar y Graduar.

Finalmente, asoman destellos de posible retribucionismo cuando afirma *“Una determinación de la pena según los principios de responsabilidad por el hecho debe partir de la cuantificación del injusto por el que el autor se ha hecho culpable, y este injusto se mide en el momento de ejecución del hecho...”*.

En cualquier caso, la determinación de medidas, de cantidades o de metodologías para su acceso, sigue siendo materia ausente.

### **2.3.7.CNCP – Sala II – Fecha 07/04/2010 – Autos “G., C. E. s/ Recurso de Casación”**

*“1º) Que la recurrente se agravó, en primer lugar, por considerar que “...al momento de graduar la pena no sólo no se tuvieron en cuenta todas y cada una de las pautas mensurativas que establecen los arts. 40 y 41 del C.P. sino que se habló genéricamente de ellas y se omitieron circunstancias atenuantes del imputado violando así su derecho de defensa en juicio y debido proceso legal.”*

*“2º) Que la recurrente se agravó, en primer lugar, por considerar que “...al momento de graduar la pena no sólo no se tuvieron en cuenta todas y cada una de las pautas mensurativas que establecen los arts. 40 y 41 del C.P. sino que se habló genéricamente de ellas y se omitieron circunstancias atenuantes del imputado violando así su derecho de defensa en juicio y debido proceso legal.”*

*“La normativa del Código Penal establece justamente dos líneas de consideración sobre estos elementos que fundan el discernimiento de la pena. Así el inc. a del art. 41 del C.P. toma en cuenta para eso las circunstancias de naturaleza “objetiva” del hecho, que son las que permiten una graduación sobre la intensidad del injusto. Por su parte, en el inc. b, se remite a las características y situación del autor -aspectos subjetivos- que junto con el “hecho” son el objeto de reproche.*

*Injusto y culpabilidad entonces son los presupuestos de la pena que, en tanto cuantificable en virtud de las escalas penales previstas por el legislador, exigen de un análisis particular por parte de los jueces dirigidas a su graduación.”*

*“En el caso bajo estudio, el a quo valoró como circunstancias agravantes “...la modalidad del hecho, particularmente la violencia desplegada respecto de Martínez; la pluralidad de las víctimas pues resultaron desapoderados de sus bienes ocho personas; la avanzada edad de una de ellas, quien contaba con ochenta y cuatro años; el haber cometido el atraco a plena luz del día y tras ingresar a un domicilio particular habitado pues revela un mayor grado de peligrosidad; el prolongado lapso durante el cual mantuvieron a las víctimas privadas de su libertad; el cuantioso botín obtenido -de lo cual no se logró recuperar nada- y el número de participantes...”, así como “...las consecuencias dañosas que el hecho ocasionó a los damnificados pues (según fue puesto de relieve durante la audiencia de debate) varios de ellos debieron buscar apoyo psicológico para superar las consecuencias del suceso vivido”. Observo en este punto que los indicadores mencionados en el fallo resultan pertinentes para evaluar la intensidad del injusto, tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos. Por lo demás, el recurrente no ha intentado rebatir la idoneidad de ninguno de ellos como circunstancias de naturaleza agravante del hecho imputado. Esta situación es suficiente para desestimar la pretensión de la defensa en cuanto a la aplicación del mínimo de la escala penal prevista para el delito.”*

*“Sin embargo, advierto que en el fallo no se ha realizado la ponderación que supone la concurrencia de indicadores de agravamiento del hecho por un lado, y de atenuantes, por el otro. Este balance exige precisar los motivos por los cuales la existencia de elementos contrarios y sobre todo, la de atenuantes como los reconocidos en la sentencia, no han resultado aptos para morigerar la sanción finalmente dispuesta, que supera la media del máximo de la escala penal contemplada en el tipo.”*

*“Repárese que la pena, además de atender a criterios retributivos debe tender a objetivos preventivo especiales -en este caso, por las propias razones brindadas en el fallo, de naturaleza especial positiva- que hacen a estándares de necesidad que no se han asumido en la argumentación del decisorio. Esta falta de puesta en relación entre esos aspectos que han de concurrir al momento de fijar las consecuencias jurídicas del delito, afecta la determinación de la sanción.”*

*“Si bien del informe médico puede extraerse que dicho retraso no le impedía comprender la criminalidad del acto ni dirigir sus acciones, parece apto como*

*indicador con incidencia en la determinación concreta de la pena a imponer.”*

El presente fallo avanza en fijar el tramo de graduación. En el punto dice *“Injusto y culpabilidad entonces son los presupuestos de la pena que, en tanto cuantificable en virtud de las escalas penales previstas por el legislador, exigen de un análisis particular por parte de los jueces dirigidas a su graduación...”*.

En el tramo siguiente se ingresa en el casuismo del resolutorio para luego formular encasillamientos teóricos de valor relevante a los efectos de nuestra investigación. Se afirma adhesión al retribucionismo ligado a fines de prevención especial.

En ningún caso se señala la base normativa de esa ligazón (correctamente pretendida por Elhart en su tesis) al determinar la pena de los aludidos fines de prevención especial, como por caso sí lo hace el artículo 46 del StGB, en el estudio que hicieramos del trabajo de Ziffer (1996) o el que surge del Código Penal de Paraguay. Tampoco se indica cómo se gradúan esas categorías.

Nótese, además, que en términos de Schünemann (Aporías...) el fallo ingresa en el terreno de propósitos antinómicos. Si se admite graduar, determinar la pena con miras retributivas, eso significa penalizar lo hecho, el pasado; si se admite graduar, determinar la pena con miras de prevención especial, eso significa alcanzar con la pena el futuro aún en la más benévola versión especial positiva. Viene a nuestra memoria aquello de que penalizar con miras *ne peccetur*, importa o exige de los jueces cualidades adivinatorias.

#### **2.3.8. CNCP – Sala II – Fecha 05/02/2010 – Autos “Soler, Esteban Adrián”**

*“Por último, aseguró que “... nada dijo sobre los posibles atenuantes a aplicar al caso en concreto, en especial los que propuse al realizar mi alegato” (fs. 148) y que “este agravio sobre la fundamentación reviste carácter autónomo y de ser acogido favorablemente, impondrá la realización de una nueva individualización de la pena impuesta...” (fs. 149).”*

*“También coincido con el rechazo de la pretendida arbitrariedad de la fundamentación de la pena impuesta en la sentencia impugnada. En primer término, observo que la defensa no se ha agraviado de la valoración de las circunstancias agravantes consideradas por el a quo. Además, tampoco ha demostrado por qué la valoración de las pautas atenuantes que dice omitidas conduciría -a pesar de las agravantes no discutidas- a imponer una sanción inferior a la de diez meses de prisión impuesta, que es cercana al mínimo de la escala penal aplicable en el caso, según la inteligencia del art. 44 C.P. fijada en el plenario Nro. 2 de esta Cámara in re*

*“Villarino, Martín P.” (sentencia de fecha 21 de abril de 1994), interpretación de la que resulta una escala de seis meses a cuatro años de prisión.”*

“Soler” habla por sí mismo. Se ha entendido que por falta de agravio de la defensa no se ha ingresado en consideraciones graduatorias.

### **2.3.9. TCPBA - Sala I - Fecha 24/09/2014 - Autos “TRIAS FLORENCIA SOLEDAD S/ RECURSO DE CASACION”**

*“En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala I del Tribunal de Casación Penal (Cf. Ac. 1805 de la S.C.J.B.A.), el veinticuatro de septiembre de dos mil catorce... Causa N° 62479 caratulada “TRIAS FLORENCIA SOLEDAD S/ RECURSO DE CASACION” y su acumulada Causa N° 63864 caratulada “TRIAS FLORENCIA SOLEDAD S/ RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR FISCAL”. La señora Agente Fiscal se agravia de la supuesta lenidad de la pena impuesta, peticiona que en virtud de los hechos probados se le debe aplicar a la encartada la pena de 20 años de prisión. Denuncia la errónea aplicación de lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del C.P. y el incumplimiento de la debida motivación. Sostiene que el “a quo” se apartó de la pretensión punitiva sin motivación alguna y omitió tratar las agravantes enunciadas en su alegato. ... II. En relación a los agravios que emergen del recurso de casación registrado bajo el legajo 63.864, interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal de la instancia y mantenido en todos sus términos por la Sra. Fiscal ante esta Sala, es dable recordar que los motivos invocados se asientan sobre la magnitud de la pena finalmente individualizada la que lejos se encuentra de la sanción de veinte (20) años de prisión, accesorias legales y costas oportunamente solicitada en el momento de la discusión final, todo ello en función de las pautas agravantes ponderadas, algunas de las cuales fueran dejadas de lado por el veredicto. Ingresando en el tratamiento de los agravios, puede verse que al momento de tratar la quinta cuestión del veredicto, en punto a las agravantes peticionadas desde la acusación estatal, el tribunal de la audiencia acogió la pauta aumentativa relacionada al vínculo personal que mantenía la acusada con la víctima, en tanto verificada la existencia de esta relación de estrecha confianza, exteriorizada además en la convivencia, importó no sólo la traición de ese vínculo sino también la mayor indefensión de la víctima frente al ataque de quien se aprovecha de esa situación, (art. 41 inc. 2 C.P., con cita de doctrina) -Cfr. Fs. 65-. Por el contrario, desecharon las pautas severizantes que la Fiscalía invocara en función del daño causado... En el mismo sentido, también se descartó la aplicación de la agravante concerniente a la*

*calidad de los motivos de la activa, habida cuenta que -según así refiere el “a quo”- no se ha demostrado, con prueba objetiva y contundente, los motivos que la impulsaron a la comisión del hecho... De cualquier modo, siendo además que el análisis no puede exceder de las agravantes oportunamente solicitadas y que fueran rechazadas, es mi parecer que el tribunal de la audiencia ha razonado con atinado criterio respecto de su improcedencia, fundando las motivos que los llevaran a adoptar tal temperamento, sin que pueda advertirse fisuras lógicas en el razonamiento seguido... La postulación como agravante de la extensión del daño causado en función de la edad de la víctima, dada su juventud, se desentiende del principio de dignidad humana por el que la vida no es más importante ni vale más o menos en razón de la edad, motivos suficientes para desechar la propuesta. Luego, las consecuencias lamentables del desenlace fatal como el hecho de que la hija menor de ambos perdiera a su papá o en su caso el lapso de veintidós días que la familia padeció durante la agonía de la víctima, no pueden ser atendidas dado que no exceden de las consecuencias propias del injusto, tal como bien así se señalara en el veredicto... En ambos casos debe tenerse presente que para agravar la pena sólo se pueden tener en cuenta la afectación de bienes jurídicos “coprottegidos” por la norma y en este sentido sólo pueden interesar aquellas consecuencias que puedan relacionarse con la acción típica por su especial relación de imputación... SENTENCIA I.- RECHAZAR el recurso interpuesto por la defensa de Florencia Soledad Trías, con costas -legajo 62.479-. II.- RECHAZAR el recurso deducido por el Ministerio Público Fiscal, sin costas -legajo 63.864”.*

El caso “Trias” exhibe como dato interesante el que la vía recursiva ha sido interpuesta por el Ministerio Público Fiscal.

Luego al analizarse los motivos, el Tribunal ha evidenciado un cotejo en que aplican los criterios que aparecen enunciados en las normas vigentes, aunque con señalamientos que implican bases teóricas como las derivadas del principio de culpabilidad. Y así se dice que determinadas circunstancias *no exceden de las consecuencias propias del injusto*. Esto es, que la pena no puede aumentarse por vía de la invocación de ese motivo.

### **2.3.10. TCPBA - Sala II - Fecha 03/07/2012 - Autos "Causa nº 33.923"**

*“En la ciudad de La Plata a los 3 días del mes de julio del año dos mil doce,... Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires,... para resolver los recursos de casación interpuestos en favor de Cristian Damián Villafañe en la presente causa nº 33.923 de trámite ante éste Tribunal, y de Lorena*

*Paola Delli Santi que lleva el número de legajo 33.926 acumulada a la anterior;... Planteó también la errónea valoración de la corta edad de la víctima como agravante para el caso de hacerse lugar a los planteos que conllevarían la aplicación de una pena divisible. Dice en este sentido que el valor de la vida es siempre el mismo independientemente de las edades.... b.5) Finalmente, debiendo confirmarse la calificación legal que hace únicamente aplicable una pena indivisible, y habiéndose determinado en la instancia la más benigna de ellas en cuanto a su especie, entiendo que se tornan abstractos los agravios de la defensa que cuestionan la valoración de circunstancias agravante por parte del Tribunal a quo, conforme lo que surge de las disposiciones de los arts. 80 y 40 del Código Penal.... A la segunda cuestión planteada el señor Juez doctor Celesia dijo: Dada la forma en que ha sido resuelta la cuestión anterior entiendo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Cristian Damián Villafañe y casar el fallo a nivel de la calificación legal por haberse aplicado erróneamente el art. 80 inc. 1º del C.P.P. en virtud de la inobservancia de los arts. 1, 210 y 373 del C.P.P., recalificando el hecho que se le atribuye al nombrado como constitutivo del delito de homicidio en los términos del art. 79 del C.P. En virtud de ello corresponderá determinar la pena que corresponde imponer al nombrado como coautor penalmente responsable de dicho delito, la que de conformidad con las pautas de mensuración ponderadas en el fallo propongo fijar en veintidós años de prisión, accesorias legales y costas, con exclusión de ellas en esta instancia.... Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal, R E S U E L V E I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa de Cristian Damián Villafañe y casar el fallo a nivel de la calificación legal por haberse aplicado erróneamente el art. 80 inc. 1º del C.P. en virtud de la inobservancia de los arts. 1, 210 y 373 del C.P.P., recalificando el hecho que se le atribuye al nombrado como constitutivo del delito de homicidio en los términos del art. 79 del C.P., por los fundamentos expuestos al tratar la primera cuestión planteada en la presente. II. Fijar la pena que corresponde imponer a Cristian Damián Villafañe como coautor penalmente responsable de dicho delito en veintidós años de prisión, accesorias legales y costas, con exclusión de ellas en esta instancia."*

En este caso, asistimos a uno de los típicos ejemplos ya aludidos entre otros autores por Magariños (1992), donde la fijación de la pena se decide por remisión a pautas valoradas, sin que se enuncien los criterios dogmáticos que deben conformar su apoyatura. La frase es elocuente cuando se dice: "corresponderá determinar la pena que corresponde imponer al nombrado como coautor penalmente responsable

*de dicho delito, la que de conformidad con las pautas de mensuración ponderadas en el fallo propongo fijar en veintidós años de prisión...”*

**2.3.11. CPBA - Sala III - Fecha 08/05/2014 - Autos “Taborda, Sergio Gustavo s/ recurso de casación”**

*“En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, a los 8 días del mes de mayo de dos mil catorce,... Sala III del Tribunal de Casación,... causa número 18.067 (Registro de Presidencia 60.242) caratulada: “Taborda, Sergio Gustavo s/ recurso de casación”,... En subsidio denuncia aplicación errónea de los artículos 40, 41 y 58 del Código Penal al aplicarse una pena incompatible con las pautas de mensuración normadas en el Código de fondo, reclamando se fije una sanción cercana al mínimo legal posible.... Segundo: Tampoco progresa el restante agravio por el que se denuncia la violación de los artículos 40, 41, 55 y 58 del Código Penal. Partiendo de la premisa que la ley no establece un sistema específico de determinación de la pena a imponer, el proceso de unificación dentro de los parámetros fijados en ella, resulta del juego armónico de los artículos que se dicen han sido violados, y que en el caso se respetan. La afirmación del recurrente en cuanto tilda la sanción de “excesiva” y ello es contrario a la idea de resocialización de su asistido, debiéndose además ponderar la crisis del sistema carcelario al momento de fijar la sanción, aparece descontextualizada frente a las constancias de autos, toda vez que el tribunal utilizó en el caso el método compositivo, al imponer una pena de diecisiete años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, cuando por el de suma aritmética que dice igualmente existente la sanción hubiera ascendido a dieciocho años y cuatro meses de igual especie de pena... S E N T E N C I A RECHAZAR el recurso de casación interpuesto, con costas.”*

En este caso, y de alguna manera, en otros ya evaluados además de la escasa referencia de parámetros teóricos de fundamentación, se aprecia que la falta de “ingreso” de los jueces “superiores” al tratamiento de la mensura de la pena, obedece a su vez, a la falta de adecuado planteamiento por las partes. Esto es, que lo que queremos señalar, es que no sólo los fallos en su gran mayoría elucidan esas ausencias, sino que las bases o encuadramientos que la doctrina de la medición de la pena ha venido produciendo, asoman ausentes en las invocaciones.

**2.3.12. TCPBA - Sala IV - Fecha 07/03/2013 - Autos "HERRERA, Agustín Nicolás s/ Recurso de Casación"**

*“En la ciudad de La Plata a los siete días del mes de marzo del año dos mil trece,... Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires,... causa N° 55.831 de este Tribunal, caratulada “HERRERA, Agustín Nicolás s/ Recurso de Casación”.... II. La recurrente se agravia con la decisión del “a quo” en cuanto a la utilización del sistema aritmético para unificar las condenas, obviando las pautas mensurativas contenidas en el método de composición a la luz de los arts. 40 y 41 del C.P... A la segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo: I. Considero que el agravio invocado por la recurrente debe prosperar... La norma citada establece dos hipótesis de unificación: por un lado la llamada unificación de penas, donde el sujeto es juzgado por un hecho que fue cometido después de que hubiese recaído sentencia firme por un suceso anterior, y por otro, la unificación de condenas que, como ocurre en el supuesto traído a estudio, el sujeto activo resulta penado por un hecho que fue cometido antes de que hubiese recaído sentencia firme por un suceso anterior.... Ahora bien, en la unificación de condenas estamos frente a un caso de concurso real resuelto en pluralidad de condenas, dictadas con violación a las reglas que rigen ese modo concursal, donde corresponde imponer una única condena que se conforma con la pena mínima más alta y la suma de las penas máximas, sin poder exceder el tope de 50 años (contenido en el art. 55 del C.P.)...En este contexto es posible afirmar que es facultad discrecional del magistrado a cargo de las causas fijar la pena única dentro de los límites establecidos por la suma de ambas condenas, pero ello no resulta ser un principio absoluto. Tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia son pacíficas al establecer que, frente al método aritmético o el de composición de penas, es deber de los jueces justificar acabadamente los motivos por los cuales optan por elegir un sistema más gravoso de graduación de la sanción penal cuando tienen la posibilidad de optar por otro más beneficioso para el condenado... En la sentencia puesta en crisis, el “a quo” optó por emplear el sistema aritmético limitándose únicamente a citar doctrina y jurisprudencia que justifica la admisión de tal sistema de unificación (lo cual comparto), sin realizar ningún tipo de explicación ni desarrollo de tales argumentos para su aplicación en el caso concreto. Es así que luego de enumerar los atenuantes y agravantes existentes en las causas de mención procedió a señalar: “...valorando los indicadores mensurativos antes señalados, la magnitud del injusto y el grado de culpabilidad que se desprenden de los mismos, y las características reveladas por el causante, fijo la pena única de diez años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas...”. Se trata de una fórmula genérica que desatiende la debida observación de las pautas señaladas anteriormente en lo referente a la mensuración de la pena... Frente a la apuntada amplia facultad*

cuantificadora surge la necesidad que el juicio de determinación de la pena debe estar fundado en criterios racionales explícitos, que puedan ser comprobables desde un punto de vista jurídico, que a su vez impone el mandato que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del Derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (CSJN, Fallos, 311:948, 2314, 2402 entre otros). O sea que, "...el juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica..." (Conf. Ziffer, Patricia S., "Lineamientos de la determinación de la pena", 2da. edición inalterada, reimpresión, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 97 y siguientes)... Si bien la norma no impide a fin de cuentas que el magistrado pueda imponer una pena que coincida con la suma de las penas concurrentes, ello, de ningún modo, alcanza para evitar el deber judicial de motivación, y la pena total debe ser debidamente fundada en el reproche de culpabilidad por el hecho cometido, como en criterios de prevención especial... En el caso bajo análisis el magistrado votante no hizo ninguna otra referencia a la individualización de la pena más allá de hacer mención que optaría por el método aritmético, es decir que, no existe un desarrollo del por qué del monto punitivo a la luz de los arts. 40 y 41 del C.P.- Los magistrados no pueden recurrir a categorías genéricas o de escasa elaboración para fundar sus sentencias –vr. "modalidad del hecho", o "condiciones personales del autor", entre otras-, sobre todo si estamos frente a un supuesto en el cual existe la obligación de fundamentar por qué se aplica el método más gravoso para determinar la pena a imponer... Por todo lo expuesto, estimo que la pena impuesta no ha sido debidamente motivada, lo que descalifica la sentencia atacada como un acto jurisdiccional válido. Voto en consecuencia por la afirmativa... Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve:... II.- Anular la sentencia unificadora, remitiendo copia de la presente a la instancia de origen, para que, debidamente integrada y con la premura que el caso amerita, dicte nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí dispuesto; sin costas."

En "Herrera" la peculiaridad radica en haberse sustanciado un proceso de unificación de penas, dentro del cual según la estimación del Tribunal, los jueces tienen el deber no sólo de fundamentar sus decisiones en general, sino en particular, en relación con la cuantificación de la pena. Es más, se avanza en predicar cuáles deben ser esos carriles argumentales, lo cual importa una toma de posición del tribunal poco habitual según venimos diciendo. El marco es fijado por el tribunal en

estos claros términos “la pena total debe ser debidamente fundada en el reproche de culpabilidad por el hecho cometido, como en criterios de prevención especial...”

Caben aquí las observaciones que ya hicieramos sobre el empleo de fundamentos de culpabilidad y de prevención especial.

### **2.3.12. TCPBA - Sala IV - Fecha 03/06/2014 - Autos “REGUEIRA, Carlos Alexis s/ Recurso de Casación”**

*"En la ciudad de La Plata a los 3 días del mes de junio del año dos mil catorce,... Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires,... causa N° 60.036 de este Tribunal, caratulada “REGUEIRA, Carlos Alexis s/ Recurso de Casación”... Asimismo denuncia la errónea aplicación en autos de la agravante del artículo 41 quater del Código Penal y finalmente solicita la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal establecida para el delito de robo agravado por el uso de armas y la participación de un menor de edad... Ahora bien, el párrafo segundo del artículo citado agrava la pena en un tercio en el mínimo y en el máximo cuando el evento se perpetrare mediante el uso de armas de fuego. Idéntico aumento en la escala punitiva se produce cuando el suceso se cometiere con la intervención de menores de dieciocho años de edad (más allá de las disquisiciones que se pueden formular sobre el punto y que han sido expuestas en otros pronunciamientos de este Tribunal, que no vienen al caso, por la inaplicabilidad del dispositivo que se propicia), conforme las previsiones del art. 41 quater del citado cuerpo legal. En consecuencia, estimo que de la lectura global del plexo normativo, nos encontramos frente a un doble agravante, que debe ser computado como tal en los términos de los artículos 40 y 41 del C.P. y no como un monto que se suma a otro en cuanto a los topes mínimo y máximo en los que debe ser determinada la escala penal. Ello de por sí importaría una interpretación extensiva de la punibilidad, lo cual resulta vedado por los principios que rigen en la materia, dado que de esa forma se violenta la lectura “in bonam partem” que debe hacerse a la hora de efectuar la intelección de la ley penal. Es que, la consecuencia directa de ello es la elevación exponencial de las escalas penales sumando tercios a los subtotales que se van generando por la aplicación de las distintas pautas de agravación genéricas, componiendo escalas irracionales que atentan contra el principio de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas que rigen nuestro derecho. Sentadas esas bases, debe aumentarse solamente por una de las pautas aludidas la escala penal en un tercio del mínimo y máximo, siendo ésta la solución más adecuada al presente. En este punto, creo conveniente recordar, como ya lo he sostenido en otros casos, que*

la doble agravante sirve para que los jueces adecuen en más o en menos la pena dentro de una misma escala penal que no importa concurso alguno, sino que debe ser considerado como una pauta de determinación de mayor o menor contenido de injusto. Ahora bien, no resultando atacado por el recurrente el cuadro de mensura punitiva empleado por el sentenciante, la sanción escogida por el Tribunal debe ser confirmada, ello desde que –como ya dijera a comienzos del presente-en momento alguno se estableció cuál era el mínimo del que partía la conminación penal escogido en el pronunciamiento, siendo que –como he sostenido en reiteradas oportunidades—la justa transmutación de la cuantía del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales no es susceptible de establecerse en cantidades prefijadas legislativamente (más allá de los extremos en las escalas) o jurisprudencialmente dado que resulta imposible –en mi criterio-estandarizar los juicios de valor para traducirlos en cantidades numéricas. Por tanto, para establecer el “quantum” de pena a imponerse no puede apelarse a fórmulas matemáticas preestablecidas sino que debe atenderse a los principios de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que debe tenerse en mira una adecuada reinserción social. Por otro lado, entiendo que el punto de ingreso en el marco punitivo no debe seguir una escala de gravedad continua sino que, por el contrario, el mínimo y el máximo de la escala penal con que se reprima un delito deben ser tomadas como indicadores del valor proporcional de las normas en cuestión toda vez que, a diferencia de lo que ocurría con los antecedentes legislativos nacionales –Código Tejedor, Códigos de 1886, ley 4189 de 1906-que prescribían la imposición de una pena media para aquellos supuestos en los que se verificaran la existencia de agravantes y/o atenuantes, oscilando en más o en menos el monto de aquella al considerar pautas severizantes o diminuentes, en nuestro sistema actual no está previsto procedimiento o criterio formal alguno en el sentido indicado precedentemente, permitiendo al Juez de juicio la elección de la sanción que considere adecuada para el caso concreto, en la inteligencia de que cada hecho y cada autor son diferentes y presentan particularidades que difícilmente puedan reducirse a criterios rígidos y estandarizados. Y respecto de la pena impuesta, salvo supuestos excepcionales de notoria desproporción o irracionalidad, el remedio casatorio que se limita a tildar de excesivo el monto de la pena escogido por el “a quo” resulta improcedente. (este Tribunal, Sala II, c. “Bagaglia” N° 4442, rta. 28/2/2 reg. 58 y c. n° 13.161, rta. 11/4/06)... S E N T E N C I A Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve: I.- Declarar admisible el recurso de casación interpuesto a favor de Carlos Alexis Regueira; II.- Rechazar el mismo por improcedente, sin costas."

En “Regueira”, que como puede apreciarse es un fallo de recientísima factura, puede advertirse que el mismo exhibe un avance en torno de las fundamentaciones que los tribunales emplean al tratar la medición de la pena. Es de esos casos que escapan a la descripción que hiciera Magariños y que hemos anotado al principio.

Encontramos loable que se adopten posturas definidas aún en el contexto de la legislación vigente.

El análisis nos lleva a observar que en el caso, se trata de la problemática peculiar de concurrencia de varias pautas legales de agravación genérica que en la sumatoria meramente aritmética ciertamente, como se dice, lleva a la elevación de las penas a números exponenciales por su considerable elevación. En el caso incluso, no se ha fijado el monto mínimo del que se partía lo cual nos lleva a otro inconveniente, apuntado por uno de los jueces que entrevistamos, que es el del punto de ingreso que debe establecerse para luego dosificar la sanción.

Tres párrafos son lo que trascienden argumentalmente en la toma de esas posturas. En el primer caso se anuncia una de las consabidas opiniones con más la adecuada reinserción social. Y se dice:

*“Por tanto, para establecer el “quantum” de pena a imponerse no puede apelarse a fórmulas matemáticas preestablecidas sino que debe atenderse a los principios de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que debe tenerse en mira una adecuada reinserción social...”*

Pareciera que los mentados principios por sí solos acercan precisión en las cifras de encierro. Lo cual, a la vista de las variadas opiniones colectadas en este trabajo no resulta cierto. Es decir, en este caso, se opta por el sistema de valoraciones más o menos estimadas que finalmente coloca la dosificación en las consabidas facultades del juez. Si a ello se le suma el tener en cuenta propósitos de prevención especial, nos encontramos –como ya hemos anotado en otros casos- en decisiones que carecen de apoyatura en las previsiones de los artículos 40 y 41 del código vigente, al par que rememoran aquella afirmación que tiene a quienes gradúan la pena como futurólogos infalibles.

Lo que sigue anota una adhesión a las analizadas teorías del espacio de juego:

*“el mínimo y el máximo de la escala penal con que se reprima un delito deben ser tomadas como indicadores del valor proporcional de las normas en cuestión toda vez que, a diferencia de lo que ocurría con los antecedentes legislativos nacionales –Código Tejedor, Códigos de 1886, ley 4189 de 1906-“*

El anunciado alejamiento de las matemáticas lógicamente importa fincar la esencia de la medición la estimativa del juez. Los jueces del Tribunal que deciden el recurso entienden que las otras formas o sistemas de mensuración, son rígidas por ser estandarizadas. En rigor entendemos que la crítica es válida solo para los modelos de otros tiempos como el aludido Proyecto Tejedor que nosotros evocamos con la ayuda del Profesor Ouviaña.

La frase, finalmente, es elocuente:

*“permitiendo al Juez de juicio la elección de la sanción que considere adecuada para el caso concreto, en la inteligencia de que cada hecho y cada autor son diferentes y presentan particularidades que difícilmente puedan reducirse a criterios rígidos y estandarizados...”*

### **2.3.13. TCPBA - Sala IV - Fecha 08/04/2014 - Autos “PINCHEIRA, Miguel Ángel s/ Recurso de Casación”**

*“En la ciudad de La Plata a los 8 días del mes de abril del año dos mil catorce,... Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires,... causa N° 61.422 de este Tribunal, caratulada: “PINCHEIRA, Miguel Ángel s/ Recurso de Casación”... b) En segundo lugar, alza su voz contra el monto de pena impuesto en definitiva al que considera excesivo e infundado. Refiere que no se explican por el juzgador los motivos que lo llevan a seleccionar la pena única establecida... la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo: Entiendo que el remedio articulado no puede prosperar en ninguno de sus planteos.... Considero que los Jueces son soberanos a la hora de establecer la pena, siempre quedando sometidos al marco de la escala del tipo penal atribuido, fijándola de acuerdo con atenuantes y agravantes particulares del caso, y de conformidad con las reglas del art. 41 del Código Penal, sin que en tal franja que va del mínimo al máximo deban constreñirse a otros topes distintos de los que emerjan de normas específicas que obliguen a respetar determinadas dimensiones... b) En cuanto a la segunda crítica presentada por la defensa, la misma también debe ser desechada... Respecto al quantum de la pena tampoco lo encuentro arbitrario e infundado desde que el a quo escogió para la unificación el método más beneficioso –y el cual otorga una pena menor—para los intereses de la parte como lo es el sistema compositivo, por lo que la crítica de la defensa cae en un mero argumento dogmático que el único fin que persigue –en vano–es mejorar la situación procesal del imputado... No obstante, deviene aplicable aquí mi postura en lo que respecta a la individualización de la pena que es coincidente con la doctrina sentada por la*

*Suprema Corte de Justicia, que ha descartado expresamente la obligación de partir siempre del mínimo legal de la escala penal. Ha sostenido, que la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes no implica de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de pena contemplado para el delito respectivo, ni la transgresión de los arts. 40 y 41 del Código Penal (cfr. P. 56.481, sent. del 27-II-1996 y P. 38.661, sent. del 6-II-1990), como asimismo que no existe punto de ingreso a la escala penal (cfr. P.79.708, sent. del 18-VI-03). Cabe agregar, que no existe método alguno que permita transformar los juicios valorativos en cantidades numéricas de modo que, salvo supuestos excepcionales de notoria desproporción o irracionalidad, resulta improcedente el recurso casatorio que se limita a tildar de excesivo el monto de la pena escogido por el "a quo"... Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve: I.- Declarar admisible el Recurso de Casación interpuesto por la defensora particular, Dra. María Belén Bottegal, a favor del imputado Miguel Ángel Pincheira. II.- Rechazar el mismo por improcedente, sin costas."*

"Pincheira" es otro caso de opiniones que basamentan las posturas dogmáticas en criterios de "soberanía" que *pari pasu* es tanto como decir, de arbitrio incuestionable. Sobre esas concepciones ya Eleonora Devoto y Flavia Vega han escrito críticamente en "Del verdadero soberano y su derecho al Debido Proceso" (2002:279)

Nada se dice, más allá de la mención de las normas vigentes, en punto a los principios que brinda la dogmática hasta ahora desarrollada, y que no dependan solo de esa forma de concebir la labor judicial.

#### **2.3.14. TCPBA - Sala V - Fecha 18/12/2012 - Autos "Causa nº 54.864"**

*"En la ciudad de La Plata, a los 18 días del mes de diciembre de dos mil doce, ... Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, ... causa nº 54.864 a favor de la imputada Fernanda Yesica González;... Que tras un acuerdo de juicio abreviado, en donde las partes pactaron que Fernanda Yesica González-para el caso de arribarse a veredicto condenatorio-sea condenada a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas por la presunta comisión del delito de homicidio en ocasión de robo (ver fs. 5 del presente legajo), el Tribunal en lo Criminal nº 2 del departamento judicial de San Isidro, con fecha 01 de junio de 2012, resolvió aceptar dicha propuesta y condenó a la nombrada a la pena de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas del proceso, por encontrarla autora penalmente responsable de la comisión del delito de robo*

agravado por el uso de arma en grado de tentativa, de conformidad con las previsiones de los arts. 42 y 166, inciso 2°, del Código Penal (fs. 7/16 vta.). Que contra dicho decisorio la señora Defensora Oficial, doctora María Dolores Gómez, interpuso el recurso de casación obrante a fs. 33/35 vta. Del presente legajo, donde sostiene la violación de los artículos 18 de la C.N., 106 y 375, Inc. 2°, del C.P.P., por falta de fundamentación de la sentencia dictada, en lo que hace al juicio de mensuración de pena... Cuenta, con cita de jurisprudencia, que si bien el proceso de determinación de la pena no es de índole matemática, tampoco descansa en el libre albedrío del juzgador, dado que se requiere un acto jurisdiccional razonado que en nuestro sistema republicano de gobierno debe ser mensurado según las pautas de los artículos 40 y 41 del C.P... Afirma que, "... a falta de previsión legal dando cuenta de un sistema de ingreso al marco penal, el principio de la máxima restrictividad interpretativa conlleva a que ante la inexistencia de circunstancias agravantes, se imponga la pena mínima que el tipo penal prevé..." (Cita un voto en minoría de uno de los jueces de este Tribunal en apoyo a su razonamiento). Añade que, aun discrepando con la propuesta esgrimida-es decir, el ingreso a la escala penal por su mínimo-, la inexistencia de razonamiento alguno en la sentencia dando cuenta de los motivos por los cuales el juzgador impuso la pena que se cuestiona, en modo alguno puede perjudicar a quien defiende (cita doctrina)... II.- Antiguamente, se entendía que la decisión acerca de la medida de la pena era una facultad sujeta al dominio exclusivo de los jueces de mérito, exenta de cualquier tipo de control; hoy en día, sin embargo, esta concepción se ha modificado, admitiéndose su supervisión por vía del Tribunal revisor... Por ello, es que la individualización de la pena constituye un acto de ponderación que deba estar acompañado de su debida fundamentación, efectuado sobre la base de determinadas circunstancias debidamente acreditadas y valoradas. De manera que, ni se pueden convalidar decisiones caprichosas basadas en la voluntad subjetiva de los jueces, como tampoco se pueden avalar resoluciones apoyadas en una apreciación absurda de las pruebas habidas en la causa. Es una manda constitucional (art.- 171, Const. de la Pcia. de Bs. As), recogida por la ley ritual (art. 106, CPP) y derivada de la forma republicana de gobierno (art. 1, Const. Nac.), el que todos los pronunciamientos jurisdiccionales deben estar adecuadamente fundamentados, sustentados en el texto expreso de la ley con apego a las circunstancias comprobadas en la causa; esto, por supuesto, rige también en este ámbito... Además, surge otro inconveniente a partir de cómo juegan los fines preventivos de la pena frente al proceso concreto de individualización. Esto se ve claramente con las teorías desarrolladas en el extranjero (así, die Spielraumtheorie, die punkstrafetheorie, die Stellenwertheorie) bajo el pretendido

*objetivo de coordinar la idea de compensación y los fines preventivos de la pena; véase lo que sucede justamente con la primera de ellas (teoría del ámbito de juego), prácticamente dominante en Alemania, a través de la cual se afirma que es posible establecer un “marco de culpabilidad” cuyos límites están constituidos por un mínimo “ya” adecuado y un máximo “todavía” adecuado a ella y que, a partir de allí, dentro del marco establecido hay un “ámbito de juego” donde la pena debe ser fijada teniendo en cuenta los fines preventivos. Lo cierto es que, más allá de todo ello, la cuantía de la pena no puede superar el límite fijado por la justa retribución del injusto y de la culpabilidad, pues el principio de culpabilidad cumple también una función limitadora de aquella. Todo esto demuestra que existe verdaderamente un ámbito donde no es posible ingresar. De manera que, en principio, el control casatorio se circunscribe básicamente a examinar si la cuantía del monto seleccionado resulta sumamente desproporcionado de acuerdo a la gravedad del injusto, o si excede la medida de la culpabilidad por el acto, como así también, esta vía deviene idónea para corregir errores en la valoración de cualquier circunstancia que permitiera incidir en el juicio de mensuración; todo lo cual exige una motivación adecuada que permita el control pertinente... Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal,... I.- Rechazar, por las razones expuestas en las cuestiones sometidas al acuerdo, el recurso de casación obrante a fs. 33/35 vta. del presente legajo.”*

En el camino de la evolución en las fundamentaciones, vemos en este caso que, al contrario de lo que veníamos planteando en casos anteriores donde al falta de explicitaciones en las sentencias era también “co-causada” por la falta de introducción de peticiones de las partes, que evidentemente las cosas han cambiado y que la defensora Gómez es un ejemplo saludable de actividad motivadora.

Aún así, su postura parte de considerar: *“que si bien el proceso de determinación de la pena no es de índole matemática, tampoco descansa en el libre albedrío del juzgador...”*, la funcionaria aboga por el ingreso a la escala por el mínimo legal.

A contrario de lo verificado en otros fallos ya analizados, esta vez se mencionan lo que dimos en llamar en su momento como concretas teorías cuantificadoras. Su desarrollo puntualmente lo extractamos y dice:

*“surge otro inconveniente a partir de cómo juegan los fines preventivos de la pena frente al proceso concreto de individualización. Esto se ve claramente con las teorías desarrolladas en el extranjero (así, die Spielraumtheorie, die punkstrafetheorie, die Stellenwertheorie) bajo el pretendido objetivo de coordinar la idea de compensación y los fines preventivos de la pena...”*

Lamentablemente, a renglón seguido se condiciona el entendimiento y resolución, lo cual obligaría a una toma de posición concreta, a recaudos procesales acerca alegaciones sobre desproporciones injustificadas.

### **2.3.15 TCPBA - Sala V - Fecha 18/02/2014 - Autos "Causa Nº 58.844 "**

*"En la ciudad de La Plata, a los 18 días del mes de febrero de dos mil catorce,... la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires,... causa Nº 58.844 el recurso de casación interpuesto por el Defensor de Jonathan Reinaldo Espíndola... I) Como único motivo de agravio el recurrente se agravia por el monto de la pena impuesta, denunciando la inobservancia o errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P. Sostiene que se ha omitido fundar adecuadamente la individualización de la pena impuesta, solicitando que se case la sentencia...Asimismo se agravia de la valoración respecto de la multiplicidad de agentes como agravante de la pena, toda vez que a su criterio dicha cuestión fue valorada al haberse condenado a Espíndola como coautor en virtud del art. 45 del CP. Entiende que se ha incurrido en una doble valoración de una misma circunstancia... IV) Adelanto que el recurso ha de prosperar parcialmente. Entiendo que si bien no existe ningún extremo de un pronunciamiento condenatorio que se encuentre exento de un control de razonabilidad, cuando se trata de la tarea de cuantificar un injusto culpable, los cuestionamientos dirigidos contra dicha decisión no pueden obviar el irreductible espacio valorativo que la ley relega en los jueces, pretendiendo que estos justifiquen lógicamente o demuestren de manera empírica, no ya la elección de los atenuantes y agravantes, sino la selección que hacen del monto de pena... El juzgador no está obligado a especificar en la sentencia en qué medida se hizo jugar cada circunstancia, ya sea atenuante o agravante. El recurrente exige mucho más al sentenciante que la propia ley y convierte –con su interpretación–el proceso de determinación de la pena en una operación matemática donde a cada agravante le correspondería un intervalo de tiempo positivo y a cada atenuante un lapso negativo... La individualización de la pena es el resultado de la ponderación de la gravedad del ilícito culpable a través de una medición particular del grado de las categorías que lo conforman, como el disvalor de la acción y el disvalor del resultado y de la medida de la culpabilidad por la reprochabilidad del hecho y la mayor o menor posibilidad del autor de motivarse en la norma. La ubicación de la pena en el mínimo o el máximo de la escala penal correspondiente, depende de que el ilícito valorado encuadre en su totalidad en esos límites. En el presente caso el Tribunal ha individualizado la pena, dentro de lo que legítimamente*

*incumbe a sus facultades, sin que en ello se advierta o aparezca demostrada arbitrariedad o trasgresión a norma legal alguna. La determinación judicial del monto punitivo constituye una cuestión que en principio resulta propia de los Jueces de mérito en tanto la justa transmutación de la cuantía del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales no es susceptible de formalizarse o estandarizarse dada la imposibilidad que significa transformar los juicios de valor en cantidades numéricas. En este sentido los jueces del juicio poseen una facultad que se ejerce libre y prudencialmente en función de una potestad inherente a la jurisdicción que detentan, y que debe atenerse a la sensatez y la prudencia evitando la arbitrariedad o falta de razón... En el caso traído a consideración el magistrado ha respetado la escala penal del delito endilgado. Se valoraron como circunstancia atenuante la carencia de sentencias condenatorias y el buen concepto que goza Espíndola. Por su lado, computa como agravante la multiplicidad de agentes intervinientes, circunstancia que a su criterio aumentó el poder ofensivo y la posibilidad de impunidad de los agentes. Entiendo que no corresponde hacer lugar a la petición del Defensor ante este Tribunal de descartar dicha agravante en función de la aplicación del art. 45 del CP. De modo alguno se ha incurrido en una doble valoración de la mentada circunstancia. Al determinarse la autoría de un hecho, no se valoran las circunstancias que hacen a la configuración del tipo. Simplemente se determina objetivamente si se le puede atribuir la comisión de un delito a una persona o a más de una, lo que determinará la autoría o coautoría del delito sin configurar en modo alguno una agravación del tipo. Distinto resulta valorar como una circunstancia objetiva que aumentó el poder ofensivo frente a la víctima, la multiplicidad de agentes que cometieron el hecho... En cambio, tiene razón el Defensor ante este Tribunal respecto de la falta de fundamentación de la aplicación de la pena de efectivo cumplimiento. La obligación de fundar la aplicación de la pena en suspenso, establecida en el artículo 26 del Código Penal bajo sanción de nulidad, no determina ninguna excepción respecto del deber general de motivar el resto de las cuestiones que se deben decidir en una sentencia, principalmente, cuando se trata de la imposición de una pena... Cuando medie la posibilidad de una condena condicional que deje la pena en suspenso, el tribunal que en contrario decida imponer una pena de efectivo cumplimiento, debe fundamentar las causas de esa determinación a fin de asegurar el derecho de defensa... Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal de Casación Penal R E S U E L V E: HACER PARCIALMENTE LUGAR al recurso interpuesto, por los motivos señalados al tratar la segunda cuestión de la presente, confirmar el resolutorio dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 4 del Departamento Judicial Quilmes, en cuanto condenó a Jonathan*

*Reinaldo Espíndola a la pena de tres años de prisión, y reenviar las presentes actuaciones al a quo a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento, conforme lo aquí resuelto en cuanto a la modalidad de ejecución de la pena impuesta. Sin costas"*

La posición del tribunal en este caso aparece ligada a criterios ya conocidos sobre el "reconocido" margen de arbitrio del juzgador al medir la pena. De la mano de esas posturas precisamente se impide que los jueces indiquen cómo han especificado las cifras de encierro. Se rehúye y se alude con desdén –otra vez- a la función matemática. Es que si ese espacio se abordase, como propondremos, no solo las partes sino los mismos jueces, al emplear mecanismos fundadamente racionales por carriles de ciencias exactas, contarían con un instrumento al cual acudir en pos de medir y a la vez transitar las partes un recorrido argumental diversificado.

### **2.3.16. TCPBA - Sala VI - Fecha 31/07/2013 - Autos "VAIRO, Luciano Fabián s/ Recurso de Casación"**

*"Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires,...*

*causa N° 55.384, caratulada: "VAIRO, Luciano Fabián s/ Recurso de Casación",... Por último, se queja de la determinación de la sanción según los arts. 40 y 41 del CP, pues asevera que computar como agravante las condenas anteriores resulta incompatible con los parámetros de la Constitución Nacional y que, al contrario, debiera haber sido considerada como una atenuante por reducir el ámbito de autodeterminación. Asimismo, menciona que se descartó la posibilidad de tomar en favor de su defendido su problema de adicción a las drogas y su déficit psicológico por los rasgos psicopáticos de personalidad, ya que todo esto influye en la conducta del sujeto y su capacidad de culpabilidad..."*

*"En este sentido, la crítica a la "perpetuidad" debe contextualizarse con lo impuesto por los artículos 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 4.2, 5.2, 5.3, 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6.2, 10.1, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a nuestra CN por el artículo 75 inc. 22, en virtud de los cuales se ratifica que las cárceles son para seguridad y no para castigo de los reos (art. 18 CN), y se ha definido con mayor precisión la finalidad de la pena bajo términos de prevención especial positiva. Y por eso, la ejecución al orientarse a la readaptación y reforma de los condenados, con resguardo del concepto de persona y dignidad humana, excluye en todo aspecto legitimar un encierro de por vida, el que por propia naturaleza no cumpliría con la*

reintegración social... En definitiva, y bajo esta tesitura que busca la congruencia de las normas con el estándar constitucional e internacional que rige en materia de derechos humanos, concluyo que las penas a perpetuidad son admisibles en la medida que el Estado autorice una revisión periódica del encierro que sufre el condenado, de modo que –más allá del “nomen”- exista la posibilidad de acceder a una liberación anticipada y que en caso de denegación, la misma esté supeditada a un control regular... Sentado ello, cabe introducirme en la individualización de una agravante y el descarte de dos atenuantes que fueron objeto de análisis en el fallo atacado, de los cuales insiste la defensa técnica a su respecto, sin antes aditar que la penalidad fija convalidada en los párrafos precedentes, quitan virtualidad a los planteos opuestos por la impugnante, en la medida que su recepción o acogimiento no provocarán modificación alguna en la extensión de la culpabilidad por el injusto cometido... Sin perjuicio de lo antes dicho, en aras de brindar respuesta y visto que el examen puede ser relevante a los efectos de la clase de pena privativa de libertad (reclusión/prisión), diré que la discusión sobre la “reiteración delictiva” como pauta mensurativa susceptible de incrementar el quantum de pena, ya ha sido superada por la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores en sentido contrario a lo aquí pretendido. Así, como ya expusiera, la CSJN tiene dicho que el principio constitucional del *ne bis in ídem* prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide tomar en cuenta la anterior condena para ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario. Y, en este mismo sentido, se pronunció también la Suprema Corte de esta provincia que, en reiteradas oportunidades, avaló la valoración de las condenas previas como circunstancia agravante y descartó que esto constituya una violación del mencionado principio, incluso en aquellos casos donde recaiga declaración de reincidencia, siempre que ésta no sea valorada simultáneamente como pauta de agravación (SCBA, P. 57.387, sent. del 1-XII-1999; P. 58.385, sent. del 22-XII- 1999; P. 65.719, sent. del 10-IX-2003; P. 94.467, sent. del 7-V-2008, e/o)... Por lo que siendo que la peticionaria no ha intentado evidenciar que la pauta cuestionada como “reiteración delictiva” no encuentre previsión legal en el enunciado del art. 41 inc. 2 CP o que su valoración sea incompatible con la esencia del sistema por aquél receptado (SCBA, P. 94.467, sent. del 7-V-2008), ni ha cuestionado la corrección de los precedentes reseñados o probado acabadamente durante el debate el supuesto estrechamiento del ámbito de autodeterminación padecido por Vairo, el motivo de agravio no puede prosperar... Es que la ley reconoce a la “conducta precedente” del sujeto como un criterio dosificador que permite extraer en este caso una mayor culpabilidad en el hecho reprochado y ajustar con mayor precisión el tratamiento. El hecho de que la

*declaración de reincidencia importe la pérdida del beneficio previsto en el art. 13 del Código Penal en nada obsta a que tal conducta también traduzca mayor peligrosidad en los términos del art. 41 inc. 2 del Código citado (cfr. SCBA P. 60751)... Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: DECLARAR ADMISIBLE la impugnación incoada por la Defensora Oficial Dra. Graciela Inés Pardini. RECHAZAR POR IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por la letrada interviniente, con costas."*

**2.3.17. TCPBA - Sala VI - Fecha 14/10/2014 - Autos "LOPEZ, Franco Nahuel y DIAZ, Daian Ramón s/ recurso de casación"**

*"En la ciudad de La Plata, a los 14 días del mes de octubre del año dos mil catorce,... Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires... causa N° 65.376 de este Tribunal, caratulada "LOPEZ, Franco Nahuel y DIAZ, Daian Ramón s/ recurso de casación". ...1.- Mediante el procedimiento de juicio abreviado, el Tribunal en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial San Martín constituido de modo unipersonal, condenó, en calidad de coautores, a Franco Nahuel López y a Daian Ramón Díaz a cinco años de prisión a cada uno, con accesorias legales y costas, en orden al delito de robo agravado por su comisión con un arma. No se ameritaron eximentes; como atenuante se incorporó la ausencia de condenas, agregando que la pauta es de mínima incidencia, tratándose de personas que al momento del actuar contaban con 18 años; en cambio, ponderó como agravante la mayor capacidad intimidatoria y ofensiva propia de una pluralidad de cuatro intervinientes, tres de los cuales ejercieron violencia sobre la víctima. También el hecho de que contaran con un medio apto para garantizarse una rápida huida (vehículo automotor)... 2 Contra lo decidido interpuso recurso de casación el defensor oficial, abogado Rodrigo Mariano Nuñez, quien se agravia por errónea aplicación de los arts. 210 y 373 del C.P.P., lo cual determina una arbitraria y absurda valoración de la prueba por parte del Tribunal a quo, lo que ha desembocado en la errónea aplicación de las previsiones y alcance del art. 166 inc. 2do, párrafo primero del C.P. Denuncia, asimismo, transgresión de la cláusula pro libertatis, arribando a una calificación más gravosa a partir del envase incautado, sin verificarse si aquél reunía las características enmarcadas en el decreto 395/73, referenciando el informe policial a un "pequeño envase", sin verificarse por medio de peritaje el poder ofensivo del elemento ni sobre la persona víctima del suceso si había sufrido algún daño en su salud... La señora Defensora Adjunta, doctora Susana Edith De Seta, sostiene el recurso de origen, en virtud de las violaciones*

constitucionales denunciadas -principios de legalidad, culpabilidad e inocencia- y especialmente al debido proceso por no fundamentar la aplicación de agravantes...

1. El pronunciamiento atacado se ajusta a la pena pactada y ello, de por sí, conduce –en principio-a la ausencia de agravio. No obstante, cabe recordar que es doctrina de esta sede que: “...En principio es recurrible en casación la sentencia definitiva dictada en el marco de un juicio abreviado, toda vez que las partes deben tener una herramienta práctica para que la instancia tuteladora del imperio de la ley y guardiana del debido proceso se halle en condiciones de verificar la conformidad de lo actuado con los dispositivos que rigen esa clase de juicio...” (Sala I, sent. del 3/8/2000 en causa 666, “Rosales”; Sala I, sent. del 18/10/2000 en causa 2525, “Aristegui”)... Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I.- DECLARAR ADMISIBLE el remedio interpuesto por el Defensor Oficial, Dr. Rodrigo Mariano Nuñez. II.- HACER LUGAR a la impugnación deducida, sin costas. III.- CASAR la resolución de fecha 19 de febrero de 2014 dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 2 de San Martín, RECALIFICANDO los hechos como constitutivo de robo en los términos del art. 164 del C.P. y FIJAR la sanción en dos años y ocho meses de prisión de ejecución condicional.”

### 2.3.18. Comentario a la jurisprudencia relevada

La búsqueda de fallos para llevar a cabo la tarea que luce en este punto, en algunos casos nos ha permitido confirmar empíricamente aquello que la doctrina consultada refirió en cuanto a actividad judicial donde la mensura de la pena aparece con casi total ausencia de referencias y tratamiento. Al sólo título de la muestra de seguido dejamos anotados los fallos que reúnen esa precaria condición.

Los nominados son:

.CSJN – Fecha 25/03/2005 – Autos “Medina, Mario Jesús”

.CNCP – Sala II – Fecha 10/03/1999 – Autos “Estigarribia, Cirilo y Otros”

.CNCP – Sala I – Fecha 13/09/1999 – Autos “Libra, Marcelo D. y Traverso, Nancy”

.SCBA – Fecha 14/05/2008 – Autos “G., C. s/ Homicidio”

Finalmente, deseamos resaltar en esta auscultación pretoriana que en el muy buen trabajo de José Luis Ennis (2012) se destacan algunos fallos del sistema interamericano demarcadores de criterios. El autor platense nos dice:

“la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** también ha fijado algunas pautas básicas sobre dosificación de las sanciones penales que no podemos dejar de mencionar. Concretamente ha dicho el órgano regional que en todos los casos se

debe individualizar la pena de conformidad con las características del delito -que permitan fijar su particular gravedad- y la participación y culpabilidad del acusado (**Casos “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago” sentencia de 21/06/2002. Serie C No. 94, párr. 106; “Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala” sentencia de 15/09/2005, párr. 68. y “Boyce y otros vs. Barbados” sentencia de 20/11/2007, párr. 50**), principios que encuentran adecuado reflejo en las normas locales antes mencionadas.” (Negritas del autor).

“Cualquier consideración y abordaje de la cuestión debe partir de un análisis de las normativas constitucionales, convencionales y legales-normativas, que regulan la materia de análisis, necesariamente con una valoración de las referencias jurisprudenciales locales y regionales, y todas ellas, confluyen en concluir que cualquier respuesta punitiva concreta debe basarse en la gravedad el hecho, considerada como afectación concreta de un bien jurídico ajeno, y en la reprochabilidad o culpabilidad del agente por tal suceso, siendo este, el carácter de receptor único y exclusivo de cualquier criterio preventivo general que incida en esta labor y luego, un criterio rector y limitador para el juez. De modo que, las consideraciones de prevención especial han quedado relegadas al rol de criterio corrector en aquellos supuestos en los que la imposición de una sanción individualizadora aposentada en parámetros aludidos pudiera contener intolerables efectos desocializantes.



A	2008							
TCP BA (S. Iº)	24/09/ 2014	"Trias, Floren cia S."	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo	Medio
TCP BA (S. IIº)	25/10/ 2005	"F., C. A."	Nulo	Alto	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo
TCP BA (S. IIº)	03/07/ 2012	Causa Nº 33.923	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo
TCP BA (S. IIIº)	08/05/ 2014	"Taborda , Sergio G."	Nulo	Medio	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo
TCP BA (S. IVº)	07/03/ 2013	"Herrera, Agustín N."	Nulo	Alta	Nulo	Nulo	Nulo	Alta
TCP BA (S. IVº)	03/06/ 2014	"Regueir a, Carlos A."	Nulo	Alto	Nulo	Nulo	Nulo	Baja
TCP BA (S. IVº)	08/04/ 2014	"Pincheir a, Miguel A."	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo	Alta
TCP BA (S. Vº)	18/12/ 2012	Causa Nº 54.864	Nulo	Medio	Medio	Bajo	Bajo	Medio
TCP BA (S. Vº)	18/02/ 2014	Causa Nº 58.844	Nulo	Medio	Nulo	Nulo	Nulo	Medio
TCP BA (S. VIº)	31/07/ 2013	"Vairo, Luciano F."	Nulo	Alto	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo
TCP	14/10/	"Lopez,	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo	Nulo

BA (S. VIº)	2014	Franco N. y Ot."						
-------------------	------	---------------------	--	--	--	--	--	--

#### **2.4. Las novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal (Decreto PEN 678/12)**

En este segmento del informe, los integrantes del grupo C2DER-005, agradecen el aporte de Pablo Qualina de ADUBA (Asociación Docentes de la Universidad de Buenos Aires), quien ha colaborado en variadas ocasiones y especialmente, con motivo de nuestra intervención en el Seminario del Colegio Nacional Buenos Aires. Podemos decir que hemos contagiado entusiasmo y a la vez motivado la atención de quienes asistieron a esas jornadas por el enfoque que hemos dado a nuestros cometidos.

Lo que sigue es una breve síntesis que nos aportara el autor sobre el tratamiento que el Anteproyecto hace en torno de la fijación de la pena, de donde vemos que en algún sentido se ha avanzado por sobre el modelo vigente en variados aspectos, pero que en nuestro sentir, todavía no se asignan a los operadores del sistema, dispositivos que avancen concretamente en la estipulación de graduaciones variadas y a la vez, dotadas de justificaciones racionales de su procedencia. Sigue la pena librada en su cuantificación a márgenes de arbitrariedad.

*La fijación de límites mínimos en las escalas penales no es una cuestión novedosa, el proyecto de 1891 señalaba que “sin salir de lo sancionado por legislaciones tan recomendables como los códigos alemán, holandés y otros, se habría podido suprimir en general el límite mínimo y establecer solo el máximo de duración o de cantidad hasta donde podría llegar el magistrado...”<sup>42</sup> De todas formas, el proyecto no prosperó ante el supuesto temor de que los jueces resulten demasiado benignos.*

*La legislación comparada que citaba aquel proyecto de reforma no ha cambiado sustancialmente con respecto a este tema; el Código penal alemán de 1974, no prevé límites mínimos en sus escalas legislativas penales, tampoco el Código Penal francés de 1994 entre otros. Ello de por si tiene una ventaja que es la posibilidad otorgada al juez de poder ejercer con mayor amplitud su juicio a la hora de determinar la pena.*

---

<sup>42</sup> Zaffaroni, Alagia Slokar, “Derecho Penal. Parte General”. Ed. Ediar. Pág. 952. 1ra. Edición. Buenos Aires.

*De todas formas, el anteproyecto prevé en su entramado la fijación de mínimos en sus escalas, pero éstos -bien lo afirma la normativa- tienen un carácter meramente indicativo. El artículo 18 del anteproyecto dispone cuales son los fundamentos para determinar judicialmente la pena, y el artículo siguiente, clarifica en qué casos puede aplicarse una pena por debajo del mínimo, o bien, prescindir de la aplicación de poder punitivo. Los casos tratados en el texto, son solo ejemplificativos no configuran “numerus clausus” Veamos:*

*Primer supuesto*

- I- No se impondrá pena alguna cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren insignificantes.*

*Este es el único caso donde el juez puede encontrarse obligado a prescindir de la pena; como vemos este supuesto deriva de una diáfana interpretación constitucional del derecho penal, en definitiva, nuestro saber es un apéndice del magno texto, y es éste el que consagra como requisito fundamental la lesión a un bien jurídico o su puesta en peligro de una manera cierta.*

*Como sabemos, existe una jurisprudencia muy rica -preocupantes en un sentido y rescatables en otros- en materia de “insignificancia” en nuestro derecho. Recientemente la sala II de la Cámara de Casación Federal de la Nación<sup>43</sup>, trató especialmente la cuestión, y en el particular merece destacarse, debido a que existe un hecho cultural incontrastable que se traduce en una innegable selectividad del poder punitivo. El caso que trataremos a continuación es un manifiesto ejemplo de ese fenómeno que lleva al paroxismo la mentada selectividad del poder punitivo.*

*En efecto, el imputado fue requerido por sustraer -sin violencia- de un supermercado dos bandejas de carne, de corte económico, al momento del juicio, confesó su acción sosteniendo que había realizado tal acción porque su hijo se encontraba en estado famélico, y él se encontraba desocupado. Muy lúcidamente, en el voto mayoritario formado por los Jueces Slokar y Ledesma afirmaron que “...en un Estado de Derecho de bases republicanas debe limitar el uso de la violencia estatal sólo a aquellos casos en que se produzca una lesión al bien jurídico que sea relevante para la víctima, lo cual excluye daños insignificantes. El sistema inquisitivo no ofrece respuestas diferenciadas de acuerdo a la problemática concreta del caso, sino que aplica automáticamente la violencia estatal frente al mero incumplimiento, en sentido opuesto, los sistemas de justicia más democráticos se fundan en la noción de conflicto, en los que claramente, la ausencia de conflicto,*

---

<sup>43</sup> Fallo “G. H. H, s/recurso de casación”, reg. 20751 del año 2012.

o su mínima incidencia en el entramado social, determinan la retracción de los poderes punitivos para abrir camino a otro tipo de respuestas menos violentas”.....

Segundo supuesto:

*Casos de pena natural-Concepto:*

*El juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos:*

*Pena natural en hechos culposos. En los hechos cometidos por imprudencia o negligencia, cuando las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o partícipe. Asimismo, en casos de hechos dolosos puede aplicarse la misma situación siempre y cuando mediere una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causada por este al bien jurídico.*

*Durante la modernidad se instaló, tal vez definitivamente, la configuración de un nuevo sujeto histórico, en donde creció culturalmente una conquista trascendental, que hoy llamamos “derechos humanos”, es a partir de esta etapa donde comienzan a surgir determinados valores que atraviesan al ser humano como justicia, dignidad, equidad, proporcionalidad del castigo entre otros.*

*El valor del sujeto como tal y la dignidad humana configuraron un límite en el discurso al poder punitivo, el tema de la pena natural ha sido tratado y conceptualizado por una variada cantidad de autores, siempre planteada como una contradicción frente a la crueldad de la pena.*

*Hobbes y su concepción del “castigo divino” sobre las acciones delictivas que por naturaleza llevan consigo determinadas consecuencias, lo que se diferenciaba de la pena estatal por obra de Dios<sup>44</sup> pasando por Kant y su ideación de la “poena naturalis” como el vicio que llevaba en sí su propio castigo<sup>45</sup>. El tema fue recurrente en esta etapa.*

*Sin perder el eje del objeto que nos convoca, el anteproyecto de reforma trata el tema de la pena natural, recogiendo la idea planteada por Zaffaroni, tiempo atrás: la pena natural es “aquel mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de este, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa perdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena, sin contar que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la*

---

<sup>44</sup> Hobbes, Thomas, “Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, editorial Fondo de cultura Económica, Buenos Aires, 2005, p.255.

<sup>45</sup> KANT, Immanuel, “Principios metafísicos del derecho”, edición Espuela de Plata, p. 171, citado por MARI, Enrique Eduardo, “La problemática del castigo”, Ed. Hachette, pág. 106

irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad".<sup>46</sup>

Bacigalupo afirmó que "...El valor justicia determina que la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor. La dignidad de la persona requiere que las personas sean un fin en sí mismas y que no sean utilizadas como medios para obtener otros fines... En lo referente a la individualización de la pena, el principio de culpabilidad determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor concreto. Se trata de la cuestión de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del reproche... La compensación de culpabilidad puede tener lugar en dos sentidos diversos: cabe hablar ante todo de una compensación socialmente constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor del delito mediante un *actus contrarius* reconoce la vigencia de la norma vulnerada. Pero también cabe hablar de una compensación destructiva que tiene lugar... cuando el autor recibe como consecuencia de la comisión del delito un mal grave que se debe abonar en el cumplimiento de la pena. Estos males pueden ser jurídicos o naturales. Los últimos dan lugar a la tradicional figura de la *poena naturalis*... En estos casos... se prescinde de la pena, por un lado, porque la culpabilidad del autor ha sido compensada por las graves consecuencias del hecho, que para él mismo tienen efectos similares a una pena (*poena naturalis*) porque, por otro lado, por dicha razón no se reconoce ninguna razón preventiva. En tales supuestos la sanción sería una tortura sin sentido..."<sup>47</sup>

La expresión de motivos del anteproyecto<sup>48</sup> sostiene esta posición afirmando que "Por lo general se trata de casos dramáticos, en los que el agente ha sufrido consecuencias sumamente dolorosas. El texto proyectado dice cuando las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o partícipe, con lo que se entiende que la afectación puede ser tanto física como moral, es decir, que no se limita a los casos en que éste haya sufrido un daño en su cuerpo o en su salud, sino también cuando le hubiese ocasionado una pérdida que lo afecte emocionalmente, como pueden ser lesiones o muerte a sus allegados o ruina patrimonial".

*Penas ilícitas:*

---

<sup>46</sup> ZAFFARONI Eugenio Raúl, SLOKAR Alejandro, ALAGIA Alejandro, "Derecho penal – Parte general", Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 996.

<sup>47</sup> Bacigalupo Enrique "Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el Derecho Penal actual"; en Congreso internacional de Derecho Penal 75 aniversario del Código Penal, publicado en "Teorías actuales en el derecho penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo 1998, p. 131 y ss.

<sup>48</sup> Se puede consultar la expresión de motivos del anteproyecto de reforma en la página [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

*La propuesta también incorpora los casos en los que se configuren penas o lesiones ilícitas infligidas por funcionarios. Esto sucede cuando el agente hubiere sido objeto de tortura, tormento o vejaciones por acciones u omisiones de funcionarios encargados de su detención, cuidado o transporte, o hubiere sufrido un grave daño en su salud por la inseguridad de los lugares de detención o los medios de transporte.*

*Con acierto sostiene Zaffaroni que las penas ilícitas son penas. La explicación anteriormente brindada es clara, en estos supuestos, el sujeto es victimizado por parte del Estado –o por omisión de éstos- en razón del delito cometido, como sujeto pasivo de torturas, malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, prohibidas por el artículo 18 de la Constitución Nacional y el 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.*

*Para todos aquellos que de alguna u otra manera se encuentran dentro de la denominada teoría agnóstica de la pena, el concepto de pena no necesita ser definida en tanto y en cuanto es un concepto genérico que abarca toda inflicción de dolor a un ser humano, el interesante anteproyecto recoge estas aportes realizados por distintos autores y plasma en sus lineamientos una línea para contener la irracionalidad del poder punitivo.*

*Tercer supuesto*

*Pueblos originarios:*

*Respecto a ello queremos destacar aquí la claridad expositiva de Zaffaroni a la hora de sostener este inciso dentro de la normativa propuesta, allí se afirmó que “En nuestro país viven pueblos originarios, cuya cultura se ha desconocido con demasiada frecuencia, pese a que en muchos casos disponen y practican formas de solución de conflictos entre sus miembros que, en sus comunidades, resultan más eficaces que el ejercicio del poder punitivo practicado sobre la mayoría de la población.*

*Cuando se produce un conflicto entre personas que pertenecen a las culturas originarias, es inevitable que la comunidad ponga en funcionamiento sus procesos de solución, por lo general de carácter reparador, que en su grado máximo importan la expulsión de la comunidad, sanción de máxima gravedad pues para el partícipe de la cultura implica una pérdida de identidad.*

*En caso de conflicto entre miembros de la comunidad originaria, imponer la pena prevista en el Código Penal desconociendo esta circunstancia importa admitir, en el plano material, una doble punición (la originaria y la estatal).*

*Por tales razones se prevé que en esos supuestos el juez pueda disminuir la pena o prescindir de ella para evitar la antes señalada consecuencia de doble punición.*

*El criterio que se le señala al juez es la magnitud de la sanción sufrida y la gravedad del hecho cometido. Por supuesto que la magnitud de la sanción la deberá evaluar según las pautas del sancionado, es decir, considerando su pertenencia cultural, puesto que cada persona experimenta el dolor de la sanción conforme a la valoración de los bienes de que es privado o cuya disposición se limita. Privar a una persona de participar en los actos y ceremonias de su comunidad puede parecer una sanción levísima desde la perspectiva de quienes no pertenecen a la comunidad, pero no lo es para quien comparte la cultura y los valores de ésta”.*<sup>49</sup>

## **2.5. Los mínimos de las escalas penales. Su valor indicativo.**

Según venimos viendo, indudablemente son recientes las conclusiones que han ido evolucionando hacia la posibilidad de asignar a los mínimos de las escalas penales una tónica alejada de su fijación legislativa en términos de inamovilidad.

Un ejemplo de los titubeos, nos parece el pensamiento de un representante contemporáneo de trascendencia en nuestra materia como Claus Roxin. Pruebas al canto: en su: *“Culpabilidad y prevención en derecho penal”*<sup>50</sup> que por gracia de la cibernética expande la posibilidad de acceso a su pensamiento en internet, manifiesta claramente su rechazo a toda pena que sea superior al límite máximo (lo dice en referencia a la culpabilidad), aún cuando esa recomendación venga de la mano de razones de principios de prevención general o especial. Ora por la intimidación, ora por derivación del sistema dualista con que se legisla.

Dice luego, *“Mucho menos clara es la situación cuando se trata de saber si es posible imponer una pena inferior al grado mínimo del marco de la culpabilidad, cuando ello parece conveniente para conseguir la resocialización del reo. En contra de dicha posibilidad, apenas existen argumentos de principio, ya que incluso puede ser necesaria y realizable en atención “a la vida futura del reo en sociedad” sin que por ello se perjudique la función protectora del principio de culpabilidad...”* (op. cit. pág. 105).

Ya desde los presupuestos constitucionales que hemos venido anotando, en la temática de la dosificación de la pena puede constatarse, según se viene diciendo

---

<sup>49</sup> Expresión de motivos pág. 110.

<sup>50</sup> Reus -Madrid, 1981- tr. Francisco Muñoz Conde (obra en internet copia privada para fines exclusivamente educacionales con prohibición de venta)

en los últimos tiempos, que los mínimos previstos en las escalas penales que atribuye el legislador –individualización legislativa según la conocida clasificación de Saleilles- poseen un carácter referencial o indicativo. Desde perspectivas de Filosofía Analítica, cualquiera sea la conceptualización que se prefiera aplicar al caso, el contenido material de la proposición apunta a la idea de eventual, factible y excepcional apartamiento del parámetro legal en su expresión cuantitativa menor.

El recorrido de algunas opiniones autorizadas nos brindará un panorama epistemológico más completo en aras de desplegar el contenido material de la temática, intentando no avanzar en un exhaustivo acopio de opiniones.

Eleonora Devoto y García Fagés (2007) con citas de Zaffaroni, elogios a Juliano y con la suficiencia terminológica que las caracteriza, han pensado las cosas enmarcadas en los principios de culpabilidad, lesividad, humanidad, proporcionalidad de las penas y finalmente, división de poderes.

*“Creemos que los límites rígidos impiden cumplir mínimamente con el fin asignado a la pena de prisión. Y ello es así porque una pena fijada de antemano, sólo sobre la base de la culpabilidad y el daño causado no alcanza a conciliarse con los objetivos de reinserción social. Poco o nada tiene que ver con ellos.*

*Adviértase, además que en muchos casos la pena no es solamente notablemente irracional desde la comparación con el injusto del hecho, sino que se presenta absolutamente antifuncional en relación con los objetivos asignados a la pena misma.*

*En verdad, a nuestro ver, el principio de proporcionalidad encuentra su dimensión en la justificación teleológica y en el valor justicia. La primera de ellas responde a los conceptos de razonabilidad (art. 28 de la C.N) y racionalidad - ínsito en el sistema republicano adoptado por nuestro diseño de nación-. Y el valor justicia, más allá de impregnar la concepción mínima de derecho es el desideratum previsto en nuestro sabio preámbulo, básicamente en el objetivo de “afianzar la justicia”. De donde, más allá de la fijación legal, la racionalidad exigida como derivación del estado de derecho, impone que los males que constituyen las penas ostenten el mínimo de irracionalidad, lo que a su vez exige alguna- si cabe- adecuación entre el injusto del delito y el injusto de la pena...”.*

Juliano fue en la misma dirección en su trabajo *“La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”* publicado en Pensamiento Penal del Sur en el año 2004.

Es que ya en su tratado Zaffaroni (junto con Alagia y Slokar, pág. 951 y ss.) hizo un recorrido histórico y poniendo de relieve lo que ya decía en el Proyecto de

1891, y sobre el problema de los mínimos con tenor vinculante sostuvo que *"no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto...Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos..."*.

Y para no agotar con citas, recientemente Bombini (Universidad Nacional de Mar del Plata) abogó por la función referencial del mínimo de pena dentro del marco legal en el contexto de los *"Límites constitucionales en la determinación de la pena"*<sup>51</sup>.

Vayamos anotando que no sólo estamos de acuerdo, según dijimos, con asignar a los montos mínimos y ante determinadas y excepcionales circunstancias un valor indicativo, sino que como se verá hemos de proponer el instrumento legal que, apartándose preceptivamente del ideado en el Anteproyecto, posea límites más amplios.

Pero en la tarea de relevar trabajos que signifiquen avances en la medición de la sanción penal, es bien poca la producción.

Pero en nuestro medio, una obra breve, escasamente acogida en la literatura general –en rigor es reconocida por Bombini- es el trabajo emprendido por Aníbal Bellagio, María del Carmen Castro y Gustavo Garibaldi bajo el título *"El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del Acusatorio"*<sup>52</sup>

La particular referencia a este trabajo estriba en la toma de posición de aspectos centrales de la temática de la dosificación de la pena tales como la determinación fundada del punto de ingreso a la escala punitiva. Además, se ha avanzado en la fijación de valores a cada circunstancia de medición del Código Penal atendiendo a determinadas categorías.

Aún cuando estas apreciaciones sean pasibles de corrección y divergencia sus rasgos generales merecen referencia.

Sus autores se hacen cargo de señalar, como lo hace la doctrina en forma unánime, que hay *"notables falencias teóricas en la determinación de la pena"*

En la página 73 avanzan diciendo: *"como paso previo, discutimos y tomamos posición respecto del punto de ingreso de la pena a medir. Establecimos el mínimo de la escala como regla general, discutiendo luego los casos y motivos que*

<sup>51</sup> Tal el título de su trabajo publicado en Infojus, en Diciembre de 2013.

<sup>52</sup> Editorial Ad-Hoc, año 2004.

*autorizan apartarse de ella...el apartamiento de un ingreso por el mínimo de la escala, debe justificarse, permitiendo la crítica...necesariamente, tuvimos que establecer también las variaciones en aquel punto de ingreso, frente a las hipótesis de concursos de delitos....tanto real como ideal, entendimos que solo los casos más sencillos de ambas especies imponían un ingreso por el mínimos mayor, o por el del delito más grave (arts. 55 y 54 C.P.)...diseñamos entonces un sistema de incidencia para los casos más complejos, en función de las escalas de los delitos concurrentes, que importó apartamiento de aquellos mínimos...Estableciendo límites de incidencia de atenuantes y agravantes, que varían según la escala de cada delito.....así por ejemplo, la ausencia de antecedentes no tiene idénticas posibilidades de incidencia en la escala del hurto, que en la del homicidio. A su vez, dentro de cada una habrá que discutir si tener 18, 35 o 50 años, permite asignarle, con el límite de cada escala, una diferente influencia cuantitativa..”*

El sistema propuesto no está ajeno a contrariedades: *“asumimos que tal metodología puede producir injusticias comparativas. Por ejemplo, cuando no se computan agravantes, aquel condenado que cuenta con atenuantes, frente al coimputado de participación análoga que no las registra. Ya que ambos tendrán no obstante, idéntica pena...”*

*“Hemos postulado,...criterios diversos de ingreso en la escala, para algunos casos de concurso de delitos...como caso de apartamiento de un ingreso por el mínimo de pena, aunque aun nunca resuelto, el de subsidiariedad legal expresa con un delito de mínimo más leve (arts. 150 y 164 C.P.)...la enumeración está abierta a otros supuestos...”*

Los autores ejemplifican esos apartamientos: *“en los casos de concurso real de figuras de mínimos no elevados, neutralizamos siempre a partir del mínimo más grave, aquella figura concurrente de mínimo menor por ser éste, en rigor, el supuesto más sencillo de concurso...”*

También prevén el supuesto de apartamiento configurado por los casos de exceso y/o error sobre la antijuridicidad... *“a fin de evitar un irrazonable desplazamiento desde el mínimo de la figura dolosa, hacia el mínimo del tipo culposo que, por ejemplo, en casos de homicidio, es cuantitativa y cualitativamente notoria....”*

Las variantes pergeñadas por los autores no han estado ajenas a disensos internos, y así sucede en el supuesto de tentativa acabada al sostener Garibaldi *“un ingreso superior al mínimo legal previsto para la tentativa, en aquellos casos donde,*

*no obstante la falta de consumación, el grado de desarrollo de la acción desvalorada está completo...”.*

Tal vez esa propuesta obedezca a una suerte de anexión a modalidades de disvalor de acción de escasa aceptación, que como tendencia subjetivante del injusto tiene sus reminiscencias en el pensamiento de Diethart Zielinski (1990) y su mayor epígono local, Marcelo A. Sancinetti (1991).

Claro, hay que hacerse cargo de las consecuencias cuando se postulan idénticas penalidades a los delitos tentados y los consumados. Brevemente diremos que el añejo y recobrado apotegma de Diocleciano *in maleficiis voluntas spectatur non exitus* no alcanza como explicitación histórica. Pero es este otro de los temas que por exceder nuestro cometido investigativo habremos de enlistar en las propuestas alternas.

Tornando al texto en análisis, también previeron los autores supuestos diferenciados de punto de ingreso para el caso de concurso real entre figuras que comparten una calificante, en el contexto de una realización respecto de idéntico sujeto pasivo. Sería el caso del empleo de un arma para intimidar violentamente a la víctima, a quien se amenaza para despojarla de dinero y también, para accederla carnalmente, ya que *“no parece razonable asignar al arma la doble influencia que surge de su significado jurídico en el punto de ingreso...”*.

Tal vez el ejercicio más relevante de análisis y de esfuerzo argumental en pos de fijar los “pesos” de las circunstancias que aumentan o disminuyen la cuantificación, sea el que leemos en las páginas 89 a 94. Allí Bellagio, Castro y Garibaldi concluyeron *“hemos entendido que la incidencia de una misma pauta (agravante o atenuante) debe guardar cierta relación con la escala de pena del delito al que se aplica...”*

El ejercicio de adecuación cuasi-matemática es sostenido digamos, intuicionalmente cuando dicen: *“un año... no puede tener igual incidencia en el hurto que en el homicidio...”*.

*“Establecimos límites de incidencia de agravantes y atenuantes, en función del delito respecto del que concurren. Permitimos un libre juego de valoraciones que depende de cada caso particular y de cada pauta objeto de ellas...hemos decidido que en casos de concurso, cada atenuante o agravante incide todas las veces que se presenta, en función del delito en el que tiene influencia. También, que tratándose de atenuantes, la subescala del 10% del promedio de la prevista, tiene plena efectividad, vale decir, puede influir hasta el máximo, cuando aquellas neutralizan agravantes que corresponden a la misma figura....se ha tomado un porcentaje*

*(10%) extraído del promedio de la escala del delito de que se trate, porque pensamos que es la escala la que refleja globalmente la magnitud de pena que el legislador ha asignado a cada figura delictiva, intentando prever en ella el universo total de casos....Podría cuestionarse el porcentaje mismo, esto es, por qué un 10% y no por ejemplo, un 20%...el 10% no es tomado sobre la base del mínimo de pena, sino sobre el punto medio de la escala...*"

La estimación revela un esfuerzo por avanzar en el terreno cuantificador stricto sensu, aún cuando dicha estimación es producto de una apreciación procedente de los pensadores del derecho, quienes siempre han visto a las ciencias duras con desdén y descuido. Hay que "escuchar" a las matemáticas.

No podemos dejar de agradecer al Juez Aníbal Rubén Bellagio (integrante actualmente del Tribunal Oral en lo Criminal nro.3 del Departamento Judicial de San Martín de la Provincia de Buenos Aires y, como se aprecia, uno de los coautores de la obra en comentario), por su colaboración, especialmente de carácter personal, al concurrir a nuestras reuniones en dos ocasiones donde pudimos escuchar de propia boca, los detalles del sistema que construyera junto a sus otrora colegas del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 2 del mismo departamento Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

La finalidad de profundizar, como decimos, se unió a la más que grata predisposición del magistrado –claro ejemplo de excepción a la apatía de que ya dimos cuenta al referir de los obstáculos de la investigación. Así en forma personal acudió el 13/9/2013 a la sede de nuestra Universidad a responder nuestras preguntas y brindar detalles que en general, guardan amplia coincidencia con los extractos del libro comentado. Por ello derivamos su total contenido al Anexo de este informe.

No obstante hemos de rescatar aquello que Bellagio consideró fundamental – y que sin dudas lo es, diciendo:

*"Ventajas de este sistema: habilita la discusión, ya que se fundan las razones de la determinación de la pena. Facilita al recurso, y si se quiere recurrir tiene los fundamentos que explican el por qué.*

*Razonabilidad: dota de razonabilidad a los actos de gobierno, y fundamentalmente es limitador al sistema punitivo del estado. Impide excesos, es un sistema que difícilmente imponga penas que vayan más allá del primer tercio de la escala delictual. Este es un aspecto que algunos han objetado. Pero el esquema se nutre de su apego a algunos principios, a su interpretación contextual y tiene en*

*cuenta las alternativas que se han ido verificando en la praxis. Esto lo ha enriquecido y es lo que permitirá con el tiempo hacerlo más perfectible...”.*

Cuando se dio por terminada la entrevista, Bellagio dejó abierto su compromiso para futuras charlas aclaratorias sobre el tema y dejó dicho que auguraba que el trabajo del grupo pueda aportar al sistema legal alguna fórmula que permita mejorar la estructura existente al día de la fecha.

En efecto, al ser convocado en otra ocasión, cuando Miró ya trabajaba codo a codo con el grupo, volvió a concurrir. Sobre ese encuentro y sus conclusiones volveremos más adelante.

---

## CAPÍTULO 3

### El derecho comparado

Las perspectivas de derecho comparado que hemos elegido revisar, se ciñen a las del derecho español, las peculiaridades del derecho francés y al sistema de *sentences guidelines* del derecho anglosajón. Es que en el primer caso las referencias son similares a las de nuestros ordenamientos y las siguientes conforman sistemas que por sus características difieren notoriamente de las nuestras. Hemos querido mostrar entonces esas divergencias y signos propios que poseen sin pretender abarcar la totalidad de las comparaciones, pues esa gestión excedería los propósitos de nuestro cometido.

#### 3.1. El derecho español

En este caso se han delimitado las fases de en las que la determinación de la pena se manifiesta. Así Mir Puig (2008) lo refiere diciendo:

*“En el esquema descrito la determinación de la pena posee un momento legal y otro judicial. A ello debe añadirse la intervención de la Administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad. De ahí que se haya generalizado la trilogía que propuso Saleilles cuando distinguió entre "individualización legal", "individualización judicial" e "individualización administrativa" -mejor llamada también "penitenciaria", porque la ejecución de la pena ha de ser regulada legalmente y controlada judicialmente. Mas el término "individualización" no incluye todos los aspectos de la "determinación" de la pena. La individualización apunta a la adaptación al caso concreto. Tal adaptación puede hallarse regulada, en parte, por la propia ley, y de ahí nace el concepto de individualización legal; pero la determinación legal de la pena exige algo previo a dicha individualización: requiere la propia fijación del marco penal típico...*

*La mayor o menor importancia relativa de cada una de las tres fases mencionadas es variable según las concepciones doctrinales y en las diferentes legislaciones....”*

Del mismo modo según nos anoticia el autor español, la codificación vigente establece una serie de pautas que tienden a especificar los marcos penales con un método de establecimiento de grados.

Mir Puig nos dice: *“El Código parte, como es tradicional, de la determinación de un **marco penal** para cada uno de los delitos y faltas previstos en sus Libros II y*

III. Tales marcos penales se prevén, en principio, para los hechos consumados cometidos por sus autores. La determinación del marco penal correspondiente a la tentativa y a la complicidad se efectúa mediante varias reglas contenidas en el Libro I. Una vez determinado el marco penal correspondiente hay que proceder a una simple operación: la fijación de la **extensión** (lo que en los códigos anteriores se llamaba grado) en que debe imponerse la pena, según las circunstancias modificativas que pueden o no concurrir...”.

Es peculiar, y diversa de la metodología de nuestro código, la forma en que se establecen los marcos penales ya que para tal propósito en relación a los tipos cualificados, tanto sea agravados como atenuados, se toma en cuenta la pena de la forma básica a la que luego se le añaden en cada caso, el concepto de pena superior o inferior en grado.

El artículo 70 del código de España fija esas orientaciones de las cuales sólo observaremos a guisa de ejemplo los siguientes dos casos que trae Mir Puig (2008): “1ª. La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo. El límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, incrementando en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.

2ª. La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la Ley para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer. [...].

En lo que al objetivo de esta investigación resulta de interés, de seguido y de la mano de Mir Puig (op. cit.) apreciaremos las reglas de la concreta actividad de determinación de la pena, que es, el paso siguiente a la determinación por el legislador del marco punitivo, donde ya se han fijado criterios para los casos consumados, los tentados, eximentes incompletas, etc.

“Una vez asignado el marco penal concreto que corresponde al delito –o delitos, en caso de concurso-, el juez dispone de arbitrio para moverse dentro de dicho marco. Es la fase de la “**determinación judicial de la pena en sentido estricto**”. A continuación tal vez haya que decidir si procede la suspensión

condicional de la pena resultante, o si cabe sustituirla por otra consecuencia jurídica. A ello corresponde la **“determinación judicial de la pena en sentido amplio.”**

Ambas decisiones quedan sometidas al **arbitrio judicial**. Pero este arbitrio, que no puede confundirse con la arbitrariedad, ha de orientarse con arreglo a algunos **principios**. Éstos han de extraerse, en parte, de las declaraciones expresas de la ley, pero en parte también de los fines que cabe atribuir al Derecho penal. [...]. Conviene, pues partir de la función y de los límites que corresponden al Derecho Penal.

*En el Estado social y democrático de Derecho que acoge la Constitución (art.1.1), el Derecho penal ha de proteger a la Sociedad mediante una **prevención general** y una **prevención especial** sometidas a **principios limitadores** como los de legalidad, utilidad, exclusiva protección a bienes jurídicos, humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización. [...]*

Como se ve, en España también llega el segmento en el que, al graduar la penalidad, se confiere a los jueces su margen de arbitrio, que bien se cuida el autor de cita en diferenciar del concepto de arbitrariedad, pues como es lógico en sistemas de derecho, esas facultades se hallan delimitadas por presupuestos dogmáticos limitativos que también se enuncian. En el orden de los presupuestos teóricos generales, esto es, referido a las teorías que dimos en llamar de justificación, la propia letra de la ley constitucional señala su apego a las formas de Prevención general y especial. Nótese que la función primeramente señalada ya indica que con ese mecanismo se entiende que la legislación penal pretende o se propone la protección de la sociedad.

Nos hemos ido convenciendo que tales pretensiones confunden prevención de seguridad o policiales con funciones del derecho penal. Las normas punitivas actúan cuando el hecho ya se ha producido, cuando ya los bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro.

Dejamos esto particularizado en función de lo que desarrollaremos en nuestro título Legítimar y Graduar.

En general el Derecho español emplea el sistema de graduación de las penas atendiendo a la gravedad del hecho y luego modificándola de acuerdo a indicadores análogos a nuestros artículos 40 y 41, con lo cual agravan o disminuyen las cantidades de sanción. Tal lo que prevén en el artículo 61.

Finalmente acerca de la incidencia de teorizaciones vistas tales como de espacio de juego, pena puntual y del valor posicional, Mir Puig (óp. cit.) entiende que:

*“la determinación judicial de la pena en sentido estricto no puede buscar únicamente la pena adecuada a la culpabilidad en el sentido retribucionista de la teoría de la pena exacta o puntual, puesto que la ley obliga a tomar en cuenta en algunos casos la personalidad del delincuente y la constitución permite generalizar la orientación resocializadora de la determinación de la pena. Tampoco es compatible con nuestro Derecho la teoría del valor posicional, pues las consideraciones preventivo-especiales—vinculadas a referencias a la personalidad y a las circunstancias del culpable—se tienen ya en cuenta por el Código desde el primer momento de la determinación judicial de la pena en sentido estricto, y no sólo en orden a la decisión acerca de la suspensión o sustitución de la pena...”* (Negritas del autor).

### **3.2. El sistema francés**

Durante los períodos de pesquisa y búsqueda de información, hemos puesto los ojos en la legislación francesa y allí pudimos constatar algo singular, en relación los otros modelos que junto al nuestro, son motivo de estudio. Y es que en lo concerniente a los marcos penales, estos no poseen fijados sus montos mínimos, lo cual de por sí habla de la total divergencia comparativa.

Pero como paso previo a señalar cómo decidimos auscultar esa información, queremos dejar apuntado un dato, también curioso, en este caso por representar supuestos legales históricos de nuestro país, donde hallamos que el modelo francés tuvo alguna vez su manifestación, aunque limitada en nuestra legislación.

Así consultando para el relevamiento histórico hallamos en Fontán Balestra (1970:264) la siguiente referencia:

*“Las leyes penales, en la fijación de los márgenes, emplean distintos métodos: a. Amenaza de una magnitud penal fija. Así, las penas de multa que establece el Decreto-Ley 6618/57 (juegos de azar) en los artículos 4°, 5° y 7°; también la disposición establecida en el artículo 17 de la ley 12.331.....*

*b. Amenaza de una magnitud penal con fijación sólo de un máximo. Como ejemplo podemos citar el artículo 81, inciso 2° del Código Penal, antes de la reforma de la ley 17.567, que reprimía el infanticidio con reclusión hasta tres años. De tal manera el límite inferior de la pena podía ser de un día (Juan P. Ramos, Curso de Derecho penal, Buenos Aires, 1957, T. v, pa.63)...*

*c. Amenaza de una magnitud penal con fijación de un máximo y un mínimo. Es la regla predominante en la ley penal argentina, como así también en las leyes complementarias. Esto en cuanto al modo de estar previstas las penas en la ley,*

*precisamente para facilitar la individualización por el juez en el momento de la sentencia. En ese momento la pena debe ser claramente determinada....”*

### **3.2.1. Aporte de la colaboradora externa Doctora Zunilda Carbajal del Mar (curriculum en el Anexo)**

Durante la etapa de recopilación documental, dimos con un artículo relativo a la temática cuya autora fue la Doctora Zunilda Carbajal del Mar, quien se desempeña en la Sala Criminal de la Casación Penal de la República Francesa.

Habiéndonos contactado con la misma mediante la utilización de correos electrónicos, aceptó desinteresadamente en colaborar con la presente investigación, produciendo un dictamen a nuestro pedido. Así las cosas, y habiéndose realizado las gestiones necesarias, se realizó una entrevista virtual en tiempo real mediante la utilización de la aplicación conocida como “Skype”.

Previo a ese encuentro virtual, le fueron giradas a las pautas de nuestra investigación, lo que motivo que Carbajal llevara a cabo un particular estudio de la normativa a fin de ilustrar el encuentro.

En dicha entrevista, en la que participaron todas las personas que formaron parte de esta investigación, la misma nos dio a conocer el sistema de individualización judicial de la pena que se utiliza en Francia.

Con suma precisión y de manera didáctica, indicó que en Francia no existen mínimos de pena, sino que solamente existen penas máximas. Así las cosas, ellos no poseen la problemática de la posible aplicación de pena por debajo de las escalas penales, puesto que todas las escalas penales comienzan en la no aplicación de pena. Precisó que la única excepción a la inexistencia del monto mínimo es el caso de aquellas personas declaradas reincidentes, siendo que en este caso la pena mínima resulta de un año de prisión, agregando que dicha modificación fue reciente y fuertemente criticada, siendo que existe la posibilidad que la misma se deje sin efecto.

Respecto de las pautas de dosificación que se utilizan, indicó que a nivel legislativo no hay pautas que indiquen un modo excluyente, y que en su país se confía mucho en el criterio que adoptan los jueces, siendo que en general no se lo suele criticar. Como dato de interés, agregó que en Francia las asociaciones de jueces suelen proteger muchísimo a sus miembros y que, por eso, los medios masivos de comunicación suelen ser medidos en sus palabras y acciones.

Uno de los miembros de esta investigación, Nicolás Ezequiel Llamas – recientemente egresado de la UNLaM, a su costa, viajó a París y mantuvo una entrevista personal con la mencionada colaboradora. En la misma, además de agregar algunos datos útiles a la investigación, y facilitar el entendimiento del derecho francés, nos informó que las fuertes críticas al mencionado monto mínimo para reincidentes tuvieron su fruto, y dicha modificación fue dejada sin efecto por el poder legislativo francés. En otras palabras, el monto mínimo, en todos los casos, volvió a ser la no aplicación de pena.

Del registro de audio rescatamos algunas de las consideraciones de la colega en Francia:

*“Hay penas “transitorias” que ya no existen en el Código Francés actual pero que si existían en el antiguo Código Penal Napoleónico, eran penas que se aplicaban de manera automática, de oficio con la condena y han sido suprimidas debido a que el Código Penal de 1994 deja mucho más al juez y son penas máximas, suprimió penas mínimas del código napoleónico. Existen agravantes, pero ya no existen atenuantes, ya que en 1994 se suprimieron las penas mínimas y las atenuantes, el juez está totalmente libre para imponer las penas que él quiere y bajar las penas pero no las puede subir más allá del máximo...”*

De todos modos, por crecientes presiones de opinión pública, esa política fue parcialmente modificada:

*“De la ley de 2007 que se instaló, fue una gran reforma porque cambió una concepción de la pena que se tenía antes al año 1994, pero a la vez se debatió de una manera muy rápida con mucho más importancia del gobierno que en la asamblea nacional en el proceso de la fabricación de la ley fue en realidad un instrumento de política criminal cuando los universitarios se dieron cuenta que ya estaban esta ley no hubo un gran debate nacional que estamos cambiando la visión de las penas, no hubo esto, sino que fue un proceso muy rápido. Queja que venía de la opinión pública movimientos de seguridad creciente en Francia...”*

Mas tal como lo reflejamos anteriormente, en ocasión del encuentro personal con Llamas, tomamos conocimiento que esa excepción fue dejada sin efecto.

### **3.3. Las alternativas del derecho anglosajón: las *sentences guidelines***

En Estados Unidos (nos informa Zysman Quirós), particularmente en ciertos estados, se generó a mediados de la década del '70 un contexto crítico de la discrecionalidad de los jueces y de la pena indeterminada, que era vista como un instrumento para la arbitrariedad. Este concepto adverso acompañó un giro

retribucionista de la pena en decisiones jurisdiccionales y legislaciones estatales, que paulatinamente fue provocando un abandono de los ideales de resocialización.

De este movimiento y tras algunos ensayos pretorianos, emergió la primera ley de pena determinada en California en 1976, seguida por reformas igualmente orientadas en Maine, Indiana e Illinois. La legislación californiana imponía tres niveles de pena para cada delito y marcaba el punto de ingreso por el nivel medio, del que podía determinarse una disminución o un incremento según existieran atenuantes o agravantes.

Las primeras guidelines surgieron como instrumento superador de las disparidades que provocaban sistemas como el californiano, principalmente para eliminar los riesgos distorsivos de facultar ampliamente a los tribunales de libertad condicional, lo que resultaba en que algunas condenas se vieran drásticamente reducidas en la etapa de ejecución.

Con la ley de reforma que impuso a nivel federal las *sentences guidelines* en 1984, el legislador buscaba cumplir con tres objetivos:

.Combatir el crimen con un sistema justo de determinación de la pena sin reducciones arbitrarias en la etapa de ejecución, con la abolición de la libertad condicional y un margen de reducción posible por buena conducta de sólo un quince por ciento de la condena.

.Uniformidad razonable en las condenas, penas similares para delitos similares.

.Proporcionalidad a través de un sistema que castigara según la gravedad de la conducta.

Para esto se creó una Comisión dentro del Poder Judicial, la USSC (*United States Sentencing Commission*), que elaboró las pautas para la determinación de la pena, las tablas de niveles y que es la encargada de realizar anualmente las enmiendas según se actualizan las políticas criminales.

En el primero de los manuales publicados por la Comisión, se reconoce el problema que generó la tensión entre uniformidad y proporcionalidad, dado que un número escaso de niveles o escalas muy generales podía resultar en el regreso a una situación de discrecionalidad; en tanto que un sistema demasiado detallado y con innumerables combinaciones a las que adecuar cada conducta criminal acabaría siendo engorroso e inutilizable.

Al mismo tiempo, se planteaba una discusión de materia filosófica que no había sido resuelta en el debate parlamentario, respecto de los fines de la pena.

Aquí claramente se evidencia el giro punitivista que había realizado la institucionalidad en Estados Unidos y el resto de los países a los que lidera económica y culturalmente, ya que aquellas a las que Zaffaroni llama “ideologías re”, no son ni siquiera mencionadas. Los únicos fines que la Comisión incluye en la discusión son el *just deserts* (retribución) y el control del crimen, sea a través de la amenaza de castigo (prevención general negativa) o de la neutralización física del imputado (prevención especial negativa).

Para dar respuesta a ambas situaciones problemáticas, la Comisión utilizó un enfoque empírico y se dedicó a analizar diez mil casos judiciales, de los que extrajo las distinciones importantes entre los elementos de cada delito, además de incorporar estadísticas de la Comisión de Libertad Condicional y de otras fuentes. Una vez que obtuvo las variables que se tomaban como relevantes en el sistema de pena indeterminada, los ratificó o rectificó según sus propias consideraciones.

Desde posiciones liberales y progresistas, esta sistematización se interpretó como excesiva, en tanto conduce a una des-individualización o a la directa exclusión como persona del condenado, a la vez que colabora con el mantenimiento del racismo y el endurecimiento de las penas.

Las *guidelines* son entendidas como disposiciones dinámicas, en permanente monitoreo y ajustables a las necesidades de cada época en lo referido a política criminal. En 1986, frente a la aparición de una nueva criminalidad asociada a sustancias como el crack, se impuso como respuesta legislativa la imposición de las llamadas *mandatory minimum sentences*, es decir, subas en los mínimos de penas a aplicar. Por este motivo, las *guidelines* debieron apartarse de los datos recabados para respetar los nuevos pisos punitivos.

La discusión en la actualidad señala que, desde la imposición del sistema de penas fijas, la población carcelaria federal de Estados Unidos se incrementó en un ochocientos por ciento, mientras que lo hizo en un tercio en las prisiones estatales. Se calcula que la mitad de los presos en cárceles federales corresponde a pequeños traficantes de droga sin conexión alguna con grandes organizaciones criminales. Existen más de dos millones de presos y cuatro millones de liberados condicionales, una tasa de reincidencia del sesenta por ciento y el cuarenta por ciento de los liberados regresan a sus celdas antes del tercer año de libertad.

### **3.3.1. La tabla de penas**

El núcleo y resumen de este sistema es un instrumento que se denomina *Sentencing Table* (tabla de penas), establecida por la Comisión sobre dos ejes: la

gravedad del delito cometido y el llamado “historial delictivo” del imputado, conformado por las condenas previas, que van sumando a un puntaje en mayor o menor medida en tanto hayan sido de cumplimiento efectivo o no.

La tabla contiene 43 niveles que prescriben un rango que se superpone con los rangos de los niveles inferior y superior. Al superponer los rangos, la tabla debería desalentar litigios innecesarios, ya que la diferencia entre un nivel y el otro no necesariamente hace a una diferencia en la sentencia que impone el juez. Al mismo tiempo, los niveles funcionan para un incremento proporcional de la pena. Un cambio de seis niveles casi duplica la sentencia sin importar desde qué nivel se parte. Los lineamientos, de acuerdo al requerimiento de que el máximo de cada rango no exceda el mínimo en más de un 25 por ciento o en más de seis meses (28 U.S.C. §994 (b)(2)), permiten a los tribunales ejercer el mayor rango permisible de discrecionalidad en la sentencia. La tabla superpone los niveles de delitos intencionadamente, para funcionar proporcionalmente y, al mismo tiempo, preservar el grado máximo de discrecionalidad permitible al tribunal dentro de cada nivel.

En modo similar, muchos de los lineamientos individuales refieren a tablas que correlacionan cantidades de dinero con niveles de delito. Estas tablas frecuentemente tienen muchos niveles. Otra vez, el objetivo es minimizar la probabilidad de litigiosidad innecesaria. Una tabla que tiene muchas y pequeñas distinciones monetarias minimiza la probabilidad de litigio porque la cantidad exacta de dinero involucrado es de una importancia considerablemente menor.

Instrucciones de aplicación: a) El tribunal deberá determinar los tipos de sentencia y el rango de los lineamientos como se propone en los lineamientos al aplicar las previsiones de este manual en el siguiente orden, excepto que se especifique lo contrario:

1) Determinar, de acuerdo a 1B1.2 (Lineamientos Aplicables), la sección de lineamientos de delitos del Capítulo Dos (Conducta delictiva) aplicable al delito por el que se condena.

2) Determinar el nivel básico de delito y aplicar toda característica específica del delito, referencias cruzadas e instrucciones especiales contenidas en los lineamientos particulares del Capítulo Dos en el orden dado.

3) Aplicar los ajustes que correspondan relativos a la víctima, rol y obstrucción de justicia de las Partes A, B, y C del Capítulo Tres.

4) Si existen cargos múltiples en la condena, repetir los pasos 1 al 3 para cada cargo. Aplicar la Parte D del Capítulo Tres para agrupar los cargos y ajustar el nivel de delito concordantemente.

5) Aplicar el ajuste, de corresponder, por la aceptación de responsabilidad del acusado contenida en la Parte E del Capítulo Tres.

6) Determinar la categoría correspondiente a los antecedentes criminales del acusado como lo especifica la Parte A del Capítulo Cuatro. Determinar cualquier otro ajuste de la Parte B del Capítulo Cuatro.

7) Determinar el rango de los lineamientos en la Parte A del Capítulo Cinco que corresponda al nivel de delito y los antecedentes criminales determinados arriba.

8) Para el rango particular de los lineamientos, determinar de las Parte B a la G del Capítulo Cinco los requerimientos de la sentencia y las opciones relativas a probation, encarcelación, condiciones de supervisión, multas y restituciones.

b) El tribunal deberá entonces considerar las Partes H y K del Capítulo Cinco, Características Específicas del Delincuente, y cualquier otra determinación de política o comentario incluido en las pautas que podrían ser de consideración en la imposición de la sentencia.

c) El tribunal deberá entonces considerar los factores aplicable en 18 U.S.C. §3553 (a) considerado en su conjunto.

**TABLA DE PENAS**  
**(en meses de prisión)**

Offense Level	Criminal History Category (Criminal History Points)					
	I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 or more)
<b>1</b>	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
<b>2</b>	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	1-7
<b>3</b>	0-6	0-6	0-6	0-6	2-8	3-9
<b>4</b>	0-6	0-6	0-6	2-8	4-10	6-12
<b>5</b>	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12	9-15
<b>6</b>	0-6	1-7	2-8	6-12	9-15	12-18
<b>7</b>	0-6	2-8	4-10	8-14	12-18	15-21

	<b>8</b>	0-6	4-10	6-12	10-16	15-21	18-24
<b>Zone B</b>	<b>9</b>	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24	21-27
	<b>10</b>	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27	24-30
	<b>11</b>	8-14	10-16	12-18	18-24	24-30	27-33
<b>Zone C</b>	<b>12</b>	10-16	12-18	15-21	21-27	27-33	30-37
	<b>13</b>	12-18	15-21	18-24	24-30	30-37	33-41
	<b>14</b>	15-21	18-24	21-27	27-33	33-41	37-46
	<b>15</b>	18-24	21-27	24-30	30-37	37-46	41-51
	<b>16</b>	21-27	24-30	27-33	33-41	41-51	46-57
	<b>17</b>	24-30	27-33	30-37	37-46	46-57	51-63
	<b>18</b>	27-33	30-37	33-41	41-51	51-63	57-71
	<b>19</b>	30-37	33-41	37-46	46-57	57-71	63-78
	<b>20</b>	33-41	37-46	41-51	51-63	63-78	70-87
	<b>21</b>	37-46	41-51	46-57	57-71	70-87	77-96
<b>Zone D</b>	<b>22</b>	41-51	46-57	51-63	63-78	77-96	84-105
	<b>23</b>	46-57	51-63	57-71	70-87	84-105	92-115
	<b>24</b>	51-63	57-71	63-78	77-96	92-115	100-125
	<b>25</b>	57-71	63-78	70-87	84-105	100-125	110-137
	<b>26</b>	63-78	70-87	78-97	92-115	110-137	120-150
	<b>27</b>	70-87	78-97	87-108	100-125	120-150	130-162
	<b>28</b>	78-97	87-108	97-121	110-137	130-162	140-175
	<b>29</b>	87-108	97-121	108-135	121-151	140-175	151-188
	<b>30</b>	97-121	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210

<b>31</b>	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
<b>32</b>	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262
<b>33</b>	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293
<b>34</b>	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327
<b>35</b>	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365
<b>36</b>	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405
<b>37</b>	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life
<b>38</b>	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life
<b>39</b>	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life
<b>40</b>	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life
<b>41</b>	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
<b>42</b>	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
<b>43</b>	life	Life	life	life	Life	life

### 3.4. El Derecho positivo latinoamericano

En lo que sigue, habremos de desarrollar el resultado de la búsqueda de información concerniente a las codificaciones de nuestro margen latino, sin pretender agotar en ello la totalidad de la muestra y en consonancia con lo expresado en la Introducción. Como se verá, no sólo es una tarea meramente descriptiva de normas sino que hemos incluido las observaciones que hemos estimado apropiadas y en función de los conceptos hasta aquí volcados.

Comenzaremos con la observación de la legislación peruana con datos disponibles en la Videoteca Virtual de la Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales y Administrativos de la Corte Superior de Justicia de Lima:

<https://www.youtube.com/watch?v=blOvIjPW-gM>

### 3.4.1. La codificación penal de Perú

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

Código Penal Peruano (Decreto Legislativo n°635, según Ley n° 30076), Libro Primero: Parte General, Título III: De las Penas, Capítulo II: Aplicación de la Pena (arts. 45 al 51).

La legislación peruana ha tenido modificaciones recientes que le han permitido una legislación mucho más exhaustiva en lo relativo a la cuantificación judicial de la pena que la legislación Argentina.

La Ley 30076, de agosto de 2013, modificó, entre otras cosas, el capítulo “Aplicación de la Pena” del Código Penal Peruano (según Decreto Legislativo n°635). Para su mejor estudio, reproducimos a continuación los mismos, y luego los analizamos.

#### **“Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena.**

*El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad; 2. Su cultura y sus costumbres; y, 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.”*

#### **“Artículo 45-A. Individualización de la pena**

*Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.*

*El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.*

*2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas: a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior. b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio. c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.*

3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera: a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior; b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito."

**"Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación**

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) La carencia de antecedentes penales; b) El obrar por móviles nobles o altruistas; c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables; d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado; g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad; h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos; c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole; e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe; g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumir el delito; h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función; i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito; j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable; k) Cuando la conducta punible es

*dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional; l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales; m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.*<sup>53</sup>

Seguidamente, se indican circunstancias agravantes cualificadas, las que aumentan en un tercio o la mitad, y excepcionalmente el doble, la pena máxima aplicable. Estas son ser o haber sido miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, o ejecutar la conducta típica desde un establecimiento penitenciario (art. 46-A); ser reincidente<sup>54</sup> (art. 46-B); ser considerado delincuente habitual (art. 46-C); y la utilización de personas menores de 18 años, o personas con discapacidades psíquicas o mentales en el delito (art. 46-D).

Asimismo, destacamos que en concurso real de delitos, las penas se sumarán *“hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años”*, o bien cadena perpetua si alguno de los delitos la previera (art. 50).

Por otra parte, de una lectura de la exposición de motivos de dicha ley, no se evidencian adjetivaciones que formular en lo tocante al nudo de la presente investigación.

En principio, cabe indicar que el derecho positivo peruano ha procurado en su redacción limitar el arbitrio judicial en el mecanismo de cuantificación de la pena. Lo cual se desprende de la redacción del art. 45-A de cuyo contenido se desprende como propuesta solucionadora, la división en tres partes de la escala penal, preceptuando cuáles habrán de ser las circunstancias meritorias atenuantes y agravantes para, a partir de allí, aplicar el tercio *“inferior, intermedio o superior”*.

Consecuencia de lo expuesto, se observa una propuesta solucionadora por parte de los codificadores Peruanos, en cuyo marco el juzgador se ve limitado al momento de efectuar la valoración de la pena, dado que la escala penal se ve reducida a un tercio determinado por la propia norma.

Sin embargo, este sistema cerrado se modifica en dos oportunidades. Primeramente, se configura cuando se presenta la posibilidad de la aplicación de una pena inferior al mínimo legal. Vale decir, el Código Penal Peruano, ha

---

<sup>53</sup> Información proveniente del Sistema Peruano de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/>(incluye exposición de motivos)

<sup>54</sup> Si bien excede al presente trabajo, es de destacar que la definición de reincidencia en el Código Penal peruano resulta ser bastante distinta al argentino.

contemplado la posibilidad de perforar el mínimo legal.

Luego, se propone como alternativa la previsión de una circunstancia agravante cualificada, la que permite el aumento del máximo de la pena en un tercio o la mitad, y excepcionalmente el doble, no pudiendo superar los 35 años de prisión. Siendo que para el caso que se detecten ambas excepciones, se habilita al juzgador a aplicará una pena dentro de la escala, sin atender al sistema de tercios (Paucar Chappa, 2013).

La positivización peruana, a la luz de lo analizado, resulta contradictoriamente merecedora de elogios y críticas.

Podemos resaltar la claridad en su redacción, evitando conformaciones semánticas nebulosamente confusas que pueden acarrear, como consecuencia, una multiplicidad de discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, con sus repercusiones en la dosificación de la pena.

Destaca la existencia de disposiciones legislativas que limiten el poder punitivo de las resoluciones, sumado a la efectiva posibilidad de perforación del mínimo legal.

En cuanto a las observaciones que se le pueden formular, se puede verificar que aún cuando se determina cual es el “tercio” que corresponde aplicar, no se indica cuál es el punto de ingreso en la escala penal del tipo penal aplicable. También cabe señalar como observación negativa que se realiza una valoración genérica de la circunstancia agravante o atenuante, sin permitir una consideración específica de la incidencia de dicha circunstancia en el delito puntual. En otras palabras, lo que se considera una atenuante o agravante en el caso concreto podría ser vital, o podría rondar lo insignificante. Las legislaciones, imposibilitadas de abarcar todos los hechos humanos, deben ser lo suficientemente amplias como para contener la mayor cantidad de posibles,

En tercer lugar, si ya se toman en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes para la delimitación de una micro-escala penal, dentro de la escala penal básica, cabe preguntarse qué es lo que debe tener en cuenta el juez para cuantificar la pena dentro del tercio que corresponda. Más aún, cabe preguntarse también si la valoración de atenuantes y agravantes dentro del tercio no podría ser considerada una violación al *non bis in ídem*.

En cuarto lugar, y más importante, todo el sistema, más allá de su aparente proporcionalidad, no evidencia razones científicas que lo justifiquen. En efecto, no se dan fundamentos para dividir la pena en tercios, ni se fundamenta adecuadamente porqué la facultad punitiva del juez se ve disminuida de esta manera. De más esta

agregar que un sistema sea simple y de fácil entendimiento no justifica su utilización, y que su apariencia, por más que sea mucho mejor al derecho local, tampoco es justificativo.

En el mismo sentido, tampoco se justifica porqué unos agravantes deben implicar la selección de un determinado “tercio”, y otras aumentar considerablemente el máximo de pena. Vemos aquí un doble sistema (individualización de la pena o aumento de la pena máxima) que, como primera aproximación, no se encuentra fundamentado.

Finalmente, tal como se ha expuesto anteriormente en esta investigación, y teniendo en cuenta los objetivos y los límites impuestos, escapa al análisis del presente trabajo realizar un análisis valorativo de cuáles son las circunstancias atenuantes y agravantes que menciona la ley peruana.

Sin perjuicio de lo cual, ciertamente el tipo normativo peruano, cuantitativa y cualitativamente, no llega a reducir el margen de discrecionalidad en el juicio de determinación de la pena.

### **3.4.2 La codificación Penal de Chile**

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>

*Código Penal Chileno, Libro Primero, Título III “De las Penas”, Capítulo 4to “De la Aplicación de las Penas” (arts. 50 a 78)*

Comparativamente, las diferencias entre los ordenamientos jurídicos resultan visibles.

Los delitos se dividen en crímenes, simples delitos y faltas (art. 3). Seguidamente, las penas se dividen según el tipo de delito (art. 21. Por ejemplo, quien cometiere un crimen tendrá una pena de “Presidio Perpetuo Calificado”, “Presidio Perpetuo”, “Reclusión Perpetua”, “Presidio Mayor”, “Reclusión Mayor”, entre otras; si fuere un simple delito tendrá la pena de “Presidio menor”, “Reclusión menor”, “Confinamiento Menor”, entre otras; si fuere una falta, “Prisión”, entre otras.

Cada una de estas penas tiene una definición temporal diferente. Así, el “Presidio Perpetuo Calificado” (art. 32 bis) implica la privación de la libertad de manera perpetua, sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos carcelarios, imposibilita cualquier posibilidad de liberación antes de los 40 años de condena, entre otras. Las penas temporales mayores duran de cinco años y un día a veinte años, y las temporales menores de sesenta y un día a cinco años. La prisión dura de uno a sesenta días.

Las palabras “Presidio” y “Reclusión” significan privación de la libertad, pero “Presidio” implica trabajos forzados (art. 32). “Confinamiento”, por su parte, es la expulsión del condenado del territorio chileno con residencia forzosa en un lugar determinado (art. 33). “Extrañamiento” es la expulsión del condenado del territorio chileno al lugar de su elección. “Relegación” es la traslación del condenado a un punto habitado del territorio chileno con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad (art. 34). “Destierro” es la expulsión del condenado de algún punto de Chile (art. 35).

Finalmente, las penas se dividen en tres: grado mínimo, grado medio y grado máximo (art. 56). Por ejemplo, la “Reclusión Mayor” implica un tiempo de condena de 5 a 20 años. Su grado mínimo va de 5 a 10, su grado medio de 10 a 15, y su máximo de 15 a 20.

Así, cada delito indica un tipo de pena y su grado. Siguiendo el ejemplo anterior, “El que matare en duelo a su adversario sufrirá la pena de reclusión mayor en su grado mínimo” (art. 406). El delito también puede indicar “en cualquiera de sus grados”. Esta división no aplica para las penas perpetuas.

Respecto de la cuantificación de la pena, como primera aproximación se encuentran legisladas todas las atenuantes y agravantes posibles, y las eximentes (art. 10, 11, 12 y 13). Como segunda aproximación, observamos que la existencia de dos o más atenuantes, sin la presencia de agravantes, permite en algunos casos la reducción de la escala penal (art. 65). Esto ocurre por una modificación del grado de la pena (mínimo, medio o máximo), pero no permite la modificación del tipo de pena.

Si el delito indica un tipo de pena, pero no un grado, las atenuantes y agravantes se utilizan para determinar el grado, y posteriormente la pena. Cuando sólo concurre alguna circunstancia atenuante, debe aplicarla en su grado mínimo, y si habiendo una circunstancia agravante, no concurre ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo (art. 66). Nótese que si no hay atenuantes ni agravantes, el juez puede aplicar igualmente la pena máxima, ya que la pena recorre toda su extensión.

Si el delito indica un tipo de pena, y un grado en particular, la escala dividida en 3 partes (mínima, media y máxima), se vuelve a dividir en 2 partes (mínimum y máximum). Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimum, y en el segundo en su máximum. Nótese nuevamente que si no hay atenuantes ni agravantes, el juez puede aplicar igualmente el máximum, ya que la pena recorre toda su extensión (art. 67).

No se indican fundamentos para la división en 3 partes, ni para la división

en mitades. No se indican fundamentos de porqué esas divisiones y no otras. No es posible la valoración en juicio de las atenuantes y agravantes en forma particular. En otras palabras, no es posible identificar si una agravante o atenuante en concreto posee una incidencia mayor o menor en cada caso.

A primera vista, podemos observar que el derecho chileno, en general, procura evitar la discrecionalidad en el proceso judicial en la cuantificación de la pena. Esto se observa claramente en las penas que pueden ser divididas en grados, y los grados divididos nuevamente en mitades.

En otras palabras, el juzgador se encuentra limitado en su valuación de la pena, ya que la escala penal es reducida en partes determinadas por la ley.

Se le da una utilización interesante a las atenuantes y agravantes en la definición del grado, dentro de la escala penal. Sin embargo, se observa que no es posible valorar dichas circunstancias en cada caso en particular. En efecto, observamos que pareciera necesario la existencia de dos o más atenuantes y la inexistencia de agravantes para esto. Ello implica una valoración cuantitativa, y no cualitativa de las circunstancias, cuando puede haber perfectamente una sola circunstancia atenuante que revista tal entidad que la existencia de una agravante menor no impida la disminución del grado; y viceversa.

Esta valoración cuantitativa, a primera vista, pareciera alejar a las penas de su particularidad y casuística, y envolverla en una generalidad que impide un tratamiento particular del caso.

La legislación analizada merece elogios y críticas.

En primer lugar destacamos que, si bien el sistema pareciera mucho más complejo que el sistema vernáculo, el mismo impediría que determinados delitos, producto de leyes especiales, tenga penas desmesuradas comparados con otros que son moral y éticamente más graves, siendo esto una constante en el derecho argentino. Es interesante que se indiquen, casuísticamente, cada una de las posibles circunstancias atenuantes y agravantes, como también las eximentes.

También resulta valorable que se realicen disposiciones legislativas que limiten el ámbito de discrecionalidad en las decisiones jurisdiccionales, como así también la posibilidad de que las atenuantes reduzcan la escala penal del caso.

Sus críticas, conforme lo analizado anteriormente en esta investigación, son también palpables.

En primer lugar, aún cuando se determina cual es el "grado" que corresponde aplicar (incluso, en su mitad superior como inferior), no se indica cuál

es el punto de ingreso.

En segundo lugar, se realiza una valoración genérica de la circunstancia agravante o atenuante, sin permitir una valoración específica de la incidencia de dicha circunstancia en el delito puntual. En otras palabras, lo que se considera una atenuante o agravante en el caso concreto podría ser vital, o podría rondar lo insignificante. Los tipos normativos deben comprender todos los hechos humanos, de suerte que se impone la necesidad de la amplitud en su redacción, con el objeto de contener la mayor porción de eventos históricos típicos posibles.

En tercer lugar, si ya se toman en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes para la delimitación de una micro-escala penal, dentro de la escala penal básica, cabe preguntarse qué es lo que debe tener en cuenta el juez para cuantificar la pena dentro del grado y/o sus mitades que correspondan. Más aún, cabe preguntarse también si la valoración de atenuantes y agravantes dentro de los mismos no podría ser considerada una violación al *non bis in ídem*.

En cuarto lugar, y más importante, en todo el sistema, más allá de su aparente proporcionalidad, no se plasman razones científicas normativas que permitan justificación de la propuesta del tipo. En efecto, no se dan fundamentos para dividir la pena en tercios, ni se fundamenta adecuadamente porqué la facultad punitiva del juez se ve disminuida de esta manera. De más esta agregar que su apariencia no es justificativo, ni tampoco la mención genérica de principios.

### **3.4.3. La codificación penal de Venezuela**

[http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_ven\\_anexo6.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo6.pdf)

*Gaceta Oficial n°5494, Libro Primero, Título III “De la aplicación de las penas”.art.37.*

Todo lo relativo a la individualización de la pena se encuentra en el art. 37 del Código Penal de Venezuela, que transcribimos a continuación.

*“Artículo 37.- Cuando la ley castiga un delito o falta con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad; se la reducirá hasta el límite inferior o se la aumentara hasta el superior, según el merito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto, debiendo compensárselas cuando las haya de una y otra especie.*

*No obstante, se aplicara la pena en su límite superior o en el inferior, cuando así lo disponga expresamente la ley, y también se traspasara uno u otro límite cuando así sea menester en virtud de disposición legal que ordene aumentar o*

*rebajar la pena correspondiente al delito en una cuota parte, que entonces se calculara en proporción a la cantidad de pena que el Juez habría aplicado al reo si no concurriese el motivo del aumento o de la disminución.*

*Si para el aumento o rebaja mismo se fijaren también dos límites, el Tribunal hará dentro de estos el aumento o rebaja respectivo, según la mayor o menor gravedad del hecho. [La pena no puede exceder los 30 años].”*

Los arts. 74, 75, 76 y 77 enuncian las circunstancias atenuantes y agravantes, pero no son exhaustivos.

Resalta como factor positivo, que se encuentra definido el punto de ingreso en la legislación Venezolana, mientras que en lo tocante a lo negativo se verifica en su redacción las mismas observaciones que rigen para nuestra legislación positiva.

Sobresalta como valorativamente positivo la indicación formulada por el tipo normativo del Código Venezolano el cual estipula el punto de ingreso de la pena en el tipo puntual, aún cuando consideramos esta una variante más gravosa. La valorización de las circunstancias atenuantes y agravantes que se efectúa en los tipos penales destaca como sobresaliente en la redacción del tipo normativo.

Se valora positivamente que se indique legislativamente cuál es el punto de ingreso. También se valora positivamente que se indiquen las circunstancias atenuantes y agravantes, aunque de manera no exhaustiva. Mientras que en cuanto a la propuesta reduccionista de discrecionalidad en el ámbito de determinación de la pena puntual, se verifican los mismos márgenes de arbitrariedades que en muchos otros ordenamientos penales.

#### **3.4.4. La codificación penal de Uruguay**

[http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/Cod\\_Pen.htm](http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/Cod_Pen.htm)

*Código Penal Uruguayo: Libro I, Título III “De las Circunstancias que alteran el Grado de la Pena”, arts. 50 a 53.*

El Código Penal de Uruguay presenta un título donde trata exclusivamente, en sus propias palabras, los grados de las penas.

En un primer momento, indica una lista de circunstancias atenuantes, con una cláusula final abierta que permite la incorporación otras más (art. 46). Las circunstancias agravantes, por otro lado, resultan *numerus clausus*.

Finalmente, habla de los “*efectos de las circunstancias agravantes y atenuantes*”, en donde trata la cuantificación de la pena. Transcribimos los mismos a continuación.

*“Artículo 50. (Efectos de las circunstancias agravantes y atenuantes)*

*Las circunstancias agravantes, tanto las generales como las especiales, le permiten al Juez llegar al máximo; y las atenuantes, el mínimo de la pena establecida para cada delito.*

*Para elevar o rebajar la pena, el Juez atenderá, preferentemente, a la calidad de las circunstancias concurrentes y a las conclusiones que ellas permitan derivar acerca de la mayor o menor peligrosidad del agente.”*

*“51. (Circunstancias que no se tienen en cuenta)*

*No influyen en el aumento de la pena las circunstancias inherentes al delito, las que constituyen, por sí mismas, delitos independientes y las que la ley ha previsto como agravantes especiales del hecho.”*

*“52. (Normas sobre la comunicabilidad)*

*No se comunican las circunstancias agravantes o atenuantes personales. Se comunican en cambio las agravantes reales y aún las personales que siendo conocidas por los partícipes, contribuyeren a facilitar la ejecución del hecho.*

*Se llaman personales las que, por causas físicas, morales o sociales, sólo concurren en determinados agentes del delito ; y se denominan reales, las que derivan su carácter del modo, del lugar, de la ocasión, de la hora y de los demás factores que atañen a la ejecución material de hecho, conocidas por los partícipes antes o durante la ejecución.”*

*“53. (Concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes)*

*Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho, el Juez, teniendo en cuenta su valor esencialmente sintomático, tratará de formarse conciencia acerca de la peligrosidad del agente, fijando la pena entre el máximo y el mínimo de acuerdo con las indicaciones que dicho examen le sugiera.”*

La legislación, a primera vista, pareciera lo suficientemente clara como para comprenderse en un todo sin necesidad de conocimientos específicos del resto de la legislación uruguaya, salvo quizá por el principio de comunicabilidad.

Tema aparte aparece la mención de la “*peligrosidad*”. El análisis sobre los posibles significados de esta palabra excede al análisis comparado, pero no podemos dejar de decir que su utilización se ha visto teñida de una connotación negativa, vinculada a la conducta precedente del sujeto. Sobresale como característica normativa del tipo en la legislación Uruguaya, la necesidad de valorar agravantes y atenuantes al momento de ponderar la merituación de la peligrosidad del agente.

Parejamente, destaca la definición normativa de las circunstancias agravantes y atenuantes, sobre el punto, cabe consignar que las valoraciones atenuatorias de pena se verifican en una lista abierta, en tanto que las circunstancias agravantes lo son en un listado cerrado.

Contrariamente, a la propuesta mejoradora del tipo normativo, no se verifica en cambio, una indicación respecto del valor o cuantía de las circunstancias, como así tampoco el modo en que deben interactuar para valorarse, a la par que tampoco se indica cuál es el punto de ingreso de la pena.

Respecto a la peligrosidad, también se trata dicha problemática; en efecto, pareciera que lo que hay que cuantificar para determinar la pena es la peligrosidad del agente. En primer lugar, esto es confuso: ¿La peligrosidad que ha desenvuelto en el hecho, o la peligrosidad de reincidencia? ¿Análisis de su conducta pasada, o de su posible conducta futura basada en su conducta pasada (en otras palabras, futurología)? Claramente, si hablamos del futuro, esta norma vulneraría los principios de culpabilidad en derecho penal, dado que científicamente no es posible determinar la conducta futura del agente tomando el base un sólo hecho de su vida, o bien sin hacer un juicio sobre la persona y no sobre el hecho.

En segundo lugar, nos preguntamos cómo pretende la norma que las circunstancias se transformen en peligrosidad, y la peligrosidad en pena, cuando esas pautas deben incidir directamente en el monto de la pena, y no indirectamente mediante la realización de un juicio de valor sobre su eventual conducta futura. Van de nuevo las cualidades adivinatorias.

Por ello, no sólo no resuelve los problemas planteados respecto de legislación local, sino que además posee problemas propios, de complicada solución.

#### **3.4.5. La codificación penal de Bolivia**

[http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/bol/sp\\_bol-int-text-cp.html](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/bol/sp_bol-int-text-cp.html)

*Código Penal Boliviano: Libro Primero, Título III “De las Penas”, Capítulo II “Aplicación de las Penas”, arts. 37 y 38.*

Todo lo relativo a la individualización de la pena se encuentra en el art. 37 y 38 del Código Penal de Bolivia, que transcribimos a continuación.

*“ARTICULO 37.- (FIJACIÓN DE LA PENA).- Compete al juez, atendiendo la personalidad del autor, la mayor o menor gravedad del hecho, las circunstancias y las consecuencias del delito: 1. Tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima*

y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso. 2. Determinar la pena aplicable a cada delito, dentro de los límites legales.”

“ARTICULO 38.- (CIRCUNSTANCIAS).-

1. Para apreciar la personalidad del autor, se tomará principalmente en cuenta: a) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente y posterior del sujeto, los móviles que lo impulsaron a delinquir y su situación económica y social;

b) Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la ejecución del delito y los demás antecedentes y condiciones personales, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones, la calidad de las personas ofendidas y otras circunstancias de índole subjetiva.

Se tendrá en cuenta, asimismo: la premeditación, el motivo bajo antisocial, la alevosía y el ensañamiento.

2. Para apreciar la gravedad del hecho, se tendrá en cuenta: la naturaleza de la acción, de los medios empleados, la extensión del daño causado y del peligro corrido.”

El art. 39 y 40 hace mención de “atenuantes” que, de registrarse, provocan la rebaja de la escala penal. En otras palabras, estas circunstancias no son utilizadas para cuantificar la pena, sino para determinar cuál es la escala penal que corresponde aplicar. El art. 41 hace mención de la reincidencia.

Destacamos el art. 64 que permite el “perdón judicial” (equivalente a un sobreseimiento) cuando sea el primer delito del autor, la sentencia determine una pena sea inferior a un año, y “por la levedad especial del hecho y los motivos determinantes existan muchas probabilidades de que no volverá a delinquir”.

La legislación boliviana recurre a enunciados genéricos que, al momento de determinar concretamente la pena, no logra distinguirse de que manera deben ser valorados. No se indica el valor o cuantía de las circunstancias atenuantes o agravantes, ni de qué manera deben interactuar para valorarse, ni se indica cuál es el punto de ingreso.

Se observa, como en otras legislaciones comparadas, la enunciación de atenuantes. También se observa como interesante que la existencia de determinados atenuantes modifique la escala penal.

Los vacíos normativos que facilitan márgenes de discrecionalidad, se ven compensados por la indicación de circunstancias atenuantes, aunque de manera no exhaustiva. Sin embargo, no se llega a comprender por qué no se mencionan las

eventuales circunstancias agravantes, siendo en este sentido defectuosa.

Calificamos muy negativamente que en el perdón judicial se pretenda que el juez realice futurología. En otras palabras, creemos sumamente incorrecto que se pretenda que un juez, valorando los hechos y no la personalidad del autor, deba realizar un juicio de valor a fin de determinar si el mismo realizará un nuevo acto contrario a la legislación penal. A todo evento, creemos que en este caso, el perdón judicial forma parte de la cuantificación de la pena porque, en efecto, permite que no se le aplique pena.

### **3.4.6. La codificación penal de Paraguay**

<http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/Privacidad/Ley1160.pdf>

*Código Penal de Paraguay: Ley 1160/97, Libro Primero, Título III “De la aplicación de las penas”. Art. 65.*

Todo lo relativo a la individualización de la pena se encuentra en el art. 65 del Código Penal de Paraguay, que transcribimos a continuación.

*“Artículo 65.- Bases de la medición.*

*1º La medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella; se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad.*

*2º Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra del autor y particularmente: 1. los móviles y los fines del autor; 2. la actitud frente al derecho; 3. la intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho; 4. el grado de ilícito de la violación del deber de no actuar o, en caso de omisión, de actuar; 5. la forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho; 6. la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas; y 7. la conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima*

*3º En la medición de la pena, ya no serán consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo legal.”*

La exposición de motivos del mencionado Código se expide sobre el asunto indicando lo siguiente:

*“e) Medición de la pena.*

Una reglamentación adecuada de la medición judicial de la pena es una llave para poder prestar atención estricta al principio de reprochabilidad en general y

a la prohibición de penas que no correspondan al grado de la reprochabilidad.

El sistema tradicional español, reflejado también en los artículos 91 y 92 del Código Penal vigente, no puede solucionar este problema. Además restringe la competencia del juez estableciendo graduaciones muy formales. Por eso, y en atención a la prohibición de penas absolutas, el artículo 65 del anteproyecto establece las bases de una moderna medición de la pena. Adicionalmente, atiende a la necesidad eventual de fijar nuevas penas cuando coincide una condena anterior con la actual.

El artículo presenta las mismas deficiencias que las indicadas para la legislación nacional. Las diferencias en la redacción no producen una modificación en lo sustancial.

Fuera de ello, el artículo también pretende que el juez debe ponderar *los efectos de la pena en su vida futura en sociedad* del autor. Figura que según la cual no se predica acerca de su empleo aumentativo o disminuyente de sanción. Por lo demás guarda estrecha relación con igual precepto contenido en el artículo 46 del StGB, al que le asisten las mismas críticas ya expuestas sobre este tópico.

### 3.4.7. La codificación penal de Colombia

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

*Código Penal de Colombia: Ley 599 del año 2000, Libro Primero, Título IV, Capítulo Segundo, art. 61*

Todo lo relativo a la individualización de la pena se encuentra en el art. 59 a 61 del Código Penal de Colombiano, que transcribimos a continuación.

**“Artículo 59.** *Motivación del proceso de individualización de la pena.*

*Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.*

**Artículo 60.** *Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables.*

*Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:*

1. *Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.*

2. *Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al*

máximo de la infracción básica.

3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.

4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.

5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

**Artículo 61.** (Adicionado por el art. 3, Ley 890 de 2004). Fundamentos para la individualización de la pena.

Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador **dividirá** el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley **en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.**

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.” (Las negritas nos pertenecen)

No podemos menos que hacernos eco de las observaciones que sobre esta codificación lleva adelante Fernando Velázquez<sup>55</sup>.

Es que pese a los esfuerzos del legislador no han variados las posibilidades de que la determinación de la sanción penal padezca todavía por el hecho de quedar al libre arbitrio del magistrado. Ciertamente que las normas en estudio pueden considerarse orientadas a las denominadas teorías mixtas que ye

---

<sup>55</sup> En su trabajo El sistema de determinación de la sanción penal en el C.P., publicado en el sitio de la Universidad del Externado de Colombia.

hemos analizado. El sistema de grados que aplica parece querer avanzar hacia modelos matemáticos pero podemos decir que se queda a mitad de camino pues no se aportan criterios para establecer las concretas cifras.

No creemos, por lo que hemos avanzado en la investigación, que los modelos que propicia incluso el mismo Velázquez<sup>56</sup>, insertos en un sistema racional tengan que responder a un derecho penal de prevención especial.

Nadie dice de qué modo esas premisas han de trasladarse al concreto campo de la medida de las penas, o sea, de las cifras de tiempos de encierro.

### 3.4.8. La codificación Penal de Ecuador

[http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT\\_CEDA\\_W\\_ARL\\_ECU\\_18950\\_S.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDA_W_ARL_ECU_18950_S.pdf)

*Código Penal de Ecuador: Libro Primero, Título I, Capítulo Cuarto, art. 44*

Todo lo relativo a la individualización de la pena se encuentra en el art. 44 y 54 del Código Penal de Ecuatoriano, que transcribimos a continuación.

***“Artículo 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.-***

*Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código.*

*No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.*

*Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.*

*Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio”*

Los artículos 45 a 48 describen las agravantes y atenuantes posibles.

***“Artículo 54.- Individualización de la pena.-***

*La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente:*

*1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes.*

*2. Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos.*

---

<sup>56</sup> “El sistema de determinación de la pena en el C.P.”, [www.portaluesternado.edu.co](http://www.portaluesternado.edu.co) visitado en febrero de 2015

3. *El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal.*”

Estipula el tipo la necesidad de contar con la valoración de circunstancias agravantes y atenuantes a fin de imponer una pena de alguno de los tipos penales del Código Penal.

Aclara que no podrán ser consideradas circunstancias agravantes o atenuantes aquellos elementos que puedan integrar el tipo penal.

Valora el tipo penal, la existencia de dos circunstancias atenuantes de pena como herramienta mensurativa y constructiva de la pena puntual.

No se advierten en estas normas penales la invocación a principios de orden dogmático que permitan adscribirlo a alguno de los modelos punitivos ya analizados en el plano de las teorías.

### **3.4.9. La codificación penal de México**

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s>

*Código Penal de México (o Código Penal Federal): Libro Primero, Título Tercero, Capítulo I, arts. 51 y 52*

En primer lugar, destacamos que México adoptó un Sistema Federal más cercano al modelo estadounidense, en el cada “estado” (lo que en Argentina denominaríamos “Provincia”) puede dictar un Código de fondo en materia penal.

Por motivos funcionales, solamente estudiaremos el caso del Código Penal Federal el que, con sus diversas modificaciones, fue sancionado en el año 1931.

Todo lo relativo a la individualización de la pena se encuentra en el art.51 y 52 del Código Penal Federal de México, que transcribimos a continuación.

*“Artículo 51. Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan. (Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de diciembre de 2002) (...)”*

*“Artículo 52. El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:*

*I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere*

sido expuesto;

*II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;*

*III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;*

*IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito;*

*V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;*

*VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido;*

y

*VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.*

*(Reformada mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de agosto de 2010)”*

Sobresale en este articulado la contemplación de la condición de sujeto imputado como pueblo originario y la necesidad fijar de dicha circunstancia en el precepto normativo.

En este Código existen otras varias referencias aisladas a la individualización de la pena, segmentadas en diferentes casos. Sin embargo, hemos entendido que las mismas no son relevantes a los efectos del presente por no aplicarse a la generalidad de los supuestos típicos previstos.

En lo demás, vinculado a lo tocante al art. 52 del Código Federal de México, lo cierto es que cuenta con herramientas de redacción con caracteres similares a otros Códigos Penales con enunciaciones de circunstancias valorativas de pena.

## **CAPÍTULO 4**

### **Legitimar y Graduar**

#### **Funciones conectadas pero diferenciadas de la potestad punitiva**

Todas las orientaciones teóricas relevadas hasta esta etapa de la investigación, más allá de alguna opinión adelantada como toma de posición, nos han llevado sin embargo a formularnos algunos interrogantes.

¿Cuánto más habrá de decirse, por estos tiempos, en torno de la pena? Con frecuencia, asistimos a la exposición fatigosa de proposiciones teóricas que intentan precisar el terreno de los dogmas, por las cuales puede parecernos que imponer penas tiene acabados fundamentos que justifiquen su tolerancia por el común de los integrantes de la sociedad. Si nos adentramos en la naturaleza de esas expresiones, leeremos especies de abstracciones cuyas pertenencias son del tenor teológico, o político, o meramente racional, o como suele decirse con cierto tono despectivo, de contenido positivista, aun cuando para tales menesteres poco se haga académicamente en función de dejar precisados los contornos ideológicos de cada matiz.

Creemos que la tarea a llevar a cabo precisa (decimos esto en sentido lexicográfico puntual) un reordenamiento de las ideas y de sus pertinencias. Las confusiones habidas hasta el presente, son muestra clara de ese desorden epistemológico. Un ejercicio mental podría consistir en ver las cosas desde prismas unidireccionados, a saber, si nuestra concepción de la pena en términos de su aceptación (resignada o no), se aprecia desde la ventana de lo sacro o desde otra ontología regional. Ello derivaría necesariamente, en un apego a los preceptos bíblicos desde donde punir es según se mire, algo así como una respuesta en algún sentido talional, con aspiraciones de expiación espiritual, donde la constrictión y el arrepentimiento son un propósito antes que una resultancia ocasional o fortuita.

La deriva filosófica nos lleva entonces a fórmulas a las que suele adosarse el nombre de retribución. La pena, suele decirse, es básicamente una respuesta. La infracción –por tomar un advertido término foucaultiano histórico (1973)- es un mal, o sea, que quien o quienes resulten afectados, han de percibir esa actividad (o inactividad de la acción debida), como algo displacentero. En este punto la concepción freudiana puede resultar una explicación sencilla de un acontecimiento que, a los ojos del profano, indudablemente posee tenor negativo, es un ultraje, un

sufrimiento, una indeseada experiencia existencial que, paralelamente, promueve la repulsa. La metáfora paradójica de Roxin explica las cosas a contrario con su ejemplo de una pena hipotética consistente en unas vacaciones en el Caribe. (Roxin: 1981)

Ya desde los siglos XI y XII, aproximadamente, es que esa reacción no es protagonizada por el sufriente victimizado por el delito, sino por el detentador del poder político que, del mismo modo en que sucede por estos tiempos, vio en esa gestión algo de su interés, algo que seguramente fue integrado a los contornos de su señorío, de sus variadas formas de dominación hoy mucho más depuradas, perfeccionadas e imperceptibles, formales e informales.

Pero cuidado que esos contornos regionales se han diversificado, han crecido a tono exponencial con las adoradas propuestas de globalidad. Este apasionante y trascendental sendero temático excede lamentablemente la labor acometida. Integrará entonces el catálogo de rumbos a investigar que dejaremos propuesto.

Las justificaciones de los pensadores de esas pasadas épocas, de los proclives de turno a la gracia del *principis*, que siempre han medrado la historia de las sociedades, fueron bastante recurrentes. Cuando se alejaron de las explicaciones eclesiásticas de claustros, fallecidas por la incidencia cultural de la invención de Guttemberg, echaron mano de la idea de contrato. De contrato social, esto es, no del contrato individual, *inter partes*, sino de su explicación plural, de su supuesta concordia constituyente. Pero claro, había que buscar alguna fundamentación adicional, o el hombre es originariamente bueno, o es un *hominis lupus* según la perspectiva hobbesiana (2005). Y aquí, claro está, ya nos alejamos del absoluto espiritual y nos mudamos al terreno racional adjudicado, con justicia o no, a René Descartes (Ferrater Mora: 1999).

El perfeccionamiento esquemático-institucional de los estados nacionales, con variantes estatutarias ora principescas, ora imperiales, ora republicanas, en lo que a este comentario concierne, fue diseñando modelos –exportables desde ya y congruentes con las aspiraciones de dominación- donde el protagonismo en génesis dejó de pertenecer a la divinidad, para ser un pretendido huerto de las sociedades conformadas. Curiosamente los flujos y reflujos ideológicos –de variado signo- tuvieron en el cosmos penal, oscilantes influencias. Todo al ritmo de los avances ya posmodernos de turno (Esther Díaz: 2000; Lyotard: 1999).

La filosofía siguió preguntándose por el ser y el derecho penal trató -guerras mundiales por medio- de desapegarse de los trastos autoritarios. Claro, esta vez, los genocidios tuvieron por destinatarios a los propios europeos (Zaffaroni: 1998), y

allí entonces se generaron, con signos de reiterancia histórica, las preguntas sobre la justificación del derecho de punir de los estados conformados sobre la base de normas fundamentales. Lo que han repetido los autores o escritores del derecho punitivo hasta nuestros días puede dividirse en dos campos, aún cuando obstinadamente se pretenda estipular que las razones del derecho de punir son vinculantes también en el estamento de la medición de la cantidad de pena. He ahí la divisoria de aguas.

Nos hemos ido convenciendo durante esta investigación que las razones que invoque el Estado para adjudicarse la potestad de penalizar no deben necesariamente reevaluarse o hacerse efectivas también en el terreno de la graduación.

Las hay razones que interesan precisamente al Estado, de ahí en más aparecen todas las invocaciones prevencionistas tanto generales como especiales. Pero bien distinto es el conjunto de fundamentos que autorizan a “pesar” las denominadas circunstancias del hecho a imputar –*stricto sensu*- a los ciudadanos infractores.

Nos apartamos en ese sentido de quienes ligan justificaciones con explicitaciones graduatorias (así en Ziffer:1996, entre muchos otros de opinión contraria a la aquí sostenida). Es decir, de aquellos que al medir la pena, vuelven a echar mano de todas las teorizaciones legitimantes, renunciando a avanzar por sobre la creación de otras categorías específicamente inherentes al problema de la individualización.

La retribución “le pertenece al sujeto infractor”, las prevenciones se “la prestan” los ciudadanos a ese hombre artificial que llamamos Estado, al que le competen actividades de naturaleza política, enmarcadas constitucionalmente como por ejemplo la seguridad pública, la salud, la economía, el medioambiente, en fin, las inherentes a la búsqueda del bienestar general como cometido básico. La prevención de delitos posee variables y de hecho pueden llevarse adelante con instrumentos diversos tales como la amenaza de sanción en la forma codificada y jurídica, o la prevención con estructuras policiales diversas.

Legitimar y graduar son funciones que ya aparecen, a tenor de lo que se viene diciendo, diferenciadas. Es que el graduar la pena no debe volver a orientarse sobre los cometidos preventivistas pues, si así se hace, sus contenidos estarán incluyendo valoraciones en la fijación de la cantidad de pena que atienden a cometidos ajenos al estadio relacional del sujeto con su hecho, aún cuando éste -por

involucrar en la afectación a la víctima-individual o colectiva-, no autoriza la mediación de intereses del Estado en la fijación de cantidades de pena.

Un ejemplo doctrinario que aboga por esta mixtura de prevencionismos lo constituye el trabajo de Demetrio Crespo<sup>57</sup>. En la pagina 32 afirma: "...de la coexistencia de dos principios contradictorios...culpabilidad y fines preventivos...máxima expresión en la IJP donde se debe atender a la culpabilidad del autor y la gravedad del hecho y por otro lado a circunstancias personales. Por qué las circunstancias personales corresponden a la prevención y no están abarcadas en culpabilidad y gravedad cuando esas en rigor deben ser contenido de retribución en la medida de su reflejo en el hecho omnicomprendivamente apreciado...si no lo conforman, serán irrelevantes en la IJP<sup>58</sup>.

No hace falta buscar equilibrio entre fines preventivos orientados a justificar y los relacionados con culpabilidad- gravedad del hecho y demás que sólo tratan de cuantificar la concreta historicidad del hecho. Esta perspectiva concierne, según venimos diciendo, al sujeto. Los fines del Estado –entre ellos las consabida e infundamentada repercusión social- integran la fase de la determinación político criminal del marco punitivo de los tipos. Esa es según Maurach (1994: con atribución a Zipf), una tarea "*profiláctica*" en la lucha contra la delincuencia y el delito. Es, a la vez, una labor "noble", según el Profesor alemán.

Las razones de la justificación sólo han de incidir en punto a cuantificar, en la gestión legislativa de fijar el marco mínimo y el máximo de los tipos delictivos. Podemos decir que es el único espacio cuantificativo derivable de las justificaciones.

Si las prevenciones son exitosas o no, es el riesgo estatal. Ni un solo gramo de esos contenidos, con justificaciones criminológicas, psicológicas, preventivas del delito, etc., inherentes a la Política Criminal puede estar reflejado en la tarea cuantificadora.

La necesidad de separar esos ámbitos, asoma en las palabras de Maurach (op. cit.), quien puede considerarse de los escasos autores que aprecian la necesidad de distinguirlos: "*La capacidad de rendimiento de la concepción global sobre medición judicial de la pena depende, además, de que el número de dichos campos comunes sea lo más reducido posible, a objeto de permitir una clara separación entre culpabilidad y prevención...*".

---

<sup>57</sup> "Prevención general e individualización judicial de la pena", ediciones Universidad de Salamanca. Año 1999.

<sup>58</sup> IJP es la sigla con la que el autor refiere a la Individualización de la pena ya en su trabajo Prevención general e individualización judicial de la pena. Ed. Universidad de Salamanca. Año 1999.

En el camino de esta investigación, hemos podido comprobar que otros autores ya han venido alertando sobre la ilegitimidad de amalgamar prevenciónismos y culpabilidad.

El movimiento ha dado en llamarse retribucionismo o como más ampliamente se lo expone, proporcionalismo (atribuido también a Hörnle:2003). Creemos que en función de nominar teorizaciones, puede llamársele neo-retribucionismo. Vaya dicho que esta visión de la retribución en modo alguno se refiere a la limitada –y anacrónica- visión de las teorías absolutas, que, junto al valor justicia, las concebían en formas de expiación, de talión, de mera inflicción de un mal, etc.

Por estos tiempos, ya desde los albores del iluminismo, el derecho penal ha venido nutriéndose de valores que hoy encuentran positivización en los llamados Derechos Humanos, lo que según Ferrajoli (2011) en su reciente *Principia Iuris*, ha incidido en un desdibujamiento de las otrora antinomias de positivismo jurídico y derecho natural.

Zaffaroni anunció recientemente<sup>59</sup> su interpretación de ese cambio de paradigmas con un título ya sugerente: *¿Derecho Penal humano o inhumano?*, donde alude a las normas convencionales como portadoras de una definición antropológica, al referir como persona a todo ser humano, transformando al derecho penal como un *derecho penal humano*. Debe advertirse que ese pensamiento implica un notorio cambio en las concepciones filosóficas, sobre lo que se discurrirá en el futuro.

Las objeciones sobre esta neo-retribución tienen, como era de prever, la impronta de las incursiones del efecto social, que muchos invocan en aras de calmar expectativas colectivas inconsultas.

Autores como Feijoo Sánchez<sup>60</sup> sostienen ideas tales como la plasmada en la página 8 de su opúsculo, cuando señala: *“La objeción esencial a teorías como la de v. Hirsch, Hörnle o Schünemann es que parten de una perspectiva excesivamente individualista que toma en consideración para la determinación de la pena sólo la perspectiva de la víctima, descuidando la dimensión del hecho para el orden social...”*.

*“A la teoría de la proporcionalidad por el hecho le falta el sustento de una teoría sobre la función social de la pena. No es posible determinar la medida de la pena si ésta no se encuentra referida a un fin. La determinación o la individualización*

---

<sup>59</sup> Revista de Derecho Penal y Criminología; edición aniversario. Septiembre 2014- págs. 3/15

<sup>60</sup>“Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho”- [www.indret.com](http://www.indret.com)- Barcelona, leído en enero 2007.

*judicial de la pena no deja de ser una concreción de la teoría sobre los fines o de los criterios generales de legitimación de la pena...”.*

Creemos que esos puntos de vista soslayan aquella división necesaria entre fines que pertenecen al Estado y aquellos que le son inherentes al individuo infractor quien, debe advertirse, “protagoniza” la pena. Al par, debe destacarse que una cosa es basamentar, argumentar o fundamentar las razones por las cuales se puede entender que el Estado legitima sus facultades punitivas y otra, una instancia posterior, que refleja una actividad cuantificadora. En ese terreno sólo la gravedad del hecho y las circunstancias que lo rodean son instrumentos conceptuales aptos para decidir la cantidad de la pena en concreto. Sólo reeditando en este segmento los presupuestos legitimantes es que se da lugar a incongruencias, desatinos, desproporciones y arbitrariedades. Y por supuesto, a profundos e irreconciliables desacuerdos.

Penar para que otros se asusten y que se les genere un -hasta ahora- incomprobado temor; o penar de la mano de la futurología son aporías teóricas injustas, evitables y esencialmente ajenas a la fijación punitiva.

Mario Durán Migliardi (2011) –de quien rescatamos en otro segmento una investigación académica de su pluma- aborda estas temáticas desde un estudio sobre las teorías absolutas de la pena<sup>61</sup> en perspectiva kantiana. Desde esa óptica concluye:

*“el neo-retribucionismo, heredero directo de las teorías absolutas de la pena, al basarse en conceptos y categorías tales como “negación de la injusticia”, “restitución de la justicia violada” y no en interés social del hombre, es una teoría arrogante y puramente de papel”.*

Claro está, que el autor chileno previamente esboza una conclusión condicionada que implica su aceptación de este neo-retribucionismo, esto es que estas orientaciones se basamenten en los derechos fundamentales, los límites al ius puniendi y su inserción en un Estado Democrático y de Derecho.

De alguna manera, con leves añadidos, esta otra visión del movimiento “neo”, guarda similitudes con la versión *aggiornada* de Jescheck (2003).

También, de ordinario, las posiciones contrarias a las ideas neoretribucionistas, toman para sí –aunque sin explicitarlo- los vinculantes impactos en la sociedad.

---

<sup>61</sup> Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neoproporcionalismo en el Derecho penal actual”. Universidad de Salamanca y Universidad de Atacama. Sitio: [www.revistafilosofia.uchile.cl](http://www.revistafilosofia.uchile.cl) año 2011.

Lo que se advierte es que las proposiciones que se asientan sobre lo que da en llamarse “orden social” o “función social”(Feijoo Sánchez y muchos otros autores) o confianza jurídica de la población (Lackner), carecen con frecuencia de una adecuada explicitación respecto de su contenido, estructuras, y alcances de esos impactos sociales.

Ensayemos un intento. Para ello, podemos echar mano de un instrumento racional deconstructivista, al modo en que tal esquema es empleado en los estudios semióticos. Así entonces lo social, primariamente refiere a lo colectivo –justamente por oposición a la individualidad extrema anotada por el jurista español-.

Lo inquietante de esos conceptos es que eluden indicar cuál es el mecanismo institucional –o no- por cuyo conducto es percibida la tal relevancia social de un hecho cualquiera –en este caso de tenor penal-. Si recorremos el sendero de esa inquietud podríamos dar una respuesta con sólo tener presente que, desde la estructura constituyente, los cuerpos legislativos que representan la voluntad popular que los elige, serían los “autorizados” a interpretar cuáles acontecimientos son relevantes como para dar por sentado que el cuerpo social percibe de determinadas maneras esos eventos.

No está claro si esa gestión por ser política tiene difusos mecanismos o si se acude a serias, exhaustivas y amplias encuestas sociológicas. En fin, por cualquiera de estos medios la falta de precisión es elocuente. Si no, venga a la memoria lo acontecido en nuestro país con el episodio *Blumberg* y sus nefastas consecuencias, al promover múltiples reformas penales irreflexivas a partir de una de esas “*repercusiones sociales*”. En todo caso, ese espasmo demuestra con empiria, una vez más, la ineficacia de los endurecimientos. Es una grosera confusión de preventivismos inocuos, emparentados con preventivismos policiales, que invariablemente se disuelven por la vigencia de anacronismos institucionales verticalistas, como lo demuestra el trabajo del becario Gallino en la investigación derivada que se anexa a la presente, donde se analizan reclamos policiales (ver Anexo).

Otro mecanismo alternativo y no necesariamente institucional, por el cual pudiérase arribar a la certeza de las invocadas dimensiones sociales de los hechos lesivos, lo constituyen los medios de comunicación. Con más precisión y frecuencia llamados medios “masivos” de comunicación.

Esas ideas alimentan un fenómeno que Garland (2001:42) denomina “*justicia expresiva*” de la que se entiende “*en la literatura contemporánea de la sociología del castigo de lengua inglesa, una forma de funcionamiento de la justicia penal que*

*coloca en un primer plano la tarea de “expresar”, justamente, la ira y el resentimiento provocados por el delito en el público a través de la faz simbólica del castigo, sin intentar, instrumentalmente, articular medidas destinadas al fin de la reducción del delito (N. del T.)”*

Los ideólogos esta vez, no son los políticos, sino los grupos privados que mediatizan la violencia a su paladar, para incrementar las ventas si son escritos o radiales, y el “rating”, si se trata de medios televisivos.

Nos hemos visto tentados de intensificar los pasos de este sendero. Pero la conciencia científica nos llamó la atención para indicar que esta variable, es sin dudas otro camino alternativo sumamente apto para la investigación. Así lo propondremos.

Dicho lo anterior, no podemos dejar de acudir, aún escuetamente a opiniones autorizadas que han tratado de la incidencia –a veces, nociva- de los *mass media*.

Lo que llega a la sociedad traspone un tamiz –el llamado mediático- no ilustrado en la temática y con motivaciones o aspiraciones que danzan al ritmo del “rating”. Tanto Eco en “*Crítica al periodismo*”<sup>62</sup> como Sartori en “*Homo Videns*” o Bourdieu han desnudado con certera crítica y desde diversos ángulos esta generalmente incontrolada y a veces peligrosa actividad de los medios.

Karl Popper, drástico, llegó a afirmar “*o el Estado regula efectivamente a las televisoras o éstas aniquilarán nuestras democracias...*”<sup>63</sup>

Sobre la gravedad de esas intervenciones en los ámbitos de la justicia puede verse el trabajo de Luis María Desimoni “*La justicia mediática y el principio de inocencia*”<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Texto leído por Umberto Eco en un seminario promovido originalmente en L’Unitá en febrero de 1995

<sup>63</sup> [www.saladeprensa.org](http://www.saladeprensa.org)

<sup>64</sup> pub. En L.L., sup. “Actualidad” del 26/06/97, pág., 1- ). También –según se anota en la obra de Riquert y Jiménez (1998:233)- Jorge Frías Caballero en “*Crisis y crítica de la función punitiva*” (en conferencia expuesta en el Colegio de Abogados de La Plata los días 9 y 11/10/90)

## CAPÍTULO 5

### **El camino de la toma de posición y la necesidad de un encuadramiento teórico de nuestra propuesta.**

¿De qué modo la dimensión del hecho para el orden social ha de incidir en la cuantificación de la pena? La respuesta invita a explicar las cosas desde la prevención general. Pero sucede que esa forma de prevenir ya ha sido tenida en cuenta para dar el “sí” de la pena desde la perspectiva del interés estatal en ejercicio del *ius puniendi*. Esto es, ya cumplió una función legitimante. No puede traerse *ex novo* al tiempo de la medición. Ningún autor –conforme los datos que hemos podido reunir- ha explicado de qué manera esa teorización es instrumentalmente apta para decidir la cuantificación. Por tales motivos, deben diferenciarse las tareas de legitimación y las de graduación.

En “*Principales problemas de la prevención general*”<sup>65</sup>, Klaus Lüderssen en la página 93 parece expresar nuestro sentir al decir: “*es muy posible que tanto la necesidad de pena colectiva de la sociedad, como los factores socio-estructurales sean también proyecciones de la política social planificada estatalmente, que ingresan nuevamente invertidas. La explicación de estas cambiantes dependencias tiene que surgir de los puntos de vista de legitimación, los cuales tienen validez también en relación con otros modos de acciones estatales.....*”.

El pensamiento del autor alemán, como puede advertirse, pone en evidencia que las necesidades de penar que interesen a la sociedad poseen razones que han de buscarse en los criterios de legitimación. Esta idea remarca la vinculación de todo cuanto se ha dicho para legitimar el derecho penal y la pena, con las políticas del Estado.

En pág. 85 dice: “*mientras no sea el autor sino la comunidad, la destinataria del derecho penal y, por lo tanto, el derecho penal el instrumento de mantener bajo control los afectos colectivos que fueron causados mediante sucesos delictivos las necesidades punitivas despertadas por la publicidad deben ser canalizadas y satisfechas...*”

En estos renglones renace aquello de la impronta social por los hechos delictivos. De lo que no dudamos es que el Estado debe intervenir ante el delito pero para tales funciones ya cuenta con la policía. El “calmar las necesidades punitivas”

---

<sup>65</sup> editorial Bdef- año 2004 traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw

amerita siempre el empleo de medios que se integran al complejo de las temáticas de la Política Criminal. La graduación punitiva es claramente ajena a esas funciones.

Es que, finalmente, si la determinación de la imputación del hecho al sujeto procede en puridad dogmática, lógica y sistemática de la aplicación minuciosa de los preceptos contenidos en los estadios de la teoría del hecho punible –teoría del delito-, no puede luego verificarse los mismos y establecer por ende la necesidad de pena, venir a añadirse elementos ajenos a ese tramo al dosificar la misma y decir las cosas en términos de prevenciones –propósitos- generales o especiales, o las del sentir social de cuyas manifestaciones se atreven algunos desde el terreno doctrinario, a usurpar la autoridad de interpretarlas y darles contenidos, asignando esos efectos en la cantidad de sanción penal.

En tal caso, quienes así piensen, deberían adoptar otras definiciones de los filtros del delito. La acción típica, antijurídica y culpable no tiene espacios para esas sorpresivas *addendas* pues son, repetimos, el mecanismo dogmático idóneo para evaluar centralmente la “acción” acometida y la vinculación de ella con el sujeto a quien “pertenece”.

La propuesta de Roxin al formular su idea de mixtura, guarda algo de coherencia racional y axiológica con la perspectiva de lo que damos en llamar un “retribucionismo remozado”, al fijar la utilidad de la prevención general en el momento de la amenaza y luego de medir de la mano orientadora de la culpabilidad, la prevención especial funcional al momento de la efectiva prisionización, donde la idea de tratamiento puede tener, con las debidas reservas, algún cometido.

También nuestra idea guarda algunas empatías con la denominada teoría del valor posicional (*Stellenwerththeorie*), que divide en dos momentos la individualización punitiva: medición acorde culpabilidad y luego, individualización en función de resocializar. Que el artículo 46 del StGB –o cualquier otra norma del derecho positivo comparado- sea la base de la crítica de esta posición al exigir las miras del futuro del agente, es derechamente mezclar argumentos de *lege ferenda* con los de *lege lata*, que no inhiben ni atienden al tenor material de la propuesta. Es un argumento que desde la teoría del derecho, resulta ser análoga e igualmente falaz al que se emplea cuando se hacen citas de autoridad.

Pero seguramente que el tenor adivinatorio de esa idea, el actualizar una prognosis que por futura, es inabarcable por el estado actual del conocimiento humano, jamás podrá ser apreciada al medir la cantidad de sanción penal.

Es que la expectativa de la posibilidad, es patrimonio de la imaginación.

Cuando decidimos, recorrer otros caminos y así abordar los instrumentos matemáticos, reiteramos, nos propusimos “escuchar” a los exponentes de esa rama del saber científico.

Al par hemos advertido una actitud reacia a tal cometido. Para citar un ejemplo de reciente factura que obre como prueba del aserto, vaya la cita de un párrafo de la exposición de motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal sobre el cual ya hemos abordado su pertinente contenido.

Así, vemos que en la página 90 los proyectistas han realizado una serie de retrospectivas cuando se aclara que la fórmula en esencia mantiene el criterio de la codificación de 1921, con renuncia tanto al sistema de penas fijas como al de agravantes y atenuantes tabuladas similares a las que contenía el *Código Criminal do Imperio do Brasil* de 1831. Y, en ese marco, dijeron que “*no debe limitarse al juez mediante una tabulación que lo obligue al cálculo matemático, lo que hoy parece una antigüedad curiosa....*”

Renglones más adelante, se avanza derechamente en el destrato por el saber matemático con emisión de juicios denostativos. Así se afirma en la opción por modelos que “*Si bien no se pretende encerrar al juez en un **ridículo** cálculo matemático, se propone indicarle los criterios orientadores que en cada sentencia deberá valorar.....*” (La negrita nos pertenece y de seguro discrimina a los científicos de las ciencias exactas).

En cuanto al empleo de instrumentos matemáticos, ya hemos dicho que lo agregado a la investigación escasamente ha abordado el tema. Salvo algunas referencias que hiciéramos de las anotaciones de Demetrio Crespo- quien vía Skype nos dijera de su desacuerdo sobre el empleo de matemáticas en general la aridez caracteriza su abordaje o cierto escepticismo (Ziffer:1996). Encontramos no obstante algunas referencias en Maurach (1994) quien al tratar sobre la medición judicial de la pena estima que los “*procesos valorativos excluyen también la posibilidad de llegar a una predictibilidad de la medida de la pena. Semejantes intentos, tales como los de Haag, Hassemer, G.Hauser, op. cit., 158 y ss., y von Linstow....., trascienden de la meta; ellos no sólo apuntan a una juridización de la medición judicial de la pena, sino a su formalización o, en su caso, fundarla en razones matemáticas. Semejantes esfuerzos se enfrentan, en todo caso, a estrechos límites: ni la valoración de la culpabilidad ni la decisión de prevención son susceptibles de formalización. A una tendencia similar se opone el carácter individual de tales decisiones y la cantidad en principio ilimitada de factores relevantes, y de peso completamente variable.*

*Tampoco Streng, op.cit., 313 y ss., ve posibilidad alguna de realización para la forma matemática de la medición judicial de la pena (op.cit., 304 y ss.).”*

Sin embargo, con esperanzas anuncia que *“ello podría constituir un notable aporte para el mejoramiento del examen de la justificación...”*, de ahí nuestra expectativa en pos de lograr avances en la temática.

Bombini (2013) alude a los diversos intentos de procurar una elaboración sistemática y dogmática de la dosificación de la pena, a las teorías que van desde las del espacio de juego, hasta las de la pena puntual, refiriendo los intentos de precisión matemática, merituando para ello las consideraciones de Ziffer en cuanto a infructuosos esfuerzos de dotar a la dosificación de la pena de pretensiones y precisiones de esa ciencia.

Sobre el punto, refiere que según Ziffer los aportes matemáticos pueden resultar aplicados en el momento en que haya tomado la decisión acerca de cuáles son los factores relevantes, y como deben ser valorados, aclarando que sobre ellos es precisamente donde se presentan menos acuerdos. Claramente lo que configura una crítica sobre la endeblez sobre los aportes de la ciencia matemática, rescatándola sólo al momento de la decisión tomada sobre cuales habrán de ser los factores gravitantes, y las valoraciones que éstos merecen, ciertamente ese es el momento de la valoración de los atenuantes y agravantes y es allí en donde la valoración de cada uno de estos varemos dosificadores pueden permitir elevar o disminuir la penalidad concreta del caso, y allí sí es en donde efectivamente ingresa la ciencia matemática en su aporte sobre el cómo y cuanto vale cada atenuante y agravante, y respecto a su imprecisión lo cierto es que, una clasificación de mínima, media y alta incidencia en los atenuantes y agravantes, es en donde puede tener lugar los aportes de la ciencia exacta en el ámbito de la dogmática penal y la problemática en la dosificación de la pena.

En el marco de la pesquisa histórica, en el trabajo de Ouviaña publicado en la Revista Garantías y que hemos citado en torno del derecho argentino, hemos hallado una interesante referencia en torno del recordado Proyecto Tejedor.

En la nota 6 Ouviaña aporta un modelo histórico divergente del vigente cuando se refiere al Proyecto Tejedor, que a su vez seguía en sus rasgos generales el sistema del Código Penal de Holanda. *“el Proyecto Tejedor....adopto el sistema de la pena promedio caracterizado por enumerar separadamente las circunstancias agravantes y las atenuantes, para que el Juez ponderase el hecho conforme a tal previsión legal. Si en el caso concreto no existían ni las unas ni las otras, el magistrado debía realizar la siguiente operación matemática: sumar el mínimo y el*

*máximo de las penas legalmente previstas para el delito respectivo, y, luego, dividir la suma por dos. El cociente así obtenido determinaba aritméticamente la medida de la pena que debía imponer. Si en cambio, el hecho hubiera sido cometido en alguna de las circunstancias enumeradas por la ley, éstas gravitaban según su respectiva función: las agravantes alejaban la pena promedio en dirección al máximo legal y, obviamente, las atenuantes lo hacían en dirección opuesta....”*

Advertimos que, las dificultades del modelo no sólo resultan ser las que señala Ouviaña, sino que claramente se aprecia que las circunstancias no enumeradas poseen al menos, la fijación de un valor cuantitativo –aún cuando el esquema de promediar para el cociente no posea justificaciones científicas- que en todo caso impide ejercitaciones irracionales y arbitrarias. Por el contrario, las nominadas expresamente, “suben” y “bajan” a gusto del evaluador. Es que, sumar el mínimo y el máximo, ya implica una vulneración de la escala superior, donde esa culpabilidad aparece ponderada en mayor medida que la fijada como límite superior e infranqueable.

También hemos sostenido, ya desde la Introducción, que el empleo de instrumentos matemáticos, ha de estar enmarcado en ciertos criterios orientativos. Tal propósito guarda conformidad con premisas básicas de la deontica jurídica y la necesidad de enmarcar las propuestas en un sistema de prescripciones (Ferrajoli: 2011:105). Así, la búsqueda de principios dogmáticos en esta investigación sobre la determinación de la pena, es un horizonte. Y todo intento, exploración o búsqueda y finalmente hallazgo, habrá de contenerse y delimitarse en parámetros de la dogmática penal.

### **5.1. Presupuestos dogmaticos a los que debe ajustarse el topos matemático**

La propuesta no trata sólo de resaltar la utilidad del empleo de las ciencias matemáticas y el consejo de sus inauditos expositores. Necesariamente todo cuanto se construya en el ámbito penal, debe hallarse enmarcado en presupuestos dogmáticos que lo delimiten y orienten en su aplicación. Más adelante, como consecuencia de lo que se dirá, conformaremos regulaciones penales que comprendan las propuestas.

Vaya aquí, a modo sólo enunciativo la tentativa nómina de presupuestos:

-No discutir el marco punitivo de montos mínimos y máximos que asigna el legislador. Esto al solo efecto de la tarea de cuantificar, pues ya hemos dicho lo nuestro en su momento sobre la posibilidad excepcional de ir por debajo de los mínimos.

- Respetar el *ne bis in idem*.
- Otorgar razones científicas de los aportes que permitan cuantificar la pena.
- Poseer carácter instrumental.
- Evitar reduccionismos.
- Emplear el término cuantificar, dada la naturaleza de los dispositivos a emplear. La labor, en ese punto, es matemática según explicaremos *infra*.
- Enriquecer las conceptualizaciones dogmáticas.
- El punto de ingreso de la pena es el monto mínimo.
- El esquema aborda solamente la temática de atenuantes y agravantes.
- La cuantificación se haya vinculada a la retribución del hecho ilícito.
- Debe garantizar y eventualmente ampliar el ámbito de discusión de las partes.
- Debe ser afín a un procedimiento penal acusatorio y garantístico.

Al abordar las ideas de v. Hirsch y Hörnle, hemos hallado que sus premisas son en principio adecuadas con la estructuración de nuestra propuesta.

Así encontramos<sup>66</sup> las teorías del merecimiento de la culpabilidad (just deserts- theory o just-deserts-movement) constituyen el centro del neoclasicismo, denominado así el movimiento que procura “someter a control el poder punitivo del Estado, exigiendo del mismo una estricta vinculación con los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad, todo lo cual conlleva para buena parte de la doctrina una importación de los Estados Unidos, encontrando origen como aportación a la oposición ideológica del tratamiento, siendo que mientras tanto en Europa, contribuyó a aportaciones diversas toda vez que, contrariamente no existía algo contra lo cual reaccionar. Adunado a las críticas, y a todo tipo de teorizaciones sobre su limitación en aspectos formales, todo ello, sin lograr una repercusión en la disminución de las penas y su rechazo hacia instituciones que impliquen algún tipo de flexibilización en la ejecución de la pena privativa de la libertad, manteniendo la objeción en la ausencia de dos elementos que constituyen la ratio de la censura, la transmisión de un mensaje, en tanto que la imposición de un mal reclama una ratio diversa.

En esa relación violenta estatal –entre ciudadano y Estado- el derecho penal debe recurrir primeramente a las capacidades de autorreflexión y de comunicación

---

<sup>66</sup> María Lorenzo sitio: portal.uclm.es y DialNet.unirioja.es *Una explicación dual del castigo. Comentario crítico de la propuesta de v. Hirsch y Hörnle*

de los hombres y luego debe construirse sobre mecanismo que operan con la amenaza. Efectuando proposiciones que colocan al hombre como apoyo tanto a su forma de entender el sistema penal como la configuración de las relaciones estado-ciudadano, siendo una de las ideaciones centrales de la teoría propugnada por Von Hirsch, conceptualización que propone un reconocimiento del sujeto como persona que asume que puede ofender a los demás y que por ello se le puede hacer un reproche y exigir responsabilidad.

Precisamente propugna bajo el título “Censura y Proporcionalidad” –dice Lorenzo- su justificación general del castigo aposentada en el merecimiento, con una marcada orientación hacia el criterio de la proporcionalidad del castigo como evidencia de justicia en la relación entre justificación y cantidad de castigo. Von Hirsch basamenta en la necesidad y legitimidad de la reacción a las lesiones de bienes jurídicos protegidos penalmente en una censura porque ella es una consecuencia adecuada a dichas lesiones. En sus propias palabras: *“Defender una concepción de la pena que enfatiza su carácter reprobatorio y expondré por que esta justificación del castigo tiene rasgos de reprobación y también de prevención. Ello me obligara a explorar también la relación existente entre los aspectos de censura y prevención presentes en el castigo...”*.

Define en su formulación a la sanción penal como expresión de una censura, impuesta a un sujeto como contraprestación por un sufrimiento dado que ha provocado un daño de forma tal que con ello se manifiesta desaprobación de la persona por tal comportamiento. Empleándose el término censura como sinónimo de concepto de juicio desvalorativo utilizado a modo de convencionalismo en el derecho penal. Precisamente la labor emprendida por Von Hirsch ha sido la demostración de que Estado reacciona frente a formas de comportamiento jurídico-penalmente relevantes con la censura.

Ciertamente la legitimidad de la censura se construye desde un punto de vista restrospectivo, asignándosele el rol de comunicar a terceros razones para no delinquir, empero en modo alguno puede legitimar el castigo. De algún modo esa función de llamado de atención a terceros, ya la tiene, justo en la censura en forma de pena impuesta en el caso concreto, dada por la respectiva norma penal.

Von Hirsch, sitúa la sanción penal entre una educativa y una neutral sanción que procura la mera conformidad, como aquella que debe proporcionar buenas razones que muestren el carácter dañino de la conducta, al que se apela como razón para abstenerse de llevarla a cabo.

De suerte que la relación entre los dos componentes de la explicación dual del castigo, censura y prevención, es de primacía de la función reprobatoria, dentro de cuyo marco opera la prevención.

Propugna la justificación general al quantum del castigo al explicar la proporcionalidad desde su concepción con tres pasos: las sanciones estatales deben expresar censura (argumento ético); la severidad de la sanción expresa la gravedad del reproche (el sufrimiento es el medio a través del cual se expresa la condena); las sanciones punitivas deben ser ordenadas de acuerdo con el grado de reproche (gravedad) de la conducta. Explicación compatible con su justificación dual del castigo, sin que se torne necesaria la exclusividad de la función reprobatoria, empero no permite un aumento de la severidad fundado en razones preventivas, dado que este incremento conlleva mayor censura y esta ha de ser justificada en virtud de la gravedad del comportamiento delictivo.

La propuesta de v Hirsch –sigue explicando Lorenzo- es adoptar una estrategia reduccionista desde la teoría del merecimiento, que respetaría las exigencias de la proporcionalidad ordinal al graduar la escala, conforme a la gravedad del delito y que se apoya en una «visión revisada de la prevención»; porque entiende que la versión optimizadora de la prevención asociada al utilitarismo no sirve como apoyo de aquella estrategia.

Por nuestra parte, hemos hallado otras coincidencias.

Vaya un ejemplo de opiniones que se emparentan con lo que venimos afirmando.

Ernst Otto Bruckmann constituye una de las pocas voces que participan de la necesaria disociación de los aspectos vinculados a resocialización y graduación. Nos dice Demetrio Crespo<sup>67</sup> que en “*Vorschlag zur des Strafzumessungsrechts*”, (en “ZRP”-1973, pp. 33-34) la considera inadecuada como fundamento de la individualización por los siguientes motivos: en primer lugar, debido a su escepticismo acerca de la capacidad, en el estado actual del conocimiento, de establecer una prognosis sobre la resocialización o, con otras palabras, si ésta es posible o no; así como por la exigencia de penas indefinidas hasta conseguir el éxito de la resocialización, lo cual lesiona la dignidad humana....sin embargo, entiende que la resocialización tiene que ser la base para decidir el sí y cómo debe ser ejecutada, lo cual es independiente del problema de la cantidad de pena...”

---

<sup>67</sup> en *Notas sobre dogmática de la individualización de la pena- In Dret y Nueva Doctrina Penal, 1998/A*. editores Del Puerto

El esquema que hemos ido diseñando con el correr de la pesquisa, ha estado, como se ve, influido por la consolidación de algunas posturas en relación a la función de la pena. Lo que sigue, es aquella –como dijimos en la introducción- paradójica coyuntura donde visualizamos progresivamente la necesidad de interrogar otros saberes, de avanzar por otros terrenos que los transitados por las obras, leyes y opiniones consultadas que entonces guardan coherencia científica. Veamos por qué.

Cuando asumimos la tarea de llevar adelante una investigación que pretenda buscar nuevos rumbos en la temática de la graduación punitiva, no imaginamos la cantidad de aspectos que el decurso nos iba a ir revelando. En el primer tramo entonces pudimos decir –así lo hicimos al exponer en las Jornadas sobre Reforma del Código Penal organizadas por ADUBA (Asociación Docentes de la Universidad de Buenos Aires)- que a esos tiempos estábamos en condiciones de esbozar los grandes rasgos constitutivos de las principales conclusiones que íbamos extractando y que en sus fundamentos básicos se inscribían en la línea de pensamientos contenidas en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal (Decreto 678/2012 del 7/5/2012), y en particular respecto de la cuantificación judicial de la pena.

Así, entendimos que la problemática de la pena en el espacio de análisis posterior a las fundamentaciones teóricas, nos enfrenta al siguiente cuadro: problemáticas de los montos mínimos; problemáticas del espacio intermedio; problemáticas de los montos máximos. En cuanto al primer estadio entendemos que el sistema de marcos penales debe apreciar el mínimo de las escales conceptualizando su alcance en dos sentidos: son orientativos, son indicativos: en el primer caso por mantener su valor provisorio al efecto de las medidas de coerción valorables al inicio de las investigaciones; en el segundo: circunscribimos el sentido vinculándolo al momento de la mensuración concreta de la pena como paso final del proceso de imputación, atribuyéndole un valor de referencia que puede soslayarse ante circunstancias extraordinarias que tornen aconsejable la imposición de montos menores a esos pisos.

A esos efectos proponemos la estructuración de una tipología legística de precepto abierto, donde se contengan casos indicativos –como los citados en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal- y además se edifique una fórmula dogmática que permita adecuar las situaciones previstas a casos de analogía *in bonam partem*. Proponemos como tal la siguiente: "Excepcionalidad condicionante de la magnitud mínima del injusto" (esta regla ha de aplicarse, adaptada, también al

monto máximo) y sustituimos injusto que alude al tipo y la antijuridicidad solamente, por ilícito. En las conclusiones acompañamos los modelos legales que proponemos.

Tanto el tramo intermedio como las problemáticas de los montos máximos, han quedado reservados para posteriores auscultaciones, aún cuando podemos sí señalar que en torno de las penas máximas de los marcos penales, para los casos de sujetos de edad avanzada, debía fijarse un valor objetivo tomando como referencia el promedio de vida regional, elaborados por los organismos internacionales que tratan la cuestión, a efectos de ajustar la pena en esos excepcionales supuestos.

## **5.2. El ingreso por el mínimo de los marcos de penas divisibles de prisión.**

Tanto en las opiniones de Elhart, como las de Bellagio, Bombini, el juez Pont Vergés en su entrevista y Demetrio Crespo vía Skype, ha estado presente la consideración de lo que da en llamarse punto de ingreso al dosificar la pena. Los consultados –salvo Pont Vergés- han estimado, cada uno con sus puntos de vista, que el mínimo de la escala es el punto preferible a partir del cual puede luego, abocarse a la graduación de la pena. Nosotros diremos que ha de aplicarse un instrumento matemático algorítmico.

Coincidimos con esas opiniones. El solo pensar la alternativa del ingreso por el punto medio, ya supone que el tramo de apartamiento del mínimo constituye agravación de la pena incluso sin que medien agravantes. Y aumentar la pena dentro del marco fijado por el legislador, sin sustento en pautas evidenciadas en el proceso, es una forma lisa y llana de violar el principio de responsabilidad por el hecho. Es que derechamente eso significa añadir más tiempo de pena, con desapego por el monto mínimo de culpabilidad fijado por el legislador en el marco penal, en los casos de inexistencia de agravantes.

En nuestro medio Bombini (2013) en un interesante análisis formulado desde la sociología del conocimiento, ya en la definición de la hipótesis de su trabajo anuncia que: *“En el proceso de determinación judicial de la pena en las sanciones divisibles, el mínimo de pena previsto dentro del marco de la escala legal no sólo debe ser el punto de partida para la mensuración sancionatoria, sino que resulta la referencia central y más ajustada para la satisfacción de las exigencias constitucionales en materia punitiva...”*.

De tal forma la enunciación que hace de esos principios engloba *“principios constitucionales en materia penal de **estricta necesidad, ultima ratio y de intervención subsidiaria, proporcionalidad mínima, trascendencia mínima,***

***humanidad o proscripción de la crueldad*** y, en materia procesal, ***el acusatorio e in dubio pro reo***, a partir de los cuales puede inferirse la necesidad de anclar la penalidad -como se anunció- en el mínimo de pena de la escala legal en las sanciones divisibles...” (Negritas del autor).

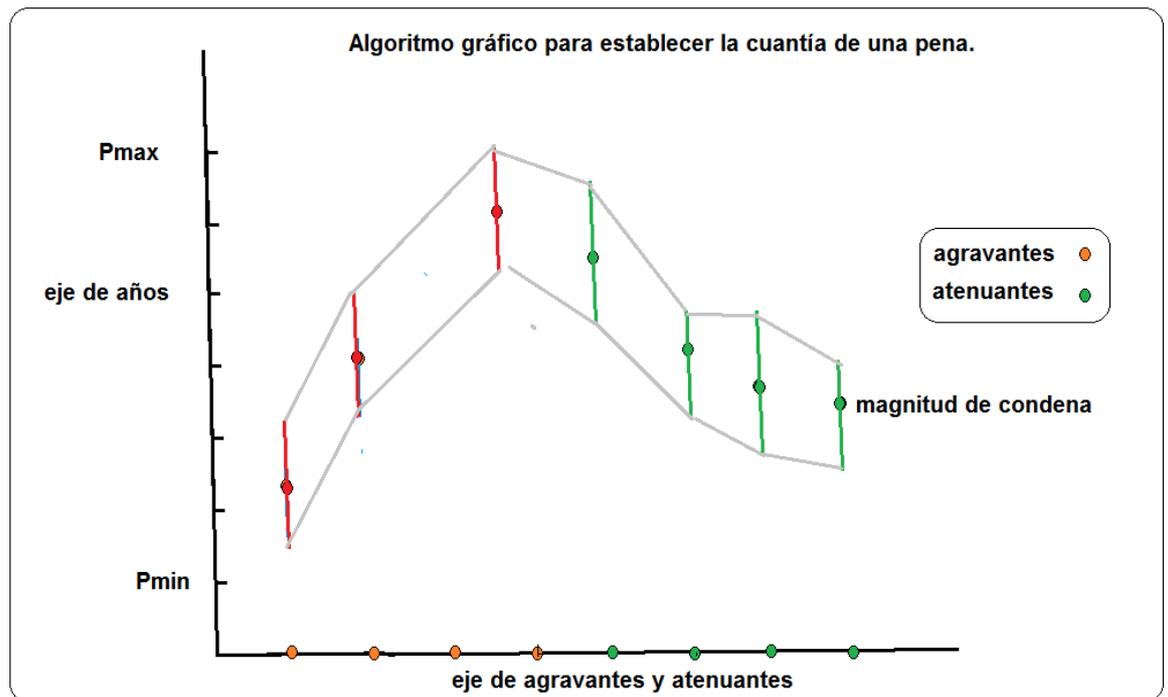
A todo ello sumamos similar opinión de Demetrio Crespo aportada al grupo en ocasión de mantener con el autor español una comunicación vía Skype.

Desde el punto de vista jurisprudencial Ennis (2012) anota que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, 11/11/2009 P. 105.789; SCBA, 26/10/2011 P. 108.488 y sus citas) y la Corte Nacional (CSJN, 17/03/2009, “Castillo” C.104.XLIII, Fallos 332:494) han optado por remarcar la inexistencia de un punto de ingreso predeterminado, remitiéndose en este aspecto a criterios de razonabilidad poco precisos.

En ese contexto, para el cometido de fijar valores racionalmente fundados en la ponderación de agravantes y atenuantes, consideramos imperativo acudir a las matemáticas –aspecto desdeñado por algunos autores y constitutivo de una contradicción en el objeto desde el punto de vista científico- consultando a la UMA (Unión Matemática Argentina).

Y así, por sugerencia del Dr. Hugo Aimar (vicepresidente primero), llegamos a Ricardo Miró junto con quien fuimos desarrollando un incipiente dispositivo, -y enfatizamos lo de incipiente, pues con el correr de la investigación fue motivo de agregados y puntualizaciones- que en líneas básicas ofrecemos, expresado en sus propios términos.

“El gráfico siguiente ilustra el algoritmo desarrollado hasta ahora. Me atrevo a recordar que la palabra “algoritmo” (derivado del nombre del matemático persa Al-Kwaritzmi, creador del álgebra, ca. 800 AD) es *una receta de finitos pasos para conseguir un resultado determinado*. En nuestro caso es la fijación racional de una pena dada, no necesariamente un homicidio.



El esquema funciona así.

Objetivo: Se desea obtener una guía, escala o procedimiento finito o criterio para orientar objetivamente al Juez en la fijación de una pena, según lo que establece el Código Penal. Es decir, dado un delito D, que se pena con una cantidad de años no menor a  $P_{min}$  y no mayor a  $P_{max}$ , establecer lo más racionalmente posible la condena de tiempo  $T_d$ . Es decir,  $T_c$  es una cantidad de tiempo que pertenece al intervalo  $(P_{min}, P_{max})$ . Este intervalo se grafica sobre el eje vertical, cuya unidad es (por ejemplo) un año calendario

Se reitera entonces que  $P_{min}$  es menor o igual que  $T_c$  y al mismo tiempo  $T_c$  es menor o igual que  $P_{max}$

Algoritmo:

1) Sea un par de ejes cartesianos ortogonales. Sobre el eje vertical (eje de ordenadas) se diagrama la cantidad de años contemplada por el Código Penal, con su mínimo y máximo. El mínimo de la pena (eventualmente punto de arranque) se denomina  **$P_{min}$**  y el máximo  **$P_{max}$** . **Esto se ilustra en el diagrama anterior.**

2) Se realiza una lista de todos los agravantes o atenuantes del delito considerado. Estos se grafican de manera equiespaciada sobre el eje de abscisas o eje horizontal. Debe entenderse que la escala horizontal no es numérica sino nominal.

3) Se grafica el punto de arranque en años, que puede o no coincidir con  $P_{min}$ . En el diagrama adjunto, el punto de arranque queda definido por la magnitud (o altura) del primer circulito rojo a la izquierda del esquema. Se observa que el circulito está atravesado por un segmento vertical rojo, que representa el margen de discrecionalidad reservado al juez. A estos segmentos se los podría llamar “segmentos de discrecionalidad”. Discutir la longitud de este margen será materia de discusión conjunta.

4) Los agravantes tendrán un efecto acumulativo creciente sobre el punto de arranque, de manera que esto sea compatible con lo que establece el Código Penal. Los atenuantes, por el contrario, tendrán un efecto acumulativo decreciente.

5) En el esquema dado los atenuantes se simbolizan con un circulito verde.

6) Si se unen todos los extremos superiores de *los segmentos de discrecionalidad*, como así también los extremos inferiores, aparece un polígono de borde gris. Este polígono podría llamarse “polígono de discrecionalidad”. Obsérvese que sus aristas no tienen que ser necesariamente paralelas, cosa que se hace evidente en los atenuantes.

7) El último atenuante, ubicado en la extrema derecha determina la pena definitiva. Obsérvese que, de paso, podrá decirse que el área del polígono de discrecionalidad cuantifica, mide o estima el poder de discrecionalidad del Juez

La idea es avanzar en la fijación de los “pesos” –expresión Matemática- de aquellas circunstancias del hecho que permitan a las partes y al juez identificar o valorar con grados de intensidad leve, media o máxima cada agravante o atenuante, en una de las variables a considerar. Esa expresión numérica –algoritmo- no será ahora producto de cálculos estimativos, infundados o intuitivos, sino de un esquema que posea como punto de partida el marco penal de cada precepto.

En este esquema hemos optado –como ya fue señalado- por demarcar límites tales como el apego “en principio” a los marcos punitivos fijados por el legislador, fijar el punto de ingreso en el mínimo de la escala, el *ne bis in ídem*, proporcionalidad, etc.

También evaluamos, para evitar desigualdades, cuando no se computan agravantes, y el caso del condenado que cuenta con atenuantes, frente al coimputado de participación análoga que no las registra y llegar a la imposición de idéntica pena, proponer como modo excepcional de juego de la modalidad de prevención especial, se añada un supuesto en la respectiva ley de ejecución que recoja esta circunstancia en función de un ingreso al medio carcelario y del régimen de progresividad. Algo análogo acontecería en supuestos de penas suspensivas, donde las condiciones de cumplimiento de pautas de conducta en el medio libre, acoja estas situaciones diferenciando el grado de los compromisos. Esta idea atrajo la atención de Bellagio con elogios.

Más adelante veremos la conjugación con otros institutos como los concursos, reglas de participación, etc.

Hemos participado la inquietud –ver Anexo- al autor español Eduardo Demetrio Crespo quien a mas de aportar su compromiso lanzó la idea de remozar su obra “Prevención General e individualización judicial de la pena” y al par proponer la creación el Instituto Iberoamericano de Individualización Judicial de la Pena, al cual nos hallamos abocados.

Sobre esa propuesta en charla personal con el Profesor Zaffaroni, propuso acogerla en el seno de la AIDP (Asociación Internacional de Derecho Penal) en la que se desempeña como uno de sus vicepresidentes, prometiendo incluir nuestra temática –cuantificar la pena- en las venideras jornadas mundiales a celebrarse en Brasil.

Seguidamente veremos una de las alternativas diseñada por el grupo.

Téngase en cuenta que también en el terreno de lo algorítmico hemos pensado siempre abordar el punto de ingreso por el mínimo de la pena, que los cálculos cuantitativos pueden fijarse del siguiente modo: si tenemos el caso del homicidio simple del artículo 79 del Código Penal vigente a estos tiempos, el que presenta un marco punitivo que posee un mínimo de 8 años y un máximo de 25, se establece el porcentaje en que ese mínimo se halla contenido con respecto al máximo. Así, se obtiene un 33% en el total de la escala.

Luego, se diversifica la intensidad de las circunstancias tanto agravantes como atenuantes en rangos de tres niveles: mínimo, medio y máximo de incidencia. Esta idea responde al hecho de reconocer que las magnitudes a cuantificar son ontológicamente diversas.

Las partes, en el proceso –preferentemente acusatorio, según diremos más adelante- tendrán que discutir en sus cometidos adversariales las razones por las

cuales las circunstancias del hecho imputado poseen incidencias mayores o menores. Intensidades mayores o menores. La división por tres, respecto de los grados de intensidad obedece a la consideración de los marcos legales comparados que hemos examinado. Así por ejemplo, el verificado en el Código Penal de Chile que analizamos en el derecho comparado latinoamericano.

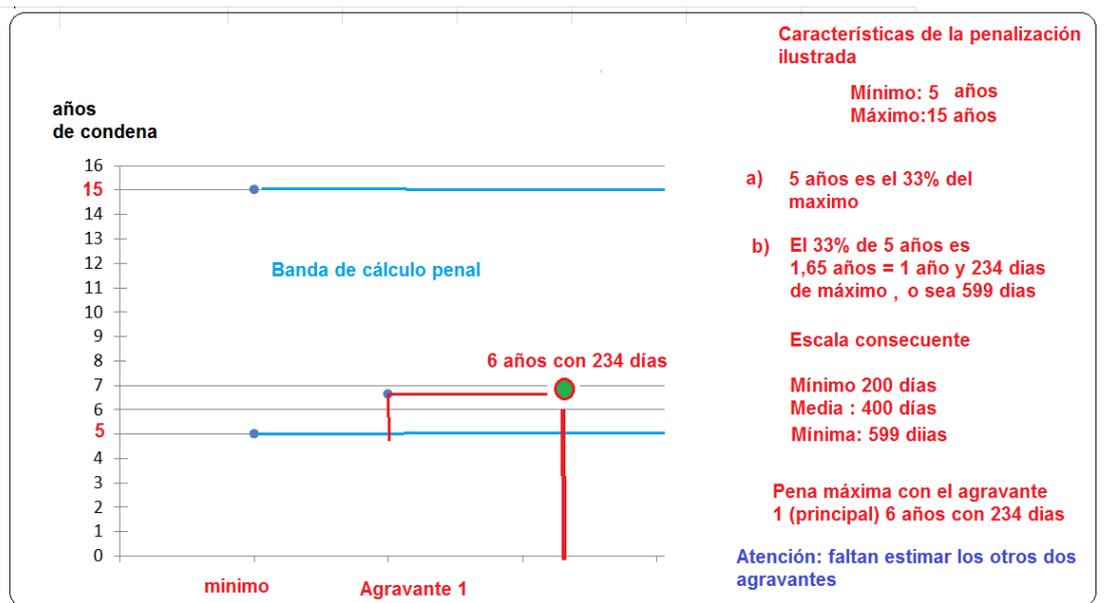
Podría objetarse esa elección por arbitraria o carente de fundamentos. Así, podría interrogarse por qué no dividir por cinco, seis, ocho o catorce aquellos grados de intensidad, tanto de agravantes como atenuantes, que pretendan ser motivo de una racional medida tomada, como se ve, siempre a partir de la escala escogida por el legislador.

Para responder a esa eventual objeción hemos pensado en otra variable y atribuir una función adicional al mínimo de las escalas –esto es, a más de ser el punto de ingreso- para incidir en la división de intensidades. Es preferente dividir por cuatro ya que por dos traduce magnitudes exageradas de incidencia y por más de cuatro, se advierte el efecto claramente diluyente que tal medida de intensidad arroja. O en todo caso, podríamos optar por considerar los cuatro estadios básicos de la teoría del delito.

Otro camino, puede ser el tomar como pauta, que la intensidad no supere en su monto la escala mínima que fija la tentativa, pero aún así ese mecanismo arroja un grado de incidencia elevado y el marco de nuestras ideas se inscriben en un programa de derecho penal de mínima intervención o acotante.

Finalmente, el legislador, del mismo modo que posee atribuciones no discutibles en este esquema para asignar político-criminalmente los marcos penales, puede fijar esos grados de incidencia dotando al esquema de basamento positivo y así entonces promover la división que estime pertinente.

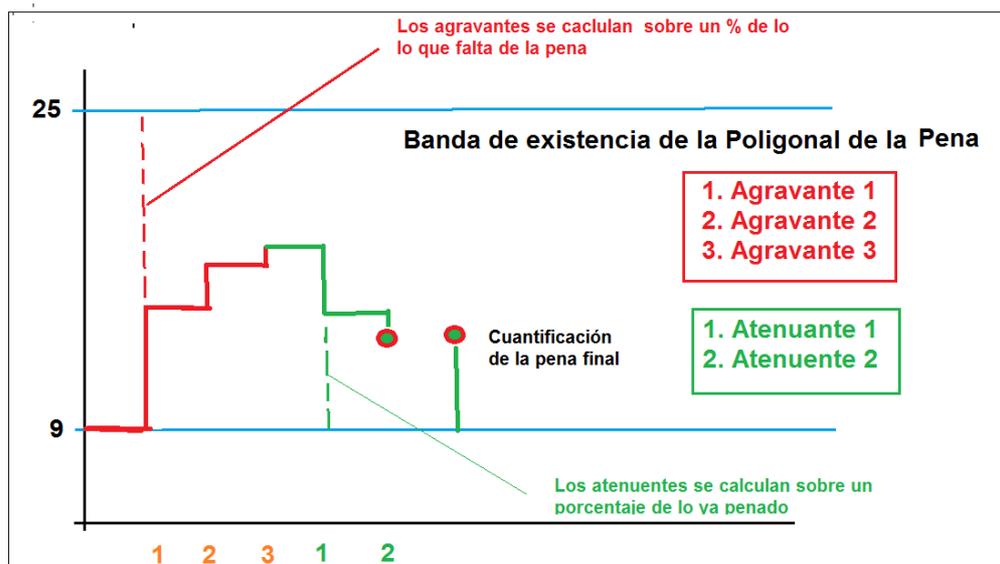
Veamos el siguiente cuadro que configura la primera variable de los dispositivos Miró en estudio. En ella apreciaremos que el monto mínimo de la escala es una referencia en tanto determinamos primeramente la cantidad de veces (porcentual) en que el mismo se halla contenido respecto del máximo:



El matemático Ricardo Miró, luego de las plurales reuniones llevadas a cabo con el grupo e incluso con el Juez Aníbal Bellagio<sup>68</sup>, ha ido elaborando otras variables a efectos de ser consideradas en función de sus fundamentos.

El siguiente cuadro, es otra opción que parte de considerar los agravantes en función de la pena restante hacia el máximo de la escala, y estimar las atenuantes, mirando hacia esa escala mínima ordenada por el legislador.

<sup>68</sup> Coautor del libro *El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio* Buenos Aires: Ad-Hoc.



En un segundo encuentro, luego de avanzadas las pesquisas y las ideas, volvimos a contar con la presencia del Juez Bellagio pero esta vez, enriquecida con la colaboración del matemático Miró. El propósito consistió en unir a ambos con el grupo, escuchar las ideas del magistrado y luego, las consideraciones de Miró.

Hemos decidido en lo que sigue y contrariando conscientemente algunas recomendaciones metodológicas (Mancuso: 2004), respetar íntegra y fielmente el tono coloquial de los diálogos, a cuenta de una mayor extensión de la transcripción definitiva. Entendemos que ha valido la pena esta opción por lo fructífero de sus resultados.

El encuentro se produjo en la sala de computación de la Biblioteca de la UNLaM.

Se transcribe el contenido a continuación:

**Marinero:** La idea que teníamos es que vuelvas a explicar el esquema (Ricardo), aunque sea unas líneas generales del esquema. El trabajo que está haciendo Ricardo, es el algoritmo, él dirá unas líneas generales y alguna cosa que pueda ir desarrollando, porque le va a poner un número a cada cosa. La idea de fondo es que cuando se valoran agravantes y atenuantes, esa gestión de cuantificar en matemáticas se llama "peso".

Entonces dijimos que respetamos el marco, el marco homicidio 8-25 no se discute. Nunca pensamos en cuestionar eso.

La idea sería que con el algoritmo las matemáticas nos aporten una explicación que nos permita decir que “esto vale el 12% porque tiene una relación con x”(a modo de ejemplo)...

**Bellagio:** Una de las cosas en las que pensé, fue en la valoración de agravantes, sería un gran logro que el presunto delincuente, así como tiene conciencia de la antijuricidad, sabe que lo que va a hacer no está nada bien y habrá consecuencias sobre eso, también se lograra a través de una sistema donde cada agravante es ponderado de determinada manera, una conciencia sobre la antijuricidad de la circunstancia agravante, una conciencia sobre la mayor punibilidad de un agravante.

Ej. Que un delincuente diga estoy dispuesto a robar, pero no robaré de noche porque robar de noche vale mucho mas y me van a aplicar más pena.

Es multiplicar la prevención general y especial, en el sentido de que bueno, cuidado hasta donde robaré una mochila a la salida del boliche entre 18, prefiero hacerlo de 2, o 3 personas, porque en esta pluralidad de intervinientes el juez nos valorar de determinada manera y aplicara un plus que no estoy dispuesto a soportar. Igualmente hay millones e infinita de posibilidades de agravantes, como cantidad de intervinientes, daño físico desmesurado, no es lo mismo robar un banco, que un supermercado chino, o un quiosco, todo va de menor de mayor. Si por algún sistema se generar una conciencia en la sociedad, de que no solo el delito genera una consecuencia, sino que cada circunstancia que lo rodea tiene a su vez una circunstancia pesada, entonces creo que se lograría a través de alguna especie de prevención que el sujeto diga que yo estoy dispuesto a esto, pero hasta ahí.

No sé si puede hacerse un sistema donde los agravantes puedan tener un peso acumulativo, que por ejemplo a partir del tercer agravante se haga una acumulación, ampliar la escala.... No se....

**Marinero:** siempre debe quedar un margen de discrecionalidad y se deben ponderar los matices de la conducta humana.

**Miro:** Me parece importantísimo la acumulación o no de las agravantes, porque eso puede modificar severamente el algoritmo.

**Marinero:** hubo una idea muy básica que, tanto las agravantes como atenuantes tengan una intensidad leve, Media, grave.

Para atenuantes y agravantes, que cada una de acuerdo a la escala penal tenga explicación matemática de su valor de Ej. Las partes lo que deben discutir en el debate va a ser la mayor o menor incidencia de una circunstancia, o la inexistencia.

**Bellagio:** si proyectamos esto como un ideal, en el derecho penal no podemos hacer nada para que el delito no existe, pero si lográramos esta conciencia de la mayor punibilidad de la agravante que el delincuente diga “hasta aquí llego con esto” , no es lo mismo para la víctima, no es lo mismo para la sociedad, sufrir un robo con arma de alguien que dice “discúlpeme caballero no le voy a hacer nada esta pistola funciona perfectamente, deme su billetera, lamento mucho la molestia” y se va, que otro desafortunado pretenda jugar a la ruleta rusa. Entonces, si se lograra esto a partir de un sistema que el delincuente diga “no, a la ruleta rusa jugamos otro día, acá vinimos a robar”. Uno pretende evitar el mayor padecimiento, y es un 50% de la batalla ganada.

**Marinero:** hasta visto desde las prevenciones generales inclusive, tiene alguna compatibilidad. Hasta ahora tratamos de cuantificar la problemática del mínimo, también para nosotros tratamos de buscar soluciones a algunas problemáticas. En los libros plantean casos de dos sujetos, que uno tiene una circunstancia diferencial, el otro tiene antecedentes y a los dos se le agrava la pena, como comparativamente no está bien, una idea es que cuando se planteen estas cuestiones, y luego los individuos sean condenados, en la ley de ejecución estos excepcionales donde no pude vulnerar el mínimo, no tengo dónde ponerlo y es una situaciones inequitativa, habría que preverlo en la ley de ejecución y así en el sistema de progresividad este supuesto arranca con dos créditos. Entonces evitamos esa situación.

**Bellagio:** y en la que el juez diga “hasta acá más de esto no puedo llegar, y que se tenga luego en cuenta esto”

**Marinero:** Eso sería como un dispositivo normativo que evita esa desigualdad. Esa sería la problemática de los mínimos.

**Bellagio:** generaría una discusión acalorada por cada atenuante, el defensor estaría más enfocado a fundamentar atenuantes que a demostrar la inocencia que es el punto de la defensa.

**Marinero:** lo que queremos conservar procesalmente el terreno de discusión, de discrecionalidad y por otro lado racionalidad de por qué la cantidad es esa.

Siempre tenemos que hacer la advertencia de que somos garantistas en el sentido que le corresponde a la palabra, queremos ser racionales, queremos ser constitucionales, y no reducir el Derecho Penal a matemáticas. Al contrario, que las matemáticas sean escuchadas como nunca lo han sido, participación en este tema.

Cuando un juez tiene un situación de inimputabilidad, al que le van a preguntar las características y clasificación de esa inimputabilidad es a un médico

psiquiatra legista, o del mismo modo cuando hay una situación de balística, se le pregunta a la persona que en esa materia utiliza las matemáticas y la física. ¿Por qué en la cuantificación, no va a tener donde apoyarse el juez y consultar?

**Bellagio:** esto no suprime la actividad del juez, lo que hace es alentarla porque hay que derribar mitos, en la discusión entre jueces después de los juicios hay una discusión vastísima sobre la prueba de materialidad infraccionaria, culpabilidad, causas de justificación, inimputabilidad, luego se hace un tratamiento de agravantes y atenuantes, a veces sin demasiado rigor, pero luego cuando se pasa al tratamiento de la pena, todo lo anterior queda a un lado y sale como arte de magia un número de cada juez .

Cuando se termina de deliberar el juez 1 dice “para mí es 7 años”, el juez dos dice “estoy de acuerdo”, y el juez tres dice “yo creo que la pena no debe superar los seis años” y la discusión pasa a ser una aproximación.

Los jueces a través de la experiencia se generan como en los médicos una capacidad de diagnosticar en 5 minutos. Los jueces llegan a una pena elaborada en alguna parte de cráneo, pero esa pena es ajustada. Pero lo concreto es que no está fundada en nada, y lo que se trae con este sistema es obligar a los jueces a fundar dentro de pequeños marcos, pero obligarlos a fundar.

**Marinero:** las partes van a tener que discutir si la circunstancia es de mínima, o de máxima, o el valor y por qué. Vamos a elaborar alguna cosa que tenga el algoritmo como componente dogmático para aplicarlo, puede tener también algún reflejo de la pena en ejecución. Tirarlo al ruedo, discutirlo del aspecto académico, científico. Por el (dirigiéndose a Aníbal Bellagio) el trabajo que han hecho con Gustavo es un trabajo que no hemos encontrado en otro lugar que se hayan atrevido

**Bellagio:** Es un trabajo que salió de la lógica

**Marinero:** Nos parece, después de haber leído varias cosas que no les han dado cabida, salvo un trabajo de Adrián Martín.

Nosotros creemos que puede haber una compatibilidad, por eso te pedimos (dirigiéndose a Bellagio) repasar las características generales de tu sistema y luego veríamos cómo sería el algoritmo, y si el libro de ustedes sirve para la parte de la problemática de las penas mínimas, problemática del punto intermedio.

**Bellagio:** nuestro sistema tiene dos pilares fundamentales, primero establecer el punto de ingreso, por dónde se entra y tener una cuantificación de cada circunstancia atenuante y agravante. Por dónde se entra, y como uno se mueve hacia arriba y hacia abajo.

En relación al punto de ingreso, nosotros optamos por estar siempre al mínimo de la escala. Por qué optamos por el punto mínimo, porque elaboramos un sistema de mensuración de la pena, esencialmente limitador, porque lo que limitamos es el poder decisivo del Estado, la reacción más violenta que tiene un Estado frente a la comisión de un delito.

Los que sostienen que debe tomarse como ingreso el punto medio, porque el punto medio frente a la escala de los delitos refleja la espina dorsal del delito, el arco en el que la escala penal se mueve. Hay delitos como el daño que van de quince días a un año, El arco es muy corto. Si tomamos meses, meses un año, meses hasta dos años, meses hasta tres años. El arco del daño es corto, la escala penal dimensiona la violencia contra el bien jurídico protegido y le da el arco de punición teniendo en cuenta el grado de protección de ese bien jurídico. Entonces nos encontramos un arco del delito de daños chiquito, que va con penas bajas desde los quince días hasta el año. Y hay arcos como el del robo simple, que va desde un mes hasta seis años de prisión y este arco es muy amplio, incluso frente a otro que tiene penas graves, como el robo con arma blanca en el que la pena va de cinco a quince años y el arco no es tan abierto, porque comparativamente el robo simple (que arranca en un mes y termina en seis años de máxima) contiene 72 veces el mínimo en su máximo.

En cambio en el robo con arma blanca, tenemos un mínimo de cinco años y un máximo de quince y contiene el máximo tres veces el mínimo. Entonces esta amplitud, este grado que tiene este arco es lo que nos da la dimensión que le dio el legislador al universo de casos comprendidos en esto, que es inconmensurable.

Entonces la teoría del punto medio, es la síntesis de todo ese universo y se tiene una amplia libertad de ir hacia abajo y arriba con los agravantes y atenuantes.

A nosotros nos parece, la amplitud de las escalas penales y el arco lo tenemos en cuenta en los agravantes. Ese arco lo medimos por punto medio, la ponderación que hacemos de agravantes y atenuantes partimos sobre la base del punto medio de ese arco, y tomamos el 10% de ese punto medio y allí esta nuestra valoración del universo que el legislador diseño para cada tipo penal. Y nos pareció que el argumento de que el ingreso por el punto medio es garantizador de un mayor manejo de circunstancias de agravación o de atenuación, es ficticio. Porque por ejemplo tomemos el robo con arma blanca, con una pena de cinco a quince años, e ingresamos por el punto medio que es diez años, y es muy alta. En el robo simple, sin circunstancias agravantes también se ingresa por diez años y este sujeto no tendrá la posibilidad de llegar a cinco (el mínimo de la escala), cuántos atenuantes

tendrá que tener para llegar a cinco años. Por eso es ficticio el argumento, porque la libertad de movimiento en la escala siempre es más hacia arriba que hacia abajo, por ello es que la teoría del punto medio es poco limitadora.

Entonces nuestro punto de ingreso es a través del mínimo de la pena.

Para que el sistema funcione es necesario que tenga la menos cantidad de excepciones posibles, y el punto de ingreso a través del mínimo tiene dos:

-la primera es cuando se produce un hecho con exceso en una causa de justificación,

O una causa de justificación producida con un error evitable

Los hechos de exceso en una causa justificación o error evitable, por ejemplo en la legítima defensa putativa son hechos dolosos. Lo que hace la ley es una especie de trampa ya que ingresaron por una vía absolutamente legítima, como puede ser una causa de justificación, que luego se desvía por error o por exceso, lo que hace la ley es derivarlos a la punibilidad por delito culposos.

Como se ingresa en esta figura antijurídica rozando una causa de justificación, pero entra equivocadamente o bien por error o por exceso.

Ambos casos son dolosos, pero entran en una escala menor de delitos culposos.

Entonces siguiendo el sistema si ingreso por el mínimo, matando una persona a sabiendas ingresaría con el mínimo de la escala de homicidio. Y sería un absurdo por el traslado que hace la ley. Entonces por eso es que es una excepción, y se debe entrar por el punto medio y juegan atenuantes y agravantes.

-la segunda excepción, que casi no lo configura como tal. Por ejemplo un robo que tiene subsidiariamente traslada la aplicación de una figura como la violación del domicilio en realidad no podemos hablar de una excepción. El robo tiene un mes de mínimo de prisión, la violación de domicilio tiene seis meses, cualquier robo simple no implica violación de domicilio, pero hay algunos que sí.

Cuando un robo simple se comete con violación de domicilio la figura que se aplica es solo la de robo simple, la figura de violación de domicilio tiene prevista una subsidiariedad expresa, concurso aparente de leyes por subsidiariedad expresa. Dice la ley que en caso de configurarse este hecho, un delito más severamente penado, se aplica el más severamente penado. Pero sucede esta asimetría, el robo simple es un delito más severamente penado pero tiene un mínimo más bajo. Entonces cuando un robo simple se comete concurriendo una violación de domicilio, que no va a concurrir normativamente porque la ley ordena el desplazamiento, no

podemos estar al mínimo de la pena del robo simple que es un mes, porque la figura vuelve a renacer y el mínimo es seis meses. Entonces en estos casos, siempre el mínimo va a ser de seis meses. El robo con violación de domicilio si bien no tiene incidencia en la parte normativa, si lo tiene en la punibilidad, porque no puede ser que si se cae la mitad de nuestra pretensión acusatoria para el fiscal, termina el mínimo siendo más grave que en del robo simple.

Casi no es una excepción, porque es un caso en el que un robo simple absorbe un figura por subsidiariedad expresa, solo lo que hay que tener en cuenta es si la figura subsidiaria absorbida no tiene un mínimo mayor.

Siempre vamos a estar al mínimo, la regla general es esa, y en este caso también es el mínimo, el mínimo de la figura subsidiaria desplazada. Es una excepción forzada por la ley porque el resto de los casos donde los delitos son cometidos dolosamente y hay figuras culposas siempre aplica el mínimo.

Esta es nuestra posición acerca del punto de ingreso.

**Marinero:** el tema aquí es que nosotros estamos atentos al margen. Ustedes dan una explicación en el libro, en la que ingresan por el mínimo, y nosotros también ingresamos por el mínimo y no mencionamos excepciones, nos mantenemos a raja tabla con lo que dice el legislador.

**Bellagio:** esta excepción fue producto de la praxis, la teoría estaba esbozada y nos encontramos con un homicidio con exceso a la legítima defensa con un arma de fuego y nos dimos cuenta de que había un quiebre, y no se podía ingresar por el mínimo de pena. Porque la muerte de una persona nunca puede valer un mes. Y además como el argumento jurídico de la ley es forzado, un hecho doloso lo pune con una escala culposa, y tuvimos que considerar la excepción.

**Marinero:** esto deja en claro las fallas que tiene el legislador cuando establece las escalas penales, son cosas que no fueron pensadas sino no hubiesen puesto las escalas penales.

**Bellagio:** sería más prudente haberle puesto una escala propia al Art. 35 y no remitir al del hecho culposo.

**Marinero:** eso sería un tema lanzado para un legislador, para que lo modifiquen.

**Bellagio:** continuación del sistema: qué pasa cuando nos encontramos con un concurso de delitos. Inventamos un sistema de acumulación que respeta los casos básicos que indica la ley. Los casos de concurso ideal, cuando una acción

viola diferentes bienes jurídicos tutelados, pero para el autor es una sola acción. Seguimos la regla del código, y aplicamos la pena del delito más grave.

En el caso de concurso real, cuando cometo varias acciones con una diferencia temporal, también seguimos el esquema del código, como mínimo el mínimo mayor, y como máximo la suma de los máximos.

Nosotros lo que hemos hecho es que a medida que se suceden mas figuras, añadimos por cada figura que concurse idealmente, agregamos de la afectación que se viene a sumar, agregamos a la pena la mitad del tercio del mínimo. Elegimos mitad de tercio porque lo que parecía en la praxis es lo más razonable.

Y en el caso de concurso real, un tercio del mínima de la figura que se viene sumando.

Ej.: un robo con arma blanca tiene 5 años de mínimo, 2 robos con arma blanca no valen diez años, tampoco valen cinco años. No es lo mismo un robo que dos robos.

Lo que se hacía en la práctica, un robo con arma blanca de estas características rondaba entre los seis y ocho años. Y nuestro sistema agrega un tercio y se ingresaría en seis punto ocho años.

Después de esto comenzarán a jugar los agravantes y atenuantes.

Siempre se respetan las reglas básicas de los artículos 54 y 55 y necesariamente abrimos una excepción de no consumación cuando hay solo dos figuras cuando los dos hechos son particularmente graves. Porque si tengo dos homicidios, ingresar por ocho años parece poco Equitativo y no puede no tener repercusión en el punto de ingreso. Consideramos delitos particularmente graves en penas que van desde un mínimo de dos años y seis meses hacia arriba.

Se puede tomar la hipótesis normativa del Art. 277 del C.P. para delitos que tengan una pena superior a los tres años de mínimo. Podía tomarse eso y hacer una variación que tenga un ajuste normativo, pero en delitos particularmente graves no se puede seguir la regla del código que dos hechos en concurso real o ideal se consumen porque no parece justo.

Entonces cuando nos aparecen dos hechos graves, de mínimo superior a dos años y seis meses de prisión, no aplicamos la regla del Art. 54 ni del Art. 55 el segundo hecho ya empieza a sumar. Al mínimo le agregamos un tercio del siguiente.

Si no, empezamos a sumar a partir del tercer hecho, porque el segundo siempre va a ser despejado tratándose de delitos menores. Siempre se despeja la figura que tiene menor incidencia.

Hacemos una desgranación (sic) de los hechos en una pizarra, vemos cómo concurren, cumplimos con la norma del código, despejamos la figura de menos incidencia y a partir de allí las siguientes figuras suman un tercio (c. real) o mitad de tercio (c. ideal). Así agravamos el punto de ingreso en caso de concurso de delitos.

Y en forma posterior podrá subir o bajar de acuerdo a los agravantes o atenuantes, que es el segundo paso de nuestro sistema.

No podemos darle a la valoración de agravantes y atenuantes una mensuración sobredimensionada, ya que vienen de la mano de una figura que son condimentos de un delito que suman y restan.

El delito ingresa en nuestro sistema por un determinado punto de ingreso, o bien en forma individual o aportando un tercio de su mínimo si está acompañado de otros delitos, o aportando mitad de tercio si es concurso ideal.

Uno debe preguntarse si valen lo mismo agravantes y atenuantes en un homicidio o en un robo simple, ¿se puede hacer un estándar? Ej.: que no tener antecedentes signifique una reducción de seis meses de pena, esto no debiera ser así.

Las pautas atenuantes o agravantes que tengan que ver con el hecho o con el sujeto, tienen que tener un grado de mensuración equivalente a la figura principal.

Cada pauta debe valer de acuerdo al arco que tenga establecida la figura que se está juzgando, y eso tiene que ver con el punto medio. Cada pauta atenuante o agravante va a tener su subescala, entonces vamos a tener nuestro punto de ingreso.

Ingresamos por tal monto de pena, cada figura va a tener su subescala dada por el 10% del punto medio la figura que se le aplique.

Ej.: en un robo simple, el punto medio hay que sumar mínimo y máximo, luego se divide por dos y se saca el 10% y hay que trasladar años a meses y a veces meses a días.

Y si se quiere se puede tener una pauta de mayor a quince días es un mes y menor a eso es cero. Y con eso podemos obtener el 10% del punto medio.

Si tenemos el arco de la escala penal nos da un marco equivalente minúsculo, pero equivalente para aplicar cada agravante a la figura que se corresponde. Así un robo simple va a tener un máximo de incidencia de cero a cuatro meses porque ese es el 10% del punto medio, y tengo que valorar agravantes y atenuantes dentro de esa escala.

Y el segundo problema es la valoración dentro de esa escala, en un ejemplo de nocturnidad tengo que pensar qué sería la peor situación posible que valga cuatro meses. Ej.: durante un apagón de toda la ciudad puede llegar a valer el máximo. Entonces va a valer lo que uno considere, y lo que la parte vaya cuestionando de la situación agravante.

Ese es el ámbito de discusión que genera este sistema.

En las agravantes nunca se va a pasar el máximo de la escala del delito, y con este sistema es un imposible que se llegue al máximo ingresando por el mínimo. Nuestro sistema es limitador. No es perfecto, es limitador.

Los atenuantes tiene un obstáculo es que nunca se puede ir más abajo de lo que esa figura aportó para un concurso.

**Marinero:** en la elección del 10% en el libro mencionan que puede haber sido 15% u otro valor.

**Bellagio:** Si. También hablamos de hacer algo acumulativo, que haga ruido en relación a atenuantes y agravantes. Es un campo inexplorado.

**Marinero:** la idea es que nos recuerdes este sistema que no se aplica en todos lados, y para que Ricardo pueda ir viendo las otras variables que hay. Porque hasta ahora lo que he hablado con él es sobre punto de ingreso medio, pero el terreno del algoritmo es el de atenuantes y agravantes.

Si podemos dar un paso en un solo punto de valorar atenuantes y agravantes tratando de aplicar la racionalidad, ese es un paso adelante. Luego haremos el ensayo en el esquema que ya avanzamos para, por ejemplo, que ese diez por ciento que estimativamente dice la obra de Aníbal pueda ser otro valor porque a lo mejor tenga otra explicación.

**Bellagio:** lo que gráficamente se quiere establecer en el sistema de la subescala de atenuantes y agravantes sea el dado por el 10% del punto medio, preserva la esencia de la apertura de la escala de la pena.

Lo importante es eliminar la fórmula mágica de los jueces para imponer una pena, porque es difícil discutir lo que no se dice.

**Miró:** el tema de la cuantificación es uno de los problemas más difíciles y frecuentes con que se topan las matemáticas en cualquier rubro, sin embargo los esfuerzos que se han hecho para cuantificar cuestiones imposibles han dado frutos en rubros completamente diferenciados entre sí. Se ha logrado cuantificar la duración del universo, si la teoría del Big Bang es cierta, como la mayoría de los cosmólogos piensan, se cree que el universo tiene unos trece mil millones de años.

Naturalmente hay cosmólogos que discrepan con esta teoría, porque imaginar que todo el universo está concentrado en un punto, contradice ciertas leyes fundamentales como la conservación de la energía entre otras.

Cuantificar la medición de la velocidad de la luz, llevó prácticamente cinco mil años de historia humana. El primero que pensó en medirla fue Galileo Galilei y no pudo porque no le daba la tecnología del momento, pero hizo un esfuerzo extraordinario para hacerlo. Ahora la velocidad de la luz con los métodos electrónicos que existen se conoce con mucha precisión, e inclusive el metro centesimal fue desarrollado por los revolucionarios franceses y materializado en un bloque de platino que ya ha sido superado. Actualmente se define como una fracción, el espacio que recorre la luz en una fracción centesimal de segundo.

Por eso la cuantificación es un problema fatal, y a veces cuando no se puede dar la respuesta exacta, los matemáticos dan aproximaciones. Una respuesta aproximada quiere decir que: "esta cuantificación es de tanto, mas menos una cuota de error de tanto, con una probabilidad del 95%". Es decir, que lo que se quiere interpretar es que el resultado es que es esta magnitud más una pequeña fracción en más o en menos, no con un 100% de probabilidad, sino con una alta probabilidad de que sea correcta esa medición.

Recuerdo una anécdota de Mileto, en el que fue invitado por un faraón egipcio de la última dinastía. Tales surge alrededor del año 600A.C. La invitación fue para hablar de filosofía, geografía y de ciencias en general y pasaron por la pirámide de Guiza y el faraón le preguntó cómo podía hacer para cuantificar la altura de la pirámide. Era temprano y el sol recién salía, y la sombra de la pirámide era muy alta. Entonces le dice: "majestad, hay que esperar, si UD quiere lo puedo resolver ahora pero hay que hacer cuentas, si nos quedamos acá y esperamos le daré una respuesta sin hacer ninguna cuenta con la ayuda de sus colaboradores".

Tales plantó un bastón en la arena, y dibujó un círculo, un radio que era igual a la altura del bastón y esperó a que el sol subiera. Cuando subió el sol, llegó un momento en que la sombra del bastón tocó el círculo y naturalmente en ese momento todos los objetos tenían una sombra igual a sí mismas, y en ese momento le dice al faraón que mande a sus ayudantes a medir la sombra de la pirámide. No hubo que hacer ninguna cuenta. Ese es el problema de cuantificación que quedó en la historia.

Nosotros estamos acostumbrados a la lógica preposicional bivalente, en la que una proposición, una frase del idioma objeto en este caso del idioma castellano que tiene dos valores de verdad. Pero desde hace mucho tiempo, inclusive desde la

época de Aristóteles se dio cuenta que esa limitada interpretación de la lógica bivalente era insuficiente para tratar a todas las proposiciones. Hay un libro de Aristóteles que se llama “De la interpretación”, en la que se da cuenta que una proposición se puede decir que es verdadera, y otra se puede decir que es falsa. Pero hay otras proposiciones que se resisten a tener una interpretación, por Ej. “mañana lloverá a las 16hs” si yo lo pronuncio hoy, no le puedo asignar ningún valor. Esto hoy se trata dentro de la lógica borrosa. Seguramente muchas problemáticas de Derecho, incluso la aplicación de la pena encajan dentro de la lógica borrosa.

Quise dar esta introducción para ver cómo toman los naturalistas el tema de la cuantificación.

Lo que pensé fue en utilizar un eje cartesiano donde sí esto está graduado numéricamente, entonces para un determinado delito acá pongo la pena mínima y acá la pena máxima. Este es un eje que tiene una escala literal, no importa que sean iguales las separaciones, es un eje categórico y voy a poner agravante 1, agravante 2, agravante 3, agravante 4 y atenuante 1, 2 y 3.

Empecemos por el mínimo, la extensión de esta barra vertical implicaría la duración de la pena mínima para el delito tratado, entonces me corro al atenuante 2 y pongo el intervalo difuso que corresponde a las consideraciones que hace el juez para aumentar y aplicarle este agravante al mínimo. No sumo todo, sino que puedo tomar una cantidad intermedia y el juez tiene la posibilidad de discernir

Tal agravante, bajo el trasfondo penal que corresponda, tiene un margen de discusión sobre esta pena mínima. Yo lo consideré aditivo, pero no necesariamente se va a sumar todo, sino probablemente una parte. Supongamos que el agravante aumente, trazo un ángulo entre el mínimo probable y el máximo probable. A partir de acá, me corro en horizontal hasta el próximo agravante en horizontal, a partir de acá me corro al mínimo y hago lo mismo. Y el nuevo agravante, no se suma al anterior, sino que opera a partir del punto de decisión judicial que adoptó para el primer agravante.

**Marinaro:** cuando nosotros decimos que debe haber un margen, que las agravantes y atenuantes tienen distintas intensidades, intensidades mínimas, medias y máximas. ¿Eso es compatible con el esquema?

**Miró:** totalmente compatible, para el primer agravante en el que considero el margen de discrecionalidad y lo divido en tres intensidades, mínimo, medio y máximo. Supongamos que voy por la mínima, la tercera parte, entonces me movilizo hasta el siguiente agravante y repito el mecanismo. En este caso voy por la media, y hago este trabajo hasta llegar a las atenuantes, y desciendo con el mismo criterio.

**Bellagio:** ¿cómo toma el arco mínimo y máximo de una atenuante?

**Miró:** a cada atenuante hay que darle un margen con intensidades, pero preciso más información para el desarrollo.

**Marinero:** si tomamos provisoriamente el mínimo y el máximo como una referencia cuantitativa, ¿podemos a partir de ahí llegar a ese valor de atenuante con incidencia mínima, media y máxima?

**Miró:** Probablemente sí. Con los atenuantes dibujo la extensión, pero con el conocimiento jurídico discutiendo qué valor se le va a dar.

Y lo que dice Aníbal es otro enfoque, hay un mínimo y un máximo y se podría empezar de cualquier parte porque los atenuantes van ir subiendo y los atenuantes, bajando.

Aníbal dice que aditivamente nunca se puede llegar al máximo, y es verdad, es una garantía.

**Marinero:** entonces mantendría un criterio contenedor, limitante.

**Miró:** este el lugar de la ley de divergencia, la trayectoria que va a distribuir un sube y baja de una sucesión matemática. Una sucesión de números positivos, y negativos. Cada uno de ellos tiene un margen de incertidumbre borrosa.

**Marinero:** el paso que habría que dar hacia adelante, sería tratar de colocarle un valor, ¿el algoritmo es un sistema o un número?

**Miró:** No, es una receta de pasos. Primer paso uno, dibujar la recta numérica. Paso dos, dibujar la recta de categorías, paso tres fijar en cada punto a partir del mínimo estos cinturones de incertidumbre.

**Marinero:** el paso siguiente para darle certeza, y estamos tomando provisoriamente el máximo el mínimo de la pena como inamovibles.

La próxima explicación del algoritmo de establecer para un determinado delito como una escala de ocho a veinticinco años en el homicidio, da una referencia de valor. Y si luego, se puede traducir a un número concreto o el nombre que se le asigne.

**Miró:** una banda. Aníbal habló de abanico, eso es central.

**Marinero:** ¿el abanico de Aníbal lo podemos utilizar?

**Miró:** claro, vamos a tener una curva poligonal. Va a ser creciente con una poligonal zigzagueante, mientras suba es porque actúan las agravantes. Y va a decrecer de acuerdo a los abanicos que describió Aníbal.

**Bellagio:** ¿puede describir el sistema según un homicidio simple que tiene una escala de ocho a veinticinco años?

**Miró:** bueno, primero saco el punto medio que es 16.5 y el 10% es 1.65 y esto se puede hacer para cada delito del código.

**Marinero:** ¿cuál es el paso final? Cuando tenemos esto que llamamos abanico, de potencia leve, media o máxima,

**Miró:** ¿las potencias leve, media y máxima, son universales? ¿Están aceptadas?

**Marinero:** queremos proponerlo y coincide con el sistema de Bellagio.

**Miró:** Coincide con la clasificación borrosa

**Marinero:** siempre debe quedar un margen de discreción para la discusión. Bellagio hablaba de la incidencia de las agravantes considerando la nocturnidad. Los delitos tienen innumerables formas de valorar la nocturnidad según los diferentes tipos.

**Miró:** esto puede terminar traducido en programas de computación con una ayuda judicial para la medición de la pena

**Marinero:** las circunstancias tanto sean agravantes como atenuantes tienen matices, ese es el primer concepto para facilitar la discusión.

Por ejemplo, tengo una agravante y resulta que soy juez, ya han discutido las partes y utilizaron esta nueva terminología (Ej. Peso, esto es de mínima, el algoritmo o las incidencias media o máxima) cuando se traslada al número, si yo luego tengo una tabla que dice: oído el fiscal estoy de acuerdo que sea una agravante de máxima por lo cual en esta escala, según el algoritmo, en ese margen lo ideal sería llegar a un número que tenga un valor.

**Miró:** va a tener un valor. El mínimo, por ejemplo puede ser un porcentaje. Por ejemplo una cuarta parte se divide en tres.

**Marinero:** siempre respetando la referencia de ocho a veinticinco años (homicidio). El camino de llegada sería que podamos, teniendo en cuenta estas reglas), respetemos la escala y sólo hablemos de atenuantes y agravantes. Luego discutamos la intensidad de los agravantes del mismo modo que los atenuantes, su incidencia, y qué valor tiene según la tabla por Ej.- en porcentaje y explicar de dónde saco el porcentaje.

**Córdoba:** Habría que determinar los extremos de ese intervalo, parece que podría aportarnos algo estudiar cómo en la experiencia, de lo que nosotros tratamos de medir, cada fenómeno puntual tiene como antecedente varios fenómenos similares y si se puede ir estimando cuántos agravantes o atenuantes por figura son

los probables. Porque si nosotros ponemos el 10% y nunca se da el caso en que esa figura hubiese tenido diez agravantes, nunca vamos a llegar a la pena máxima.

**Miró:** el número de agravantes, el problema que puede tener esto, es que puede tener un número no identificado de agravantes y atenuantes. Se analiza el delito, se ve objetivamente cuántos son el agravante y atenuante y en qué casos corresponde y esto es una tarea ardua. Escribir el programa de computación es complejo, pero una vez listo la respuesta es inmediata.

**Marinero:** daríamos un paso avanzado atendiendo a lo que acabas de decir, utilizamos tres o cuatro figuras. Por ejemplo, utilizamos el homicidio, como un modelo lo cual significaría que luego hay que hacer un arduo trabajo respecto de los otros delitos, para llegar al cúmulo y no necesariamente hacer otra investigación.

**Miró:** esto se puede presentar como desarrollo de modelo que terminaría en un programa cuya documentación es una carpeta.

**Marinero:** esto es una especie de muestreo, y habrá que ir ensayándolo con el resto de las figuras que tengan escalas penales donde sea compatible.

La pena que se llegue será la discusión de las partes, porque se tiene en cuenta el procedimiento y la forma. El terreno de la discusión tiene otro discurso, mantiene la discusión y el juez no puede apartarse de eso.

**Bellagio:** hay que guardar la premisa, que cada vez que se fijan cosas, se deben evitar estandarizaciones y deben haber tantos abanicos posibles y dejarle al juez un marco de discrecionalidad dentro del mini abanico donde lo puede valorar distinto a otro.

**Miró:** el resultado se puede valorar con una banda alrededor de esa poligonal, y la banda da pie presentándola frente al juez y decirle que tiene la posibilidad de opinar.

**Marinero:** y también considerar el juego de cómo se suma agravando, y resta atenuando.

**Miró:** y que no es aditivo, no se superponen el tercio, el medio y el alto se suman de a poco.

**Bellagio:** hay que ver cómo se hace la línea divisoria entre mínimo, medio y alto.

**Marinero:** por eso digo si tomamos la pena de ocho a veinticinco, eso nos da el marco para fundamentar la incidencia de la mínima, media o máxima de atenuantes y agravantes. La incidencia no será caprichosa, sino producto de la escala que me presente la figura.

**Miró:** eso puede incluso intervenir en el mínimo y la banda total y estudiarlo.

**Bellagio:** su aporte tiene que el fiscal y la defensa discuten si el agravante es de mínima, media o máxima, y después en cuánto inciden en número. Es una doble discusión e introducen un punto más a discutir.

**Marinero:** se responde a una cuestión de tipo existencial que está en la cuantificación, de los matices que tiene la vida y los hechos, ningún hurto se va a parecer a otro. Paridad de situaciones en la que ambos sujetos reciben la misma pena en la que no podré perforar el mínimo en ese caso, postulamos que si resulta condenado en ese caso se pueda discutir.

**Bellagio:** nosotros evitábamos el concurso. Ej. En un robo simple donde tenemos el agravante uno, y el agravante dos, y el atenuante uno y el atenuante dos, sacábamos además del punto de ingreso que es el punto mínimo, vamos a tener la incidencia de estos agravantes, generamos esta mini subescala que tiene una incidencia máxima de 4 meses. Y discutíamos la incidencia de cada una con un mínimo y un máximo de incidencia.

**Ariel Rossi:** ¿ustedes en la experiencia que tuvieron, quizás en hechos no tan graves, se vieron en la situación de que la pena hubiese sido muy baja y necesiten más?

**Bellagio:** por supuesto, nos hemos quedado en el mínimo en muchos casos sufriendo una gran exposición con este sistema.

**Ariel Rossi:** porque con este sistema de subdividir un agravante o atenuante de mínima, de media o de máxima te permite incluso ir superando el margen del 10% y se le computa aún más hechos graves.

**Marinero:** en el rubro de atenuantes y agravantes, lo que trae nuestro sistema es la subdivisión, y un valor que surge de una explicación matemática racional

**Bellagio:** se hace una explicación racional de por qué una incidencia agravante de máxima debiera tener doble peso.

**Marinero:** Bellagio utiliza el 10% del punto medio, lo que nosotros no creo que lo tomemos, no creo que tomemos tal porcentaje del punto medio.

**Bellagio:** una variable puede ser atenuante tiene una incidencia del 10% del mínimo, de mínima porcentaje mayor y lo mismo con el máximo.

**Marinero:** siempre se respetarán los mínimos y máximos de la escala de la pena.

**Ariel Rossi:** si uno lo escucha, y se queda con un hecho grave, de una entradera con varias particularidades y el máximo está llegando a casi más de veinte años. Si me ciño tengo que pedir un término medio, en cambio computando estos agravantes de máxima, en el que hablamos de un 25% sobre cada agravante.

**Marinero:** ¿cómo lo ves Ricardo?

**Miró:** yo lo veo muy factible pero para hacerlo completo es un trabajo arduo, de varios años.

**Marinero:** pero sólo queremos hacerlo sobre la base de dos penas.

**Miró:** eso se puede hacer, pero sentado a tu lado como guía y con la herramienta de la computadora.

**Marinero:** vamos a utilizar dos tipos penales del código, y un caso real que contenga esas circunstancias de atenuantes y agravantes, para ver cómo se conjugan los niveles de incidencia. Un caso real de homicidio simple, donde hay cinco atenuantes y dos agravantes, no lo vamos a poder modificar en cuanto a lo que el juez tiene que resolver sobre eso. Y debemos ver que intensidad le dan las partes a las agravantes y a las atenuantes.

**Ariel Rossi:** también obliga a la defensa a discutir más a fondo las circunstancias atenuantes.

**Bellagio:** ¿ustedes ingresarán por el punto medio?

**Marinero:** no, mínima. En algún punto nos vamos a apartar de las excepciones que proponías, porque en todo caso daremos la explicación de que ese es un tema legislativo respecto del cual se puede proponer que el legislador haga las equiparaciones que corresponda.

**Ariel Rossi:** como hablábamos la otra vez, era que si uno ingresaba por el punto medio estaría bueno desde lo legislativo que no se usen mínimos. Así sí tendría sentido entrar por el punto medio.

**Bellagio:** o un mínimo que no obligue.

**Miró:** va a ser evidente si las cosas están bien planteadas, que la longitud de los abanicos van a depender del punto de ingreso. Y si el espíritu jurídico y del juez está bien fundamentado los dos métodos van a converger muy próximos.

**Marinero:** por eso con un producto terminado en el que no se discuta nada, por eso juntamos un par de casos y vemos.

(1:35:01)

### 5.3. Análisis semiótico de las nomenclaturas empleadas para aludir a la fijación de la pena.

De modo indiferenciado, las exposiciones tanto doctrinales, como legales y judiciales que hemos auscultado, hacen mención de lo que provisoriamente aludimos como individualización de la pena, en formas muy diversas, con términos de significaciones variadas. Sin embargo, debe pregonarse alguna uniformidad que guarde tenor con el sentido natural de la tarea. No debe olvidarse que estamos tratando de colocar en cifras, el tiempo de duración de la pena. Las confusiones y las antinomias son las causas de esta inapropiada variedad.

Se verifica una suerte de diversificación sígnica que elucida –trasciende- la falta de comprensión del fenómeno. Esa falta de comprensión trasluce conceptualizaciones de naturaleza diversa en una forma de abstrusas construcciones que dan pábulo a pretendidas aporías teóricas, que en todo caso, deben limitar su ámbito de incidencia –como ya hemos dicho- sólo al tramo del legitimar el uso de la fuerza estatal, pero sin impactos en la gestión que es un *posterius*, al medir cantidades de sanción.

El trabajo de Schünemann<sup>69</sup>, es una muestra de colocación de las divergencias en territorios argumentativos que se hallan “por fuera” de la tarea mensurativa, y así el título prefijado en el ámbito de la filosofía.

En ese cometido, que no es otra cosa que poner en práctica la idea de significado elaborada por la teoría del derecho, haremos un recorrido primeramente teórico y luego, lexicográfico en aras de allegar un término preciso.

Decía Guibourg (2004:20) “...*la significación es la relación entre el signo y el fenómeno cuya representación el signo trae a nuestra mente...*”

Previo a toda consideración, estimamos necesario recalcar que, de lo que aquí se trata también, es de recuperar y revalorar el lenguaje en todas sus variables. El incesante maltrato de que es objeto, fundamentalmente la tendencia a la precarización que exhiben los medios masivos de comunicación, contribuye a la instauración de mecanismos que lo deterioran.

Y ya dijo Gellner (1999:74), que: “*Toda nueva desviación de la norma se convierte con demasiada facilidad en una nueva norma...*”. En este caso, las inherentes al lenguaje.

Ivonne Bordelois (2004) por su parte y desde lo artístico reclamó en su obra *La Palabra Amenazada*, contra la mediatización de la lengua al decir: “*una primera*

---

<sup>69</sup> ubicado en InDret 2/2008 “*Aporías de la teoría de la pena en filosofía*”.

*y muy extendida forma de violencia que sufre la lengua, en la que todos prácticamente participamos, es el prejuicio que la define exclusivamente como un medio de comunicación. Si se la considera así –como lo hace nuestra sociedad- se la violenta en el sentido de que se olvida que el lenguaje, en particular el lenguaje poético, no es el medio sino también el fin de la comunicación. Cuando se mediatiza al lenguaje, cuando se lo considera sólo una mediación para otra mediación, -porque la comunicación se pone al servicio del marketing, del marketing del dinero, y así sucesiva e infinitamente- nos olvidamos de que el lenguaje es ante todo, un placer, un placer sagrado; una forma, acaso la más elevada, de amor y de conocimiento....”.*

La profundización de esta temática excede el cometido de investigación, pero resulta inobjetablemente otro carril de sumo interés investigativo, esta vez de raíz semiótica sobre el análisis precisamente semiótico del ejercicio discursivo del poder penal.

Sin dudas, la gestión del legislador, según se ha visto, no escapa a estas consideraciones si se repara en que la tarea de la creación de la ley –muy en particular la inherente a la materia penal- debe ser objeto de cobertura de todas las exigencias de la palabra como forma de comunicación.

De lo que se trata en concreto, es de llevar adelante una exhaustiva mirada con base en los instrumentales semióticos que recomienda la Filosofía Analítica como uno de los aspectos de originalidad de la investigación que hemos llevado a cabo. Se trata de determinar las características del discurso empleado como enunciado que importa determinados contenidos intrínsecos en términos de acto comunicacional. Ello es posible si se entiende que el género discursivo penal pertenece, como lo entendemos, al dominio semiótico que desarrolla Eco (2000) en su *Tratado de Semiótica General*.

Si se quiere, también desde la perspectiva del pragmatismo peirceano es que se puede arribar a una conclusión aceptable, teniendo en miras la precisión de los efectos prácticos de aquellos elementos lingüísticos estudiados y que se hallan contenidos en los discursos respectivos.

Puede en esos términos decirse, también, que esta tarea consiste en una suerte de metalenguaje jurídico donde el objeto a estudiar lo son tanto las normas jurídicas como las normas individuales (Maier: 1999), en las que, en definitiva, consisten las decisiones del Poder Judicial, expuestas a través de los sujetos denominados jueces, quienes ejercen el *ius dicere* a través de mecanismos formales de enunciación –sentencias-.

En este punto cabe anotar la opinión de Francis Bacon recordada por Ferrajoli (1997) demarcatoria de un previsor límite de la tarea jurisdiccional.

En la página 72, en la nota número 11 explica *“los jueces deben recordar que su oficio es un ius dicere y no ius dare: interpretar el derecho, y no hacer derecho y crear derecho...”*.

Puede decirse que este apotegma demarca, a la vez, el límite superior o máximo en la tarea de correlacionar reglas dogmáticas que faculten la labor de conjugación o contextualización de las normas disponibles. Es precisamente ese límite máximo el que separa las funciones interpretativas de las que se corresponden con las creadoras respecto de la ley. Las primeras dirigidas a los jueces; las segundas, a los legisladores según la anotación que hicimos del pensamiento de Ferrajoli (1997).

Razones republicanas consolidadas constitucionalmente respaldan estas divisiones funcionales en el ejercicio del poder. (Ferrajoli: 2011)

Toda sentencia, toda resolución judicial, toda terminología doctrinaria o teórica a fin de cuentas, pertenece al genérico elenco de lo que da en llamarse fenómeno comunicativo (Bordelois 2004). Ello nos acercará aún más a las reales referencias que esos signos poseen.

También puede decirse que en el aspecto instrumental lo que se lleva a cabo en este trabajo, no es otra cosa, como hemos anunciado, que un análisis metalingüístico (Guibourg 2004; Nino 2005) de todo cuanto se dice del objeto de estudio, fundamentalmente en las enunciaciones contenidas en la discursiva penal. Estas en definitiva pertenecen también al género de los enunciados jurídicos (Kelsen: 1982) es decir, a las descripciones que de las mismas normas hacen los juristas.

Es que la importancia de la palabra y su revalorización por autores como Ludwig Wittgenstein(1994), ha implicado importantes avances que fueron integrándose al capítulo de la Filosofía Analítica, camino que como hemos anunciado, seguimos en este tramo de la investigación.

Las palabras representan la realidad. Wittgenstein (1994:51, prop.4.01) lo afirma diciendo *“La proposición es una figura de la realidad...”*

Mas esa realidad se conforma con elementos abstractos y elementos reales. El discurso jurídico trabaja esencialmente con el primero, pero involucrando inescindiblemente efectos del mundo real. Hay en ello un contrapunto teórico entre el filósofo austríaco y Charles Sanders Peirce con su pragmatismo (ver nota 13, Cap. V, p.3), lo que es advertido junto a innumerables otras coincidencias por

Mancuso (2010). Precisamente en la página 39 de la citada (y reciente) obra, el autor argentino destaca la concepción de Peirce, para quien “*cualquier descripción de la realidad es un modelo cognitivo, cognoscitivo y por ende práctico...*”. Sin embargo en la página 92, recoge que “*los lenguajes no se refieren a la realidad (de hecho no sabemos lo que es la realidad si no a través del lenguaje)...*”

Ahora bien, como corolario de lo que venimos diciendo, pasamos a decir que resulta imposterizable, ante la evidencia de su falta de consideración en las obras consultadas, determinar la naturaleza semiótica de las exposiciones que han abordado nuestra temática.

Se trata, como puede apreciarse, de establecer las líneas básicas que hacen a la comprensión de los conceptos fundacionales de todo saber científico y de la elección del camino a seguir en ese cometido axiológico.

Las decisiones judiciales, en definitiva, al tratar de la cuantificación punitiva, no pueden apartarse de los contenidos semióticos que habitan tanto las opciones teóricas como las introducidas en los preceptos legales. Cierta anarquía ha habilitado una suerte de desorden del que participan todos quienes han estudiado la temática no sin ponderables esfuerzos epistemológicos.

No debe olvidarse el efecto performativo del lenguaje. Sobre tan importante impronta, Hugo Mancuso en su libro *De lo decible* (2010: 316) recuerda la concepción gramsciana del lenguaje. El filósofo italiano decía: “*el lenguaje es una imposición social y como tal, produce un ordenamiento social...cuando reflexionamos sobre el uso del lenguaje cotidiano, reflexionamos también sobre la estructura de la sociedad que nos invade; no podemos escapar a ello....*”

Con base en las orientaciones precedentes, damos paso a la enumeración de los variados términos que se emplean para aludir a la medición de la pena, para luego esbozar un análisis lexicográfico. De seguido, nos proponemos la selección de aquella expresión que guarde sustrato material con la tarea en la que consiste la asignación de pena. Tal cometido viene exigido no sólo por las recomendaciones de una puridad semántica, sino por derivaciones del principio de legalidad penal que impone al legislador evitar, en la tarea de creación legal, el empleo de términos imprecisos, vagos, porosos, incluso anfibológicos, procedentes del mandato de certeza de la ley penal (Bacigalupo:1999).

Desde la sintáctica, más recientemente Ferrajoli (2001) por su aporte a los sistemas de control y convalidación empírica, va en la misma dirección.

“*La CIDH entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles,*

*dando pleno sentido al principio de legalidad penal.... (con citas del caso “Castillo Petruzzi y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, nº52, párrafo 121)”*. Tal es la afirmación que, en nuestro medio, leemos en la obra del constitucionalista Calogero Pizzolo (2002:262).

Así, en un primer ensayo observacional, advertimos que de ordinario se usan variadas expresiones tales como: determinación, graduación, individualización, dosificación, mensuración, medición, fijación, cuantificación; expresiones todas éstas similares a las enunciadas por el colombiano Fernando Velázquez V. en su trabajo *El sistema de determinación de la sanción penal en el C.P<sup>70</sup>*, quien no obstante admite su empleo indistinto al decir: *“sin embargo, nada impide el uso de cualquiera de esas locuciones como sinónimas, como es frecuente en la doctrina y el derecho comparado, a condición de que se hagan las precisiones correspondientes...”*. No compartimos esa opinión, conforme lo dicho y lo que seguidamente expondremos.

Para este cometido, entendemos que basta con acudir a la consulta de nivel lexicográfico del Diccionario de la Real Academia Española –en este caso la edición vigésimo primera impresa en España en 1997 por la editorial Espasa Calpe-, debido a la falta de significados que ameriten la búsqueda alternativa en otros textos específicos. Así tenemos la siguiente agrupación de términos expresados en sus modos verbales y en su significación actual, brevemente etimológica:

**Determinar:** (del latín, *determinare*) fijar los términos de una cosa. 2. Distinguir, discernir. 3. Señalar, fijar una cosa para algún efecto, determinar día, hora.

**Graduar:** (del latín, *gradus*, grado) dar a una cosa el grado o calidad que le corresponde. 2. apreciar en una cosa el grado o calidad que tiene, graduar la calidad de la leche. 3. Señalar en una cosa los grados en que se divide.

**Individualizar:** (de individual e izar) individuar. 2. Particularizar. E **Individuar:** (de individuo) especificar una cosa; tratar de ella con particularidad y por menor. 2. Determinar individuos comprendidos en una especie.

**Dosificar:** (de dosis y el latín *facere*, hacer) Farm y Med. : dividir o graduar la dosis de un medicamento. 2. Graduar la cantidad o porción de otras cosas.

**Mensurar:** (del latín, *mensurare*) medir. 2. juzgar contemplar.

**Medir:** (del latín *metiri*) comparar una cantidad con su respectiva unidad, con el fin de asegurar cuántas veces la segunda está contenida en la primera...3.

---

<sup>70</sup> sitio portal.uexternado.edu.co

Comparar una cosa no material con otra...5. Tener determinada dimensión, ser de determinada altura, longitud, superficie, volumen, etc.

**Fijar:** (de fijo) hincar, clavar, asegurar un cuerpo en otro...4. Determinar, limitar, precisar, designar de un modo cierto.

**Cuantificar:** (de cuanto) expresar numéricamente una magnitud...3. Lóg. Explicitar la cantidad en los enunciados o juicios.

Visto el desarrollo precedente, la sola lectura de las variables explica por sí misma las cosas.

Entendemos que en el último caso la voz cuantificar resulta ser el concepto pertinente por su vinculación con la fundamentación matemática antes desarrollada por su nexa con magnitudes numéricas, desde donde procede además el término “peso” o “pesar” para referirse a los valores que se asignan a las diversas intensidades que poseen los factores de agravación o atenuación.

Además, en sitio oportuno, hemos aludido introductoriamente a la encrucijada consistente en hallarnos ante magnitudes por un lado numéricas y por otro de tipo existenciales, en tanto el hombre abocado a medir en más o en menos la entidad de hechos delictivos de sus semejantes.

El análisis comparativo con los restantes términos, en todo caso nos permite vislumbrar algún contenido aproximativo. Así “medir” guarda empatía con parte del empleo instrumental de las matemáticas que propiciamos cuando dentro del marco fijado por el legislador, damos paso a establecer cuántas veces el mínimo se halla contenido en referencia al monto máximo, por medio del sistema porcentual. Cuantificar es el paso siguiente y trascendente. Es esa expresión numérica que permite pesar las intensidades para luego, dar paso a la cifra racional.

**Adenda:** un intento de búsqueda de racionalidad desde un teórico del Derecho<sup>71</sup>.

Se trata de un grupo que integraba equipos de investigación de la Universidad de Buenos Aires que en una primera entrega en el año 2004, estudió los criterios empleados para la interpretación del artículo 30 de la ley de contrato de trabajo. Así, *“Con la experiencia adquirida en ese primer análisis, e integrado ahora por especialistas en derecho pena, se ha propuesto investigar los criterios*

---

<sup>71</sup>Análisis de criterios de decisión judicial- la graduación de la pena, resultados de una investigación- editorial universidad de bs as- año 2008

*empleados para establecer el tiempo de condena en los casos de homicidio simple. En esta ocasión, el grupo fue integrado por los jueces de cámara Dres Estela R. Cárcamo, Héctor M Magariños, Martín E Vázquez Acuña y Marta A Yungano, así como el funcionario judicial Iván Tolnay de Hagymassy. El magistrado Raúl Borrino integró el grupo al principio, pero se retiró más tarde por razones personales...*

Además formaron parte del grupo de investigación Liliana Rodríguez Fernández, Jorge Arturo Cerdio Herrán y el director Ricardo A Guibourg que sin ser específicamente penalistas sino profesores orientados hacia la filosofía del derecho.

Lo que sigue es un detalle de la tarea llevada a cabo:

*“En esta oportunidad escogió como campo de aplicación el artículo 79 del Código Penal argentino, pero no en lo relativo a las características del tipo penal, sino estrictamente al proceso de decisión que conduce, en caso de condena, a imponer un tiempo determinado de prisión entre un mínimo de 8 años y un máximo de 25.*

#### *1. El objetivo propuesto*

*El artículo 40 y 41, se trata de un conjunto de instrucciones generales. No contiene un orden de prelación entre las circunstancias que menciona ni indica en qué proporción la presencia de cada una de ellas, en mayor o menor medida, ha de influir en la determinación de la condena “divisible por razón de tiempo o de cantidad”.*

*Cada juez, en consecuencia, ha de utilizar en cada caso su propio criterio, no sólo para apreciar la presencia de las circunstancias agravantes o atenuantes, que es una cuestión de hecho y prueba tanto como la propia prueba del delito, sino para determinar cuáles son las circunstancias que hayan de considerarse relevantes para esos fines, qué importancia relativa adquieren en el conjunto de ellas presente en el caso y de qué manera ha de traducirse su conjunto para influir en el establecimiento del tiempo de condena.*

Sobre esa base entonces, avanzaron hacia terrenos de cuantificación en la búsqueda de un número, decían de años, de meses y que ello no podía ser otra cosa que una ecuación.

Refirieron de las matemáticas diciendo:

*“Los hombres de derecho estamos tan habituados a destacar el sentido profundamente humano con el que deben encararse la interpretación y la aplicación de la ley que cualquier razonamiento matemático, aunque sólo implique operaciones sencillas como la suma, la resta y la multiplicación, nos parece un elemento*

*deshumanizador, capaz de convertir al hombre en esclavo de procedimientos ciegamente mecánicos.*

*El cálculo matemático, es preciso decirlo, se desarrolla siempre en la mente del jugador, cuando éste debe decidir el tiempo de condena. Pero usualmente se desarrolla en el subconsciente y emerge como una resultado acabado que el sujeto ha estimado “a ojo de buen cubero”.*

Resulta evidente que la ausencia de un especialista de las ciencias matemáticas ya demarcaba un rumbo oscilante en el propósito.

Sin embargo entendemos que acertadamente se comprendió que:

*“en la ecuación y sus variables permanezcan en la oscuridad de la conciencia de los jueces, ellas quedan sustraídas al análisis crítico de la sociedad entera...”*

Seguidamente trataron de fijar un método, eligiendo solo una norma del Código Penal, referida al homicidio simple que tipifica, aún hoy, el artículo 79, fijando una escala de ocho a veinticinco años de prisión o reclusión y que el análisis iba a ceñirse sólo a determinar el número de años o de meses que haya de imponerse como pena.

*“La primera cuestión que se sometió al grupo fue el punto de partida del cómputo.*

*Se optó por restringir el objetivo a una de las circunstancias agravantes, la eficacia de la conducta homicida, que casi todos los miembros del grupo con especialidad penal coincidieron en identificar como la principal y más influyente, hasta tal punto que varias de las circunstancias agravantes podían ser abarcadas en su ámbito...”*

Lo que sigue es una síntesis de las consideraciones que formulaba el grupo:

*“Al iniciarse la investigación y examinarse el contenido del art 41 de CP, se observó que, aparte de la extrema vaguedad con la que se mencionan las circunstancias relevantes ( se traduce como una suerte de delegación legislativa que encarga al juez considerarlas y valorarlas), varias de ellas encontraban serias objeciones doctrinarias y hasta constitucionales. Así se expresó dentro del grupo que las condiciones del sujeto (tales como costumbres y conducta precedente) jamás podrían valorarse como agravantes so pena de incurrir en la instalación del delito de autor, aunque acaso podrían valorarse como atenuantes para mostrar la vulnerabilidad del imputado. La reincidencia también fue objeto de rechazo pues, para algunos miembros de grupo, ese instituto se opone al principio constitucional de acto en tanto, para otros el rechazo a la reincidencia radica en que en el proceso penal no debe juzgarse otro hecho que el imputado en el mismo proceso. Y la*

*peligrosidad mencionada en la misma norma fue juzgada en general como resabio de teorías penales perimidas y contrarias a las garantías individuales...”*

La diferente procedencia científica de los integrantes se hizo notar en particular al considerar el denominado punto de ingreso:

*“Los miembros del grupo ajenos a la práctica penal consideraban, la pena inicial abstracta debería ser el punto medio de la escala: 16 años y 6 meses. Los especialistas en derecho penal, en cambio hicieron coincidir la pena inicial abstracta con la mínima escala, de tal suerte que las circunstancias atenuantes sólo adquieren relevancia para contrarrestar las circunstancias agravantes que pudiesen hallarse presentes en el acto ilícito. Uno de los miembros del grupo, prefirió tomar en cuenta tanto la necesidad de contar con atenuantes por sí solas como el juicio negativo sobre la equidad del mínimo de la escala, de tal modo de evitar que un caso sin agravantes ni atenuantes tenga la misma pena que otro caso sin agravantes pero con atenuantes: por eso propuso un punto de partida en 10 años. Y otro estimó que no es posible identificar el punto de partida único sino varios de acuerdo con la gravedad del hecho...”*

Y va el resultado:

*“Las respuestas que provenían de especialistas en derecho penal tenían una relevancia incomparablemente mayor que las demás, por lo que se dio a estas últimas la utilidad de marco comparativo interno y se las eliminó del resultado. Quedaron tres sistemas de respuestas que, de acuerdo con la nomenclatura empleada en el anexo II, se identifican como Segundo, Tercero y Cuarto.*

*Cada uno de los distintos grupos de factores de la eficacia general (eficacia del método empleado, eficacia derivada de las circunstancias en las que el hecho se comete, factores relativos a la víctima y a factores relativos al autor) tiene a su vez una incidencia de 40, de tal suerte que su suma queda sujeta al tope de 100 aunque arroje un índice mayor. Los factores A (eficacia del medio empleado) se juzgan separadamente según el método utilizado para cometer el hecho. Dentro de cada grupo de factores, cualquiera de las circunstancias enumeradas, puede tener por sí sola un valor entre 1 y 30. Se asignó un valor de 30 a la presencia de cada circunstancia.*

*Por último, se convino que, cualquiera fuese la suma de valores dentro de cada grupo de factores no podría ser mayor de 40....*

*Las divergencias dentro de este contexto, versan acerca del valor de cada una de las circunstancias dentro de cada factor, de la relevancia o irrelevancia de algunas*

*circunstancias, de su eventual carácter repetitivo o, en algún caso, de la relevancia de todos los factores.*

Como puede verse, dentro del esquema que hemos propuesto para estudiar la temática que impulsa nuestra investigación, con la cual hemos analizado tanto las formulaciones teóricas, como las del derecho comparado e incluso, las de la jurisprudencia, este esfuerzo de componentes multifacético, no ha hecho mención de los basamentos teóricos, constitucionales y en el caso de los componentes penalistas, siquiera han echado mano de concretas teorías sobre la cuantificación punitiva.

Lo dijimos, lo repetimos. En aras de la completividad científica, la ausencia de convocatoria de las matemáticas, entre otras posibilidades, sus presupuestos, sus variables de análisis han dejado este esfuerzo, al menos, en la confusión de sus resultados.

Tal vez por ello, las divergencias finales han rondado la determinación del valor de cada circunstancia.

## CONCLUSIONES EN C2DER-005

El recorrido que hemos llevado a cabo se propuso desde el inicio auscultar en el plano histórico los marcos, tanto teóricos como legales, que ilustrasen acerca de las concepciones que fueron delimitando la evolución del derecho de punir y de los mecanismos cuantificadores en particular. Respecto de estos últimos hemos podido comprobar los grandes rasgos diferenciadores de modelos como el anglosajón y las *sentences guidelines*, el peculiar caso del Derecho Francés sin fijación de marcos mínimos en sus escalas y luego, las formas heredadas de las legislaciones europeas, particularmente de Alemania y España. Asimismo visualizamos las características del derecho aborígen sobre la materia y de los ordenamientos positivos latinoamericanos vigentes.

Así dedicamos atención particularizada a las teorizaciones doctrinarias que se han ido desarrollando en torno de lo que se denomina justificacionismo o teorías de las penas. Creímos necesario dividir lo que estábamos analizando al afrontar el estudio de las concretas teorías cuantificadoras. El propósito fue analizar la conexión necesaria que le atribuye la doctrina mayoritaria. Esto es, que tanto las tesis sobre pena puntual, espacio de juego como del valor relativo se hallan incididas por alguna de las formulaciones de justificación del castigo, ya por prevención general, ya por prevención especial.

En ese punto hemos concluido que esas funciones si bien están conectadas, deben necesariamente diferenciarse al traducir en números la cantidad de tiempo de encierro. Pues, dijimos, volver a considerar en este particular segmento los presupuestos preventivistas, significa traer incorrectamente toda la gama de aporías irresueltas que pertenecen a los propósitos de Política Criminal.

Revalorizamos el concepto de retribución que entendemos, junto a las voces que formulan idéntico reclamo, debe *aggiornarse* con adecuación garantística, de raíz constitucional y convencional. Retribuir ya no es expiación, mal por mal, venganza o talión: es adecuación de la reacción punitiva a preceptos humanísticos, donde la pena se cuantifica por el grado de culpabilidad por el hecho y donde ingresan incluso las condiciones personales del sujeto. Todo ello despejado de invocados efectos sociales o repercusiones públicas. Es que estos pedimentos son de la competencia de los órganos institucionales habilitados para acoger tales peticiones en el marco de la Política Criminal y no de los jueces, inhabilitados por esa misma delimitación funcional para fundar sus decisiones en aquellas contingencias.

El punto de ingreso de la pena es el mínimo del marco fijado por el legislador. Es a partir del mismo y de las funciones que le atribuimos como proporción con incidencia en las diversas intensidades de las circunstancias a valorar que construimos nuestro esquema.

Acudimos a reglas algorítmicas. En ello hemos participado a las ciencias matemáticas a cuyos teóricos integramos en la investigación. De ese modo y no únicamente desde la perspectiva sólo normativa, sólo jurídica y con inmerecido desdén hacia lo aritmético, hemos logrado una amalgama funcional que dimos en llamar, con inocultable licencia de lenguaje: axiología matemática.

Dejamos ofrecidas variables de aplicación a concretas estructuras legales, aún cuando señalamos la que entendemos, con el conocimiento logrado hasta el presente, la forma que más se adecua a los marcos dogmáticos de referencia insoslayable que también fijamos.

También, en torno del mínimo legal, dejamos ofrecida una variable que, respecto de la fijada en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, entendemos resulta ser más amplia y siempre con atención a los presupuestos excepcionales que facultan “ir por debajo” de los montos mínimos diagramados por el legislador.

Fue necesario delimitar el lenguaje que se emplea para aludir a la tarea de fijación de la pena y despejar aquellos términos que semánticamente resultan inidóneos para significar la naturaleza aritmética de esa faz de cuantificación de pena.

El control de convencionalidad futuro al ejercer su labor, seguirá marcando caminos por virtud del mandato contenido en el artículo 5, apartado 6 de la CADH, pero habrá que ver si en ello se refiere a la legitimación de la pena solamente o a la inclusión de ese precepto dogmático en la tarea de medición de la cantidad de sanción que se propone. Es que las propuestas que formulamos guardan empatías con un sistema procesal de sello acusatorio, como el que se ha venido creciendo en nuestra región (Langer).

Avizoramos que con la propuesta, las partes en ese esquema adversarial, tendrán amplios márgenes de discusión, una nueva discusión donde las diversas intensidades de las pautas a evaluar han de respetar la singularidad de cada caso.

Estamos transitando. Lo dijimos ya en la Introducción. Los eventuales avances en la consolidación y hallazgos de mecanismos racionales que permitan a los operadores del sistema penal arribar a cantidades de pena, son un producto actual. Actual y local. Regional, como lo demuestran las innumerables citas

recogidas en nuestra periferia. Y seguramente todavía queda mucho por hacer, mucho por ahondar desprejuiciadamente.

Dejando abiertas otras posibilidades investigativas, abogamos por continuar y compartir con todos los sectores del conocimiento académico el producido de estos esfuerzos.

## **RECOMENDACIONES**

El cometido investigativo ha estado orientado a presupuestos pragmaticistas (Peirce) esto es, a procurar que aquellos mecanismos tanto legales como teóricos a elaborar, pudieran tener reflejo eficiente en las prácticas. En ese decurso hemos ido advirtiendo circunstancias que requieren una particular atención. Y por ello es que nos permitimos aportar aquellas recomendaciones que estimamos útiles a los distintos sectores de competencia.

### De índole legislativa:

Sobre la base de haber estructurado un modelo de cuantificación de la pena que emplea instrumentalmente los aportes de las matemáticas, enmarcadas en presupuestos dogmáticos, seguidamente proponemos un modelo de precepto penal que traduzca en términos positivos, su forma legal.

Todo ello sin perjuicio, de dejar abierta la posibilidad de profundizar las variantes surgidas, que forman parte también de las conclusiones que se lanzan al ruedo de la discusión académica.

Los añadidos al Anteproyecto de Reforma que proponemos se escriben en negrita.

Artículo 18: Fundamentos de la cuantificación de la pena.

1. La pena se cuantificara conforme a la culpabilidad por el delito, debiéndose partir del el monto mínimo de la escala penal, para lo cual se tendrá en cuenta:
  - a) La naturaleza y gravedad del hecho, así como la magnitud del daño o peligro causados.
  - b) La mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho, la capacidad de decisión en la situación concreta y la calidad de los motivos que impulsaron al responsable a delinquir.
2. Por regla general, serán circunstancias atenuantes:
  - a) Ser menor de veintiún años o mayor de setenta al momento de la ejecución del hecho.

- b) Cualquier padecimiento que disminuya considerablemente las expectativas de vida.
- c) Las circunstancias personales, económicas, sociales y culturales que limiten el ámbito de autodeterminación, en especial la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos.
- d) Actuar por motivos valiosos que no eximan de responsabilidad.
- e) Las consecuencias lesivas considerables que hubiere sufrido el autor o partícipe como resultado de la ejecución del hecho.
- f) Haberse esforzado por desistir o evitar la consumación del delito.
- g) El comportamiento espontáneo posterior al delito, que revele su disposición a mitigar o reparar el daño o a resolver el conflicto.
- h) La cooperación en el esclarecimiento del hecho.
- i) Las previstas en los incisos 2º y 3º del artículo 19º, cuando no se verificaren suficientemente los requisitos para la aplicación de aquéllas disposiciones.

3. Por regla general, serán circunstancias de mayor gravedad (5):

- a) La pluralidad de agentes.
- b) La alta organización.
- c) La indefensión de la persona o del bien jurídico afectados.
- d) Valerse de la condición de autoridad pública o de una relación de superioridad o confianza.
- e) Actuar por motivos fútiles, abyectos, o por razones discriminatorias.
- f) Actuar con crueldad o inferir grave dolor físico o moral a la víctima.
- g) Provocar daños o perjuicios innecesarios en la ejecución del hecho.
- h) Valerse de un menor de catorce años o de una persona incapaz.

4. En todos los casos serán circunstancias de máxima gravedad: (6)

- a) Valerse de un alto grado de conocimiento técnico, idóneo para producir destrucción o peligro masivo para la vida o la integridad física.
- b) La inusitada crueldad del medio utilizado o del modo de comisión, o la vulnerabilidad de la víctima, en hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual.
- c) Valerse de una función relevante en una asociación ilícita de alta organización y complejidad o de una función de mando en empleo público, en la comisión de hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual.

5. No se considerarán circunstancias agravantes las constitutivas de la descripción legal del hecho.

6. El juez deberá fundar la pena en forma precisa y circunstanciada conforme a los criterios señalados en este artículo, bajo pena de nulidad.

1. El sistema de marcos penales en sus mínimos poseen dos sentidos: son orientativos, son indicativos, en el primer caso por mantener su valor provisorio al efecto de las medidas de coerción valorables al inicio de las investigaciones en función de las medidas de coerción; en el segundo son indicativos por hallarse circunscriptos al momento de la cuantificación concreta de la pena.

2. Proceso de cuantificación: fijado el marco penal se ponderarán las circunstancias enumeradas en el artículo 18, a las que se asignan grados de intensidad mínima, leve, media y máxima. En este tramo el mínimo de cada tipo penal cumple una función algorítmica en la que debe establecerse porcentualmente la relación que posee con el máximo. La resultante, será el peso que se asignarán a las circunstancias tanto atenuantes como agravantes.

Modelo legal para montos mínimos y la excepcionalidad de su apartamiento:

Reformulación del artículo 19 inciso 3 del anteproyecto:

El juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos:

3. Aplicación de la pena por debajo del mínimo. El juez podrá determinar la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, en los siguientes casos:

a) Menor significación: Cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren de escasa significación. El juez podrá imponer la pena de multa reparatoria.

b) Pena natural en hechos dolosos. En las circunstancias del apartado a) del inciso 2º, y tratándose de hechos dolosos, cuando mediare una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causada por éste al bien jurídico.

c) Penas o lesiones ilícitas inflingidas por funcionarios. Cuando el agente hubiere sido objeto de tortura, tormento o vejaciones por acciones u omisiones de funcionarios encargados de su detención, cuidado o transporte, o hubiere sufrido un grave daño en su salud por la inseguridad de los lugares de detención o de los medios de transporte.

Además de los casos mencionados, podrá el juez determinar la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada en todo otro supuesto de excepcionalidad condicionante de la magnitud del ilícito.

De índole administrativa y académica:

Habilitación por parte de las universidades, de un espacio destinado en forma exclusiva a las reuniones de los grupos de investigación. En nuestra experiencia la posibilidad de contar con esos ámbitos ha sido de suma relevancia para la construcción colectiva del trabajo, la planificación de tareas, entrevistas, la realización de conferencias presenciales y virtuales, análisis gradual de los avances o variaciones que fueron produciéndose.

De variables investigativas alternas:

Surgidas tanto durante la génesis del grupo como durante la concreta investigación. Dejamos ofrecidas estas ideas para compartirlas con otros colegas investigadores, de modo que en ese sentido, proponemos que todos los grupos dejen señalados en sus conclusiones, esos otros posibles caminos.

En ese sentido enlistamos los siguientes:

Los recogidos en la etapa de génesis del grupo:

- a- la teoría de tipo penal y la semántica. Roles del Legislador y del Juez.
- b- Funcionalismo sistémico: sus efectos ampliatorios del ius puniendi estatal. Su confrontación con la perspectiva del Derecho Penal acotante.
- c- Delitos de infracción de deber: una categoría dogmática importada y peligrosa.
- d- Derecho Penal del enemigo.
- e- Las nuevas relaciones entre dolo e imprudencia (según Bacigalupo)
- f- Los Pactos Internacionales y el Derecho Penal, Parte General. Análisis de las resoluciones de los organismos de Derechos Humanos de nuestra región.
- g- Cultura aborigen y Derecho Penal en el margen latino.
- h- Penas perpetuas
- i- Método de dosificación de las penas privativas de la libertad
- j- Vías alternativas a las punitivas
- k- Introducción a la legitimación del derecho penal: teorías de los fines de la pena.
- l- Introducción al lenguaje técnico de la ciencia jurídico penal.
- m- Análisis del discurso criminológico mediático.

- n- Vigencia de conceptos del derecho penal autoritario histórico. Krylenko-Rocco-del Führer y los modelos regionales latinos.
- o- Delitos de lesa humanidad: delimitarlo y con visión latinoamericana.

De fomento de inclusión de componentes humanos interdisciplinarios:

Deben acentuarse las tareas organizadas por las universidades como la llevada a cabo en la UNLaM durante el mes de Septiembre de 2014. En nuestro caso hemos promovido encuentros con colegas de otras especialidades, por caso, de Filosofía del Derecho, de Metodología y de Matemáticas y enriquecido con ello la búsqueda de información.

Esta recomendación apunta a la formación de grupos de investigación interdisciplinarios que acojan a miembros de las distintas carreras de las universidades.

## BIBLIOGRAFÍA

**Baratta, Alessandro** *Integración-Prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. Editorial Depalma. Buenos Aires. Año 1985.

**Beccaria, Cesare** “*De los delitos y de las penas*” Editorial Altaya- año 1994.

**Bertolino, Pedro** “*Código de Procedimiento penal de la Provincia de Buenos Aires- Comentado, concordado y anotado con jurisprudencia*”. Editorial Depalma. Año 1993.

**Bombini, Gabriel** *Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena* Derecho Penal- Año II Número 6- Infojus- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- Presidencia de la Nación. Diciembre de 2013.-

**Díaz, Esther** *Posmodernidad* –Biblos, año 1999.

**Cafferata Nores, José I.** “*Proceso penal y derechos humanos*”- Editorial Del Puerto-2da edición- Año 2007.

**Christie, Nils** “*Los límites del dolor*”. México. Fondo de Cultura Económica- Año 1988.

**Dalla Via, Alberto Ricardo:** *Derecho Constitucional – Colección de análisis jurisprudencial-* La Ley- 2011.

**Demetrio Crespo, Eduardo** “*Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*”. Nueva Doctrina Penal. Editores del Puerto. Año 1998-A. Sitio In Dret.

“*Prevención General e Individualización judicial de la pena*”. Ediciones Universidad de Salamanca. Año 1999.

-**Devoto Eleonora- García Fagés, Mercedes** “*De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas. Un camino con retorno posible.*” Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, Lexis Nexis, 11/2007, pàgs.2172/2178.

**Devoto Eleonora y Flavia Vega** “*Del verdadero soberano y su derecho al Debido Proceso*” (2002) Revista de Derecho Penal, Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales” pag.279 y ss. Ed. Rubinzal Culzoni- Buenos Aires.

**Dorado Montero, Pedro** “*Bases para un nuevo Derecho Penal*”. Editorial Depalma- año 1973.

**Ennis, José Luis** Aportes para una dogmática de la determinación de la pena- Repositorio Institucional de la Universidad de La Plata- sitio [www.sedici.unlp.edu.ar](http://www.sedici.unlp.edu.ar)- año 2012.-

**Ferrajoli, Luigi.** *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia.* Tomos I, II y III, Ed. Trotta. Madrid. 2011.

*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Ed. Trotta. Madrid. 1997.

**Fernández, Héctor Manuel & Herbel, Gustavo A.** “*Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires*”- Tomos I y II, Editorial La Ley. Año 2009.

**Foucault, Michel** *Vigilar y Castigar* –Siglo veintiuno- año1998, tr. Aurelio Garzón del Camino

*La verdad y las formas jurídicas* editorial Gedisa, tr. Enrique Lynch. Año 1988

*Vigilar y castigar.* Ed. Siglo veintiuno- año 1989. Tr. Aurelio Garzón del Camino.

**Fontán Balestra, Carlos** “*Tratado de derecho penal*”- segunda edición Tomo III, Parte General, año 1970. Editorial Abeledo Perrot

**Garibaldi, Gustavo E. L., Aníbal R. Bellagio y María del Carmen Castro**

*El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del Acusatorio* Buenos Aires: Ad-Hoc- año 2004.

**Gelli, María Angélica** *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada.* Ed. La Ley. Año 2008.

**Gellner, Ernest:**” *Antropología y Política*”; Tr. Alberto Luis Bixio Título original: *Antropology and Politics*- Editorial Altaya- 1999.

**Garland, David** “*La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*”. Tr. Máximo Sozzo. Editorial Gedisa. Año 2005

**Gómez de Silva, Guido** “*Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*” ed. Fondo de Cultura Económica- México. Año 1998.

**Hassemer, Winfried** *Fundamentos de Derecho Penal*, Barcelona, editorial Bosch, Año 1984,

**Hörnle, Tatjana** *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena*, Bs. As., Fabián Di Plácido, Año 2003.

**Juliano, Mario Alberto** “*La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales*”. Pensamiento Penal del Sur. Fabián Di Plácido Editor, 2004.

**Kant, Immanuel** “*La Metafísica de las costumbres*”, Editorial Altaya, tr. Adela Cortina Orts del Título original *Metaphysik der Sitten (1797)*- año 1993.-

**Köberer, Wolfgang** *Iudex non calculat.* Editado por: Peter Lang –Europaischer Verlag der Wissenschaften. Editores europeos académicos, Frankfurt Am Main. Año 1995. Sitio: [www.heymanmschrkrim.de-visto](http://www.heymanmschrkrim.de-visto) 8/3/2015.

**Jiménez de Asúa, Luis** “*Tratado de Derecho Penal*” Tomo I- tercera edición actualizada- editorial Losada- Buenos Aires- año 1964-

**Jescheck, Hans Heinrich** · *Tratado de Derecho Penal: Parte General*”. Editorial Comares. España. Año 2003.

**Mancuso, Hugo:** *De lo decible. Entre semiótica y filosofía: Peirce, Gramsci, Wittgenstein*. Buenos Aires-Editorial sb-2010.

“*Metodología de la investigación en ciencias sociales. Lineamientos teóricos y prácticos de semioepistemología*”. Ed. Paidós Educador. Año 2004.

**Magariños, Mario** “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena” – Doctrina Penal, 1992-B.

**Maier, Julio B. J.** “*Derecho Procesal Penal*” -tomo I Fundamentos Buenos Aires: Editores del Puerto-2da edición- 1ra reimpresión. Año 1999.-

**Maurach, Reinhart. Zipf, Heinz** “*Derecho Penal- Parte General*”- editorial Astrea- 1994.

**Migliardi, Mario Durán** *Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neoproporcionalismo en el Derecho penal actual*”. Universidad de Salamanca y Universidad de Atacama. Sitio: [www.revistafilosofia.uchile.cl](http://www.revistafilosofia.uchile.cl)- año 2011.visto 5/3/20015.

**Mir Puig, Santiago** “*Derecho Penal. Parte General*” 8va. Edición. Editorial BdeF. Año 2008. Montevideo. Buenos Aires.

**Langer, Máximo** “*Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Centro de estudios de justicia de las Américas”. [www.asociacionpensamientopenal.com.ar](http://www.asociacionpensamientopenal.com.ar)- (visto el 2 de marzo de 2015)- Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. En revista de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires. T 2 (2009), p. 53/134.

**Roxin, Claus** “*Culpabilidad y prevención en derecho penal*”. Reus- Madrid, 1981- tr. Francisco Muñoz Conde.

“*Derecho Penal- Parte General*” tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tr. De 2da edición alemana. 1997. Diego Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo-Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas-

**Larrauri, Elena** “*Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista*”: Poder y Control. Ed. PPU, Barcelona. 1991.

**Riquert, Marcelo Eduardo-Jiménez, Eduardo Pablo.** “*Teoría de la pena y Derechos Humanos*”, Buenos Aires: Ediar. Año 1998.

- Righi, Esteban** *Teoría de la pena*. Editorial Hammurabi. Año 2001.
- Rusconi, Maximiliano** *Derecho Penal, parte general*, ed. Ad-Hoc- año 2009
- Sancinetti, Marcelo** “Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción.” Editorial Hammurabi- año 1991.-
- Schünemann, Bernd** “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía”- InDret- Revista para el análisis del derecho- sitio [www.indret.com.visto](http://www.indret.com.visto) 15/9/2014.-
- Simaz, Alexis Leonel** “Doctrina judicial del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires”. Editorial Nova Tesis. Santa Fe. Año 2008.
- Stratenwerth. Günther** “Disvalor de acción y disvalor de resultado en derecho penal”- editorial Hammurabi- año 2006.-
- Thiegui, Osvaldo Nilo** “Tratado de Criminología” Editorial Universidad. Año 1989.-
- Tovillas Pablo** “Bourdieu”. Una introducción. Ed. Quadrata- Biblioteca Nacional- año 2010.
- Villar, Ariel** *Lineamientos del nuevo código procesal penal bonaerense*. Editorial Verzetti. Buenos Aires. Año 1998.
- Wittgenstein, Ludwig** *Tractatus lógico-philosophicus*- España ed. Altaya- Año: 1994- Tr. Jacobo Muñoz-Isidoro Reguera. Título original: *Tractatus lógico-philosophicus*.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl** “Criminología. Aproximación desde el margen” Colombia- Ed. Temis- año 1998
- “En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal”- segunda edición. Ed. Temis. Bogotá. Año 1990.
- Zaffaroni-Alagia-Slokar** “Derecho Penal- Parte General” editorial Ediar. Año 2000.
- Zielinski, Diethart** *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* –Hammurabi, año1990, tr. Marcelo A. Sancinetti.
- Ziffer, Patricia** *Lineamientos de la determinación de la pena* Editorial Ad-Hoc- Buenos Aires- año 1996.
- La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez”. La Ley 2007-A, 630. Cita On line AR/DOC/3905/2006.*
- Zysman Quirós, Diego** *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*. Ed. Didot- año

## **FUENTE ENCICLOPÉDICA**

Enciclopedia Jurídica OMEBA (Obras Magistrales Editorial Buenos Aires, edición 1994.-

Revista *Garantías* (revista jurídica de la Defensoría del Tribunal de **Granillo**

-**Infojus**. Derecho Penal. Año 2- numero 6- *Determinación Judicial de la Pena*- Dic. 2013

## **FUENTE INFORMATICA**

Además de las citadas en el texto:

[www.heymmans-mschrkrim.de](http://www.heymmans-mschrkrim.de)

[www.sedici.unlp.edu.ar](http://www.sedici.unlp.edu.ar)

[www.revistafilosofia.uchile.cl](http://www.revistafilosofia.uchile.cl)

[www.asociacionpensamientopenal.com.ar](http://www.asociacionpensamientopenal.com.ar)

[-www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

-[Lexisnexis.com.ar](http://Lexisnexis.com.ar)

-[www.pensamiento penal.com.ar](http://www.pensamiento penal.com.ar)

-[www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)

-<http://www.unav.es/gep/Peirce-esp.html> - Página web del Grupo de Estudios Peirceanos de la Universidad de Navarra, España.

-[www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar) –Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN.

-[www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar) y su anexo histórico.

-Biblioteca jurídica virtual de la Universidad Autónoma de México- ISBN 968-16-4420-4. Sitio [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org)

## **RELEVAMIENTO JURISPRUDENCIAL**

Además de las que se han citado en el texto, tanto de orden nacional como de derecho comparado:

CSJN – Fecha 25/03/2005 – Autos “Medina, Mario Jesús”

CSJN – Fecha 08/08/2006 – Autos “Squilardo, Adrián”

CSJN – Fecha 06/03/2007 – Autos “Garrone, Ángel Bernardo”

CSJN – Fecha 01/04/2008 – Autos “Silva, José Manuel”

CNCP – Sala II – Fecha 10/03/1999 – Autos “Estigarribia, Cirilo y Otros”

CNCP – Sala I – Fecha 13/09/1999 – Autos “Libra, Marcelo D. y Traverso, Nancy”

CNCP – Sala IV – Fecha 24/03/2000 – Autos “García, Gustavo Miguel”

CNCP – Sala I – Fecha 10/06/2005 – Autos “Rossini, José L. y Otros”

CNCP – Sala II – Fecha XX/XX/2009 – Autos “Álvarez, Juan Abel”

CNCP – Sala II – Fecha 07/04/2010 – Autos “G., C. E. s/ Recurso de Casación”

CNCP – Sala II – Fecha 05/02/2010 – Autos “Soler, Esteban Adrián”

SCBA – Fecha 14/05/2008 – Autos “G., C. s/ Homicidio”

TCPBA - Sala I - Fecha 24/09/2014 - Autos “TRIAS FLORENCIA SOLEDAD S/  
RECURSO DE CASACION”

TCPBA – Sala II – Fecha 25/10/2005 – Autos “F., C. A.”

TCPBA - Sala II - Fecha 03/07/2012 - Autos "Causa nº 33.923"

TCPBA - Sala III - Fecha 08/05/2014 - Autos “Taborda, Sergio Gustavo s/ recurso de  
casación”

TCPBA - Sala IV - Fecha 07/03/2013 - Autos "HERRERA, Agustín Nicolás s/  
Recurso de Casación"

TCPBA - Sala IV - Fecha 03/06/2014 - Autos “REGUEIRA, Carlos Alexis s/ Recurso  
de Casación"

TCPBA - Sala IV - Fecha 08/04/2014 - Autos “PINCHEIRA, Miguel Ángel s/ Recurso  
de Casación"

TCPBA - Sala V - Fecha 18/12/2012 - Autos "Causa nº 54.864"

TCPBA - Sala V - Fecha 18/02/2014 - Autos "Causa Nº 58.844"

TCPBA - Sala VI - Fecha 31/07/2013 - Autos “VAIRO, Luciano Fabián s/ Recurso de  
Casación”

TCPBA - Sala VI - Fecha 14/10/2014 - Autos "LOPEZ, Franco Nahuel y DIAZ, Daian  
Ramón s/ recurso de casación"

## **PUBLICACIONES**

### **Capítulos de libro**

Autor/es: Josè Angel Marinaro, Pablo Qualina.

Titulo: Dosificaciòn de la pena. El carácter indicativo de los mínimos de las escalas penales. Una perspectiva saludable frente a la irracionalidad punitiva.

Fuente: Anteproyecto de Còdigo Penal de la Naciòn. Aportes para un debate necesario.

ISBN: 978-987-03-2756-1

Paginas: 239/281

Pàginas totales: 1.728

Colecciòn:

Editorial: La Ley

Fecha: 2014

Lugar de ediciòn: Tucumàn 1471 (C1050AAC) Buenos Aires, Argentina