

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL DE SANTA FE

Un análisis de la argumentación judicial en las
primeras sentencias del nuevo sistema penal
oral santafesino (febrero 2014 – junio 2019)

Secretaría de Posgrado

Maestría en Derecho Penal – Cohorte 2013

Profesores directores:

Ricardo Carlos María Álvarez y Julio De Olazábal

Director de Tesis:

Sebastián Amadeo

Alumno Maestrando:

Lisandro Pedro Aguirre

Santa Fe, junio de 2019.

Prólogo

«...El actual sistema de juicio oral es una prueba de la falta de importancia que se da a la determinación de la pena en comparación con la que se le da a la cuestión de la punibilidad... A diferencia de lo que ocurre con los elementos fundamentales de la punibilidad (vgr. las huellas del delito), los elementos relevantes para la determinación de la pena (vgr. relaciones personales del delincuente), se establecen de pasada y sin la meticulosidad que en general caracteriza la práctica de la prueba en el juicio oral.»¹

Winfried Hassemer

Poco más de un prolongado siglo le costó a la Provincia de Santa Fe abandonar el antiguo Código Procesal Penal –vigente desde fines del siglo XIX²–, abandono que se produjo tardíamente –recién a comienzos del siglo XXI– cuando adquirió vigor el nuevo Código Procesal Penal (Ley 12.734) que inauguró en el ámbito provincial un modelo de justicia oral de corte acusatorio y adversarial que determinó el final del modelo escrito e inquisitivo.³ Si bien este feliz acontecimiento pudo haber significado en múltiples aspectos un gran avance en la esfera de la justicia penal santafesina, aún hoy queda la amarga sospecha respecto de un efectivo progreso con relación a ciertos tópicos centrales, como, por ejemplo, lo es el de la determinación judicial de la pena.⁴

¹ HASSEMER, Winfried (1984): *Fundamentos del Derecho penal*, Trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo, Barcelona, Bosch, p. 133.

² Daniel Erbetta, Tomás Orso, Gustavo Franceschetti y Carlos Chiara Días sostienen en el “Prefacio” a su Código comentado que la ley santafesina se inspiró en la ley de Enjuiciamiento Criminal redactado por Manuel Obarrio en 1882 y que ésta a su vez abrevaba en la ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1879, “normativa que en dicho país ya se consideraba arcaica” (Cf. ERBETTA, Daniel y otros (2008): “Prefacio” en *Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe comentado*, Rosario, Editorial Zeus, p. 13).

³ Cabe aclarar, sin embargo, que hubo en la provincia de Santa Fe una época de transición en la que coexistieron varios sistemas legales, siendo la ley 12.912 la que estableció en su momento la conexión entre el nuevo y el viejo sistema, implementando una progresiva aplicación del primero. En ese contexto sólo algunas reglas de la ley 12.734 adquirieron vigencia mediante la ley 12.912 (Cf. OLAZÁBAL, Julio (2010), *Constitucionalización del Proceso Penal santafesino*, Santa Fe, Ediciones UNL, p. 21).

⁴ A este tópico se lo suele denominar “*cuantificación de la pena*” como así también con el extranjerismo de “*sentencing*”. Si bien es posible distinguir entre cuantificación y determinación, no tiene, según Zaffaroni, Alagia y Slokar, mayor sentido práctico, porque “la cuantificación y el resto de la determinación son actividades judiciales prácticamente inescindibles, *dado que no se concibe juzgador que fije una cuantía de pena sin establecer la clase, o la forma de imposición o de cumplimiento, sin perjuicio de las facultades de posponer algunas precisiones de determinación.*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2002): *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar, pp. 992 y 994). Esta temática también es conocida bajo términos tales como “*dosimetría penal*” (Cf. LLORCA ORTEGA, José (2005): *Manual de determinación de la pena*, 6ª Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 7).

La trascendencia de este asunto no ha sido, a juicio de Hassemer, receptada en su auténtica magnitud por el sistema de juicio oral, cuyo eje se centra, en cambio, en la práctica de la prueba.⁵ En efecto, y sin ánimo de pasar por alto la excesiva juventud del nuevo sistema procesal penal de Santa Fe, uno de nuestros propósitos es indagar en esta temática a los fines de valorar si la reforma procesal penal de la Provincia tuvo, tiene o puede tener en un futuro próximo alguna incidencia favorable en torno a esta cuestión, sea del modo que sea.

Asimismo, más allá de la reforma procesal aludida, el presente trabajo tiene por *objeto central* determinar, en primer lugar, el influjo –directo o indirecto, explícito o implícito– que pudo haber tenido cierta concepción de la culpabilidad y/o teoría sobre los fines de las penas en la justificación y determinación del *quantum* de las condenas dictadas en las sentencias de primera instancia y/o las confirmadas/modificadas/rechazadas (ya sean revocadas ya sean anuladas) en segunda instancia por los tribunales santafesinos en el período inicial (2014-2019) de la etapa de transformación del nuevo proceso penal, examinando a tal fin de modo concienzudo y crítico la tarea argumentativa desarrollada en torno a la culpabilidad –componente esencial dentro de la teoría contemporánea del delito–, los fines de la pena y/u otro tópico relevante en que se hayan basado tanto los magistrados de primera instancia como los de segunda instancia al dictar sus sentencias en el marco del nuevo proceso penal vigente a partir del 10 de febrero de 2014 en la Provincia de Santa Fe.

En base a los análisis y hallazgos que se obtengan, se procurará establecer, en segundo lugar, con el mayor grado de precisión posible, cuál/cuáles de las concepciones vigentes acerca de la culpabilidad y/o fines de la pena y/o determinación de la pena utilizadas –ya sea de modo explícito o no– en la fundamentación/argumentación de las sentencias dictadas por los jueces santafesinos del nuevo sistema procesal penal acusatorio se encuentra/n en mejores condiciones de respetar el sistema constitucional (nacional) y convencional (internacional) de derechos humanos al que la Nación Argentina se halla sometida tanto por la Carta Magna como por los Tratados Internacionales suscriptos, con rango constitucional a partir de la Reforma de 1994 (art. 75 inc. 22 CN) y de leyes posteriores⁶; o si, en realidad, ello depende, más bien, del modo de argumentación y/o fundamentación de acuerdo con determinadas reglas y/o criterios jurídicos racionales, independientemente de la concepción dogmática escogida

⁵ Véase la cita del epígrafe (Nota N° 1).

⁶ No se puede dejar de reconocer que todos los actos humanos, entre éstos, incluimos la determinación judicial de la pena, son consecuencia lógica de una particular visión del mundo. Con ello, no se pretende decir que hay una visión mejor que otras, pero tampoco que da lo mismo una visión determinada que otra. Como sostiene el miembro de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, Dr. Daniel Erbetta, “en la elección de un modelo difícilmente pueda eludirse el ‘sentido’ de su construcción. Siempre habrá construcciones conceptuales más útiles al poder o más útiles a las garantías. Cuanto más funcional al poder más eficiente será el sistema para legitimar todas las decisiones del legislador, cuanto más funcional a las garantías más operatividad tendrá la inscripción constitucional y más racionalidad la decisión judicial” (ERBETTA, Daniel (2006): *Proceso formativo de la teoría del delito*, Rosario, UNR, pp. 20-21).

para la fundamentación, pero que puede o no estar ligado de alguna manera a las reglas de juego del nuevo sistema procesal penal; o, en último término, si esa compatibilidad constitucional con los derechos humanos no queda librada *azarosamente* sino al puro decisionismo judicial, que en tal caso habrá que evaluar si equivale o no a discrecionalidad reglada, pura arbitrariedad o mera repetición de una deformada práctica mecánica y generalizada, allende las teorías jurídicas y las formas de argumentación seleccionadas por los magistrados en la fundamentación de sus fallos.⁷

⁷ En palabras de Bernd Schünemann, la determinación de la pena es entendida como “*un campo de la ley hasta ahora controlado por la discrecionalidad y la arbitrariedad del juez*” (SCHÜNEMANN, Bernd (2003): “Prólogo” en HÖRNLE, Tatjana (2003): *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la Teoría de la Determinación de la Pena en Alemania*, Buenos Aires, Editor Fabián J. Di Plácido, p. 17). Así se lo presenta al panorama, desde el punto de vista de la sociología del conocimiento, en BOMBINI, Gabriel (2013): “Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena. La función referencial del mínimo de la pena dentro del marco legal”, *Revista de Derecho Penal*, dirigida por Alejandro Alagia, Javier De Luca, Alejandro Slokar, Año II – Nro. 6, dic. 2013, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y derechos humanos de la Nación, p. 7. En este sentido, nos parece ilustrativa la opinión al respecto brindada por el mencionado ministro de la Corte Suprema de la Justicia de Santa Fe: “*lamentablemente, muchas veces las construcciones han sido desplazadas por una praxis nada segura y previsible que no sólo pone en duda la eficacia de los desarrollos y elaboraciones dogmáticas (y con ello la gran utilidad de este saber) sino que, además, al derivar de criterios nada fundamentados se convierten en fuente de enormes arbitrariedades y desigualdades en la solución de los casos. En más de una oportunidad se ha podido comprobar la realidad de un derecho penal elaborado dogmáticamente que desafortunadamente concluye en una práctica judicial tópica, donde incluso –aunque no siempre– primero se decide y luego se buscan los fundamentos*” (ERBETTA, Daniel (2006), p. 19). Patricia Ziffer ejerce en su obra capital sobre el tema una dura crítica a la noción de discrecionalidad, fundamentalmente porque favorece la imposición de penas arbitrarias, que por tal carácter se tornan no susceptibles de ser revisadas (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005): *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc SRL).

Introducción

«...el preguntarse acerca de cuál es la pena que se debe imponer en un caso es tan trascendente como la cuestión previa de si ella debe ser impuesta; (...) esta trascendencia impone el recurso a reglas y criterios jurídicos racionalmente controlables, no discrecionales.»⁸

Patricia S. Ziffer

Es preciso tener en cuenta, antes que nada, que la cuestión de la determinación judicial de la pena ha sido curiosamente un tópico jurídico-penal poco estudiado por los especialistas del derecho penal.⁹ A pesar del ya lejano reemplazo del sistema clásico de las penas rígidas e invariables –tal como había quedado plasmado en el Código Penal francés de 1791¹⁰– por un sistema de penas alternativas y penas divisibles¹¹, la

⁸ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 18.

⁹ Al decir de Rivacoba, “tanto la determinación e imposición de la pena en cada ocurrencia delictiva por el juez, como, luego, su ejecución” fueron “demasiadas veces una y otra despreciadas por la doctrina y abandonadas a la empiria, al ojo del buen cubero, a la rutina o, en el más afortunado de los casos, a los esfuerzos de un espíritu sensible o de la buena voluntad, pero también, en ocasiones, a prejuicios estereotipados, criterios coyunturales, reacciones de desquite o impulsos de sadismo” (RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de (1993): *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires, Depalma; web: <https://sanasideas.files.wordpress.com/2015/08/rivacoba-funcion-y-aplicacion-de-la-pena.pdf>, p. 8). Según Schünemann, la “ciencia penal alemana (...) ha descuidado por completo durante décadas el campo de la medición de la pena, a pesar de que para el acusado –en muchos casos– la pregunta acerca de la determinación de la pena es la decisión judicial más importante” (SCHÜNEMANN, Bernd (2003): “Prólogo” en HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 17). Del mismo modo –creemos– piensan Fleming y López Viñals cuando afirman que el “análisis de las reflexiones de la ciencia penal en relación a los criterios de medición de la pena ha quedado proporcionalmente empequeñecido ante la enorme magnitud del debate dogmático desarrollado en el siglo XX en torno a la determinación del concepto de delito y a sus contenidos esenciales.” (FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009): *Las penas*, Rubinzal – Culzoni Editores, pp. 175-176). Tal desatención parece reflejarse también en el ámbito académico universitario; por ejemplo, así se puede corroborar con las escasas menciones del tema de determinación de la pena en algunos programas latinoamericanos de derecho penal (Cf. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto: “Prólogo” en POSADA MAYA, Ricardo y HERNANDEZ BEL TRÁN, Harold Mauricio (2003): *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, Bogotá, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, p. 13). De la misma manera se argumenta en TEDESCO, Omar Horacio (1994): “La crisis de la pena. La cesura y el estudio de la personalidad del justiciable” en *Revista ZEUS*, T. 65 D-123 – D-125. Tal carencia dogmática se torna peligrosa, pues, como dice Gimbernat, ella puede brindar, “al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución”. (GIMBERNAT, Ordeig (1976): “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Cívitas, p. 78.)

¹⁰ El sistema del Código Francés de 1791 de *tabulaciones de agravantes y atenuantes con penas fijas* reduce el papel del juez a un mero ejecutor de la ley. Según Zaffaroni, Alagia y Slokar, el modelo por excelencia de código racionalista de penas fijas fue el *código del Imperio del Brasil* de 1830 (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1037).

individualización judicial de las penas no tuvo desde los comienzos el tratamiento doctrinario y dogmático que hubiera merecido como otras temáticas centrales del derecho penal. La razón de ello tiene probablemente diversas aristas y zonas oscuras, harto complejas, que aquí empero no nos proponemos dilucidar, al menos, en principio.¹²

No olvidemos, por otra parte, que la cuestión de la determinación de la pena se encuentra vinculada con los serios problemas de legitimación que presenta la ley penal. Según Roberto Gargarella, tales problemas podrían enunciarse del siguiente modo: “¿cómo se justifica la imposición del dolor a otra persona? ¿Por qué debe presuponer que infligir dolor es una respuesta razonable contra un delito? ¿Cómo justifica la autoridad pública la distribución e imposición de tormentos (si se considera la forma rutinaria en que ejecuta esas tareas)? ¿Por qué debemos asumir que se responde mejor con retribución que con reparación? ¿Por qué debemos aceptar que el aislamiento en una prisión es el mejor medio (¡siquiera un medio!) para la reinserción social?”¹³

Apropiándonos ahora de la sencilla definición con que Patricia Ziffer da comienzo a su obra dedicada al tema, la determinación judicial de la pena puede ser entendida simplemente como “el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito”.¹⁴ No se trata, sin embargo, de una tarea sencilla, sino, por el contrario, es un acto más bien complejo que implica un proceso en el que deben ser considerados distintos tipos de información acerca del hecho y del autor para dar la respuesta más equilibrada posible. Mediante dicho proceso, el juez determinará no sólo la clase y monto de pena, sino también el modo de ejecución, la suspensión de la misma, el

¹¹ Tendencia que ya se había concretado con el Código Napoleónico en 1810 y los sucesivos códigos que establecían un máximo y un mínimo de pena para los delitos (Cf. FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, España, Editorial Trotta, pp. 402-403).

¹² Silva Sánchez cree saber por qué se le dio un trato desigual a la teoría de la determinación y a la dogmática de la teoría del delito (Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María (2007): “La teoría de la determinación de la pena como sistema (Dogmático): un primer esbozo”, Barcelona, abril, *Indret 2* (Revista para el análisis del derecho), <http://www.indret.com>, p. 3). No obstante, como señala Bernardo Feijoo Sánchez, hace “ya algunos años que las cuestiones relativas a la determinación de la pena ocupan un lugar destacado en el ámbito de las discusiones y preocupaciones político-criminales comunes de los países de nuestro entorno cultural, siendo uno de esos temas que están posibilitando influencias mutuas y aportaciones recíprocas entre el ámbito de las culturas jurídicas anglosajonas y el de las culturas jurídicas europeas continentales.” (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2007): “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena”, Barcelona, enero, *Indret 1/2007* (Revista para el análisis del derecho), <http://www.indret.com>, p. 3). A pesar de lo expuesto, Feijoo advierte que dicha preocupación no ha tenido repercusión en España y que la “teoría de la pena proporcional al hecho capitaneada por v. HIRSCH y que ha tenido un desarrollo brillante por parte de Hörnle en Alemania ofrece la enorme ventaja, a pesar de lo erróneo de muchos de sus planteamientos, de permitir debatir cuestiones que han tenido un escaso tratamiento por parte de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia españolas” (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2007), p. 13). Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que en relación con la problemática de la cuantificación de la pena que “gran parte de responsabilidad incumbe a las agencias académicas en razón del magro desarrollo dogmático en esta materia, que sólo mereció la atención desde hace escasas décadas (...) es a todas luces evidente que se ha operado un raquitismo teórico en orden a la cuantificación penal, al par que el ámbito de la teoría del delito desarrolló una hipertrofia discursiva” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 993).

¹³ GARGARELLA, Roberto (2016): *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, p. 236.

¹⁴ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 23. Dentro del sistema penal argentino, Ziffer aclara que “a cada tipo le corresponde un marco penal, dentro del cual el juez debe fijar cuál es la pena adecuada al caso que se le presenta” (ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 36).

establecimiento dónde deberá cumplirse, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño, entre otros varios asuntos. Como aclara Ziffer, la delimitación de criterios para fijar las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta exige a su vez identificar parámetros que en cierta medida dependerán de la decisión previa acerca de cuál es la finalidad de la pena, aunque no en forma exclusiva como puede parecer a primera vista.¹⁵

No obstante, el acierto o no de dicha opinión, la identificación de los fines de la pena en el caso concreto permitirá al juez, según algunos autores, seleccionar los datos relevantes para la decisión. En efecto, un sector considerable de la doctrina entiende que la determinación de la pena se vincula más con las teorías de la pena (ya sean absolutas, ya sean relativas) que con la propia teoría del delito.¹⁶ La cuestión será ver, entonces, si ambas clases de teorías (la de la pena y la del delito) están tan separadas o guardan cierta interdependencia o interrelación.

Silva Sánchez sostiene, por su parte, que “*la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito*”. En tal sentido, Silva propone trazar “*los principales rasgos de un sistema de determinación de la pena como sistema dogmático*”, continuando así la línea seguida por autores como Von Hirsch, Jareborg, Schünemann y Hörnle, quienes defendieron cada uno a su modo la llamada “*teoría de la proporcionalidad con el hecho*”.¹⁷

Históricamente se han desarrollado diversas corrientes que pretendieron hacer concordar los fines de la pena en el caso concreto. Ziffer menciona al menos tres construcciones teóricas diferentes, que parten de la misma base según la cual la

¹⁵ ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 23-24. Ziffer advierte allí mismo que no hay que sobrevalorar la importancia de las teorías de la pena respecto de la determinación de una pena en concreto, ya que tienen menos influencia real que lo que podría suponerse. A propósito de tal tesis, Feijoo Sánchez señala que en la doctrina española DEMETRIO CRESPO –(1991), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, p. 49– “*defiende la concepción opuesta y considera que la individualización de la pena es independiente de la teoría sobre los fines de la pena*” (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2007), p. 8).

¹⁶ Citando al autor López Barja de Quiroga, Fleming y López Viñals señalan al respecto que “según los fines que se le asignen, la cuantificación puede tener resultados completamente diferentes” (FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 352).

¹⁷ Esta teoría también ha sido conocida como “*la teoría de la proporcionalidad por el hecho o de la pena proporcional al hecho*” o “*neoproporcionalismo (neoclasicismo)*”. En lo que respecta a esta postura, Feijoo Sánchez dijo que era un derivado contemporáneo de la corriente retribucionista de la culpabilidad, elaborado en Alemania por Andrew v. Hirsch e impulsado por Tatjana Hörnle con el fin de abrir un debate ausente en la doctrina sobre el asunto de la determinación de la pena, ejerciendo el mismo una considerable influencia teórica y práctica en el Derecho comparado (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2007), p. 4; véanse en detalle los argumentos desarrollados en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2007), pp. 2 y ss). Esta novedosa visión retributiva de la pena que, partiendo de premisas de contenido garantista, busca alcanzar sanciones justas y previsible, no presupuso, empero, el rechazo absoluto de la idea de prevención, como en las versiones clásicas (Véase nuestra nota N° 58). Es posible esperar que los fines preventivos sean un efecto razonable del reproche que trasunta la pena diseñada desde el ángulo retributivo, aunque no necesariamente ésta debe incidir en la personalidad del autor estimulando sentimientos contrarios al delito. En efecto, sólo se trata de una ocasión propicia para que aquel saque provecho para reflexionar sobre su conducta, lo que depende enteramente de él (Cf. VON HIRSCH, Andrew (2003): “*Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena*” en *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 125 y ss.). En consecuencia, las finalidades preventivas configuran dentro de este enfoque sólo una probabilidad, un efecto posible que puede llegar a concretarse, pero no son el eje de la imposición de la pena ni puede ser el criterio principal para modularla.

culpabilidad es el fundamento de la pena, a saber: 1^a) la teoría del ámbito del juego (*Spielraumtheorie*), teoría dominante en Alemania, que sostuvo que no es posible un monto determinado de la pena, sino que sólo es posible formular un marco de culpabilidad, cuyos límites están constituidos por un mínimo “ya” adecuado y un máximo “todavía” adecuado a ella que le permite al juez dentro de un margen de libertad en el caso concreto encontrar la pena correcta teniendo en cuenta fines preventivos (v.gr. alcanzar la resocialización);¹⁸ 2^a) la teoría de la pena puntual (*Punktstraftheorie*), que en oposición a la teoría precedente, niega la existencia de un marco de culpabilidad en cuanto afirma que la pena adecuada a la culpabilidad es “sólo una”, aquella que está asociada sustancialmente a la noción de gravedad del hecho;¹⁹ 3^a) la teoría del valor relativo o de posición (*Stellenwertheorie*), según la cual la pena debe ser fijada, en una primera etapa, mediante criterios retributivos determinando el monto de la pena en unidades de pena de prisión, de conformidad con los grados de culpabilidad fijados en proporción a la gravedad del hecho, sin considerar ningún tipo de reflexión orientada a la prevención; y en una segunda etapa, desde el punto de vista de la prevención especial, se decidirá la clase de la pena y el modo de ejecución, dejando al margen las consideraciones retributivas o de culpabilidad.²⁰

Independientemente de las propuestas teóricas mencionadas *ut supra*, cabe destacar en el ámbito local el enfoque del jurista Eugenio Raúl Zaffaroni, quien ha representado –según Ziffer– un progreso notable en nuestro país en comparación con la doctrina mayoritaria, ya que, incluso al referirse al tema de la cuantificación de la pena, afirma que es necesario que el juez utilice un razonamiento claro y un criterio jurídico.²¹ En efecto, es preciso eliminar el componente irracional de toda decisión judicial que determine la pena en un caso concreto. Y ello sólo es posible en la medida en que, a pesar de la imprevisibilidad que esta determinación suponga, se haga explícita y controlable en sus argumentos la decisión que finalmente se adopte para que ésta sea considerada racional.²²

¹⁸ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 48-49. El inconveniente que tiene esta posición es el margen de discrecionalidad que se da con la apertura que presupone el hecho de que el juez se desvincule de la pena por culpabilidad al seguir criterios preventivos, fenómeno más ligado a lo intuitivo que a otra cosa.

¹⁹ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 51. El inconveniente de esta teoría es que resulta imposible una medida determinada de pena porque no se sabe cuál es la medida exacta de culpabilidad en tanto que es un fenómeno metafísico.

²⁰ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 52-53.

²¹ En tal sentido, Zaffaroni se aleja –según Ziffer– de posiciones doctrinales como las de Jiménez de Asúa, Chichizola, Nuñez y Baigún, autores que, cada uno a su modo, entienden que la determinación de la pena es un acto discrecional de los jueces (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 26-27). En el mismo sentido, Fleming y López Viñals indican que sólo en las postrimerías del siglo pasado con Zaffaroni y Ziffer la doctrina nacional presentó obras críticas de los criterios adoptados por el legislador argentino en relación con la determinación judicial de la pena, pues, por ejemplo, autores clásicos de la talla de Nuñez y Soler habían señalado incluso a “*la peligrosidad como el factor esencial en la mensura de la pena*” (FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 176).

²² Los temas relativos a la motivación de los fallos de los jueces, la discrecionalidad y la pura arbitrariedad –incluso respecto de la determinación judicial de la pena– serán examinados más adelante en un apartado (específicamente en la Sección 5ta.) dentro del Capítulo I de este trabajo.

Para Zaffaroni, está claro que, según el principio de irracionalidad mínima, no se puede eliminar totalmente la irracionalidad de la pena, pero sí al menos sus caracteres más groseros, a través de un “*proceso valorativo dialéctico*” por el cual se alcanza la “*culpabilidad normativa*” que se logra por medio de una síntesis entre la “*culpabilidad por el acto*” –esto es, la reprochabilidad por el acto– y “*culpabilidad por vulnerabilidad*” –esto es, un cálculo del esfuerzo que el agente haya hecho por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo–.²³ En tal sentido, la posición agnóstica sobre la pena elaborada por Zaffaroni constituye, para algunos, y pese al descrédito y al juicio actual, generalizadamente negativo, que hoy despierta su nombre en diversos ámbitos, “*una de las miradas más interesantes que pueden encontrarse en Latinoamérica sobre la pena*”.²⁴

Tal como fuera planteado en el Prólogo, los objetivos primordiales de esta investigación nos llevan a concentrar las reflexiones elaboradas en el marco de este proceso, los contenidos de los hallazgos y su correspondiente valoración crítica en una sola hipótesis general de trabajo, hipótesis que será desarrollada y puesta a prueba a lo largo de los capítulos que componen esta investigación, los que finalmente desembocarán en una conclusión que, además de incorporar una valoración equilibrada de los tópicos tratados, abordará la cuestión crucial más intrincada por la que atraviesa el tema central que nos ocupa –la determinación de la pena–, cuestión que nos hemos tomado la libertad en denominar de la siguiente manera: *la insalvable brecha entre los argumentos y los números*.²⁵

La hipótesis central de trabajo, las secciones y conclusiones mencionadas precedentemente son descriptas a continuación de modo sucinto a fin de facilitar la lectura y, a la vez, la comprensión de las finalidades inherentes a la investigación llevada a cabo a lo largo de estas páginas:

La hipótesis de trabajo:

“Las oscilaciones constantes e incoherentes en la determinación judicial de la pena en el marco del nuevo sistema procesal penal de la Provincia de Santa Fe no

²³ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1032. Respecto de la ausencia de diferenciación entre la culpabilidad de la cuantificación penal y la culpabilidad normativa de delito, véase la parte del capítulo I relativa al funcionalismo conflictivista de Zaffaroni, Alagia y Slokar.

²⁴ GARGARELLA, Roberto (2016), p. 38. Pese a esta mirada elogiosa, Gargarella mantiene a la vez, desde un punto de vista republicano, una postura crítica con respecto a la posición de Zaffaroni que, según él, sólo circunscribe, pero no desactiva, el aparato de la violencia vigente del derecho penal actualmente existente. Para Gargarella, el zaffaronismo se aleja así de otras formas de reproche no excluyentes, no represivas, como las vinculadas con la justicia restaurativa que el propio Gargarella propone (Cf. GARGARELLA, Roberto (2016), pp. 41-43).

²⁵ Ya en 1972 Günter Stratenwerth había señalado que la principal barrera que impide la expresión de la pena en cifras la constituye la imposibilidad de transformar en cantidades numéricas los juicios de valor (*Tatschuld und Strafzumessung*, Tubinga, p. 37, citado en ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 29). Una posible traducción de este trabajo es *Culpa y castigo reales*, trabajo que originalmente fue dado como una conferencia ante la Sociedad Jurídica en Berlín el 12 de mayo de 1971. En sentido análogo, añade Ziffer, “[l]a exactitud en materia de determinación de la pena está muy lejos de ser alcanzada. Ninguno de los esfuerzos doctrinales realizados para dotarla de precisión matemática ha logrado avances decisivos en este aspecto.” (ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 30).

obedecen primordialmente a la adopción de una determinada concepción sobre la culpabilidad o sobre los fines de la pena por parte de los magistrados, sino más bien al hecho de que en algunos casos se recurre 'correctamente' a un uso razonable de reglas y criterios jurídicos controlables, de conformidad con pautas establecidas legalmente (como, por ejemplo, las previstas en los artículos 40 y 41 CP) –razonabilidad o discrecionalidad reglada–, quedando en otros circunscripta al (o enredadas en el) ámbito subjetivo de la mente de los magistrados que, por lo general, efectúan una interpretación prejuiciosa, intuitiva o emocional (caprichosa) de dichas pautas o reiteran prácticas mecánicas, atávicas, generalizadas y peligrosistas sin dar verdaderos motivos, lo que se acerca lamentablemente al reino de lo azaroso, imprevisible o irrazonable –arbitrariedad–, sin perjuicio de que en uno u otro caso (y pese a las enormes diferencias) el auténtico escollo insalvable es la limitada capacidad humana para transformar argumentos en números.”

Los capítulos de la investigación:

A los fines del desarrollo y corroboración de la hipótesis de trabajo precedentemente enunciada, efectuamos en la Primera Parte de esta investigación un recorrido histórico-conceptual por la evolución a través de la cual discurrió la categoría de *culpabilidad* como así también los restantes elementos categoriales, en el marco de la teoría del delito, a raíz de la polémica suscitada –ya superada²⁶– durante los años '50 y '60 del siglo pasado entre causalistas y finalistas y, a su vez, a la luz de los planteos a que dio lugar la reformulación de dicha categoría y las demás con motivo de las nuevas tendencias funcionalistas desarrolladas con posterioridad –v.gr. las posiciones de Roxin, Jakobs y Zaffaroni, entre otros–.²⁷ Esto nos conducirá inevitablemente a indagar en el contexto histórico, científico-filosófico y socio-cultural en el que cada perspectiva se originó, la concepción de pena y política criminal adoptada por cada enfoque y el modo en que esa toma de posición se reflejó en la conceptualización de los elementos

²⁶ En la doctrina actual ya no se debate si la tipicidad incluye elementos objetivos y subjetivos. La re-ubicación del *dolo* en el tipo resulta un cambio metodológico indiscutible logrado por Welzel, que universalizó la estructura compleja de la tipicidad, incorporando en su seno al dolo y la imprudencia. Ni siquiera autores como Roxin o Jakobs cuestionan tal modificación, si bien se valen de otros argumentos o razones para mantenerlo (Cf. ERBETTA, Daniel (2006), p. 35).

²⁷ La discusión entre causalistas y finalistas (referida al injusto causal vs. injusto personal) parece haber cedido su lugar a otro debate que ha tomado el centro de la discusión actual en materia penal. Se trata de la disputa entre una dogmática *ontologicista* y una dogmática *normativizante*. En esta nueva disputa las posiciones en pugna son dos, a saber: 1º) la de construir la teoría del delito a partir de los datos ónticos de los elementos empleados (esto es, fenómenos o realidades, o bien, conceptos empíricos); 2º) la de que dicho constructo debe articularse, por el contrario, desde criterios normativos o valorativos con independencia de cualquier cuestión ontológica u óntica, tal como sugerían los neokantianos del causalismo normativista que de ningún modo admitían que del ser se pueda derivar el deber ser. Quizá la versión más extrema del normativismo sea, para muchos, la teoría de Günther Jakobs, mientras que el sistema de Claus Roxin sea sólo una versión más moderada en cuanto reconoce de alguna manera el dato de la realidad, aunque siempre a la luz de las valoraciones propias de la finalidad político-criminal. Hanz Welzel, por su parte, representaría la vertiente ontologicista en la medida que sostiene, como se verá, que hay estructuras lógico-reales u objetivas anteriores a toda norma (v.gr. acción final) (Véase ERBETTA, Daniel (2006), pp. 36-38).

categoriales de la teoría del delito, en especial la categoría de culpabilidad y su relación con la determinación de la pena.

Tal opción metodológica pondrá de resalto a su vez la interdependencia que, entendemos, existe entre la teoría de la pena escogida y el modelo explicativo de la teoría general del derecho penal con el fin de hacer visible en qué medida la teoría de la pena predetermina el sentido y alcance de los elementos conceptuales del hecho punible. En otras palabras, lo que se intentará mostrar aquí es que, de acuerdo con la concepción de pena de la que parta el modelo, se delinearán el contenido de los elementos conceptuales del delito, por lo que si, por ejemplo, se sostiene una teoría negativa y agnóstica de la pena (v.gr. la de Zaffaroni-Alagia-Slokar) se alcanzará un concepto de culpabilidad y determinación de la pena hondamente diferente al que podría brindar otra teoría como la de la prevención general positiva (v.gr. la de Jakobs), pues el problema de la pena trasciende al Derecho Penal y al derecho en general en tanto que se basa en la concepción que se tenga acerca de la persona humana y de la vida en sociedad.

El análisis propuesto no pasa por alto los innumerables problemas y complejidades epistemológicas que intrínsecamente conlleva²⁸; por ello, el abordaje temático no apuntará a profundizar específica y exhaustivamente la cuestión en cada autor, ya que ello supondría escribir por lo menos una tesis para cada caso. Sólo se pretende abrir algunas líneas de debate e interrogantes respecto al tema para repensar la cuestión de la determinación judicial de la pena a la luz de los distintos aportes doctrinarios existentes.

Por otra parte, abordaremos, desde un punto de vista constitucional y penal de la determinación judicial de la pena, la cuestión acerca de si es posible distinguir la *discrecionalidad* –sujeta a límites constitucionales, convencionales (art. 75 inc. 22 CN), internacionales (costumbre internacional), legales, etc.– de la *arbitrariedad* e *irrazonabilidad*. Creemos que es relevante el planteo de esta distinción en razón de las consecuencias que trae aparejada; ello en la medida en que se vincula directamente con la necesidad de motivación de los fallos de los jueces dado el carácter republicano de la forma de gobierno de nuestro país, cuestión que se pondrá de resalto en la investigación y en las conclusiones.²⁹

²⁸ De todos modos, como sostienen López Viñals y Fleming, la teoría de los fines de la pena como fuente suministradora de las bases de razonamientos para la construcción de un método adecuado de mensura de la sanción no podría formularse acabadamente sin acudir a “*otras piezas argumentales que surgen de la teoría del delito*” (FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 177). En otras palabras, esto quiere decir que, al momento de decidir la medida de la pena, será necesaria la confluencia de ambos esfuerzos sistemáticos de la dogmática penal, a saber: teorías de fines de la pena y teorías del delito. Y es por ello que el estudio conjunto de ambas teorías y/o modelos en busca de una posible interdependencia, pese a la complejidad epistemológica que esto suponga, será de gran ayuda a nuestros propósitos.

²⁹ Diversos autores (por ejemplo, claramente SCHÜNEMANN, Bernd (2003), p. 17; también en FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 176; ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 37; BOMBINI, Gabriel (2013), pp. 8-9; DE LA RÚA, Fernando (1994): *La casación penal*, Buenos Aires, Depalma, p. 64; DAL DOSSO, Darío Alberto (2015): “Cesura del juicio penal”, en *Revista de Derecho Procesal Penal 2015-2: El nuevo Código Procesal Penal de la*

Por último, también dentro de esta Primera Parte, y con el afán de llevar a cabo un abordaje integral de los objetivos en los que se focaliza la hipótesis planteada, delinearemos, luego de repasar sucintamente el sistema penal argentino de la determinación de la pena inserto en el Código Penal –específicamente las pautas del art. 40 y 41 CP–, tres estándares de argumentación referidos a dicha temática, estándares que pueden hallarse en diferentes casos o situaciones, a saber: i) el de la sentencia condenatoria proveniente de juicio oral y público; ii) el de la sentencia condenatoria proveniente del sistema de juicio por jurados (v. gr. Córdoba, Buenos Aires, Neuquén); iii) el de la sentencia condenatoria en la justicia minoril. Efectuado este análisis descriptivo, podrá evaluarse entonces si alguno de estos tres estándares configura un modo más adecuado o justo de determinar pena y en cualquier caso sopesar las razones (*pro y contra*) de la conveniencia o no de la cesura.

En la Segunda Parte de este trabajo, analizaremos los argumentos concretos desarrollados en cada caso por los jueces de los Tribunales de Santa Fe con relación a la culpabilidad, los fines de la pena y/u otro tópico relevante al momento de fundamentar sus sentencias condenatorias y determinar, en su caso, el *quantum* punitivo. En esta parte de la investigación, examinaremos una porción significativa de los fallos que se hayan dictado en las cinco circunscripciones jurisdiccionales de la Justicia Provincial de Santa Fe durante el período que arranca el 10 de febrero de 2014 hasta el presente (principios del año 2019) sin seguir un criterio restrictivo ni selectivo, sino por el contrario más ligado al azar con la esperanza de cubrir en tal relevamiento la diversa gama de argumentación desarrollada en los juicios orales y públicos en torno a la cuestión que nos ocupa. No obstante, en el análisis descriptivo que se realice por cada caso se podrán de resalto ciertos denominadores comunes que nos permitirán agrupar los fallos por su vinculación a aquellos, a saber: una consideración exacerbada de aspectos objetivos de la determinación de la pena *versus* una pobre consideración de los aspectos subjetivos o personales del condenado, o por el contrario, una consideración exclusiva sobre aspectos únicamente subjetivos; una valoración predominantemente generalizada o, en cambio, una valoración estrictamente particularizada con relación al caso concreto; como así también una definición precisa o, por el contrario, una definición vaga o sencillamente una indefinición respecto del carácter agravante o atenuante de los factores considerados en relación con ciertos tipos penales, o bien, la existencia de argumentaciones auto contradictorias en torno a los mencionados factores

Nación. Ley 27.063, dirigido por Edgardo Alberto Donna, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 43-44) parecen reconocer, a veces acriticamente, cierta sinonimia entre discrecionalidad y arbitrariedad, descartando así una eventual distinción que podría establecerse en orden a un correcto entendimiento de la tarea fundamentadora a cargo de los jueces en los fallos que dictan, aunque es justo reconocer que Ziffer diferencia la discrecionalidad pura y simple de la “*discrecionalidad reglada*” para argumentar a favor de que la tesis que sostiene que la decisión que determina pena es revisable, “*pues toda decisión reglada puede ser revisada, a fin de determinar si fue adoptada siguiendo las normas que la reglan*” (ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 187). Como se aclaró en la Nota N° 22, los temas relativos a la motivación, la discrecionalidad y la pura arbitrariedad serán tratados en la sección 5ta. del Capítulo I de este trabajo.

y, finalmente, la existencia de peculiaridades o particularidades en la determinación de la pena respecto de cambios de calificación legal efectuados por el tribunal o la interpretación benévola en la cuantificación de los delitos que no llegan a consumarse. En tal derrotero quedarán al margen del análisis las sentencias dictadas en el marco de los procedimientos abreviados, habida cuenta que –sin perjuicio de algunos contados casos– desde que se implementó el nuevo sistema procesal penal los jueces no han hecho casi otra cosa que homologar la decisión de las partes en cuanto a la determinación de la pena, sin ningún tipo de intervención sustancial en cuanto al fondo del asunto (individualización de la pena).

Más allá de la breve síntesis de los datos indispensables respecto de cada uno de los casos, el análisis crítico quedará restringido a la cuestión de la determinación judicial de la pena en conexión directa con el examen efectuado por el/los magistrado/s en torno a la culpabilidad y/u otro elemento conceptual de relevancia que se haya tenido en cuenta para tal determinación (por ejemplo, finalidad preventivo especial o preventivo general, etc.), procurando verificar si efectivamente es posible detectar al momento de la determinación algún influjo directo o indirecto, explícito o implícito, de los modelos teóricos o concepciones estudiados en la Primera Parte, o si, en lugar de ello, la génesis de la determinación de la pena tiene su raíz en el uso razonable de las reglas o criterios racionalmente controlables a los que se recurre con independencia de algún modelo teórico adoptado, o si, por fin, se prescinde absolutamente de modelos, teorías y/o criterios a la hora de determinar el *quantum* punitivo siguiendo la práctica mecánica de una reiterada costumbre generalizada, atávica o simplemente el imprevisible sendero de un prejuicio, intuición, emoción o antojo.

Hecho el recorrido indicado, realizaremos finalmente en la Tercera Parte una valoración crítica y comparativa de los argumentos que sostuvieron los magistrados en torno a la cuestión de la culpabilidad y/u otro tópico relevante para la determinación de la pena en los casos concretos con el fin de alcanzar con un aceptable grado de probabilidad una conclusión que pueda dirimir los siguientes dilemas: a) si la utilización de cierta concepción de culpabilidad o determinada teoría sobre los fines de la pena ha garantizado más que otras el respeto a los derechos humanos consagrados por el sistema constitucional, convencional e internacional vigente en lo que hace a la determinación judicial de la pena; b) si ello, en cambio, ha dependido más bien del hecho de que los jueces hayan tomado el recaudo de recurrir a ciertas reglas y criterios jurídicos racionalmente controlables en sus argumentaciones, con independencia de la concepción o teoría jurídica seleccionada; c) o si, en definitiva, tal circunstancia ha sido fruto azaroso del decisionismo judicial, lo que podría dar lugar a pensar que para dictar una sentencia justa en lo que hace a la determinación judicial del *quantum* de la pena no es preciso apoyarse en determinada concepción de culpabilidad ni en determinada

visión acerca de los fines de la pena, ni siquiera aún en la expresión de los fundamentos bajo reglas o criterios jurídicos razonables; de modo tal que quizá la decisión justa al respecto se convierta más bien en una suerte de *no sé qué* imprevisible o azar consuetudinario, peligrosamente más cercana al reino de lo azaroso o de la arbitrariedad que al de lo razonable.

Conclusiones finales:

Como corolario final, esperamos brindar una perspectiva rigurosa y sólida en torno a la cuestión objeto de la presente investigación –esto es, el examen de la consideración judicial de la culpabilidad y demás tópicos relevantes a los fines de la justificación y determinación cuantitativa de la pena–, que en su caso tendrá la ambición de ofrecer a los operadores del nuevo sistema penal vigente en Santa Fe un panorama más claro y preciso que el actual, lo que acaso permita valorar en concreto los *pro* y *contra* de determinada concepción de culpabilidad, teoría sobre los fines de la pena o sobre la determinación de la pena, o bien, desentrañar la tarea propia de la argumentación según reglas y/o criterios jurídicos racionales, a la hora de afrontar la función que corresponda: ya sea, la de acusar, defender y/o especialmente la de juzgar.

Independientemente de que se trate de una investigación propia del ámbito de la Academia, lo que en cierto sentido podrá equipararla más al intento de confirmación de una hipótesis teórica que a otra cosa, la finalidad de este trabajo es, o pretende ser, a su vez, eminentemente práctica, en el sentido de que se propone como un estudio pormenorizado basado en buenas razones para sopesar la bondad de los argumentos y recursos teóricos de los cuales nos valemos en la solicitud y administración de justicia en el ámbito santafesino con respecto a la cuestión de la determinación judicial de la pena. También alberga *presuntuosamente* la misma esperanza que le augurara Schünemann a su discípula Hörnle a raíz de un libro suyo en torno al tema, a saber: la de “*garantizar previsibilidad y justicia*” en un ámbito de la ley dominado por la arbitrariedad.³⁰ En este sentido, estamos convencidos, como Fleming y López Viñals, que el desbalance de la preocupación científica que hubo entre delito y pena ha tenido graves consecuencias prácticas, pues al carecer los operadores del sistema de las herramientas necesarias la “*determinación judicial de la sanción se ha venido efectuando de un modo discrecional, a través de consideraciones sumamente pobres y de un carácter excesivamente variopinto*”.³¹

Desde esta perspectiva, estamos seguros que el tratamiento de la cuestión podrá servir al menos como un peldaño más (junto a otros), pero ahora en nuestro ámbito provincial de la nueva justicia penal, para vislumbrar otro escenario que permita en el

³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd (2003), p. 17. Véase Nota N° 7.

³¹ FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 176.

mejor de los casos un cambio de rumbo en la magistratura local que, por lo general, en sus sentencias presenta un exiguo o estereotipado margen de reflexión sobre la pena que se entiende adecuada al delito, quedando ligada en varias ocasiones a prejuicios personales del juez basados en la historia pretérita de la vida del imputado o en las expectativas sociales de castigo (e incluso de venganza) que ejercen influencia sobre los jueces a través de los medios de comunicación y/u otras vías características de esta nueva era de la intercomunicación que, junto al uso excesivo de las redes sociales, se han instalado como paradigmas generadores de opinión y valoración de los asuntos particulares de la justicia, cuyos rasgos individuales se van disolviendo en medio de la homogeneización global de la cultura.

Capítulo I

Los diversos modelos de la teoría del delito y la determinación judicial de la pena

«...hay que procurar que la pena no sea mayor que la culpa»³²

Marco Tulio Cicerón

I.1 Introducción: el concepto de culpabilidad

La cita de Marco Tulio Cicerón no es precisamente una referencia casual, ni antojadiza³³; pues, para reflexionar acerca de las penas y su determinación, parece inevitable plantearse el concepto de culpabilidad que en el ámbito del derecho es asociado por una tendencia general a la ocurrencia de un hecho considerado por la ley del Estado como delito (culpabilidad por el hecho) para diferenciarlo de los conceptos

³² “*Cavendum est etiam, ne maior poena quam culpa sit...*”. El traductor inglés lo vuelca a su idioma del siguiente modo: “*We should take care also that the punishment shall not be out of proportion to the offence...*” (CICERO, Marcus Tullius (1913): *De Officiis*, London & New York, The Loeb Classical Library, edited by T. E. Page, Litt. D., and W. H. D. Rouse, Litt. D., I, 25, 89, 90 pp. 90-91). Si bien la culpabilidad es considerada como fundamento de la medición de la pena en algunas legislaciones (así, v. gr. el art. 46, párr. 1º, inc. 1º StGB y también el art. 8º del Proyecto de Código Penal del Ministerio de Justicia de la Nación), nuestro código penal no la introduce expresamente en el conjunto de factores objetivos y subjetivos que inciden en la medición de la pena; lo que, sin embargo, no impide a criterio de Fleming y López Viñals, por ejemplo, que se la postule desde una perspectiva supralegal como “*fundamento de la imposición y mensura de la pena*” (FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 173).

³³ El principio ciceroniano, cuyo origen quizá tenga un antecedente aún más remoto, parece regir la orientación de las llamadas “*teorías de la unión*” –dominantes en los tribunales superiores y el ámbito doctrinario en la Alemania de la década de los 90–, teorías que, al mediar entre las teorías absolutas y relativas, tratan de combinar la retribución de la culpabilidad mediante pena con la influencia rehabilitadora o disuasiva, no debiendo transgredir la “*medida de la culpabilidad*”, pues las razones preventivas jamás podrán ofrecer justificación suficiente para sobrepasar la pena adecuada a la culpabilidad; no obstante ello, el propio Jakobs señala que no se ha podido comprobar la existencia de una relación positiva entre retribución de culpabilidad y prevención general (Cf. JAKOBS, Günther (1998): “*Sobre la teoría de la pena [Zur Straftheorie]*”, trad. por Manuel Cancio Melía (UAM), Colombia, Marzo de 1998, Cuadernos de conferencias y artículos N° 16, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, pp. 10-12). Fleming y López Viñals señalan que las llamadas teorías de la unión, mixtas o unificadoras tienden a satisfacer las tres finalidades que rivalizaron clásicamente, a saber: retributivas, de prevención general y especial, y que dichas teorías unificadoras, pese al título, son varias, pudiendo distinguirse las mismas en base a un criterio geográfico: a) Escuela ecléctica alemana –Mittermaier, Mayer–; b) Escuela ecléctica italiana –Beccaria, Carmignani, Carrara–; c) Escuela ecléctica francesa –Rossi, Ortolan, Molinier o Tissot (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 143). Como afirman estos autores, el verdadero inconveniente de las teorías de la unión es la suposición errada de que fines tradicionalmente antagónicos sean conciliables y que la noción de culpabilidad sólo opera como factor limitante; pese a ello, en el derecho comparado existe una preferencia amplia por los sistemas legales que combinan los factores retributivos con los preventivos para la medición judicial de la pena (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 145 y 353).

de culpabilidad por conducción de vida y culpabilidad de carácter.³⁴ Convengamos en que actualmente hay consenso general en que jamás podrá imponerse una sanción penal a una persona por su forma de ser, o por sus ideas (aunque éstas estén referidas a la culpa), si no se plasman en actos lesivos a las normas.³⁵ Es más, a la conciencia de Occidente le resultaría inadmisibles condenar a alguien que no es culpable por un hecho.³⁶ En este horizonte de comprensión común, las preguntas emergen casi sin pedir permiso: ¿Es acaso la culpabilidad por el hecho el *baremo* con el que hay que medir la pena *justa*? ¿Qué es la *culpa*? Asimismo, ¿qué es, en definitiva, la pena *sino* un aspecto cuantitativo-punitivo de la culpa? ¿Qué significa que la pena sea *justa*? Por otra parte, ¿la culpa configura, en este contexto, en cuanto categoría central, un fundamento para la imposición de la pena a la vez que un límite para la mensura? ¿Qué diferencias existen entre la culpabilidad para fundamentación de la pena y la culpabilidad para la medición de la pena? ¿Es acaso la prevención una categoría que debe complementar necesariamente a la culpabilidad al momento de determinar la medida justa de la sanción, como lo aseguran varios autores³⁷?

Tal como Aristóteles aborda en el Libro VII de su *Metafísica* la pregunta por el Ser, intentaremos reflotar aquí con una impronta análoga la pregunta por la culpabilidad

³⁴ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 61-62.

³⁵ Salvo que se piense en la *legislación expansiva de nuestros tiempos* que, acertadamente describe el jurista Jesús María Silva Sánchez, quien no sólo destaca la tendencia incriminadora de dicha legislación, que choca desde luego con la tendencia de un derecho penal mínimo, sino también su ineficacia desde el punto de vista preventivo-especial (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992): *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, p. 16).

³⁶ Como dice Ziffer, “la afirmación de la existencia de un ilícito culpable es el presupuesto de una pena... El ilícito y la culpabilidad como presupuestos de la punibilidad se encuentra fuera de discusión.” (ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 121).

³⁷ Desde la perspectiva de Schünemann, el principio de culpabilidad sólo limitaría la admisibilidad de la pena, mientras que la finalidad preventiva fundamentaría la necesidad de su imposición (Cf. SCHÜNEMANN, Bernd (1995): *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales. La función del principio de culpabilidad en del Derecho Penal preventivo*, Madrid, Tecnos). Jescheck sostiene ideas similares al admitir que no se puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, aunque sí disminuirla para no dificultar la reinscripción (Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich (1993): *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. José Luis Manzanera Samaniego, Granada, Editorial Comares, p. 20). En el mismo sentido, se expresan autores como Roxin que defiende la idea de finalidad limitante de la culpabilidad e incluso que no sea necesario cubrir ese límite si finalidades preventivas no lo exigen (Cf. ROXIN, Claus (1997): *Derecho penal. Parte General*, Madrid, Editorial Civitas), Dolling que aboga por que la pena satisfaga la finalidad de justicia y la de resocialización (DOLLING, G. S. (1999): *fur Zipf*, pp. 194 y ss citado por HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 30), Alvarez quien, en lugar de hablar de “resocializar”, prefiere un objetivo más moderado como “no desocializar”, esto es, evitar que con la pena impuesta se produzca el efecto negativo destructivo o desocializante que lleve a la persona a delinquir en el futuro (ÁLVAREZ, Ricardo Carlos María (2004): *Breves apuntes acerca del rendimiento funcional del fin preventivo especial de las penas privativas de la libertad en el Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal, El sistema penal ante las exigencias del presente*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 45). Para Ziffer, “la evolución de la teoría de la culpabilidad demuestra que no es posible una separación estricta de ambos conceptos [culpabilidad y prevención]” (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 67). En tal sentido, Ziffer menciona una serie de autores como Arthur Kaufmann, Brukhardt, Hart-Hönig y Stratenwerth como claros exponentes de una significativa coincidencia: “la imposibilidad de definir la culpabilidad sin hacer referencia a contenidos preventivos” (ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 74-75). Jurisprudencialmente, tanto en el ámbito jurídico alemán como en el argentino, la finalidad de la prevención general ha adquirido importancia en ciertos casos al momento de la ponderación que efectúan los tribunales para determinar la justa magnitud de pena; así, en Alemania, existe un antecedente en el cual el Tribunal Supremo confirmó a través de un fallo (BGHSt 7, 28) la condena a reclusión perpetua de un enfermo mental que, con una imputabilidad bastante disminuida, había asesinado a su hija de diecinueve meses, basándose para ello en la idea de prevención general; del mismo modo, en Argentina, la legislación de la inflación de penas a partir de Blumberg exalta dicha finalidad por encima de otra cuestión (Véase FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 137-142).

y la pena, pregunta que no ha dejado de ser –ni dejará de serlo jamás, como la eterna pregunta sobre la libertad de la voluntad– un enigma inabordable y casi atemporal por sus múltiples conexiones con otros conceptos y problemas, similar al tema metafísico buscado por el filósofo de la antigüedad.³⁸

“¿Cómo abordar el análisis semántico del concepto de culpabilidad?” se transforma así en una cuestión compleja, sobre todo a la luz de los diversos ribetes religiosos, antropológicos y psicológicos que entraña. En consecuencia, la cuestión será entonces: ¿cómo acotar semejante tópico? En el marco de esta investigación, el campo jurídico-penal nos permite delimitar el ámbito y recortar así la búsqueda. No obstante, es vasto y enmarañado el terreno que nos toca explorar, sobre todo en vistas a las críticas que se le han achacado al concepto de culpabilidad por la indefinición de sus contenidos y el carácter retributivo que no le es ajeno.³⁹

Al solo fin de efectuar un recorrido acorde con los objetivos planteados en esta investigación, se torna ineludible la reapropiación hermenéutica de las categorías centrales que se debatieron en la dogmática penal en los últimos tiempos a través de los diversos *modelos explicativos*⁴⁰. Por razones de carácter metodológico y en orden a la consecución de tales objetivos, el alcance de este capítulo quedará restringido en una primera etapa a una suerte de recorte histórico que girará en torno a la evolución conceptual de la categoría de *culpabilidad*⁴¹ en relación con los restantes elementos categoriales propios del campo epistemológico de la teoría del delito, haciendo especial hincapié en las modificaciones que surgieron en torno al concepto mencionado a raíz de las disputas que se dieron en los años '50 y '60 del siglo pasado entre causalistas y

³⁸ Recurriendo a una fórmula típicamente religiosa usada en Grecia, pero no empleada por el filósofo de Estagira, Aristóteles afirma en la Metafísica (lib. VII – 1028 b1): “Y entonces y lo que antes y lo que ahora y lo que siempre es buscado quedando irresuelto ¿qué es el ser? viene a ser ¿qué es la *ousia* [término griego que es un participio presente femenino del verbo griego “ov” –ser– y que habitualmente se traduce como sustancia, ente, etc.]?” Si bien la traducción es una versión libre del texto en griego, se puede consultar la traducción de Hernán Zucchi publicada por Editorial Sudamericana, Buenos Aires. El texto citado se encuentra en la página 310 de la Segunda Edición de la traducción de Zucchi de abril 1986.

³⁹ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 62. En este sentido, Ziffer señala la deficiencia del principio de culpabilidad como parámetro para la aplicación de una pena, tarea compleja que, según esta autora, “requiera algo más que fórmulas sin contenido específico, tales como ‘reprochabilidad’, ‘posibilidad de actuar de otro modo’, ‘decisión consciente y querida a favor del ilícito’, o ‘exigibilidad de otra conducta’...”.

⁴⁰ Seguimos en este trabajo la terminología “modelos” porque, además de parecernos más apropiada, goza, según Amadeo, de mayor consenso que la de “paradigmas” o “matrices disciplinarias” que algunos utilizan en *ciencias sociales*, extrapolando en forma indebida la visión de Thomas Kuhn que utilizaba dichos conceptos para brindar una explicación respecto de los grandes cambios en la historia de las *ciencias naturales*. La razón de ello se debe al hecho de que, en el ámbito de las ciencias sociales, entre las que está incluida la ciencia jurídico-penal, no es posible expresarse en términos de “inconmensurabilidad de modelos” ni de la existencia de “consenso global” (Cf. AMADEO, Sebastián José (2007): *La acción en la teoría del delito*, Buenos Aires, Editorial Universidad SRL, pp. 15 y 41-42). Otros autores también prefieren hablar de “modelos” al referirse a la teoría del delito (v.gr. ERBETTA, Daniel (2006), pp. 12 y 13).

⁴¹ Se aclara desde ya que partimos del mentado concepto estandarizado de culpabilidad tal como habitualmente es entendido como “*reprochabilidad del sujeto en función de sus posibilidades para motivarse en la norma penal*”, esto es, “*un reclamo o cuestionamiento dirigido a quien no ha evitado la conducta tipificada penalmente pudiendo hacerlo*” (FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 184). Esto supone la aceptación de la idea de autodeterminación humana que reconoce diversos tipos de condicionamientos, los que alteran el grado de autogobierno y por ende el nivel de culpabilidad. Este juicio de reproche se compone con el modo e intensidad del daño o lesión o peligro causado, lo que revela una mayor lesividad y reprochabilidad en el caso concreto (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 185).

finalistas⁴², como así también en aquéllas que tuvieron lugar gracias a la reformulación que se le dio al mismo con motivo de las nuevas tendencias funcionalistas desarrolladas posteriormente, pero sobre todo en vistas al tema bajo examen, esto es, la individualización de la pena, y no tanto respecto de su función fundamentadora. En tal sentido, como se señaló más arriba, será indispensable ahondar en el contexto histórico, científico y cultural de cada perspectiva, la concepción de pena y política criminal adoptada y si ello incidió en la conceptualización de los elementos categoriales ya referidos, en especial, en la categoría de culpabilidad y su relación con la determinación de la pena. La intención de poner de resalto la interdependencia existente entre la teoría de la pena y el modelo explicativo de la teoría general del derecho penal presupone asimismo la influencia de las diversas teorías sobre los fines de la pena, tanto de las absolutas –tales como las posiciones retribucionistas y de la reparación–, como de las relativas –tales como las preventivas, ya sea en su versión especial como en su versión general, positiva y negativa– y de las teorías mixtas o de la unión.⁴³

En una segunda etapa, se abordará, como se indicó antes, desde un punto de vista constitucional y penal sobre la determinación judicial de la pena, la cuestión acerca de si es posible distinguir la *discrecionalidad* de la *arbitrariedad* e *irrazonabilidad* con las implicancias que tal distinción trae aparejada. Si bien Ziffer parece contraponer de modo absoluto la discrecionalidad al válido recurso a reglas y criterios racionales y controlables al que la determinación de la pena debe apuntar⁴⁴, es preciso que analicemos las distinciones que desde otro punto de vista se pueden trazar entre lo discrecional y lo arbitrario a los fines de intentar elucidar aún más el asunto que nos ocupa.

Finalmente, en la etapa subsiguiente, se delinearán, como también se anticipó en la Introducción, con posterioridad al repaso del sistema penal argentino de la determinación de la pena inserto en el Código Penal, tres estándares de argumentación en la determinación judicial de la pena, a saber: i) Sentencia condenatoria proveniente del juicio oral y público; ii) Sentencia condenatoria proveniente del sistema de juicio por jurados (v.gr. Córdoba, Buenos Aires, etc.); iii) Sentencia condenatoria en la justicia minoril. Luego de ello, podrá determinarse si alguno de estos tres estándares constituye un modo más apropiado para determinar pena y, en particular, sopesar las razones (*pro*

⁴² Si bien en la actualidad el debate entre causalismo *versus* finalismo ha perdido importancia por haberse ganado el finalismo el lugar de “opinión dominante”, sobre todo con respecto a la ubicación sistemática que se le da al dolo, a la conciencia de la antijuridicidad o a la infracción del deber objetivo de diligencia.

⁴³ Como señala Bacigalupo, “*lo que (...) parece seguro es la dependencia de los sistemas dogmáticos de una decisión sobre la teoría de la pena, es decir, sobre la función social del derecho penal y de algo que, generalmente, no se tiene en cuenta: una teoría de la sociedad*” (BACIGALUPO, Enrique (1999): *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires. Hammurabi, p. 208). Es más, para Bacigalupo, la “*culpabilidad (...) constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma. La cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena*” (BACIGALUPO, E. (1999), p. 413).

⁴⁴ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 18.

y *contra*) de la conveniencia o no de la cesura, como algunos códigos procesales de la Argentina lo establecen.

Este itinerario inicial tendrá por finalidad principal verificar si, en efecto, existe para cada uno de los modelos estudiados más arriba algún tipo de relación especial entre la culpabilidad y la determinación de la pena, explicitando en cada caso los rasgos propios, contenidos y alcance de cada concepto y de la relación en el caso de que exista.

Así planteada la cuestión halla verdadero sentido el apotegma de Cicerón citado en el epígrafe de este capítulo, pues, además de mostrar el lazo indisoluble que pareciera existir naturalmente entre pena y culpa, nos demanda entender qué significa cada concepto, sin lo cual sería ininteligible el lazo en cuestión y, en consecuencia, ignoraríamos qué tipo de relación existe entre ellos.

Antes de comenzar con el desarrollo de cada perspectiva o, como preferimos denominar, “*modelo explicativo*” de la teoría del delito, creemos que es necesario partir de un lugar común, a saber: la definición usual de delito, que se remonta a Beling⁴⁵, como *acción típica, antijurídica y culpable*⁴⁶; pues, si bien existe en la doctrina un acuerdo generalizado al respecto, los autores disienten en cuanto al contenido conceptual de cada elemento o categoría y, por tanto, discuten acerca de los vínculos existentes entre los componentes de la teoría del delito. No obstante, ello, la discrepancia conceptual más relevante se percibe, desde nuestra perspectiva, en las diferentes formas de estructurar y darle contenido a la categoría de culpabilidad.⁴⁷ Esto se debe, según Bacigalupo, al hecho de que el concepto material de culpabilidad ha estado ligado a “*una determinada concepción de la pena y que ha dependido, por lo tanto, de si ésta se entiende según las teorías absolutas o según las teorías relativas. En consecuencia, las diversas nociones de la culpabilidad han oscilado permanentemente –a criterio de Bacigalupo– entre un concepto de culpabilidad referido a la voluntad*

⁴⁵ Como se verá luego, en la Nota N° 67 de este trabajo más precisamente, se detalla cómo se alcanza esa definición dentro del causalismo clásico.

⁴⁶ Si bien la teoría del delito puede ser entendida como un “sistema de filtros” que permite detener el *ius puniendi* del Estado, tradicionalmente ha sido presentada esta teoría a través de tres analogías: a) la comparación de los elementos categoriales con escalones o pirámide –analogía arquitectónica–; b) la comparación con los conjuntos y subconjuntos –analogía geométrica–; c) la comparación con capas minerales –analogía geológica– (Cf. AMADEO, Sebastián José (2007), pp. 28-29). Sin perjuicio de la aceptación generalizada de la teoría del delito, hay otros modos de entender el concepto de delito y sus componentes; a saber, algunos sostienen que es posible hablar de delitos sin conductas (delitos de olvido); otros, en cambio, sostienen que la acción no es un elemento autónomo y que por ello el primer aspecto es la tipicidad, mientras que están aquellos que defienden la *teoría de los elementos negativos del tipo* que incluyen dentro del tipo un aspecto negativo que tiene que ver con la ausencia de antijuridicidad. Por otro lado, existe una línea doctrinaria que aboga por la responsabilidad por el hecho como una categoría intermedia entre antijuridicidad y la culpabilidad, como así también algunos hablan de responsabilidad penal (como Roxin) y otros continúan agregando la categoría de punibilidad como característica del delito (Véase al respecto también AMADEO, Sebastián José (2007), pp. 29-31). No obstante, –apunta Erbetta– todos saben que las sucesivas construcciones de la teoría del delito “*han mantenido inalterada la construcción de la teoría del delito sobre la base de cuatro elementos: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad*” (ERBETTA, Daniel (2006), p. 31).

⁴⁷ Sin perjuicio de la importancia que haya adquirido en los últimos tiempos la disputa entre ontologismo y normativismo (véase nota N° 27) y de la repercusión que este debate haya tenido respecto del significado de culpabilidad.

*libre, propio de las teorías absolutas y otro que reemplaza la voluntad (libre) por el carácter del autor o por la conducta de su vida y la tendencia que se expresa en el hecho realizado, que se corresponde con las teorías preventivo-especiales. En la actualidad desde la perspectiva de la prevención general positiva se sugiere un concepto de culpabilidad que no se basa ni en la libertad ni en el carácter del sujeto, sino en las alternativas sociales a la solución penal del conflicto.”*⁴⁸

Dicho de otro modo, la visión tradicional liga la culpabilidad al presupuesto de la libertad, y más específicamente –como sugieren Fleming y Viñals– a “*una utilización inadecuada de la libertad*”, mientras que el discurso de la Criminología, que reemplaza la visión tradicional provocando inmediatamente desconfianza, pone en crisis no sólo la libertad sino también la culpabilidad como “*componente mimado de la dogmática*”.⁴⁹

Efectuada esta precisión, es necesario reconocer aquí que la presente pesquisa se origina a raíz del interrogante fundamental que nos asalta cuando, desde el ángulo de la hipótesis, proyectamos imaginariamente la labor de un juez al momento de individualizar la clase, el modo y el *quantum* de la sanción en un proceso penal. Es allí donde precisamente nos preguntamos si este hipotético juez imaginario solo piensa en las normas penales que aplica –ya sean las normas relativas al tipo penal concreto bajo el cual subsume la conducta que está juzgando, ya sean algunas normas de la parte general relativas al concurso de hechos, grado de realización del ilícito, tipo de participación, como así también a las pautas que expresamente consagra el legislador respecto de la determinación de la pena, como lo son, por ejemplo, en el derecho penal argentino las pautas previstas en los arts. 40 y 41 CP–, o bien, si el mismo además abreva, o mejor dicho, parte en su análisis de alguno de los modelos teóricos imperantes en la dogmática penal para interpretar las normas que aplica.

Esta cuestión que parece tan “*abstracta*”, teórica y despegada de toda realidad empírica y concreta puede que no lo sea tanto como se cree. Y tal vez el marco teórico desde el cual un juez aplica la norma penal e impone la sanción que él crea justa encierre en sus bases un posicionamiento respecto de los fines de las penas, la culpabilidad y otras tantas cuestiones básicas que, a fin de cuentas, supongan la adopción de algunos de los modos de entender el delito, siendo la mayoría de las veces quizá no explícito ni autoconsciente.

⁴⁸ BACIGALUPO, E. (1999), p. 415. Al concluir, Bacigalupo sugiere que el funcionalismo rompe con el esquema mental de las propuestas anteriores, pues afirma que “(l)a historia dogmática del concepto de culpabilidad y sus relaciones con la teoría de la pena ponen de manifiesto que el derecho penal ha oscilado permanentemente entre un concepto de culpabilidad referido a la voluntad libre y otro que reemplaza la voluntad por el carácter del autor o por su tendencia. Este ir y venir de las teorías se rompe con la propuesta del funcionalismo de concebir la capacidad individual del autor de una manera sólo normativa y determinada desde puntos de vista relativos a la seguridad del orden social normativo” (BACIGALUPO, E. (1999), pp. 419-420).

⁴⁹ FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 155-156. Según estos autores, con motivo del avance de los estudios del hombre y la sociedad, el postulado del “libre albedrío” queda reducido a un postulado científicamente indemostrable, pero jurídico-político o metafísicamente necesario para sostener el edificio de la punición que está basado en la atribución de responsabilidades individuales y construido alrededor de la pena (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 156 y 157).

En otras palabras, sería útil, o al menos interesante, poder determinar si, a la hora de cuantificar el tiempo y la modalidad de una condena, hay jueces que podrían ser catalogados como *causalistas*, en contraposición a otros que podrían ser concebidos como *finalistas* o *funcionalistas*, por ejemplo; asimismo, sería de gran provecho determinar en esta línea de investigación cuáles son o podrían ser los rasgos propios de tales jueces al momento de precisar el tipo y/o *quantum* de la pena que se aplica a los hechos probados.⁵⁰

Es posible que este tipo de exploración haya sido practicada por los estudiosos con respecto a los elementos categoriales de la teoría del delito, pero probablemente no haya encontrado suficiente asidero en relación con el tópico bajo examen: la determinación judicial de la pena. Aunque estos epítetos (*causalista*, *finalista* o *funcionalista*) e hipótesis de trabajo de investigación puedan resultar ajenos a la labor de los jueces que día a día resuelven en la práctica los hechos, estamos convencidos de que no resultará una empresa vana o infructuosa emprender esta tarea con el afán de lograr una mayor claridad y control sobre el complejísimo problema que implica la determinación judicial de la pena.

Analícemos ahora entonces algunos pormenores del desarrollo teórico de los modelos mencionados y saquemos nuestras propias conclusiones, teniendo como eje permanente de nuestro análisis la hipótesis de trabajo planteada al comienzo.

I.2 El causalismo en sus diversas variantes: naturalista y normativista

En esta sección de la investigación nos proponemos analizar el modelo teórico que tuvo vigencia durante el siglo pasado en el ámbito de la teoría del delito y que fuera conocido con el nombre de “causalismo”. Dicha indagación tiene por finalidad explicar cuáles fueron sus rasgos más importantes y el alcance que han tenido sus planteos en cuanto a los conceptos centrales de la teoría y, en especial, al concepto de culpabilidad y al vínculo que pudo haberse generado con la determinación judicial de la pena, siempre a luz del contexto histórico, filosófico-científico y socio-cultural en el que la propuesta causalista tuvo su desarrollo.

En procura de este objetivo, entendemos que es preciso tratar concomitantemente tres cuestiones: 1º) el contexto histórico, filosófico-científico y cultural desde el cual emerge el enfoque en cuestión; 2º) la distinción de las clases de causalismos existentes, si es que las hubo y cabe legítimamente plantear tal distinción;

⁵⁰ El Juez de la Corte santafesina, Dr. Erbetta, sostiene que la dogmática es “*como un sistema orientador de las decisiones judiciales*” y que en tal sentido “*el manejo de las categorías conceptuales propias de la teoría del delito constituye una gran ayuda para la práctica del derecho y resulta necesario fortalecer y consolidar la utilización de estos esquemas porque ello proporciona seguridad a los ciudadanos pero también mayor transparencia a la función jurisdiccional*” (ERBETTA, Daniel (2006), p. 15).

3º) finalmente, la determinación del posible rol que jugó o pudo haber jugado en tales conceptualizaciones, ya sea de modo explícito o no, las llamadas *teorías de la pena*.

El contexto histórico del causalismo naturalista

Estamos persuadidos que para comprender cabalmente una posición teórica es preciso reconstruir en la medida de lo posible y, al menos de modo sucinto, pero no por eso carente de profundidad, el escenario histórico, científico, filosófico y cultural en cual se suscitaron las discusiones que derivan en la posición bajo estudio.⁵¹

En tal sentido, es preciso advertir que, si bien no tuvieron el refinamiento ni la profundidad de los modelos explicativos posteriores acerca del delito –v.gr. causalismos, finalismos y funcionalismos–, hubo corrientes anteriores conocidas bajo el nombre de escuela *clásica, positivista e intermedia o ecléctica* del derecho penal que debatieron mediante métodos dispares cuestiones relevantes (v.gr. exterioridad, lesividad, límites al *ius puniendi*, proporcionalidad, peligrosidad, etc.), preparando de ese modo el camino para la configuración de los diversos planteos del futuro. Entre los miembros de esas escuelas, cabe mencionar al menos los nombres de los llamados cultores del derecho penal liberal, a saber, Cesar Bonesana de Beccaria⁵², Mario

⁵¹ No es sólo en derecho donde este vínculo con el contexto histórico se torna esencial para comprender una postura, una teoría o un sistema. En otras ramas del saber humano también ocurre lo mismo. Al respecto, muchos estudiosos han puesto de resalto tal interdependencia. Stephen Toulmin, por ejemplo, sugiere que es necesario que recontextualicemos todas las cuestiones que los filósofos plantean en forma descontextualizada. Sólo tendremos acceso a una cabal comprensión del contenido de las ideas de un autor, si las interpretamos en los términos de los intereses que fueron percibidos como “relevantes” en la época en que se debatieron aquellas por primera vez. (Cf. TOULMIN, Stephen (1990): *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, Chicago, The University of Chicago Press, p. X. Hay traducción al castellano: TOULMIN, Stephen (2001): *Cosmópolis. El trasfondo de la modernidad*, Barcelona, Península, p. 131). En sentido similar, Gianni Paganini sostiene que para una interpretación adecuada del pensamiento de un autor no basta una lectura interna del texto escrito, siendo imprescindible un método contextual que comprenda “lo que el autor *está tratando de decir* en el texto, pero también lo que *está tratando de hacer* en el momento mismo en que lo dice o escribe.” (Cf. PAGANINI, Gianni (2008): *SKEPSIS. Le débat des modernes sur le scepticisme*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, p. 335.). Y luego, agrega: “*El interés principal de una lectura contextual no es reduccionista, tampoco se limita a la búsqueda de influencias reales o eventuales, es antes bien explicativo en el sentido en que intenta brindar una explicación histórica de la génesis y la función del texto en relación al contexto en el cual se inserta*” (PAGANINI, Gianni (2008), p. 335.).

⁵² Entre los creadores del derecho penal moderno, es difícil no evocar el nombre de Cesare Beccaria sin pensar a la vez en el contenido humanista de su obra *Dei Delitti*, rasgo que no pasó desapercibido en su época. En efecto, en una carta escrita en 1765 por Gianrinaldo Carli a Paola Frisi, se afirma que tal obra es “...*el primer libro que se ha escrito en Italia en favor de la humanidad, con energía y con independencia*” (Cf. Franco Venturi en la Guía a la edición de BECCARIA, Cesare (1983): *De los delitos y de las penas*, Trad. Joaquín Jordá Catalá, Barcelona, Editorial Bruzguera, p. 15). Algunos, incluso, consideran que el abolicionismo tiene su puntapié inicial con la publicación italiana en 1764 del libro de Beccaria, libro que en 1766 fue incluido por la Iglesia Católica en el *Index* dentro la lista de las obras prohibidas, permaneciendo allí hasta su desaparición en junio de 1966 por el Concilio Vaticano II. Incluso, hasta los enemigos de Beccaria advirtieron que la cuota de humanidad constituye el rasgo principal de su pensamiento. En tal sentido, Ferdinando Facchinei, un vocero del Consejo Inquisitorial de Venecia, que criticó duramente a Beccaria a principios de 1765, acusa mediante un escrito singular al autor de *Dei Delitti* de pretender ser “*el Rousseau de los italianos*” y de que, precisamente arrastrado por la influencia de éste, basa su libro sobre “*dos falsos y absurdos principios: que todos los hombres nacen libres y son iguales por naturaleza y que las leyes no son ni deben ser otra cosa que pactos libres entre tales hombres*”. Facchinei sitúa además a Beccaria entre los “*esprits forts*”; lo acusa de impiedad y sedición y, entre otras cosas, incluye su nombre dentro de la llamada “*secta de los Socialistas*”. No obstante, a poco de avanzar en la obra, puede hallarse en ella (por ejemplo, ya en el capítulo XII “Fin de las Penas”) con cierta extrañeza, ideas de carácter represivo, preventivo o disuasivo, que resultan, por su impronta ejemplificadora, incompatibles con aquel trasfondo humanista incluido al comienzo de la obra. Alvaro Pires ha mostrado con singular claridad que en el pensamiento del ilustrado milanés coexisten dos teorías antagónicas: una “temible” teoría clásica de la pena y una teoría del fundamento y límite del derecho de castigar. Pires considera que el

Pagano, Francisco Carrara y, por el lado opuesto, los positivistas Exequias Marco César Lombroso, Rafael Garofalo y Enrique Ferri.⁵³

Ahora bien, es aún más importante indicar que, más allá de la posible influencia de algunos autores de estas escuelas, el sistema clásico del causalismo naturalista, cuyos máximos representantes fueron –como se sabe– Franz von Liszt (1851-1919) y Ernest Ludwig von Beling (1866-1932), surge bajo la hegemonía que gozó durante el siglo XIX el positivismo de Augusto Comte⁵⁴, quien –para decirlo en pocas palabras– veía en las ciencias naturales –o también llamadas “duras”– el único modo de conocimiento válido.

Tanto Liszt como Beling estudiaron el delito desde esa perspectiva naturalística, siguiendo así el dominante paradigma de las ciencias en auge. Inmerso en esa atmósfera en la que sólo las ciencias naturales eran en sentido propio “ciencia” y en la cual los nombres de Spencer y Comte eran los referentes válidos, Liszt intentó sacar al derecho del lugar acientífico en el que había sido comúnmente colocado.⁵⁵ Y el modo

aporte más interesante y renovador del modo de concebir la intervención jurídica en material penal es su teoría del fundamento y límite del derecho de penar en la medida en que sea posible desvincularla por completo de su teoría de la pena, pues ésta neutraliza en gran medida la riqueza de aquella. Esto se debe, según su perspectiva, al hecho de que en su teoría de la pena Beccaria interpreta que el estado encarnado en la figura del monarca tiene el deber de proteger a la sociedad de los ataques individuales, penando siempre y en todo momento cualquier delito por más leve que sea con una pena “justa” que es la que disuade o da el ejemplo, mientras que en su teoría de los límites del derecho de penar advierte la importancia de otra faceta o función del estado que consiste precisamente en el deber de tutelar la libertad de los individuos contra los abusos del poder, es decir, contra el carácter arbitrario y despótico del estado o de la justicia penal, penando lo menos posible y, sólo en caso necesario, aplicando una pena justa que desde esta óptica sería la que conserva la mayor libertad posible para los ciudadanos, y no la que da el ejemplo. (Cf. PIRES, Alvaro (1998): “Beccaria l’utilitarismo et la rationalité pénale moderne”, en Christian DEBUYST, Françoise DIGNEFFE, Jean-Michel LABADIE et Alvaro P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Tome II : *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Les Presses de l’Université de Montréal, Les Presses de l’Université d’Ottawa, De Boeck Université, Chapitre 3, pp. 83-143. Este trabajo se cita mediante las páginas de la edición que corresponde a la Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2004 pour Macintosh (Avec l’autorisation formelle de M. Alvaro Pires, professeur de criminologie, Université d’Ottawa, le 2 août 2006), p. 6.)

⁵³ Véase este tema en AMADEO, Sebastián José (2007), pp. 45-64. Dentro de los positivistas, hay que destacar a César Lombroso (1835-1909) por ser considerado, al menos por algunos autores, como el originador de “*todas las teorías peligrosistas en el derecho penal, aun las actuales*”, marcando con su estudio antropológico del hombre delincuente basado en el método empírico el inicio de la criminología crítica (Cf. DONNA, Edgardo Alberto (2001): *Teoría del delito y de la pena*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, pp. 22-23).

⁵⁴ Augusto Comte (1798-1857) es considerado el fundador de la escuela o doctrina del positivismo, que comprende no sólo una teoría de la ciencia sino también una reforma de la sociedad y una religión, y de la sociología científica. Desde el aspecto gnoseológico, el positivismo niega que haya otra realidad que no sean los hechos y que el conocimiento se basa exclusivamente en las relaciones entre los hechos, rechazando la metafísica como conocimiento, a la que ve como carente de sentido, y la posibilidad de un conocimiento *a priori* o la de una intuición directa de lo inteligible. En otras palabras, la pretensión fundamental del positivismo es no salirse jamás de lo dado, esto es, la sumisión a lo puramente empírico (Cf. FERRATER MORA, José (2004): *Diccionario de filosofía abreviado*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, p. 289). Así la filosofía dominante de gran parte del siglo XIX llega a ser lo que algunos llaman una “filosofía antifilosófica” en tanto que considera inútil la pretensión sapiencial de la filosofía.

⁵⁵ Salvando las distancias, algo similar había intentado en el ámbito filosófico durante los años 1739-1740 el pensador escocés David Hume. El subtítulo de su obra fundamental (el *Tratado de la Naturaleza Humana*), “*Un intento de introducir el método experimental de razonamiento en los argumentos morales*”, pone en evidencia que Hume pretendía aplicar ese método, preconizado por Bacon y desarrollado por Newton, al estudio de la naturaleza humana con el afán de –como lo indican varios especialistas– convertirse en el Newton de la naturaleza humana; en otras palabras, la ciencia sobre el hombre debía basarse ahora, según su criterio, en la experiencia, pues las únicas conclusiones válidas eran las que ella autorizaba. Del mismo modo que Hume, Kant observa en el Prólogo a la *Crítica de la razón pura* que la metafísica no había podido “*tomar la marcha segura de una ciencia*”, pues había sido un “*campo de batalla*” en el que nadie había podido vencer, siendo por tanto su proceder “*un mero tanteo... entre*

en que llevó a cabo tal tarea consistió en presentar al derecho como una disciplina compuesta por conocimientos heterogéneos, disciplina desde la cual se entendía al delito como un fenómeno pluricausal.⁵⁶

De todos modos, si bien estuvo condicionada por la visión científicista dominante en su época, la propuesta teórica de Liszt se construyó, al mismo tiempo, en contraposición al modelo retribucionista de Immanuel Kant⁵⁷, que había marcado sensiblemente la cultura y la justicia alemanas⁵⁸, pero a su vez en consonancia con algunos desarrollos de juristas como Rudolf Von Ihering.⁵⁹

meros conceptos”. Estos dos casos ilustres constituyen, a nuestro entender, elocuentes ejemplos para visibilizar cuál pudo haber sido la intención de Liszt en aquella época al sacar al derecho de una senda errónea y encaminarlo por el seguro sendero del positivismo. En acuerdo con los análisis efectuados por Bacigalupo y Mir Puig, Silva Sánchez sostiene que “la obra dogmática de von Liszt responde al esquema del positivismo jurídico, partiendo del Derecho vigente y procediendo al análisis y sistematización de las diferentes proposiciones y de los conceptos que la integran” (SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1992), p. 51).

⁵⁶ Cf. DONNA, Edgardo Alberto (2001), p. 59.

⁵⁷ Immanuel Kant (1724-1804) es considerado por muchos como el filósofo alemán más brillante y más influyente de la época moderna, específicamente del Iluminismo o Ilustración, corriente de pensamiento que centró sus fuerzas en la razón, hundiendo sus raíces en el luteranismo y siendo desarrollada largamente por Descartes, Spinoza y Leibniz. Durante el siglo XVIII, el siglo de Kant, la Ilustración adquirió una función social, ya que prometía a la humanidad la liberación de las ataduras de servidumbre y un progreso incesante e indefinido de la humanidad en la dominación de la naturaleza. Este fue precisamente el espíritu con el que Diderot y D’Alembert publicaron, entre 1751 y 1772, la *Encyclopédie ou Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts, et des Métiers*. Y también el espíritu que alentó aquellos autores que pensaban que el derecho y el poder político se fundaba en la razón o –como sostuvieron las teorías contractualistas– en los individuos comunes. Estas ideas se manifestaron en la declaración de 1776 que se hizo en el Estado de Virginia (Estados Unidos) y en la declaración francesa de “los derechos del hombre y del ciudadano” del 26 de agosto de 1789 que tomó como modelo a la primera. En medio de este clima espiritual Kant hizo su filosofía práctica y planteó la idea de la libertad humana como así también la imposibilidad de tomar al hombre como medio para otro fin en razón de constituir un fin en sí mismo (Véase CAIMI, Mario, “Introducción” en KANT, Immanuel (2007): *Crítica de la razón pura*, trad. de M. Caimi, Buenos Aires, Colihue).

⁵⁸ Cabe hacer notar aquí que el punto de vista de Kant al respecto encuadra en lo que se ha conocido como teoría absoluta o retributiva que propone el castigo del autor de un delito por el hecho cometido y no por su personalidad. Esta posición teórica se opuso a lo que se conoció como teoría prevencionista o relativa, en cuya formulación teórica –dada por Feuerbach– relacionaba la pena con fines utilitarios o relativos vinculados a la evitación de conflictos. La teoría retributiva que también fue conocida como Escuela Clásica atribuía, en cambio, al derecho penal una función metafísica: la realización de un ideal de justicia. Su punto de partida era el reconocimiento de la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre. Es precisamente bajo la influencia del idealismo alemán donde prospera este enfoque retributivo de la pena; así, apoyándose en la ley del Talión “ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie” consagrada en el Pentateuco (cinco primeros libros del Antiguo Testamento) –considerada por Kant el método más justo de mensura de la sanción–, esta teoría procuraba establecer la medida justa de la pena, la que debía despojarse de cualquier finalidad preventiva o correccional. Tanto en Kant, como luego lo será en Hegel, la pretensión central es fundamentar moralmente el derecho penal, no así en Fichte que, alejándose de una concepción retributiva o absoluta de la pena, tendió hacia la prevención general (cf. BACIGALUPO, E. (1999), pp. 81-82). Desde este posicionamiento, la pena se torna legítima sólo en cuanto configura la retribución de una lesión cometida culpablemente, guardando una relación de proporcionalidad entre la pena aplicada y la gravedad del ilícito, de modo que se compensaba o eliminaba –como quería G. W. F. Hegel– la culpabilidad del autor y de esta manera restauraba el derecho transgredido. Sin importar en nada la utilidad, la pena legítima era la justa (no la útil), esto es, aquella que producía al autor un mal (disminución de sus derechos) que compensase el mal que él había causado libremente (Cf. BACIGALUPO, E. (1999), pp. 31-32). En este orden de ideas, el calificativo “absoluto” de la teoría retributiva se debe al hecho de que el fin de la pena es independiente o sin vínculos (*ab solutus*) respecto de un efecto sobre la vida social. En fin, el único fundamento posible es la justicia o la necesidad moral. En tal sentido, tanto el derecho penal como la pena son concebidos como totalmente desprovistos de una finalidad instrumental, sobre todo en las formulaciones clásicas de esta teoría. Y precisamente esa es la razón que da basamento a la crítica principal y más difundida contra esta corriente: el cuestionamiento de que tal postura absolutista lleva a condenar o sancionar a alguien a pesar de que se verifique la innecesariedad del castigo en el caso específico. Esta crítica ya había sido planteada incluso hasta por el propio Beccaria (Véase FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 78 n.51). Sin perjuicio de que existen otros tantos cuestionamientos plausibles al retribucionismo –entre ellos, cabe destacar, al menos, los siguientes: a) la dificultad en comprobar la facultad de autodeterminación como presupuesto de la concepción iusfilosófica fundamental de la teoría de la pena; b) la imposibilidad de edificar un derecho penal útil enderezado a propósitos político-criminales de disuasión en razón de mirar hacia atrás; c) la supervivencia de antiguas creencias mágico-religiosas en la concepción retributiva de la pena como mecanismo del orden natural

El causalismo naturalista y la determinación de la pena

En efecto, a diferencia del planteo de Kant que, al basarse en el *ius talionis*, procuraba determinar adecuadamente la calidad y la cantidad de pena que merece un delincuente por su culpabilidad⁶⁰, Liszt propone una visión disímil –no retribucionista– que se encamina en un sentido diametralmente opuesto a la visión de filósofo de Königsberg. En efecto, Kant rechazaba en forma absoluta la idea de que el hombre pueda ser utilizado como medio para los propósitos de otro, ya sea en su favor, ya sea como experimento para otros fines. La idea de la resocialización era completamente ajena a la filosofía práctica de Kant.⁶¹ En discordancia con ello, Liszt, defensor tenaz de la prevención especial, plantea, en cambio, otra visión del asunto. De acuerdo con Liszt, la pena se hace estatal al quedar desvinculada en su proceso evolutivo del carácter vengativo (de familia a familia, etc.) que tuvo en sus orígenes. Dicho proceso deriva en lo que se conoce como objetivación de la pena, la cual pasa a cobrar el sentido de medio de protección del orden jurídico y ya no significa venganza de sangre. Dejando así el ámbito de lo privado, el *ius puniendi* es absorbido por el poder estatal y en tal sentido Liszt demuestra, como apunta Donna, que “*la medida de la pena (contenido y alcance, especie de castigo y magnitud de éste) está determinada no por el pasado, sino por el futuro*”.⁶²

De esta manera Liszt asegura –en las antípodas de Kant– que el *quantum* de la pena tiene que ser determinado por el fin: la protección del mundo de los bienes jurídicos. La persona condenada se convierte así en un medio, algo que hubiera merecido el peor de los reproches en Kant. En otras palabras, la pena constituye, según Liszt, un medio para llegar al fin protector de bienes jurídicos y a su vez al fin disuasivo de la delincuencia.

Ahora bien, es preciso reconocer que tal hermenéutica de la pena es alcanzada por Liszt recurriendo al saber de la sociología. Es precisamente desde esa área del saber que Liszt afirma que los efectos de la pena son tres, a saber: la *corrección* para aquellos que la necesiten y sean capaces de ella; la *intimidación* para los delincuentes que no necesitan corrección y, por último, la *neutralización* para aquellos delincuentes no susceptibles de corrección. Estos últimos, los irrecuperables, son los que entran en la

violado–, no se puede negar que con este tipo de doctrina se sienta “*la base para la sanción de un hecho, en la más aislada consideración respecto de la personalidad del delincuente*” (cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 80-81).

⁵⁹ Si bien es un autor de derecho privado, Rudolf Von Ihering plantea en su obra algunas distinciones relevantes, a saber: la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo y sienta además la base de la distinción entre la antijuridicidad y la culpabilidad como así también el concepto de antijuridicidad objetiva (Cf. ERBETTA, Daniel (2006), p. 31).

⁶⁰ Tal culpabilidad es el factor más importante en la determinación de la pena dentro de la visión retribucionista, pero la culpabilidad bien entendida, al decir de Fleming y López Viñals, es decir, apropiada para el derecho penal de acto y respetuosa de la dignidad humana, no como culpabilidad de autor o de carácter que presupone la explicación del “*hecho como un producto de la personalidad*” (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 172).

⁶¹ Cf. DONNA, Edgardo Alberto (2001), p. 58.

⁶² DONNA, Edgardo Alberto (2001), p. 62.

senda de la reincidencia, y carece de sentido la pretensión de corregirlos, por lo que –de acuerdo con Liszt– deberían ser privados de su libertad de por vida o, en su caso, por tiempo indeterminado. Entre ellos, Liszt incluye, partiendo del saber antropológico o sociológico de su época, a “*mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes (...) degenerados espirituales y corporales, todos ellos conforman el ejército de enemigos fundamentales del orden social, en cuyas tropas muy distinguidas reconocen filas estos delincuentes*”.⁶³

Asimismo, Liszt se refiere a los delincuentes que precisan corrección (aprendices de delincuentes), sosteniendo que éstos necesitan una seria y duradera disciplina, por lo que el mínimo de pena nunca podrá ser inferior al año ni superior a cinco años; mientras que, respecto de los delincuentes ocasionales, Liszt propone una sanción privativa de libertad no menor a un mes y medio ni mayor a diez años.⁶⁴

Está claro, por otra parte, que, más allá del rígido paradigma cientificista imperante y el saber sociológico aludido, Liszt construye su sistema de medición de pena en el marco de una concepción determinada del derecho penal. En efecto, Liszt lo concibe al derecho como “*el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho... a la pena, como legítima consecuencia.*”⁶⁵ De ahí que el sistema en cuestión reciba el nombre de causalismo, por basarse precisamente en el binomio *causa-efecto*, vinculando al delito como causa y a la sanción penal como consecuencia. Además entiende que la misión principal del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, interpretando que los “*bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad*”, no creados por el derecho sino protegidos por él.⁶⁶ Así, de acuerdo con el esquema propuesto por Liszt, la pena es esencialmente finalista, pues su objeto es la protección de bienes jurídicos, esto es, intereses de la vida humana individual o social que el derecho, al tutelarlos, eleva de intereses vitales a jurídicos.

Ahora bien, en el modelo propuesto por Liszt, que basaba su fuerza explicativa en el método positivista de las ciencias naturales (como la física o la química), se ofrecía una explicación sencilla del delito a partir del concepto central de acción como base de un sistema piramidal, con las mismas garantías de previsibilidad de las ciencias. Ese análisis ofrecido por Liszt se efectuaba desde el aspecto exterior de la conducta, es decir, se practicaba desde la posición de un tercero observador, eminentemente objetiva y descriptiva. En efecto, la acción era concebida como *movimiento corporal voluntario que produce una modificación o mutación del mundo exterior (resultado) unido por*

⁶³ Donna explica las ideas de Liszt expuestas en líneas generales en su famoso Programa de Marburgo, conocido en castellano con el título *La idea de fin en el derecho penal*. (Cf. DONNA, Edgardo Alberto (2001), pp. 59-64). La cita corresponde al mencionado programa conocido con dicho título en la traducción de Aimone Gibson, revisado por Rivacoba y Rivacoba, p. 116

⁶⁴ Cf. DONNA, Edgardo Alberto (2001), p. 66.

⁶⁵ LISZT, Franz von (1999): *Tratado de Derecho Penal*, T. I, trad. por Jiménez de Asúa Luis, Madrid, Reus, p. 5.

⁶⁶ LISZT, Franz von (1999), T. I, p. 6.

nexo de causalidad. Desde tal perspectiva Liszt nunca creyó necesario establecer la categoría de tipicidad; para Liszt, el delito era sólo un acto culpable contrario a derecho y sancionado con una pena. En consecuencia, la pirámide de Liszt estaba compuesta únicamente por los siguientes elementos categoriales: la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

Recién a principios de Siglo XX con Ernest Ludwig Von Beling se entendió por primera vez que era conveniente y necesario introducir un nuevo elemento en la teoría del delito, a saber: la categoría de *tipicidad*, a fin de cubrir las exigencias propias del principio de legalidad y, a su vez, en el afán de distinguir claramente el ilícito penal del ilícito civil.⁶⁷ En efecto, Beling afirma que “*toda acción, por antijurídica y culpable que sea, si no es incluíble en los tipos legalmente establecidos –lo atípico– para el jurista significa una acción no punible; y viceversa, acción típica significa acción digna de pena según la medida de las penas correspondiente y conforme a las demás disposiciones legales relativas a la punibilidad*”.⁶⁸ Sostuvo, además, que el “*Derecho Penal (jus criminale, jus poenale, derecho punitivo) es el conjunto de preceptos jurídicos por medio de los cuales se determina cuándo, cómo y bajo qué condiciones previas debe alguien sufrir una pena*”.⁶⁹

De este modo, el causalismo naturalista de principios del siglo pasado sitúa, por un lado, los elementos objetivos del delito en el injusto –la acción típica y antijurídica–, mientras que, por otro, deja los subjetivos (elementos personales relativos al conocimiento de la persona) en la culpabilidad, aplicando en todo momento el método empírico de las ciencias naturales que da como fruto un “*concepto psicológico de culpabilidad*”.⁷⁰ Así, una vez que se verifica si, objetiva y externamente, la acción llevada a cabo por un sujeto ocurrió y provocó de modo causal un resultado, es necesario indagar recién allí, desde un punto de vista subjetivo, si el sujeto quiso lo que hizo o lo hizo por descuido o imprudencia. Los aspectos volitivos del *por qué* se hizo la actividad se separan del concepto de acción, que queda este entonces circunscrito al movimiento y su resultado, extremos que debían estar vinculados casualmente. Es elocuente en este sentido la postura Beling, quien ignoraba de modo deliberado dentro su concepto de acción el contenido de la voluntad.

En efecto, es esta toma de posición lo que diferenciará claramente al causalismo del finalismo, puesto que para el primer modelo la acción es considerada como un producto causal y mecánico, mientras que para el segundo es fundamental la dirección o

⁶⁷ En su primera versión de 1906, el *tipo* era en Beling sólo un instrumento objetivo-descriptivo; luego, con la reformulación de 1930, el tipo se constituye en un filtro y el delito es conceptualizado como una *acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable* (Cf. ERBETTA, Daniel (2006), p. 42; AMADEO, Sebastián José (2007), p. 73).

⁶⁸ BELING, Ernest von (1944): *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito tipo*, trad. Soler Sebastián, Buenos Aires, p. 5.

⁶⁹ BELING, Ernest von (1944), p. 1

⁷⁰ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 159.

propósito de ese producto causal, dando prioridad a una voluntad orientada en determinado sentido, como se verá más adelante.

Al centrarse entonces en los elementos objetivos referidos al disvalor del resultado, es decir, a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el causalismo ubica la noción de dolo y culpa en la categoría de la culpabilidad, razón por cual los delitos dolosos y culposos recién se distinguen a ese nivel. En tal orden de ideas, el causalismo piensa los elementos de acción, tipicidad y antijuridicidad como elementos de carácter externo y objetivo, mientras que los elementos de la culpabilidad son concebidos como subjetivos y psíquicos del autor, aunque todos ellos configuran caracteres genéricos del delito. No obstante, para Liszt por lo menos –aunque Beling también lo mantiene–, el delito no es sólo una acción antijurídica y culpable, sino que además es punible. Esto significa que, además de ser una *actuación humana* en el sentido de voluntaria, que trasciende al mundo exterior y es contrario a Derecho en cuanto infringe un mandato o prohibición del orden jurídico que implica materialmente una lesión o peligro de un bien jurídico, Liszt estima que además debe ser punible.⁷¹ La punibilidad, esto es, la posibilidad de ser sancionado con una pena, es para Liszt un elemento o “*carácter específico*” del delito en cuanto permite saber cuándo una acción antijurídica y culpable debe recibir una sanción penal: ya sean penas propiamente dichas, ya sean medidas de seguridad.⁷²

Centrando ahora la atención en uno de los temas medulares que guarda estrecho vínculo con el problema central de esta investigación, dedicaremos algunas líneas a la concepción psicologista de culpabilidad en la que desemboca el modelo causalista.

En efecto, bajo el influjo epocal del paradigma positivista dominante, la culpabilidad no pudo ser analizada por el causalismo sino en términos de relación causal; en tal sentido, la culpabilidad se determina de conformidad con la relación psicológica que se establezca entre el hecho y el resultado en la mente del autor. Dicha relación psicológica podrá darse bajo dos modalidades: a) relación causal *voluntaria* que se dará sólo cuando el autor sepa lo que está haciendo y haga lo que quiera –dolo–; b) relación causal *involuntaria*, que surgirá sólo cuando el resultado del delito sea consecuencia no voluntaria de un obrar descuidado, negligente o imprudente del autor –culpa–.

Dentro del esquema causalista, el *dolo*, que se ubica como parte integrante de la culpabilidad, se compone de tres elementos diversos, a saber: 1) el elemento *cognitivo* o de conocimiento (saber, conocer); 2) el elemento *volitivo* o de voluntad (querer); 3) el elemento *valorativo* (conciencia de antijuridicidad); de modo que el dolo en el causalismo no presupone sólo saber y querer lo que se hace, sino también tener

⁷¹ LISZT, Franz von (1999), T. II, pp. 262-264.

⁷² Cf. AMADEO, Sebastián José (2007), p. 72.

conciencia del carácter disvalioso de eso que se lleva a cabo. En otras palabras, la conciencia de antijuridicidad se ubica como componente del dolo, lo que, desde el punto de vista del error, resulta relevante en cuanto a sus consecuencias, ya que cualquier error respecto de la conciencia de antijuridicidad traerá aparejado como efecto la exclusión del dolo.⁷³

Así, según Liszt, *“Culpabilidad, en el más amplio sentido, es la responsabilidad del autor por el ilícito que ha realizado. El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita que trae consigo el hecho cometido, y se le atribuye a la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor. En ese amplio sentido encontramos la idea en el veredicto de culpabilidad de los jurados, que también abarca la causación del resultado por parte del autor, y la ilegalidad del acto. La ciencia, que considera separadamente las características de la idea de delito, toma el concepto de culpabilidad en un sentido estricto, comprensivo, tan solo de la **relación subjetiva entre el acto y el autor**. Esta relación debe tomar como punto de partida el hecho concreto, pero al mismo tiempo **sale fuera de él**, dando entonces al acto **el carácter de expresión de la naturaleza propia del autor** y aclarando el **valor metajurídico de la culpabilidad**. La relación subjetiva entre el hecho y el autor solo puede ser psicológica; pero, si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa (normativa). Según ella, el acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable. De la significación sintomática del acto culpable, respecto de **la naturaleza peculiar del autor**, se deduce el **contenido material del concepto de culpabilidad; éste radica en el carácter asocial del autor cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial); es decir, en la imperfección del sentimiento del deber social necesario para la vida común en el Estado, y en la motivación antisocial, provocada por esa causa (en proponerse un fin contrario a los fines de la comunidad)**”*.⁷⁴

Estamos claramente frente a un concepto material de culpabilidad en el que lo central radica en la convicción que tiene Liszt sobre la posibilidad de acceder a través del hecho a *“la naturaleza propia del autor”* –lo que denomina *“valor metajurídico de la culpabilidad”*– que en el caso será una *“naturaleza peculiar”* en la medida en que pone de manifiesto el *“carácter asocial”* y la *“imperfección del sentimiento”* del autor de una conducta antisocial.

A partir de este sustrato psicológico, Liszt se propone la determinación judicial de la pena en vistas a una doble finalidad: la protección de los bienes jurídicos, pero sin

⁷³ Esto es lo que se ha conocido en doctrina como teoría unitaria del dolo que a su vez tiene dos versiones (la estricta y la limitada) pero que en definitiva mantienen la conciencia de antijuridicidad en o junto al dolo dentro de la culpabilidad, teorías del modelo causalista que se contraponen a la teoría la culpabilidad que siguen los finalistas y otros, entendiéndose que el dolo se independiza de la comprensión de la antijuridicidad al pasar a formar parte componente de la tipicidad.

⁷⁴ LISZT, Franz von (1999), T. II, pp. 387-389 (El resaltado en negritas es nuestro).

descuidar que también se apunta a la disuasión de la delincuencia a través de la corrección, por lo menos en los casos menos graves, la intimidación para los que no necesitan corrección y finalmente la neutralización para los irrecuperables. Dicha articulación teórica se efectúa tomando en cuenta los elementos o recursos que Liszt halla en la sociología y antropología de su época, las que, desde nuestra perspectiva, tienen mayor peso en relación con nuestro asunto que la elección conceptual y metodológica efectuada por el autor.⁷⁵

En conclusión, el discurso que parece influir decisivamente en el rumbo del pensamiento de Liszt y del causalismo naturalista en general es el *discurso propio de la criminología* que, al sustituir la visión tradicional (por no decir, retributiva o kantiana), cuestiona no sólo la idea de libertad sino también la de culpabilidad, categoría que deja de tener la aptitud suficiente para ser la base de la cuantificación de la pena, pues la mensura se practicará en función a las exclusivas necesidades preventivas. Ello volverá a reeditarse con los funcionalistas que, conforme la función utilitaria que le asignan a la pena, medirá el *quantum* punitivo en función de los requerimientos preventivos.⁷⁶

En Argentina, durante la primera etapa de la dogmática penal, hubo un sector doctrinario que, siguiendo al positivismo alemán de Liszt, sostuvo que la peligrosidad no sólo es la medida sino también el fundamento de la medida de la pena. Según Zaffaroni, el más ilustre sostenedor de tal corriente fue Núñez, quien sostenía que la mayor o menor peligrosidad del condenado constituye el fundamento de la medida de la pena; por lo que este autor rechazaba cualquier criterio objetivo para la determinación de la pena, afirmando incluso que no sólo el inciso 2°, sino también el inc. 1° del art. 41 es indicador de la peligrosidad.⁷⁷

El causalismo normativista y su contexto histórico

En discrepancia con el causalismo naturalista de Liszt y Beling emerge una nueva versión del causalismo que adopta una postura axiológica en la medida en que introduce en el concepto de acción el elemento humano de la voluntad y además postula que el tipo está compuesto por elementos normativos y subjetivos.

De esta manera, el nuevo causalismo se aparta de la concepción objetiva del tipo que sostuvo el naturalismo antecedente al interpretar que es necesario advertir un

⁷⁵ Es preciso indicar que, si bien, como ya se señaló anteriormente, la categoría de tipicidad es un aporte de la obra de 1906 (*Die Lehre vom Verbrechen*) de von Beling, en donde presenta al tipo penal con dos características centrales: objetivo y no valorativo, la relación psicológica de la culpabilidad en el causalismo no sólo supone que haya previamente una acción típica y antijurídica (presupuesto objetivo), sino que también exista, desde el punto de vista subjetivo, imputabilidad, esto es, capacidad de entender y dirigir las acciones de acuerdo con ese entendimiento (presupuesto subjetivo) (Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1951): *Tratado de Derecho Penal*, T III, Buenos Aires, Losada, p. 658).

⁷⁶ Como se verá luego, en Jakobs el *quantum* de las penas aumentará conforme los incrementos de necesidad de estabilizar la vigencia de la norma. (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 174). Tanto es así que, según Erbetta, al causalismo normativista, Roxin le reconoce valiosos planteamientos para la penetración de las finalidades político criminales en el trabajo dogmático (Cf. ERBETTA, Daniel (2006), p. 48).

⁷⁷ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1043.

contenido de valor o de intencionalidad ya en el tipo, anticipando de algún modo la propuesta revolucionaria del finalismo. En efecto, la versión novedosa del causalismo recibió diversos epítetos: “neoclásica”, “normativista”, “valorativo”, “teleológico” o “neokantiano”⁷⁸ y debe analizársela dentro del contexto filosófico y científico de la época que otorga carta de ciudadanía epistemológica a otro tipo de ciencias, diferente al de las llamadas *ciencias de la naturaleza*. En la visión de Wilhelm Dilthey, estas nuevas ciencias serán conocidas con el nombre de *ciencias del espíritu* y se diferenciarán de las ciencias naturales en la medida en que su objeto de estudio ya no será una realidad objetiva, mecánica ni a-valorativa, sino un “*contexto subjetivo, irrepitible e impregnado de valor*”.⁷⁹ Esto significa que filosóficamente (epistemológicamente, más precisamente) el *status* de las ciencias sociales se comenzaba a consolidar, a la par que lo axiológico podía ser visto de otro modo, pues recibía en alguna medida aceptación científica, lo que implicaba, por otra parte, reconocer al mismo tiempo que el método científico no debía reducirse necesariamente al método experimental de las ciencias naturales.⁸⁰ Esta nueva orientación intelectual se desarrolló dentro del seno del neokantismo a través de la llamada Escuela de Baden o de los valores, la tendrá su incidencia en el ámbito jurídico-penal.⁸¹

Uno de los seguidores más destacado de esta línea axiológica en lo que atañe al derecho penal en sí mismo fue Edmund Mezger (1883-1911), pero cuenta con muchos precursores, entre los que cabe destacar a Gustav Radbruch (1878-1949), Max Ernest

⁷⁸ Cf. ERBETTA, Daniel (2006), p. 31.

⁷⁹ AMADEO, Sebastián José (2007), pp. 87-88. Allí Amadeo refiere a las conocidas obras de Dilthey: *Introducción a las Ciencias del Espíritu* (1833) y *Fundación de las Ciencias del Espíritu* (1904); asimismo hace acertadamente alusión a otro autor, Wilhelm Windelband (1848-1915), quien también distingue ambas clases de ciencias, denominando a las ciencias no naturales “*ideográficas*”. Según su perspectiva, estas ciencias tienen por objeto de estudio lo individual y lo irrepitible, como las ciencias sociales. Lo mismo ocurre también con un discípulo suyo: Heinrich Rickert (1863-1936).

⁸⁰ La idea básica de esta tendencia era contraponer el método de la historia al método de la ciencia natural: la historia es la ciencia de los hechos individuales de desarrollo que poseen valor cultural; la ciencia natural, es la que trata de los fenómenos de la naturaleza que se repiten y de sus leyes.

⁸¹ Según Silva Sánchez, la superación del “*primer momento crítico para la dogmática, cuya científicidad aparecía cuestionada a partir de su sometimiento al baremo del concepto positivista de ciencia (explicación causal de fenómenos empíricos)*, vino propiciada por el neokantismo. Este, al fundamentar la posibilidad de diferenciar entre un método explicativo propio de las ciencias de la naturaleza, y otro comprensivo propio de las ciencias del espíritu (o ciencias culturales), permitió fundamentar convincentemente, conforme a los principios metodológicos dominantes, la legitimidad científica de la dogmática (tesis del dualismo metodológico)” (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992), p. 46). El nombre de la escuela surge del hecho de que las teorías fueron expuestas por Wilhelm Windelband y Heinrich Rickert, que eran profesores en las Universidades del estado de Baden: Seidelberg y Friburgo. Cabe destacar que la orientación de la Escuela de Baden se apoya precisamente en Kant al tomar como punto de partida la contraposición del ser al deber ser. Así, los conceptos no reflejan la realidad tal cual es, sino la transformación de la realidad en pensamientos, subordinados a principios apriorísticos: en las ciencias naturales dirigidos al conocimiento de lo general; en las históricas al conocimiento de lo individual. No obstante la innovación aludida en cuanto a lo axiológico, la nueva versión del causalismo no trajo consigo un cambio en lo que respecto al objeto de la ciencia dogmática, pues, como piensa Welzel, mantiene el mismo concepto positivista de Derecho y estima consustancial a la realidad la idea de causalidad, idea que continuó siendo central en el sistema de la dogmática jurídico-penal, todo lo cual no desvirtuó empero la verdadera innovación que implicó el neokantismo dentro del sistema del derecho penal al convertirse el valor en el eje central para determinar el contenido de las categorías sistemáticas (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992), p. 55). Es Radbruch uno de los autores que más hincapié hizo sobre la importancia de los valores (Cf. ERBETTA, Daniel (2006), p. 49).

Mayer (1875-1923) y Wilhelm Sauer (1879-1962). Es, además, según algunos, el sistema más difundido en la Argentina.⁸²

El causalismo normativista y la determinación de la pena

A raíz de la distinción epistemológica señalada más arriba, se plantean dentro del campo jurídico-penal algunas transformaciones importantes en lo que concierne específicamente a la categoría de culpabilidad, pues a partir de este enfoque comienza a considerársela más bien como un juicio de reproche al autor del delito, y no ya exclusivamente desde el punto de vista psicológico.

Asimismo, dentro del marco estricto de la teoría del delito, el causalismo neokantiano, que adopta fórmulas regulativas (esto es, carente de un contenido preciso a imponer como consecuencia del relativismo axiológico y subjetivismo epistemológico que lo caracteriza), marca –en palabras de Silva Sánchez– “*la pauta que, de nuevo hoy, tras el paréntesis metodológico del finalismo, sigue la dogmática jurídico-penal.*”⁸³ El gran hallazgo del causalismo normativista o valorativo es, entonces, haber concebido al derecho penal como realidad condicionada por los valores dominantes en una cultura concreta. Ello le permite fundamentar la introducción de elementos valorativos en la causalidad (antes física), de elementos subjetivos en el tipo (antes objetivo), de consideraciones materiales en la antijuricidad (antes básicamente formal) y normativas en la culpabilidad (antes entendida como relación de causalidad psicológica).⁸⁴

El concepto de acción varía, diversificándose hasta el punto de que incluye en su seno dos formas de conducta: los hechos de comisión y los hechos de omisión. Edmund Mezger es uno de los autores que teoriza sobre el tema en cuestión. El clásico ejemplo del hecho por omisión es la madre que deja morir de hambre a su hijo y que resulta punible no porque no haya hecho nada sino porque no hizo lo que debía hacer, esto es, alimentarlo, que era lo que se esperaba de ella como madre. Al naturalismo del causalismo clásico Mezger le incorpora la idea de valor, dándose así una normativización de la acción.⁸⁵ No obstante, la innovación más profunda se relaciona con los otros elementos categoriales de la teoría del delito; así, por ejemplo, respecto de la tipicidad, los autores del causalismo normativista detectaron elementos subjetivos y normativos, que quiebran la característica de objetividad que determinaba el concepto

⁸² Cf. ERBETTA, Daniel (2006), p. 32.

⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992), p. 57.

⁸⁴ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992), p. 57.

⁸⁵ No obstante el tinte novedoso de esta nueva versión del causalismo, dicha postura no guarda en realidad, según Jaén Vallejo, diferencias con la versión del causalismo naturalista, ya que en ningún caso ingresa al contenido de la voluntad que caracteriza la acción, concepto que aún se sigue tratando en el marco de la categoría de la culpabilidad como un elemento propio de dicha categoría –dolo y culpa como formas de la culpabilidad– (Cf. AMADEO, Sebastián José (2007), p. 92 y 96). Hans Welzel considera, por su parte, que la teoría causal normativista es una teoría complementaria a la teoría causal naturalista en cuanto no supone un punto de vista nuevo o superador del anterior (Cf. WELZEL, Hans (1979): *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, Madrid, Aguilar, p. 67).

de tipo penal según los naturalistas. Otro de los aportes valiosos de esta vertiente es el concepto de “bien jurídico” a partir del cual se estructuran y clasifican los diversos delitos en la parte especial de un Código Penal.

En cuanto a la antijuridicidad, el causalismo normativista incorpora una noción material, absolutamente ajena al aspecto formal que detentaba la categoría para el causalismo naturalista, dando lugar así a la graduación del ilícito según una mayor o una menor cantidad antijuridicidad y al hallazgo de causas de justificación no previstas por la ley a partir del reconocimiento de elementos subjetivos de la antijuridicidad. Por otra parte, Helmuth Mayer introduce en el 1915 un giro significativo en la relación tipicidad-antijuridicidad, pues construye la teoría indiciaria de la tipicidad según la cual si nos topamos con una acción típica se presupone, salvo prueba en contrario, que es a la vez antijurídica, tal como se supone que hay fuego si veo humo. Es así, como se advierte, que en estos análisis el causalismo se aleja de aquella concepción naturalista que pretendía mantenerse en el ámbito de lo objetivo, ajena a todo punto de vista valorativo; pues aquí, cada elemento categorial se configura sobre la base de puntos de vista valorativos.⁸⁶

Del mismo modo, el normativismo causalista da origen a una nueva concepción normativa de la culpabilidad que trasciende la visión psicologista del naturalismo (relación psicológica entre el hecho y el autor), abriendo camino al concepto de imputabilidad y a las causales de exclusión de la culpabilidad.⁸⁷ Al dejar de ser fundamentalmente una relación de índole psicológica o subjetiva (interna), la culpabilidad se transforma en un reproche, que en el ámbito jurídico se concreta en un juicio normativo de reproche en virtud del cual se le reprocha precisamente al autor de una acción, típica y antijurídica el no haberse motivado en la norma y no haberse comportado conforme esa motivación, siempre y cuando le sea exigible haberse comportado de otro modo, pues si no le era exigible surgen allí las causas de inculpabilidad.

Como se puede apreciar, esta nueva concepción contiene elementos valorativos, normativos y hasta incluso datos objetivos, dejando atrás los resabios subjetivistas de los causalistas precedentes. Si bien el dolo y la culpa siguen siendo elementos del juicio de reproche en tanto que relación psicológica, existen otros elementos que integran el juicio, como por ejemplo las motivaciones del sujeto, lo que hace que haya grados de reproche por las circunstancias o situación particular del sujeto (v.gr. el famoso caso de la tabla de Carnéades).

⁸⁶ Mientras Mayer habla de *ratio cognoscendi* por la cual la tipicidad se configura en causa del conocimiento de la antijuridicidad, Edmund Mezger (otro exponente de esta vertiente) la considera *ratio essendi* en virtud de la cual la tipicidad ya se torna en la razón de ser de la antijuridicidad, teoría que guarda en cierto modo afinidad o contacto con la llamada teoría de los elementos negativos del tipo (Cf. ERBETTA, Daniel (2006), p. 52).

⁸⁷ AMADEO, Sebastián José (2007), pp. 94-95. Los forjadores de la teoría de la culpabilidad son Reinhard von Frank, Berthold Freudenthal y James Goldschmidt (Cf. ERBETTA, Daniel (2006), p. 53).

En consecuencia, consideramos que esta novedosa manera de comprender la culpabilidad, graduable ahora según la intensidad del reproche que puede basarse en un paradigma diverso al del causalismo naturalista, favorece una individualización peculiar de la pena que tiene en cuenta la reprochabilidad del autor de acuerdo con las características del caso particular. De este modo, el planteo del causalismo normativista encierra una propuesta de cuantificación penal diferente al del causalismo naturalista, puesto que se aleja de la función utilitaria que los partidarios naturalistas le asignaban a la pena y de los requerimientos preventivos como factor determinante para la determinación del *quantum*.

I.3 La revolución del finalismo

Con el resquebrajamiento del hegemónico paradigma explicativo de las ciencias naturales, lo que se palpa ya con el causalismo normativista, surge a su vez otro modo teórico de entender el delito, distinto al de los causalismos (naturalista y normativista), que se conoció con el nombre de finalismo. En efecto, dicho modelo introduce una serie de cambios metodológicos y conceptuales importantes que marcaron un antes y un después en el ámbito de la teoría del delito. Si bien en ciertos aspectos algunos de esos cambios fueron anticipados a través de la versión normativista del causalismo de Mezger, la dogmática finalista implicó además un “*cambio decisivo*”, como observa Silva Sánchez, respecto del relativismo neokantiano en el que abrevó esa versión normativista del causalismo, como seguidamente veremos.⁸⁸

Efectuado esta concisa introducción, creemos necesario dedicar un tramo de la investigación al análisis de los rasgos más importantes que caracterizaron al finalismo desde un punto de vista general y, a la vez, determinar la trascendencia de los cambios conceptuales que han traído aparejado la reestructuración de las categorías básicas de la teoría, centrando la atención de modo especial en la nueva concepción de tipicidad y culpabilidad y en el impacto que pudo significar esa reestructuración conceptual respecto del tópico bajo examen, esto es, la determinación judicial de la pena, todo ello a partir del contexto histórico, socio-cultural y filosófico-científico en que se dio el finalismo.

Tal como lo hemos hecho en las secciones anteriores con los modelos causalistas estudiados, efectuaremos el mismo abordaje respecto del finalismo, esto es, desde tres ejes centrales: 1º) la descripción del contexto histórico, filosófico-científico y cultural desde el cual emerge el nuevo enfoque; 2º) la distinción de las clases de finalismos existentes, si es que los hubo y cabe legítimamente plantear tal distinción; 3º) finalmente, la determinación del posible rol que jugó o pudo haber jugado en tales

⁸⁸ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992), p. 57.

conceptualizaciones de modo explícito o no las llamadas *teorías de la pena* o teorías sobre los fines de la pena.

El contexto histórico del finalismo de Welzel y del finalismo radical o ultrafinalismo

El fundador de este movimiento es Hanz Welzel (1904-1977)⁸⁹; a diferencia de las corrientes anteriores que se basaron en el auge las ciencias –naturales o duras en el caso del causalismo clásico y sociales o humanas en el caso del causalismo neoclásico–, el finalismo de Welzel surge en la década de 1930 al amparo de posiciones ontologicistas. En efecto, Welzel parte de presupuestos ontológicos que le exigen reconocer y respetar la naturaleza de las cosas, lo que, como contrapartida, le impide concebir al derecho penal como creador de objetos.⁹⁰

El finalismo de Welzel, como se sabe, no permaneció estático. Esta línea ontologicista fue seguida de modo diverso por varios autores, entre los que se destaca el conocido jurista Armin Kaufmann; es más, fue llevado hasta sus últimas consecuencias (tal vez, hasta impensadas por Welzel) por sus propios seguidores, llegando incluso en ciertos casos al extremo opuesto. Por lo menos, esa exacerbación de lo subjetivo parece plasmarse en las ideas de autores como el recién mencionado Kaufmann y también en Diethart Zielinsky, Eckhard Horn y, entre los argentinos, Marcelo Sancinetti. Precisamente esta tendencia extrema hacia el subjetivismo ha sido criticada por resultar incompatible con un derecho penal liberal del acto.

Ahora bien, basándose en los mismos elementos conceptuales que empleó el causalismo para erigir su teoría del delito –acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y, en su caso, punibilidad–, Hanz Welzel elabora, como ya se adelantó, sobre la base de presupuestos diversos el modelo teórico explicativo finalista.

En efecto, desde el punto de vista científico-filosófico específico, deben destacarse los presupuestos metafísicos de los que el finalismo parte: el realismo, pues, a diferencia del normativismo causalista, la dogmática penal en el finalismo no se ocupa, como se advierte tanto en los títulos de las obras de Welzel como en los de Kaufmann, de lo contingente o lo transitorio y, por lo tanto, no tiene por objeto el derecho positivo ni las valoraciones de contenido variable en función de la diversidad de sujeto o de las condiciones culturales, sino que, por el contrario, su materia de estudio es lo *permanente*, lo *supranacional*, lo que ellos denominan las *sachlogische*

⁸⁹ Hans Welzel nació en Artern (Turingia) el 25 de marzo de 1904 y murió el 5 de mayo de 1977. A este filósofo del derecho alemán se lo ha conocido como el autor de *Studien zum System des Strafrechts* (*Estudios sobre el sistema del derecho penal*), en el que se bosqueja un sistema de derecho penal sobre la base de la teoría final de la acción. Tiene varios trabajos sobre derecho penal, a saber: *Causalidad y acción* (1930); *Sobre los valores en el derecho penal* (1932); *Naturalismo y filosofía de los valores en el derecho penal* (1935), entre otras obras.

⁹⁰ No obstante, una de las críticas que se le ha formulado al finalismo es que no resulta tan ontologicista como se propone, sino que en realidad se trata de una renormativización de conceptos (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992), p. 61).

Zusammenhänge o *Strulcturen*⁹¹ que constituyen estructuras o relaciones pertenecientes al mundo de lo real, del ser (de lo ontológico), que por su índole peculiar condicionan al legislador y a la ciencia del derecho.⁹²

En tal sentido, los finalistas adoptan una actitud epistemológica diametralmente opuesta a la del neokantismo de los causalistas normativistas, aplicando un método diferente: el método fenomenológico, método que reconoce como perfectamente posible y necesario la distinción entre objeto y sujeto, la que para el neokantismo era imposible, según una interpretación estricta de la filosofía Kantiana.

En tal sentido, el finalismo iniciado por Welzel se propuso, entre otras cosas, la tarea central de rechazar el idealismo que el neokantismo había pretendido introducir en el ámbito de la teoría del delito y, a la vez, una superación de la dicotomía existente entre las ciencias naturales que se ocupan del ser y las del espíritu que se centran en el deber ser.

La noción “normativa” de culpabilidad en el finalismo y su vínculo con la determinación judicial de la pena

Antes de entrar en la consideración del tratamiento que hace el finalismo de la categoría de la culpabilidad, es preciso abordar, al menos de modo escueto, una de las reformas más relevantes que plantea el finalismo de Welzel. Tal reforma se vincula con el concepto de acción⁹³; en efecto, Welzel lo basa –como se sabe– en la *dirección* del comportamiento del autor a una finalidad prefijada por éste, oponiéndose así al concepto natural-causal de acción de la versión clásica del modelo causalista. Desde este posicionamiento, el filósofo alemán comienza a analizar la conducta a la luz de la voluntad que la rige y se manifiesta exteriormente. El requisito de la voluntariedad de la conducta humana se convierte así en un presupuesto esencial del juicio jurídico-penal. Como consecuencia de ello, la perspectiva finalista pone el énfasis, no tanto en el disvalor del resultado, sino en el disvalor de la acción, sea ésta intencionada o negligente.⁹⁴ Así, considerando la acción u omisión en vistas a una finalidad determinada de actuar o no hacerlo, a un resultado propuesto voluntariamente, Welzel considera la acción y la omisión como dos subclases de la conducta típica susceptibles de ser dirigidas por la voluntad final. Por tanto, para Welzel, no habrá acción (es decir,

⁹¹ Cuatro posibles traducciones españolas de la expresión alemana son: estructuras lógico-objetivas, óntico-lógicas, lógico materiales, lógico-reales (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992), p. 58).

⁹² Ello queda patente, por ejemplo, como indica Silva Sánchez, en la obra de WELZEL intitulada: *Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft –Sobre lo permanente y lo transitorio en la ciencia del Derecho penal–*, o en el artículo póstumo de Armin KAUFMANN, cuyo título es “*Das Übereationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft*” –*Lo supranacional y suprapositivo en la ciencia del Derecho penal*– (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992), p. 58).

⁹³ Concepto ontológico y prejurídico en cuanto proviene de la realidad y existe antes que toda valoración jurídica (Cf. AMADEO, Sebastián José (2007), p. 101).

⁹⁴ Ello no quiere decir que Welzel (fundador del originario finalismo) haya omitido toda consideración del disvalor del resultado. Por ello, la crítica por esa omisión les cabe más a sus discípulos, también llamados ultrasubjetivistas, que, al propio Welzel, en tanto que aquellos, y no éste, agotan el injusto en la voluntad de la acción.

habrá ausencia de acto) cuando el sujeto no se haya planteado la realización de un fin típico, esto es, no haya seleccionado los medios ni haya considerado los efectos concomitantes, para la producción de un resultado. Si se produce el resultado como efecto de un mero proceso causal, se considerará que el sujeto participó sólo como mero instrumento. Estos casos serán, por ejemplo, los de la fuerza física irresistible, el sueño, el sonambulismo, los actos reflejos, el caso fortuito, actos en que el sujeto produce un resultado dañoso sin intención de causarlo.

A diferencia del causalismo clásico que señalaba que lo fundamental era sólo objetivo: la lesión a un bien jurídico (disvalor del resultado), y no incorporaba en absoluto ningún elemento personal o subjetivo en el plano de la acción típica y antijurídica, el finalismo introduce, en cambio, elementos personales o subjetivos a nivel de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad en cuanto sostiene que hay una voluntad natural propia de la acción que, al traducirse normativamente a través de un tipo penal, incorpora al dolo como elemento imprescindible del mismo.⁹⁵

En tal interpretación, el dolo, que queda reducido al conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo del delito, y la culpa, que queda limitada al concepto de infracción del deber objetivo de diligencia, se convierten en elementos de lo ilícito, dando lugar a un *tipo subjetivo*, complementario del *tipo objetivo*, y abandonando de este modo la culpabilidad, categoría a la que habían pertenecido hasta ese momento en el causalismo. Por consiguiente, esa categoría –la culpabilidad– queda circunscripta, según el finalismo, a la capacidad de culpabilidad (antes denominada imputabilidad) y a la posibilidad del conocimiento de la prohibición.

Por consiguiente, se deja así de lado y en forma definitiva la visión psicologista de la culpa –propia del causalismo naturalista–, dando origen a una visión propiamente normativista de la culpabilidad que hasta hoy perdura. Esto implica en otras palabras el abandono del mundo subjetivo del individuo, que es reemplazado de manera gradual por parámetros más objetivos, que se pretende hallar en las normas.

El derecho penal, por otra parte, ya no parece necesitar dentro del esquema finalista de la existencia real y comprobada del libre albedrío; basta, en cambio, con que sea al menos un postulado normativo, una hipótesis presupuesta a partir de la reconocibilidad de la norma.

Es así que, de ahora en más, los delitos dolosos y culposos encontrarán con el finalismo su clara distinción ya en la estructura del tipo penal, y no –como ocurría antes en la teoría de la acción causal– al nivel de la culpabilidad. En efecto, dolo y culpa constituyen con el finalismo formas de ilicitud –de infringir una norma– y no formas de

⁹⁵ Esa es la razón por la que la disputa causalismo-finalismo se ha designado también *injusto causal versus injusto personal* en la medida en que el finalismo introduce “*elementos personales en un campo (el injusto o ilícito) que era preponderantemente objetivo*”, si bien el puntapié inicial ya lo había dado el causalismo neoclásico o normativista (ERBETTA, Daniel (2006), p. 34).

la culpabilidad; de modo que, superando la visión clásica de la teoría del delito que atribuía sistemáticamente lo objetivo a lo ilícito y lo subjetivo a la culpabilidad, el finalismo trae como novedad una concepción fenomenológica que atribuye lo subjetivo tanto a la culpabilidad como la ilicitud. Es decir, con su teoría de la acción final Welzel se propuso reunir la voluntad en forma integral a la acción o conducta humana, creando a su vez y de modo revolucionario a nivel de la tipicidad una distinción hasta el momento inesperada: la distinción entre elementos objetivos y subjetivos. Por más que contemporáneamente hayan tomado distancia del finalismo, sobre todo a partir de la adopción de posiciones funcionalistas, los autores contemporáneos le reconocen a Welzel el logro de concebir el dolo y la imprudencia como formas o elementos de la tipicidad y no ya como formas de la culpabilidad, pero quizá por fundamentos o razones diferentes a los desarrollados por el finalismo.

Aunque incorpora además la definición de la antijuridicidad como contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto, la propuesta finalista de Welzel destaca, por encima de cualquier otra categoría, a la culpabilidad con el papel más importante en la teoría del delito, pues ve allí el juicio de reproche por la realización de una conducta típica y antijurídica, siempre que se den algunas condiciones, a saber: a) que el sujeto tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse o determinarse de acuerdo a esa comprensión (imputabilidad); b) que además tenga conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada; y, c) que, por último, le sea exigible dicha conducta en el sentido de que, pudiendo obrar de otro modo, no lo haga.

Más allá de los efectos positivos que esta nueva teoría tiene en materia de error⁹⁶, tentativa y participación, la gran crítica que se le ha formulado es que, al quedar el dolo y la imprudencia como formas de la tipicidad subjetiva, se produce un vaciamiento de contenido en relación con la categoría de culpabilidad. En efecto, para el finalismo, el dolo del tipo consiste en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y voluntad de realización, no formando más parte de éste la conciencia de antijuridicidad que componía antes el dolo causalista. La culpabilidad queda reducida, en consecuencia, a pura reprochabilidad del injusto al autor, de modo que es exclusivamente capacidad de comprensión (el conocimiento potencial de la prohibición) y capacidad de elegir libremente, es decir, la autodeterminación que le permita obrar según libre elección.

En este sentido, el nuevo enfoque de la teoría normativa pura de la culpabilidad propia del finalismo se sustenta, según algunos, en un estricto retribucionismo que parte

⁹⁶ Por la diferente ubicación que se les da en el finalismo al dolo y la culpa, la teoría del error cambia; pues deja de ser teoría del dolo que distinguía entre error de hecho y error de derecho para pasar a ser teoría de la culpabilidad que distingue ahora entre error de tipo y error de prohibición. La diferencia práctica que existe entre una teoría otra es el diverso tratamiento que se le da al error de prohibición evitable (Cf. AMADEO, Sebastián José (2007), p. 107).

específicamente de la admisión de la libertad de la voluntad como base del juicio de reproche (postulado normativo). Con ello, esta perspectiva deja a un lado los requerimientos característicos de la prevención especial y/o general y de esta manera habilita que el elevado o escaso margen y/o grado de culpabilidad pueda determinar una alta o baja cuantificación de pena, que en algunos casos sea poco afín a las finalidades específicas en tanto que podría elevarse por encima del umbral que aconsejan esos otros criterios preventivos ajenos al retribucionismo.

En efecto, los parámetros preventistas podrían dar lugar a una individualización más equitativa de la pena que, en principio, no serían compatibles con la determinación rigurosa de una pena que fija el estricto retribucionismo.

Por otra parte, al concebirse la protección de valores ético-sociales como la misión central del derecho penal, Welzel adjudica un rol secundario a la protección de los bienes particulares, lo que podría favorecer en cierto sentido la defensa de un derecho penal de autor en tanto que desconoce los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones de los estados de derecho.⁹⁷

I.4 Las diversas versiones del funcionalismo

*«Un juez particularmente preocupado por la prevención general, con un criterio de aprovechamiento del caso para lograr la reafirmación de la ley ante la sociedad, seguramente determinará una pena totalmente distinta que la que puede obtener otro que se preocupa esencialmente por el delincuente y su futura conducta delictiva».*⁹⁸

Abel Fleming – Pablo Lopez Viñals

Más recientemente, el funcionalismo –el último modelo de la teoría del delito que estudiaremos aquí– intentó establecer una conexión entre finalistas y causalistas, dando nuevos contenidos a las categorías fundamentales del sistema dogmático de la teoría penal –sin modificarlo totalmente– mediante la introducción de tesis normativas.

Tal como hemos efectuado el análisis de los modelos precedentes, esta parte de la investigación tendrá por objeto captar los rasgos esenciales de algunos de los tipos de funcionalismos existentes⁹⁹, examinando, por un lado, el alcance de cada uno de los planteos y las innovaciones conceptuales que aportan los mismos respecto de cada una

⁹⁷ Cf AMADEO, Sebastián José (2007), p. 101.

⁹⁸ FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 195.

⁹⁹ Como bien aclara Amadeo, el funcionalismo no se reduce solamente a Claus Roxin y Günther Jakobs, pues existen otros autores y corrientes funcionalistas. Prestamos atención, empero, al funcionalismo moderado, racional o teleológico de Roxin y al funcionalismo radical, sistémico o sociológico de Jakobs, sin contar a Zaffaroni que escribió en lengua castellana, porque en nuestra lengua únicamente se les dio importancia a esos autores (Cf. AMADEO, Sebastián José (2007), p. 121).

de las categorías –en especial respecto de la categoría de culpabilidad–, y dedicando, por otro lado, especial atención al impacto que pudo significar esta nueva conceptualización respecto de la determinación judicial de la pena, tema eje de esta investigación, sin descuidar en ningún momento la conexión directa con el entorno histórico, socio-cultural y filosófico-científico en que se dieron las tendencias funcionalistas.

En orden a tales objetivos, se realizará en la presente sección un abordaje similar al realizado en las anteriores, pero ahora en torno al funcionalismo: 1º) un análisis descriptivo del contexto histórico, filosófico-científico y cultural desde el cual emergen las novedosas tendencias funcionalistas; 2º) la distinción de las clases de funcionalismos existentes, si es que los hubo y cabe legítimamente plantear tal distinción; 3º) finalmente, la determinación del posible rol que jugó o pudo haber jugado en tales conceptualizaciones de modo explícito o no las llamadas *teorías de la pena* o alguna otra teoría o cuestión.

El contexto histórico del funcionalismo

Cabe destacar, en primer lugar, que el modelo funcionalista se configura en un contexto más actual que los anteriores, caracterizado por diversos factores, entre los que se destacan la globalización y la pluriculturalidad. Surge en medio de este contexto tan vasto y complejo una concepción epistemológica llamada *constructivismo*, según la cual –podría decirse– la realidad no es sino algo inventado por los hombres, un verdadero constructo social.¹⁰⁰ Esto ha implicado, por una parte, el abandono deliberado y explícito de los ontologicismos naturalistas, que aún los finalistas seguían defendiendo al referirse mediante el método deductivo a la naturaleza inmutable de las cosas o estructuras permanentes del ser¹⁰¹ y, por otra, la tendencia a construir el derecho penal orientado a las consecuencias, lo que significó la re-normativización de las categorías centrales de la teoría del delito con el fin de darle un contenido, sentido y alcance distintos.¹⁰²

¹⁰⁰ Véase en AMADEO, Sebastián José (2007), p. 119, n. 187, el extenso detalle bibliográfico al respecto, en donde se destacan las obras de BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas (1984): *La construcción social de la realidad*, Madrid, H. F. Martínez de Murgía y la obra de SEARLE, Johan R. (1997): *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós.

¹⁰¹ El debate filosófico en torno a esta cuestión es tan extenso y profundo que se hace imposible detallarlo aquí. Mencionar a uno o dos autores sería por lo menos injusto, sino incorrecto, por lo que los nombres de un Kant o un Hume no alcanzarían a revelar la amplitud y densidad de una discusión que no sólo toma forma en la modernidad, sino que parte de la antigüedad misma, especialmente –según algunos– a raíz de los cuestionamientos hechos por los filósofos escépticos de la época helenística y sus antecesores. Véase al respecto lo que podría denominarse la biblia escéptica: *Esbozos Pirrónicos* de Sexto Empírico. (Cf. la “Introducción” SEXTO EMPÍRICO (1993): *Esbozos Pirrónicos*, introducción, traducción y notas de Antonio Gallego Cao y Teresa Muñoz Diego, Madrid, Gredos y SEXTO EMPÍRICO (1996): *Hipotiposis Pirrónicas*, edición de Rafael Sartorio Maulini, Madrid, Akal).

¹⁰² Esta re-normativización se dará, como indica Amadeo, en los autores estudiados de diferentes modos: 1) en Roxin se considera que la política criminal debe influir en la construcción de los elementos conceptuales; 2) en Jakobs la teoría del delito debe girar en torno a la teoría de la pena, esto es, la teoría de prevención general positiva (Cf. AMADEO, Sebastián José (2007), p. 120).

Las tendencias funcionalistas deben ser entendidas en el campo del derecho penal en contraposición a la tendencia finalista; dicha contraposición se debe en parte a Günther Jakobs, discípulo del propio Welzel, en tanto que considera, como se verá, que el paradigma es otro, diferente al que se propone el profesor alemán al llevar a cabo una fundamentación ontológica de las categorías dogmáticas.

La culpabilidad amplificada en el funcionalismo moderado de Claus Roxin

Ahora bien, entre los seguidores del modelo funcionalista, se destaca en primer lugar el jurista alemán Claus Roxin (1931)¹⁰³, quien desde 1970 introdujo a través de su obra *Política criminal y sistema de Derecho penal* una amplia re-normativización del pensamiento sistemático jurídico-penal, orientando de modo específico el derecho penal a los fines de la política criminal.¹⁰⁴ Es claro en este sentido Roxin cuando sostiene que “*el camino acertado solo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal.*”¹⁰⁵ Por eso, también se identificó su sistema bajo el nombre de *sistema racional final o de la unidad sistemática del Derecho Penal y la Política Criminal*.¹⁰⁶

Desde esta peculiar perspectiva, Roxin resignifica las categorías conceptuales de la teoría del hecho punible, considerando que la culpabilidad es sólo una condición necesaria, pero no suficiente, para exigir responsabilidad penal. A través de esta propuesta Roxin pretende ampliar el contenido de la categoría sistemática de culpabilidad a fin de ser subdividida entre la culpabilidad, en el tradicional sentido estricto de poder actuar de otro modo, como primer nivel, y un poder de evitación cualificado, regido por las finalidades de la pena, como segundo nivel.¹⁰⁷ Es por esa

¹⁰³ Nació en Hamburgo, Alemania, el 15 de mayo de 1931. Este jurista alemán es reconocido por sus trabajos y trayectoria en el ámbito académico relativo al derecho penal, derecho procesal penal y teoría del derecho, ejerciendo gran influencia una de sus teorías sobre el dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder que sirvió para atribuir responsabilidad penal a las cúpulas de organizaciones criminales que no intervinieron directamente en los delitos juzgados.

¹⁰⁴ Según Schünemann, Roxin es en este aspecto una clarificadora continuación del pensamiento jurídico-penal neokantiano dominante en el primer tercio de S. XX, que dio lugar a la superación de la antítesis entre sistemática jurídico-penal y política criminal en *pro* del desarrollo de un concepto de puente que hizo visible un ininterrumpido sistema de relaciones y derivaciones. Al decir de Schünemann, Roxin tiende “*un arco hacia la doctrina de los fines de la pena y, con ello, hacia los principios centrales de la Política criminal*” (Cf. SCHÜNEMANN, Bernd (1991): “La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal”, conferencia pronunciada el día 10 de abril de 1991 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, traducción de Margarita Martínez de Escamilla –Universidad Complutense–, <file:///C:/Documents%20and%20Settings/XP/Mis%20documentos/Downloads/Dialnet-LaPolíticaCriminalYelSistemaDeDerechoPenal-46401.pdf>, pp. 703 y 709). Es, por supuesto, el propio Roxin quien afirma que su objetivo era “*hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohegelianos) de la época de entreguerras*” (ROXIN, Claus (1997), p. 203).

¹⁰⁵ ROXIN, Claus (2006): *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. por Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, p. 49. También insiste con esa idea cuando escribe: “*...mi concepción sistemática intenta estructurar las distintas categorías del Derecho penal bajo aspectos de política criminal*” (ROXIN, Claus (2000): *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 44).

¹⁰⁶ Cf. ERBETTA, Daniel (2006), p. 32.

¹⁰⁷ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd (2000): “La culpabilidad: Estado de la cuestión”, Trad. David FELIP I SABORIT y Ramón RAGÜES I VALLES, en VV.AA. (2000): *Sobre el estado de la teoría del delito seminario en la universidad pompeu fabra*, Madrid, S.L. Civitas Ediciones, p. 114.

razón que con Roxin se suele entender que hay un avance desde un concepto normativo de culpabilidad hacia un concepto normativo de responsabilidad.

En un artículo del año 1979¹⁰⁸, Roxin propone de manera clara las siguientes ideas: 1º) la culpabilidad **“viene determinada en su contenido por criterios preventivos”**;¹⁰⁹ 2º) **“el concepto jurídico-penal de culpabilidad contiene ciertamente en sí algunos aspectos preventivos, pero precisamente no otros así que se producen, por ello, recíprocas limitaciones del poder punitivo que ocupan lugares distintos según se trate de la fundamentación o de la determinación de la pena”**;¹¹⁰ 3º) **“Por lo que se refiere a la culpabilidad como fundamento de la pena, (...) el castigo del comportamiento culpable –en contra de la opinión tradicional– va a ser limitado precisamente por la necesidad preventiva... En cambio, muchas veces se sobrevalora, a la inversa, el efecto protector limitador de la pena que tiene la culpabilidad frente a las necesidades preventivas, porque tampoco existen apenas argumentos, desde el punto de vista de la utilidad político-criminal, para castigar comportamientos no culpables”**;¹¹¹ 4º) **“Por lo que se refiere a la culpabilidad en la determinación de la pena, por otro lado aparece en primer plano el efecto limitador de la culpabilidad sin perjuicio de su congruencia con las necesidades de una prevención integradora motivada político-criminalmente; ya que con su graduación limita, en virtud de la libertad individual, cualquier tipo de prevención general intimidatoria y cualquier tipo de prevención especial dirigida al tratamiento. No obstante, también los apremiantes mandatos de la prevención especial limitan, a la inversa, el grado de la pena, en tanto, en contra de lo que sucede en la praxis, se puede imponer en el caso concreto una pena inferior a la correspondiente por el marco que viene previamente dado por la magnitud de la culpabilidad, cuando sólo de este modo puede evitarse el peligro de una mayor desocialización.”**¹¹²

En consecuencia, es evidente que, dentro de la teoría preventiva unificadora propuesta por Roxin, la pena sólo puede perseguir un fin preventivo del delito, ya sea preventivo general, ya sea preventivo especial, lo que generará conflicto si los fines preventivos perseguidos exigen diferentes cuantías de pena, debiendo tener en tal caso preferencia la prevención especial por sobre la general.¹¹³ Para Roxin queda claro que el principio de culpabilidad continúa teniendo un rol central en cuanto configura el

¹⁰⁸ Título original del artículo es “Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht”, publicado originariamente en “Festschrift für Paul Bockelmann” en 1979, pp. 279-309, y hace unos años en ROXIN, Claus (1999): “Culpabilidad, prevención y responsabilidad en derecho penal” en ROXIN, Claus (1999a): *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, trad. Por Francisco Muñoz Conde, España, Editorial Reus, pp. 185-186.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus (1999a), p. 185. (El resaltado en negritas es nuestro).

¹¹⁰ ROXIN, Claus (1999a), p. 185.

¹¹¹ ROXIN, Claus (1999a), pp. 185-186. (El resaltado en negritas es nuestro).

¹¹² ROXIN, Claus (1999a), p. 186. (El resaltado en negritas es nuestro).

¹¹³ Se descarta con ello la posibilidad de considerar en la teoría unificada de Roxin a la retribución y/o causación de un mal como un fin aceptable junto a la prevención (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 149).

instrumento liberal y psicológico más propicio para la restricción de la coerción penal estatal, ya que constituye el límite que no puede sobrepasar la pena, pues nadie puede ser castigado más duramente que lo que merece.¹¹⁴ Pero, a diferencia del retribucionismo crudo, Roxin admite que la pena quede por debajo incluso de la medida de culpabilidad si eso lo permite el fin preventivo.¹¹⁵

De cualquier modo, el planteo de Roxin deja algunas aristas que generan algunas críticas. Por ejemplo, Ziffer sostiene que “Roxin no abandona totalmente los postulados de las posiciones tradicionales, con lo cual su propia posición se torna contradictoria en algunos puntos, especialmente en lo que se refiere a la función limitadora de la culpabilidad... El intento por continuar manteniendo una separación entre culpabilidad y prevención, por medio de la ‘responsabilidad’, genera sólo confusión, y deja sin solución la cuestión de cuál debe ser el contenido de cada una de las categorías”.¹¹⁶

El concepto “vacío” de culpabilidad en el funcionalismo radical de Günther Jakobs

Otro representante importante del funcionalismo contemporáneo es Günther Jakobs (1937).¹¹⁷ Su posición fue conocida con el nombre de *funcionalismo radical o estratégico* o *funcionalismo sistémico*; este último epíteto se debe a que, en un principio, recaló conceptualmente en la *teoría de los sistemas* de Niklas Luhman (1927-1998), aunque después haya exhibido una mayor aproximación a las ideas de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831).¹¹⁸

¹¹⁴ Como lo indican Zaffaroni, Alagia y Slokar, una “cuantificación funcionalista moderada reconoce como límite la culpabilidad, haciendo operar las necesidades preventivas siempre dentro de ese espacio de juego” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1039).

¹¹⁵ Este punto de vista es afín con lo que, según Günther Jakobs, el sector dominante de los doctrinarios llama “*teoría de la unión*”, que pretende combinar la retribución de la culpabilidad mediante pena con la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en el autor concreto y la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en potenciales autores. Jakobs señala que, para estos teóricos (específicamente cita a Jescheck y Weigend), “*la pena adecuada a la culpabilidad nunca debe ser sobrepasada por razones preventivas, y que, en virtud de estas mismas razones, por otro lado, sólo puede ser fijada una pena moderadamente inferior a la pena adecuada a la culpabilidad, esto último, por ejemplo, ‘para no dificultar al autor el camino de la reinserción’.*” Y citando a Roxin (1994, *Allgemeiner Teil*, pp. 3, 36, ss. y 43, ss. y 46 y ss), Jakobs observa que esto “*tiene como consecuencia que desde este punto de vista existe la posibilidad de fijar una pena considerablemente inferior a la medida adecuada a la culpabilidad si hay razones preventivas que aboguen por ello; sin embargo, también conforme a esta variante se considera ilegítimo sobrepasar la pena adecuada a la culpabilidad*” (Cf. JAKOBS, Günther (1998), p. 10). Por supuesto, Jakobs está en completo desacuerdo con la posibilidad de armonizar la retribución por culpabilidad con la prevención especial limitada y prevención general (intimidación general) porque entiende que no existe un principio que cree esa armonía entre elementos contrapuestos en tanto que la retribución parte de la idea del autor como responsable y la prevención de la idea del sujeto como objeto de necesidades preventivas (Cf. JAKOBS, Günther (1998), pp. 12-14).

¹¹⁶ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 17.

¹¹⁷ Nació el 26 de julio de 1937 en Mönchengladbach; ha sido reconocido por sus aportes como jurista en el ámbito relativo al derecho penal, derecho procesal penal y filosofía del derecho, especialmente por su teoría sobre el derecho penal del enemigo, así como su teoría sobre los roles, entre otros tópicos. Al respecto, cabe recordar la concepción antropológica de la que parte este autor: “*persona es (...) a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho... Es una persona real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma*” (Cf. JAKOBS, Günther (1998), pp. 16-17).

¹¹⁸ Es el propio Jakobs quien asevera que su teoría de la pena debe sus principales elementos a la teoría de la pena de Hegel (Cf. JAKOBS, Günther (1998), p. 27; también lo destaca ERBETTA, Daniel (2006), p. 32). Es preciso hacer, al menos, una breve reseña de ambos autores. Georg Wilhelm Friedrich Hegel fue, después de o con Kant, uno de los filósofos más sobresalientes de la Alemania moderna. Fue compañero del poeta Hölderlin y del filósofo Schelling cuando realizó estudios de teología en Tubinga. Luego, desarrolló su carrera docente en la Universidad de Jena,

Como se verá, la teoría que propone Jakobs provoca un giro decisivo en la teoría de la culpabilidad al sostener que ésta sólo se fundamenta por la prevención general y debe ser medida por esta prevención, es decir, en función de la seguridad del orden social.¹¹⁹ En efecto, Jakobs entiende que ni el retribucionismo de las teorías absolutas ni el prevencionismo especial de las teorías relativas ni su convergencia en las teorías de la unión constituyen una explicación coherente, plausible o suficiente para explicar el fenómeno penal; en tal sentido, el jurista alemán considera que “[e]l quia peccatum est *tampoco describe de modo adecuado la razón del proceso de la punición; pues la razón no es sólo la maldad del hecho, un peccatum, sino el mantenimiento de una determinada configuración social. Sin tener en cuenta esa configuración, es decir, de modo absoluto, no puede fundamentarse la pena pública*”.¹²⁰ Desde esta perspectiva, la pena tiene la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas. Es decir, las penas tienen que contradecir y desautorizar la desobediencia de la norma.¹²¹

Así, superando el punto de vista de Fichte, que reducía al individuo infractor de la norma a la calidad de “una cosa... una pieza de ganado” (mera naturaleza), Jakobs

Heidelberg y Berlín. Al principio su sistema filosófico se hallaba próximo al idealismo de Fichte y Schelling, cuyas filosofías más tarde serían descartados por el propio Hegel en razón de entender que el primero era subjetivo mientras que el segundo era objetivo. Su propio sistema se construyó a partir del pensamiento dialéctico, que tomó como fuentes a Heráclito y Platón, además de Spinoza. La intención de Hegel era concebir lo concreto desde el interior de lo absoluto, que se manifiesta como tal en la oposición a lo concreto y en su negación. Así Hegel entiende que el movimiento esencial del ser es dialéctico en cuanto expresa la pugna interna entre las partes para reducir su oposición a unidad. En otras palabras, la esencia de lo Absoluto se revela como pura negatividad, como la negación de cualquier determinación. En su *Fenomenología del Espíritu* Hegel explica la historia del proceso de lo Absoluto como un proceso de autoconocimiento. Por ello Hegel concibe a su sistema como culminación o fin de la historia, ya que lo considera como el proceso de realización temporal del espíritu. Sin ánimo de agotar con estas escasas referencias, la exposición la filosofía de Hegel, cabe decir con Serreau que su filosofía constituye el sistema más completo en el sentido de que se auto concibe como el resultado del desenvolvimiento histórico del espíritu, que consiste en un movimiento dialéctico (*tesis-antítesis-síntesis*), aunque Hegel haya utilizado muy pocas veces estos términos empleados en verdad antes por Kant y Fichte, que hace pasar al ser de un estado pobre y abstracto a un estado más rico. Es precisamente, desde este lugar, que se afirma, superando el kantismo, la posibilidad de conocimiento absoluto a través de la razón. (Véase SERREAU, Rene (1962): *Hegel y el hegelianismo*, Buenos Aires, Eudeba; HYPOLITE, Jean (1998): *Génesis y estructura de la “Fenomenología del espíritu” de Hegel*, trad. cast. Francisco Fernández Buey, Barcelona, Ediciones Península). Por su parte, Niklas LUHMANN, un autor más contemporáneo, nació en 1927 en Lüneburg, Baja Sajonia, Alemania. Durante la Segunda Guerra Mundial tomó parte de la Luftwaffe y fue privado de su libertad por los aliados. Una vez que recobró su libertad empezó a estudiar Derecho en Friburgo, terminando en 1949. Además, ejerció como funcionario civil desde 1954; en 1961 viajó a Estados Unidos y comenzó a estudiar sociología como alumno de Talcott Parsons en Boston, en la Universidad de Harvard. En 1964 publicó su primera obra dedicada a analizar problemas sociológicos a partir del uso de la teoría de sistemas: “Funktionen und Folgen formaler Organisation” (Duncker & Humblot, Berlín, 1964). En 1965 ingresó en la Universidad de Münster donde terminó de estudiar sociología política en 1967. Al año siguiente se estableció en Bielefeld, ciudad donde comenzó a ejercer un puesto de catedrático en la universidad durante el resto de su carrera hasta 1993, momento en el que es nombrado emérito. Finalmente falleció en 1998.

¹¹⁹ Según Righi, la prevención general se da en el marco de una nueva teoría unificadora, que más recientemente se conoce con el nombre “prevención general positiva”, y cuya innovación radical es que presuponen formulaciones alternativas de la teoría del delito (Cf. RIGHI, Esteban (2001): *Teoría de la pena*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 34). Para Schünemann, “Günther Jakobs da todavía un paso más hacia delante y proclama la completa remisión de la culpabilidad a la prevención general, es decir, más claramente, la eliminación del sistema de un concepto de culpabilidad no derivado de la idea de prevención” (Cf. SCHÜNEMANN, Bernd (1991), p. 709). Tal vez, desde este punto de vista, se explique la interpretación que hace Schünemann sobre la confusión entre dogmática y sociología llevada por Jakobs, cuya concepción de culpabilidad constituye, al decir de Schünemann, una falacia normativista inaceptable.

¹²⁰ Cf. JAKOBS, Günther (1998), p. 10. (El resaltado en negritas es nuestro).

¹²¹ Cf. BACIGALUPO, E. (1994): *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, pp. 30-31.

considera que “*el infractor de la norma debe seguir siendo una persona*”.¹²² Si bien su comportamiento quebrantador se encuentra en un mundo equivocado, lo opuesto a la sociedad real, porque niega las condiciones de lo común, la sociedad interpreta, según Jakobs, tal comportamiento (el del infractor de la norma) como contradicción, no como naturaleza en el sentido Fichte, cuya concepción de sociedad expulsaría al infractor por su condición de tal. En este marco teórico, la privación de medios de interacción que suponen las penas (ya sea multa, privativa de libertad hasta la muerte) no se lleva a cabo porque el infractor de la norma no es persona, sino por el contrario porque, a pesar de que el infractor carece de lo que Jakobs llama “personalidad *material*” en tanto que su conducta no se encuentra en el mundo de la sociedad real, sino en un mundo equivocado, subsiste su “personalidad *formal*”.¹²³ Pero debe quedar claro que la pena no se dirige ni en mayor ni en menor medida al infractor que a todos los demás, pues la ella nada tiene que ver con la intimidación o educación del infractor de la norma o de otras personas. Lo que se pretende es contraponer al quebramiento de la norma la realidad de norma (y no sólo su posibilidad); en otras palabras, la pena es concebida como confirmación de la configuración de la sociedad. Por consiguiente, Jakobs asegura que la medida de la pena no ha de regirse por lo que sea necesario a efectos de intimidación, educación o aseguramiento, sino por la medida objetivada de negación de la personalidad. En este sentido, se torna comprensible que el autor en cuestión piense que la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de un fin.¹²⁴ Según Jakobs, “*la pena tiene la misión preventiva de mantener la norma como esquema de orientación, en el sentido de que quienes confían en una norma debe ser confirmados en su confianza. Se habla de prevención general positiva –no intimidatoria, sino, como se ha dicho, confirmatoria–, es decir, de una confirmación frente a otros.*”¹²⁵ Pero tal teoría tiene aún, para Jakobs, una configuración psicologizante en tanto que se propone o desea alcanzar repercusiones psíquicas o procesos psíquicos como consecuencia de la confirmación de la norma por medio de la pena pública, si bien ello no forma parte del concepto de pena, pues “*la pena significa –en palabras de Jakobs– la permanencia (...) de la realidad normativa sin modificaciones.*”¹²⁶

De la misma manera que lo hacemos todos desde niños, Jakobs distingue claramente entre defectos cognitivos y defectos volitivos, pues la existencia o medida de la culpabilidad se determina en esos ámbitos de modo inverso: cuanto menor sea la

¹²² JAKOBS, Günther (1998), p. 20.

¹²³ Cf. JAKOBS, Günther (1998), pp. 21-23.

¹²⁴ Cf. JAKOBS, Günther (1998), pp. 24-25.

¹²⁵ JAKOBS, Günther (1998), p. 32. Esta teoría es, según el propio Jakobs, próxima a la doctrina de Welzel según la cual el derecho penal tiene una función ético-social.

¹²⁶ JAKOBS, Günther (1998), p. 33. En realidad, para Jakobs, la “*prevención general positiva –si es que quiere hacerse uso de ese término– no debe denominarse prevención general porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación.*” (JAKOBS, Günther (1998), p. 33).

voluntad del sujeto de respetar la norma, es decir, cuanto mayor sea su infidelidad normativa, más grave será su culpabilidad, y menos grave será si esa infidelidad a la norma se debe a un desconocimiento por parte del sujeto, desconocimiento que en el caso de ser difícilmente superado tornaría más leve la culpabilidad y más gravosa si fuese fácilmente superable.¹²⁷

De este modo, a la par que la criminología constata, por un lado, el fenómeno de la selectividad con la que opera el sistema penal y las agencias de control del delito, los expertos en dogmática penal, por otro, elaboran conceptos de culpabilidad que se alejan de la esfera individual para asentarse en el ámbito de lo normativo, lo preventivo y finalmente en lo comunicacional. Para algunos críticos, “*el mayor vaciamiento de contenido de la culpa se produce en esta versión del funcionalismo penal*”, la de Jakobs¹²⁸, quien incluso admite que se penalice excepcionalmente hechos cometidos sin culpa cuando finalidades de prevención fuertes así lo exijan.¹²⁹ En tal sistema, resulta dudosamente admisible pensar que la noción de culpabilidad siga cumpliendo al menos el rol de factor limitante en la determinación judicial de la pena, pues el contenido del concepto de culpabilidad se encuentra establecido por el fin de prevención general (la estabilización de la vigencia de la norma), no por la responsabilidad personal del autor por su acción.¹³⁰ En tal sentido, el factor necesario para definir la justa magnitud de la pena es la consideración de que sea la adecuada para reintroducir al autor del delito en la comunidad e influir pedagógicamente en ella.

Esta nueva noción de culpabilidad, que se configura funcionalmente para una sociedad de estructura determinada, encuentra antecedentes en las ideas del austríaco Ferdinand Kadečka y desplaza el eje central de análisis hacia el estado en que se encuentra la sociedad con el doble propósito de “*calmar a los ciudadanos atribulados por el delito y generarles un refuerzo en su fidelidad hacia el ordenamiento*”.¹³¹

Por su parte, Zaffaroni entiende que la culpabilidad propuesta por Jakobs no es estrictamente culpabilidad, sino una etiqueta de la teoría del delito que escogió el autor para crear una categoría justificante de la sanción que toma como base una concepción antropológica inaceptable desde el ángulo constitucional.¹³² En efecto, para Zaffaroni,

¹²⁷ JAKOBS, Günther (1997): *Estudios de derecho penal. El principio de culpabilidad*, Madrid, Civitas, pp. 367-368.

¹²⁸ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 163.

¹²⁹ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 163. Estos autores observan grandes cercanías entre las concepciones totalitarias, como las propugnadas por la Escuela de Kiel (v.gr. Friedrich Schaffstein), y la posición de Günther Jakobs, quien tomando algunos conceptos de la teoría de los sistemas de Niklas Luhman desarrolla un funcionalismo jurídico-penal que pone énfasis en la concepción según la cual el delito es una lesión del deber o voluntad popular mientras que la pena tiene como función central el afianzamiento de la norma vulnerada. (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 53-54).

¹³⁰ Según Schüneman, la categoría de culpa ya no depende en la visión de Jakobs del individuo (autor) que se encontraba en cierta situación, sino de las circunstancias sociales sobre las que el individuo no tiene ninguna injerencia (Cf. SCHÜNEMANN, Bernd (2002): *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal en el fin del milenio*, Madrid, Tecnos, p. 119).

¹³¹ FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 188.

¹³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2006): *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, pp. 528 y sges.

Alagia y Slokar, no caben dudas de que el principio de la prevención general en la cuantificación de la pena se enfrenta al auténtico principio de culpabilidad, pues la necesidad de intimidación, integración o estabilización hace que se supere la medida de ésta, lo que implica tomar al ser humano como un simple medio para la conservación del orden social.¹³³ A su vez, Zaffaroni, Alagia y Slokar entienden que si se piensa en una cuantificación de la pena en estos términos, dentro del modelo teórico del funcionalismo sistémico, en donde la pena tendría, en último análisis, la medida de la necesidad de normalización o de prevención general positiva, dicha medida resultaría prácticamente imposible medir, salvo encuestas, lo que daría lugar a que quede librada a la arbitrariedad de la valoración subjetiva del tribunal; pero aunque se midiese por encuestas u otro procedimiento análogo se trataría de fundar el grado de punición en el nivel de pérdida de confianza en el sistema, o sea que cuanto más desprestigiado se halle el sistema, mayor será la pena (a menor consenso, mayor pena), lo que en definitiva provocaría que la cuantificación dependa de lo que él llama la “razón de estado”.¹³⁴

Fleming y López Viñals sostienen, por su parte, que el funcionalismo de Jakobs parte de una desvalorización de la libertad de autodeterminación o autonomía como un factor no comprobable ni aceptable y que a raíz de ello cuesta mucho reconocer la culpabilidad como tal (evitabilidad individual) en tanto que ha quedado vaciada de su propio contenido para ser identificada con la prevención general. Tal concepción de la culpabilidad no dará por lo general respuestas adecuadas a la determinación de la pena, pues presupone el riesgo de no tener límites en el poder de sancionar. En conclusión, como sugieren los mencionados autores, *“sólo podría arribarse azarosamente a soluciones humanistas en períodos en que la sociedad se muestra tolerante, y cabría esperar los más despiadados y crueles desbordes del poder punitivo cuando pierde la paciencia frente a situaciones de inseguridad, o cuando por diversas razones equivoca el rumbo apostando a la pena como una panacea para problemas que nada tienen que ver con ella”*.¹³⁵

Con un análogo sentido crítico respecto de la postura de Jakobs, Ziffer señala que se *“ha sostenido que la formalidad del concepto de culpabilidad de Jakobs lo torna manipulable, convirtiéndolo en una estructura que también podría ser utilizada en un régimen ilícito, distorsionando la carga de fundamentación que debe tener la culpabilidad. Se ha llegado a decir, incluso, que esto abre la puerta para las*

¹³³ En tal sentido, la visión antropológica donde apoya sus bases la teoría de la prevención general positiva reduce al ser humano a un *medio* para garantizar la obediencia del resto, con lo cual no se responsabiliza a la persona por el hecho propio sino por un *peligro de hecho ajeno*. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1051.)

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1039.

¹³⁵ FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 189.

confusiones temporarias del ciudadano promedio, y conduciría a la caza de brujas, la persecución de razas y otras corrientes ideológicas criminógenas.”¹³⁶

El peculiar concepto de culpabilidad en el sistema funcional conflictivo de Eugenio Raúl Zaffaroni

En Argentina puede decirse que Eugenio Raúl Zaffaroni encarna con su teoría una tendencia funcionalista especial. Según su perspectiva, la culpabilidad de la cuantificación penal no es distinta de la culpabilidad normativa del delito; en efecto, lo que sucede es que se consideran desde puntos de vistas diferentes: la culpabilidad de la teoría del delito remite a un momento concreto, el de la comisión del hecho, mientras que la culpabilidad que se estima en la órbita de la sanción convoca al análisis de ese tramo como así también al de la dinámica posterior al hecho, como es la relativa a la reparación del daño, al paso del tiempo o al perdón de la víctima. Esta es la visión ampliada formulada por Zaffaroni con el propósito de explicar que para la determinación de la pena resulta insuficiente la culpabilidad del acto, que sólo puede marcar el máximo de la sanción, máximo que podría ser mitigado en su valoración por la consideración dinámica posterior al hecho.¹³⁷

En “*una teoría contentora del poder punitivo*” como la de Zaffaroni, Alagia y Slokar, “*la culpabilidad importa –como ya se adelantó al comienzo de este trabajo– un proceso valorativo dialéctico, en el que acaban sintetizándose la reprochabilidad por el acto (que prescinde de la selectividad y, por ende, de la vulnerabilidad), y un cálculo del esfuerzo que el agente haya hecho por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo (culpabilidad por la vulnerabilidad), resultando de ambas culpabilidades (por el acto y por la vulnerabilidad) la culpabilidad normativa. El principio de irracionalidad mínima impone que el poder punitivo en cada caso concreto guarde cierta proporción con la culpabilidad normativa, de modo que, en definitiva, resulta que ésta –síntesis de la culpabilidad de acto y la culpabilidad por la vulnerabilidad– es el indicador de mayor aproximación de la cuantía de la pena.*”¹³⁸

Cabe aclarar que tal concepción de la culpabilidad como indicador de la cuantía de la pena (o bien como indicador del poder punitivo) se inscribe dentro de lo que Zaffaroni, Alagia y Slokar llaman la *teoría negativa o agnóstica de la pena* que

¹³⁶ Esta es la opinión de Hirsch, según Ziffer (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 76).

¹³⁷ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 182-183; ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 91-92. En este sentido, la postura de Zaffaroni parece encontrarse alejada, al menos, de la visión de Tatjana Hörnle, quien asegura que “*la llamada culpabilidad en la medición de la pena no es idéntica a la culpabilidad como fundamento de la pena*”, indicando que la pena tiene que orientarse a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad personal del autor (Cf. HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 49). En efecto, Ziffer señala que no es unánimemente aceptado que la culpabilidad que fundamenta la pena sea la misma que la de la determinación de la pena; así, por ejemplo, lo sostienen tanto Achenbach, Roxin, Zipf, entre otros. En cambio, Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que la “*culpabilidad de cuantificación penal es en su esencia la misma del delito, sólo que en la teoría de la responsabilidad o de la respuesta punitiva el delito es considerado desde un atalaya diferente al de la perspectiva que se toma en análisis para la teoría del delito*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1034).

¹³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1032.

presupone el fracaso de todas las teorías positivas (por falsas o no generalizables).¹³⁹ Ello no significa, por tanto, la afirmación de la racionalidad de la pena, sino por el contrario sólo la eliminación de sus caracteres de más grosera irracionalidad.

Asimismo, desde este ángulo, el jurista argentino se refiere incluso a reductores que operarían en el terreno de la llamada cuantificación penal. Tales reductores funcionarían en la teoría de la responsabilidad como un “*sistema de filtros diferente al de la teoría del delito -aun cuando se admitan algunos elementos comunes-, mediante un mecanismo que se limitaría a invertir el signo de la vieja cesura teórica entre delito y pena que durante muchos años caracterizó a la doctrina latinoamericana, embarcada en una teoría del delito neokantiana y en una teoría de la pena peligrosista*”.¹⁴⁰ De cualquier modo, Zaffaroni, Alagia y Slokar entienden que los mencionados reductores de la teoría de la responsabilidad no serían en realidad independientes de la proyección de la teoría del delito, lo que podría suponerse en tanto que dependen de acontecimientos que tienen lugar con posterioridad a la realización de la acción y a la producción del resultado típicos, como por ejemplo, la conducta del agente con posterioridad al hecho (vgr. actitud hacia la víctima, esfuerzo por disminuir el daño, cooperación con la justicia, confesión espontánea, sincero arrepentimiento, acortamiento de las perspectivas de vida, etc.-); pues para el jurisconsulto argentino, es “*correcto afirmar que la medida de la pena debe ser la medida de la culpabilidad, y que esta última no es diferente de la culpabilidad de delito, sino sólo la misma en perspectiva dinámica*.”¹⁴¹

Así, retomando el tópico que nos interesa en este trabajo –la determinación del *quantum*–, Zaffaroni, Alagia y Slokar observan que la *culpabilidad por el acto* señala el límite máximo de la pena en concreto, porque es el máximo de reproche posible; pero a este reproche debe contraponérsele la resta que importa tomar en cuenta el estado de vulnerabilidad del agente, que en el peor de los casos puede ser nulo (bajo estado de vulnerabilidad). Ahora bien, cuando Zaffaroni, Alagia y Slokar hablan de la culpabilidad por el esfuerzo personal por la vulnerabilidad, se están refiriendo a la *vulnerabilidad no imputable al agente*. Del juego de ambas culpabilidades resulta la síntesis de la *culpabilidad normativa* como indicadora del poder punitivo habilitado en el caso concreto.¹⁴²

Observaciones generales acerca de los modelos estudiados

Partiendo entonces de la básica idea de Naucke según la cual *a cada teoría de la pena le corresponde una teoría del hecho punible*¹⁴³, hemos tratado de visualizar en este

¹³⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 44.

¹⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1033.

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1035.

¹⁴² Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1035.

¹⁴³ Citado en ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 44.

breve recorrido que tanto el causalismo normativista como el finalismo desembocaron en *concepciones normativas* de la teoría del delito, a la vez que el funcionalismo puso precisamente el acento en tal aspecto de la cuestión.

Si bien con el finalismo se consuma el hecho de que a la *culpabilidad* como categoría central de la teoría del delito le hayan sido extirpados los elementos subjetivos (psicológicos) que vinculaban en la visión causalista clásica al autor con los elementos objetivos del delito, hoy en día ya no es objeto de discusión doctrinaria que la culpabilidad constituye un *juicio de reprochabilidad* a través del cual se pretende determinar si alguien es responsable y en qué medida lo es, juicio para cuya formulación se adopta, pese a la diversidad de criterios que hemos estudiado, la posición de un “*hombre común*” u “*hombre-medio*”.

En la formulación de ese juicio se dirimirá, en principio, la cuestión acerca de la determinación de la pena que le cabe a una persona que cometió un delito. Ahora bien, en esa determinación cuantitativa pueden operar distintos criterios, como los estudiados con anterioridad. No es la misma manera de razonar la de Roxin que la de Welzel o Lizst, o Jakobs en comparación con la de Zaffaroni, Alagia y Slokar y *viceversa*.

Para simplificar un poco, se dice que históricamente se han dado, por lo menos, dos grandes paradigmas que hacen hincapié en dos problemas o aspectos disímiles: por un lado, el delito y la retribución, por el otro, la persona del delincuente y la prevención. Dichos paradigmas se intercalan y, a la vez, articulan de manera compleja en los modelos teóricos que estudian el fenómeno jurídico-penal desde cosmovisiones, si no antagónicas, distantes unas de las otras. Por más que utilicen términos y conceptos análogos o idénticos, el sentido y alcance de sus significados tienen una génesis estructural y morfológica diversa, como se pudo apreciar en el examen de los modelos analizados.

Por otra parte, cabe señalar que en algunas ocasiones se recurre a terminología propia o *ad hoc* para diferenciarse de los otros puntos de vista. El concepto de peligrosidad, por ejemplo, constituye un umbral o peldaño significativo que permite el desarrollo de criterios preventivos, y no tanto el de los criterios retributivos. A ello se encuentran asociadas ideas filosóficas sobre el mundo, el hombre y su libertad, como así también la sociedad y el estado, para indicar sólo algunas de las más relevantes, ideas que se constituyen en los pilares subyacentes que mantienen la estructura del modelo teórico defendido.

En este sentido, antes de que se desarrollaran los modelos anteriormente examinados, hubo líneas antagónicas de pensamiento; así, por ejemplo, la escuela clásica que, con su idealismo, aún defendía la idea de la libertad de la voluntad, en contraposición al positivismo que dirigió sus dardos contra esa idea. En esa bifurcación teórica propia de un complejo entramado significativo de conceptos, la pena encontró

también sentidos y alcances diversos. De retribuir o reprimir pasó a significar curar o tratar. Y todo ello tiene una inescindible vinculación con el tema que estudiamos aquí; pues, el criterio o sentido adoptado a partir de cada concepto terminó incidiendo en el monto punitivo, y ello, aunque el propio juez que en la actualidad decida no lo sepa de modo explícito ni sea consciente de algún modo.

Una vez que analicemos la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, si es posible la distinción conceptual aludida, y estudiemos los diferentes estándares de argumentación utilizados en la determinación judicial de la pena, intentaremos detectar en los capítulos venideros si los magistrados del siglo XXI de la provincia de Santa Fe adoptan abierta o soterradamente alguna perspectiva en particular o paradigma central y, en uno u otro caso, si esa adopción opera de modo solapado o no en la individualización judicial de la penas.

I.5 La cuestión de la *discrecionalidad* y la *arbitrariedad* en el derecho penal

«...las decisiones discrecionales no son consideradas como actuaciones arbitrarias. Dicho de otro modo, en tanto decisión judicial, la decisión discrecional también ha de estar justificada; es decir, siempre ha de basarse en razones.»¹⁴⁴

Juan B. Etcheverry

La distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad debe concebirse en el marco de esta investigación como una cuestión central en cuanto se configura como el punto de apoyo para valorar en el capítulo final de esta tesis hasta qué punto los jueces penales de Santa Fe deciden el monto de una pena de modo racional o irracional o, dicho, en otros términos, si esa decisión es razonada, sentida o intuida de modo diverso.

A tales fines, en esta sección intentaremos esclarecer conceptualmente la distinción entre una y otra categoría (*discrecionalidad versus arbitrariedad*), sobre todo en atención a la confusión en que suelen desembocar ambos conceptos¹⁴⁵ y si, en cualquier caso, es posible separar las categorías en juego; esto es, si es posible distinguir

¹⁴⁴ ETCHEVERRY, Juan (2016): “Sobre la única respuesta correcta y la discrecionalidad judicial”, p. 176, en ALFONSO, Santiago y otros (2016).

¹⁴⁵ Ziffer menciona “la *discrecionalidad judicial*” para señalar que los marcos penales operan no sólo como límite sino como un modo de descalificar a aquella (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 36-37) e incluso contrapone la “*discrecionalidad del juez*” a la “*aplicación del derecho*” para describir la estructura misma de la individualización de la pena (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 96-97). Por su parte, Fleming y López Viñals afirman que la “*determinación judicial de la sanción se ha venido efectuando de un modo discrecional, a través de consideraciones sumamente pobres y de un carácter excesivamente variopinto, que se debe reputar inadmisibles...*” (FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 176). Estimamos que bajo el término “discrecionalidad” estos autores apuntan claramente a un concepto discrecionalidad similar al de arbitrariedad, que supone la falta de fundamentación en criterios racionales.

lo “discrecional” de lo “arbitrario”, y ambas de la categoría de lo “razonable” o “modo racional”.

Parte de la doctrina entiende que la determinación judicial de la pena es un acto de discrecionalidad técnica del juez.¹⁴⁶ El tema es elucidar si esa discrecionalidad debe entenderse simplemente como arbitrio judicial, o bien, como mera arbitrariedad, en el sentido en que se la entiende jurídicamente. Tanto Krumme como Jescheck destacan que existe un componente irracional o, al menos, no susceptible de control racional, en la determinación de la pena. Tal componente puede deberse, según algunos autores, al hecho de que resulta imposible transformar o transmutar en magnitudes penales los juicios de valor sobre la cuantía del injusto y de la culpabilidad.¹⁴⁷

De todos modos, teniendo en cuenta la forma republicana de gobierno adoptada por nuestro país, todo acto de gobierno –la sentencia o la decisión judicial sobre el monto de una pena lo es¹⁴⁸–, y en orden a evitar la concentración de poder, exige razonabilidad, lo que se concreta en la justificación de las decisiones.¹⁴⁹ En tal sentido, como señala Yacobucci, “*lo que el juez no puede es erigir su voluntad o su convicción en ley. Tal tarea corresponde al Parlamento. Por lo tanto, no es cierto que no se pueda saber cuál es la solución jurídicamente correcta en cada caso, pues toda solución motivada (...) será jurídicamente correcta, en tanto expresa la voluntad del legislador o de la ley y no la del juez*”.¹⁵⁰

¿Ello quiere decir que la motivación constituye en el marco del proceso penal la *conditio sine qua non* o clave fundamental a partir de la cual se puede sostener la verdad o la justicia de una decisión –o, en palabras más precisas, el requisito de validez de las sentencias y decisiones de los jueces–, respetándose con ello la garantía de defensa en juicio que se hace exigible en el debido proceso en cuanto los argumentos que componen la motivación de la decisión la hacen a ésta controlable y refutable?

Ahora bien, ¿lo *motivado* es en sí mismo lo *contrario* a lo *arbitrario* del mismo modo que lo es respecto de lo *discrecional*? Si fuera posible y correcto distinguir cada uno de los conceptos involucrados, deberíamos concluir que una pena puede determinarse de tres maneras distintas: en primer lugar, motivadamente, dando razones y explicaciones de por qué se graduó en tal cantidad la pena; en segundo lugar, podría definirse de manera discrecional, sin dar razones precisas del modo en que se definió el

¹⁴⁶ Ziffer incluye en esta línea de pensamiento a Nuñez, Baigún, Jimenez Asúa y Chichizola. Separa a Zaffaroni, a quien le reconoce, como ya indicamos más arriba, haber señalado que al cuantificar pena el juez debe aplicar derecho y proceder con razonamiento claro y criterio jurídico (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 26-27).

¹⁴⁷ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 29. Véase nuestra nota N° 25.

¹⁴⁸ ALFONSO, Santiago y otros (2016): *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales*, Buenos Aires, La Ley, p. 37.

¹⁴⁹ ZUCCONI, Karina M. (2009): “Motivación y arbitrariedad. Reflexiones acerca de cómo se define la verdad en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal Penal 2009-1: la prueba en el proceso penal – I*, dirigido por Edgardo Alberto Donna, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 608 y n. 13.

¹⁵⁰ ZUCCONI, Karina M. (2009), p. 610. Allí detalla que la cita corresponde al Tribunal Supremo español 2/1999 del 15/10/1999, p. 456.

quantum; por último, podría efectuarse la determinación de manera absolutamente antojadiza. ¿Hay alguna diferencia entre estas alternativas? ¿Cuáles son?

Partamos, en primer término, de algunas suposiciones expresadas de modo interrogativo: ¿*Discrecional* es decidir algo sin expresar motivos o hacerlo por motivos diferentes a los manifestados? ¿*Arbitrario* es lo que se decide por simple capricho o antojo? Dejémosnos guiar por un momento por el *Diccionario de la Real Academia Española*, que brinda los siguientes significados de “discrecional” (del lat. *Discretio – onis*): 1. Adj. *Que se hace libre y prudencialmente*; 2. Adj. *Dicho de una potestad gubernativa: que afecta a las funciones de su competencia que no están regladas*; 3. Adj. *Dicho de un servicio de transporte: que no está sujeto a ningún compromiso de regularidad*.¹⁵¹ Y los siguientes significados de “arbitrario” (del lat. *Arbitrarius*): 1. Adj. *Que depende del arbitrio*; 2. Adj. *Que procede con arbitrariedad*; 3. Adj. *Que incluye arbitrariedad*; 4. Adj. *Arbitral*. De esos significados se hace preciso recurrir al análisis semántico de “arbitrariedad”, que es definida por el mismo Diccionario como *acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho*. Y al de “arbitrio”: sin perjuicio de otros significados, el Diccionario incluye éstos: 1. *facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra*; 2. *Voluntad no gobernada por la razón sino por el apetito o capricho*; 3. De juez o judicial. Der. *Facultad que se deja a los jueces para la apreciación circunstancial a que la ley no alcanza*.¹⁵² Por *discreción*, un diccionario de sinónimos aporta los siguientes: *mesura, prudencia, tacto, sensatez*.¹⁵³ Por *arbitrario*, *injusto, ilegal, infundado, caprichoso, antojadizo*.¹⁵⁴

De las nociones e ideas vertidas, cabe conjeturar que hay algo claro que distingue los términos de la comparación: por un lado, lo *discrecional* supone *prudencia, sensatez o mesura*, independientemente de no estar sujeto a reglas (rasgo que podría ser común a ambos conceptos), mientras que, por el otro, lo *arbitrario* no implica *prudencia ni mesura sino antojo, capricho*, y se desarrolla en *contraposición a la ley, la justicia o la razón, último rasgo (como ilegal, injusto o irracional) que no compone el significado de discrecional*.

En el ámbito de los poderes del Estado, lo cierto es que lo *discrecional* se emparenta de algún modo con lo *arbitrario* en tanto que las facultades *discrecionales* de ciertos órganos del poder suponen respecto algunos asuntos la falta de obligación de

¹⁵¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992, 21° ed., 2000), Tomo I, Madrid, p. 759.

¹⁵² D.R.A.E. (2000), p. 180.

¹⁵³ DICCIONARIO ESTRADA de sinónimos, parónimos, antónimos y homónimos (1998), Editorial Ángel Estada y Cía. S.A., Buenos Aires, p. 140.

¹⁵⁴ DICCIONARIO ESTRADA de sinónimos, parónimos, antónimos y homónimos (1998), p. 35.

expresar los motivos de lo que resuelven.¹⁵⁵ No obstante, también es cierto que, desde el punto de vista netamente jurídico y del poder judicial, la arbitrariedad es entendida como lo que “*no es derivación razonada del derecho vigente*” adaptado a las circunstancias del caso y, en un sentido aún más fuerte, como lo que “*sólo se basa en la voluntad del juzgador y ninguna otra fuente que le otorga legitimidad jurídica*”.¹⁵⁶ Y es a partir de esa falta de expresión de los motivos respecto de una decisión “discrecional” donde conviene, o es necesario, preguntarse si discrecional equivale lisa y llanamente a arbitrario. Esto es, si la ausencia de manifestación sobre las razones de la decisión transforma lo discrecional en arbitrario, máxime si entendemos que la motivación “*es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión*”.¹⁵⁷

En este sentido, y en vistas al esclarecimiento de la cuestión, quizá sea útil evocar un caso concreto: se trata de un letrado (Carlos Eduardo Lopez) que, a pesar de haber quedado nominado en primer lugar por el Consejo Asesor de la Magistratura de Tucumán en el orden de mérito para acceder al cargo de Fiscal, el Poder Ejecutivo provincial elevó en consulta a la Legislatura para la cobertura del cargo el pliego de quien obtuvo el segundo lugar. A propósito de este caso, Agustín Puppio analiza si cabe o no pensar en la diferencia entre arbitrariedad y discrecionalidad en el Estado constitucional de derecho, apartándose en su pesquisa de la respuesta brindada por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán que rechazó la acción de amparo promovido por Lopez a raíz de lo sucedido.¹⁵⁸ En concreto, la Corte provincial entendió que la decisión del Poder Ejecutivo no podía ser declarada nula porque la discrecionalidad con la que cuenta dicho poder para elegir uno de los tres integrantes de la terna responde a un *juicio de valoración político institucional no objetivable ni pasible de ser valorado con mecanismos técnicos*. Esta hermenéutica de la discrecionalidad sostenida por la Corte provincial vincula al término “discrecional” con el acto de decidir algo sin expresar las razones de ello, lo que subrepticamente lo acerca

¹⁵⁵ IRÍZAR, Manuel (2003): “Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires”, en *Doctrina Judicial*, dirigida por Carlos Colombo, Tomo 2003-1, Buenos Aires, La Ley, p 719.

¹⁵⁶ ALFONSO, Santiago y otros (2016), p. 50. Alfonso explica que ese apartamiento del derecho que supone la arbitrariedad puede ser producto de un “actuar deliberado” o de una “negligencia del juez”. Esta distinción propuesta por Alfonso sirve para distinguir el “error judicial” (obrar negligente) del “desvío de poder” (conducta deliberada y consciente) (ALFONSO, Santiago y otros (2016), pp. 46-47). Esta visión coincide, según María Gattinoni de Mujía, con los estándares convencionales en materia de independencia del Poder Judicial que establecen determinados criterios restrictivos acerca de la posibilidad de la destitución de los jueces por el contenido de las sentencias. En tal sentido, Gattinoni entiende que los jueces no pueden ser destituidos por la revocación de sus decisiones mediante apelación o revisión de un órgano revisor, salvo en los casos excepcionales en que se demuestre, en el marco de un proceso que garantice los estándares de tutela judicial, que el juez ha realizado una conducta incompatible con el ejercicio de su función o bien que ha perdido las idoneidades necesarias para brindar un buen servicio de justicia (Cf. GATTINONI de MUJÍA, María (2016): “Estándares convencionales en materia de independencia del Poder Judicial, remoción de los jueces por juicio político y criterios acerca de la posibilidad de su destitución por el contenido de las sentencias” en ALFONSO, Santiago y otros (2016), p. 155).

¹⁵⁷ Es lo que dice el Tribunal regional cita de la Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* en ALFONSO, Santiago y otros (2016), p. 117 n95.

¹⁵⁸ PUPPIO, Agustín (2013): “La discrecionalidad, la arbitrariedad y las cuestiones políticas en el Estado constitucional de derecho. Algunas reflexiones sobre el caso ‘Lopez’”, en *REVISTA La Ley Noroeste*, dirigida por Jorge Horacio Alterini, Buenos Aires, LA LEY, pp. 373-377.

al sentido de arbitrario y que, como tal, al pertenecer a ese ámbito, determinados actos estarían exentos del control judicial y dispensados de la debida motivación. Pero, desde otro ángulo, más empapado de la vigencia de los derechos humanos en el marco de un Estado constitucional de derecho y, teniendo en cuenta el sistema republicano y democrático de gobierno, todos los actos de gobierno se encuentran alcanzados por la interdicción de arbitrariedad y por el principio de razonabilidad y sujetos, en esos aspectos, al control judicial. Y es desde ese paradigma de estado constitucional de derecho donde surge, como sugiere Juan Carlos Cassagne, la posibilidad de “*deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad*” en referencia a la obligatoriedad de la motivación en las decisiones adoptadas por el Poder, pues “*al no haber motivación el acto administrativo aparece, en el mundo jurídico, ‘como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho’, que es gobierno del derecho y no de los hombres.*”¹⁵⁹ En la misma tesitura, refiriéndose a la elección entre los integrantes de una terna aspirantes a un cargo, María Angélica Gelli cree que el Poder Ejecutivo “*debe motivar y fundar la decisión que al respecto tome, en especial si no elige al primero de la terna*”.¹⁶⁰ Por su parte, Agustín Gordillo en su tratado sobre derecho administrativo se muestra partidario de la revisión judicial amplia de los actos de la Administración. Y en tal tesitura, Gordillo separa la discrecionalidad de la arbitrariedad: “*...está más que claro que en el derecho administrativo discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad; que la facultad discrecional tiene límites jurídicos que le permiten controlar jurídicamente el ejercicio de tal actividad*”.¹⁶¹

Si bien las observaciones de los párrafos precedentes no pertenecen al ámbito del derecho penal, sino que corresponden al del derecho administrativo propiamente dicho, nos sirven como puntapié inicial de la reflexión para elaborar la distinción conceptual que se apuntara al comienzo de este trabajo, intentando así despejar la confusión en que terminan cayendo ambos términos: discrecional y arbitrario.

Desde un ángulo netamente iusfilosófico, Hart entiende el fenómeno de la discrecionalidad judicial como una “*elección entre alternativas abiertas*”.¹⁶² Esta forma de interpretar el concepto remarca el aspecto volitivo del acto discrecional, que supone cierto margen de autonomía, libertad o falta de control en el sentido de que no está sujeto a estándar alguno que controle o pretenda controlar dicho acto. Como dice Etcheverry, la discrecionalidad sería, desde esta perspectiva, algo así como “*un acto voluntario que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando*

¹⁵⁹ CASSAGNE, Juan Carlos (2009): *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, pp. 195 y ss.

¹⁶⁰ GELLI, María A., “La selección de los jueces bajo el parámetro de la razonabilidad (El caso del juez Alioto)”, *La Ley, Suplemento Constitucional*, citado en PUPPIO, Agustín (2013), p. 376.

¹⁶¹ GORDILLO, Agustín (2009): *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, Buenos Aires, capítulo VIII, pp. 27, citado en PUPPIO, Agustín (2013), p. 376.

¹⁶² HART, H. L. A. (1963): *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 160.

existen por lo menos dos posibilidades justificadas de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras”.¹⁶³ En sentido análogo lo considera Endicott, quien define a la discrecionalidad como un “*poder para tomar una decisión, sin estar obligado a decidir un resultado en particular*”.¹⁶⁴ Dworkin, por su parte, distingue dos sentidos de discrecionalidad judicial: la *fuerte*, según la cual quien decide algún problema simplemente no está vinculado por estándares impuestos por otra autoridad jurídica; la *débil*, según la cual quien decide debe aplicar normas que exigen un discernimiento o cuando su decisión no puede ser revisada ni anulada.¹⁶⁵

Es sabido ya, por no decir aceptado unánimemente, que en derecho no hay, como postulaban tanto los integrantes de la escuela de la exégesis francesa como los de la jurisprudencia de conceptos alemana, una única respuesta correcta para cada caso que se presenta en virtud de una neutral aplicación mecánica del derecho implementada a través de silogismos avalorativos de subsunción. Por lo tanto, si es posible que, al menos, en ciertos supuestos haya más de una respuesta jurídicamente adecuada, deberá admitirse que los jueces tienen en tales supuestos cierto margen relativo de discrecionalidad para resolver, sin perjuicio de que sea concebible en otros supuestos una única respuesta correcta.¹⁶⁶

No obstante, ello, aunque sea posible, como indica Etcheverry, que haya en el plano de la corrección varias respuestas correctas para un caso, en el plano de la justicia puede suceder otra cosa: que haya una sola solución justa en el caso concreto.¹⁶⁷ El tema es saber si la tesis de la existencia de una única respuesta justa para cada caso concreto abarca el supuesto que forma parte del objeto central de estudio de este trabajo. En otras palabras, se podría indagar si esa tesis puede aplicarse a todo el contenido de una decisión judicial o solamente a algunos aspectos. Por ejemplo, para Etcheverry, “*resulta bastante dudoso que el juicio determinativo acerca de exactamente cuánto ha de pagar de indemnización quien ha sido juzgado como responsable por un daño causado, o el que determina específicamente el quantum de una sanción (dentro de los parámetros legales) a quién ha sido considerado culpable sea estrictamente equivalente y conduzca a un único resultado justo*”.¹⁶⁸ Y si Etcheverry tuviese razón, la cuestión será determinar entonces si la discrecionalidad con que el juez trata ciertos asuntos o

¹⁶³ ETCHEVERRY, Juan (2016), p. 174, en ALFONSO, Santiago y otros (2016).

¹⁶⁴ ENDICOTT, T. (2003): “Raz on Gaps-the Surprising Part”, en MEYER, L., S. PAULSON y T. POGGE (eds) (2003): *Rights, Culture, and the Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 110, citado en ETCHEVERRY, Juan (2016), p. 164, en ALFONSO, Santiago y otros (2016).

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, pp. 83-86.

¹⁶⁶ Es en este sentido convincente el planteo que hace Juan Etcheverry en su artículo “Sobre la única respuesta correcta y la discrecionalidad judicial” en ALFONSO, Santiago y otros (2016), pp. 157-158.

¹⁶⁷ ETCHEVERRY, Juan (2016), p. 160, en ALFONSO, Santiago y otros (2016). Véase, por ejemplo, MASSINI CORREAS, C. I. (2008): “Dworkin, Finnis y la ‘única respuesta correcta’” en MASSINI CORREAS, C. I. (2008): *Objetividad jurídica e interpretación del Derecho*, México, Porrúa-U. Panamericana, p. 156.

¹⁶⁸ ETCHEVERRY, Juan (2016), p. 164, en ALFONSO, Santiago y otros (2016).

aspectos de la resolución, como el *quantum*, está sujeta a algún límite o restricción, a partir del cual uno pueda entender que, por ejemplo, el monto o *quantum* punitivo es sencillamente arbitrario. ¿Será acaso este tema una “cuestión opinable” que admita ser resulta con cierta dosis de “discrecionalidad” por parte de los jueces? Y, en tal sentido, cabría preguntarse en torno la cuestión debatida: ¿respecto de ciertos tópicos, habrá más de una respuesta legalmente correcta e, incluso, más de una respuesta justa?

Ahora bien, el hecho de que ciertas cuestiones sean opinables implica, en primer lugar, que su resolución admite más de un modo correcto y justo, pero, al mismo tiempo, ello no significa que todas las posibles soluciones sean correctas y justas. Por otra parte, el carácter discrecional de la decisión del juez no la transforma a ésta en arbitraria o irracional, pues se supone que el juez deberá tener razones generales que justifiquen su decisión. En consecuencia, si no equivale a pura o mera arbitrariedad, la discrecionalidad debe ser entendida bajo otros parámetros, ligados éstos indisolublemente, conforme al análisis semántico *ut supra* efectuado, al paradigma de la razonabilidad¹⁶⁹, lo que se traduce inevitablemente desde el punto de vista jurídico en una limitación a actuar como se piensa que es mejor de acuerdo a sus creencias o valores, buscando –al decir de Waluchow– “una respuesta razonable que desarrolle y amplíe el derecho de una forma razonable, defendible, pero no necesariamente única”.¹⁷⁰

I.6 Parámetros legales y estándares de argumentación para la determinación judicial de la pena

«...queda sin respuesta la pregunta acerca de cómo se relacionan los factores entre sí, cómo deben ser ponderados y a cuáles debe darse mayor o menor peso en la decisión final.»¹⁷¹

Patricia Ziffer

Tal como se planteó en la Introducción y al comienzo del capítulo, en este tramo estudiaremos tres estándares de argumentación que han sido empleados en la determinación judicial de la pena, a saber: i) el de la sentencia condenatoria proveniente del juicio oral y público, ii) el de la sentencia condenatoria proveniente del sistema de juicio por jurados, iii) el de la sentencia condenatoria proveniente de la justicia minoril.

El objeto de esta parte de la investigación consiste en evaluar si alguno de los tres estándares mencionados constituye, desde un ángulo general, si se quiere, un modo

¹⁶⁹ Según Etcheverry, algunos autores hablan de “zona de razonabilidad”, marco conceptual en el que el juez tiene una libertad “relativa” –no absoluta– y “negativa”, es decir, sólo se puede elegir entre un grupo de alternativas posibles (Cf. ETCHEVERRY, Juan (2016), p. 176, en ALFONSO, Santiago y otros (2016)).

¹⁷⁰ WALUCHOW, V. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, p. 229, citado en ALFONSO, Santiago y otros (2016).

¹⁷¹ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 29.

más apropiado y equitativo para determinar pena y, en particular, sopesar las razones (*pro* y *contra*) de la conveniencia o no de la cesura, como algunos códigos procesales lo establecen (vgr. el de Chubut, Buenos Aires, etc.).

Previo al análisis de los estándares aludidos, se torna imprescindible repasar con cierto grado de detenimiento –como ya se dijo– las pautas concretas del sistema penal argentino referido a la determinación de la pena, inserto en algunas normas de la Parte General de Código Penal (v. gr. artículos 42, 44, 46, 54, 55 ss. y cc. CP) y específicamente en los artículos 40 y 41 de dicho código. Tal decisión metodológica obedece al hecho de que, antes de ingresar en el análisis de los estándares propuestos, se hace preciso tener en cuenta cuáles son las pautas o baremos introducidos expresamente por el Legislador en torno al tema de la individualización de la pena. Del mismo modo, entendemos que resulta acertado desde el punto de vista metodológico tratar con antelación al Capítulo II de esta investigación –dedicado al análisis pormenorizado de los argumentos desarrollados por los jueces en algunos fallos condenatorios de la nueva Justicia Penal de Santa Fe en relación a la individualización de la pena– el contenido específico de dichas pautas con la finalidad de esclarecer el uso que se hizo o se hizo no pero que pudo hacerse de ellas en las sentencias analizadas.

Los parámetros previstos en la legislación argentina para la determinación de la pena

Si bien el título de esta sección indica otra cosa, es preciso señalar, en primer lugar, que, desde el punto de vista netamente legislativo, el Derecho Penal argentino adopta una perspectiva prevencionista de la pena, lo que se advierte claramente, según algunos autores, en la finalidad reeducadora que se consagra no sólo en los pautas incluidas en el art. 41 CP (v.gr. conducta precedente del sujeto, su peligrosidad, reincidencia, etc.), sino también en el art. 1 de la ley de Ejecución Penal 24.660 que establece 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, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto*”.¹⁷² Pero no sólo en ese lugar de la mencionada ley encuentra recepción tal postura, sino también al consagrar un régimen penitenciario que debe utilizar todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la readaptación social del condenado, tratamiento escalonado que otorgará dentro del régimen de la Ley de Ejecución Penal ciertos beneficios, de acuerdo con las respuestas indicativas de readaptación.¹⁷³

¹⁷² Texto modificado por Ley 27.375 del 28/07/207.

¹⁷³ Fleming y Lopez Viñals sostienen, empero, que la Constitución Nacional no adopta la doctrina de la prevención individual, ni siquiera –como muchos dicen– en el art. 18 cuando dice que las cárceles de la nación serán sanas y

En segundo lugar, cabe resaltar que en el derecho penal argentino, además de los marcos punitivos previstos para cada comportamiento delictivo en la Parte Especial del Código Penal¹⁷⁴, el juez penal cuenta con una serie de pautas que están insertas en la Parte General del Código: algunas de las cuales indican el modo en que se debe calcular el *quantum* de pena en caso de que haya multiplicidad de hechos o haya uno solo que pueda ser subsumido en varias figuras o tipos penales¹⁷⁵, hechos que no alcanzaron a consumarse¹⁷⁶, o bien, hechos en los que intervinieron más de una de una persona con distintos grados de participación¹⁷⁷; como así también existen otras pautas o factores puntuales de mensura de la pena, tales como los consagrados en los dos incisos del art. 41 CP, que sugieren ciertos aspectos importantes (no exclusivos ni excluyentes¹⁷⁸) que

limpias para seguridad y no para castigo de detenidos en ellas; por el contrario, una interpretación “sistemática” de la Constitución deriva en una adopción del “Derecho Penal de acto” en consonancia con lo que dispone el art. 19. Asimismo, si bien algunos tratados internacionales con jerarquía constitucional en el país afirman que la finalidad del encierro es la reforma y la readaptación de los penados –vgr. art. 10.3 PIDCP y art. 6.5 CADH–, ello no significa atento el espíritu humanista que los alienta, sobre todo en la defensa de la dignidad humana y la libertad, que la noción prevencionista tenga prioridad por sobre esos valores y que éstos no puedan ser tomados como reparo y limitaciones a dicha finalidad (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 83-85). No obstante, ello, cabe reconocer que, como sugieren varios autores, la prevención especial puede atemperar o mitigar el *quantum* de la sanción que surge de una estricta aplicación del principio de culpabilidad cuando no existan razones especiales para aquella.

¹⁷⁴ En el derecho comparado existen otros mecanismos que presentan criterios distintos a los marcos punitivos con mínimos y máximos individualizados para cada delito. Por otra parte, hay una corriente doctrinaria que recomiendan la eliminación de un “piso” o mínimo legal, ya que suponen un límite inadecuado a los poderes jurisdiccionales que deberían tener cierta libertad en pos de la búsqueda de una pena más equitativa. Se habla incluso de que los mínimos de las escalas penales son simplemente indicativos, lo que podría dar lugar a lo que se ha conocido recientemente como la perforación de los mínimos. La doctrina de la relativización de los mínimos en función de la proporcionalidad a la culpabilidad es receptada en la jurisprudencia argentina; así, por ej., lo ha resuelto el Tribunal Criminal de Necochea Nro. 1 en caso López, Marcelo s/ robo calif. (L. L. B. A. 2002-1648; L. L. 2003-B-391), como así también por voto en minoría de la Cámara Criminal de General Roca en el caso Solís (L. L. Supl. Penal, agosto de 2007, pp. 26 y ss.) y el voto minoritario de la Sala III de la Cámara de Nacional de Casación Penal en el caso Tinganelli s/ robo calif. (sentencia de abril de 2006) (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 306).

¹⁷⁵ Las reglas del concurso real e ideal están previstas en el derecho penal argentino en los arts. 54, 55, 56, 57, ss. y cc. del CP. Asimismo se distingue tanto en jurisprudencia como en doctrina la unificación de penas y de condenas, lo que está previsto concretamente en el art. 58 CP, entre otras cuestiones importantes, como las diferencias existentes entre el concurso real y/o ideal del concurso aparente de leyes.

¹⁷⁶ Si bien la Argentina se inscribe en la corriente legislativa que, como la española, consagra para el delito tentado una reducción o atenuación necesarias de la penalidad, se ha transformado en objeto de una interminable discusión la fórmula establecida en el art. 44 CP, pues al expresar que la pena “se disminuirá de un tercio a la mitad” se generó una enorme disparidad de criterios, algunos de los cuales, por ejemplo Nuñez y De la Rúa, aplicaban la reducción del tercio al mínimo por encontrarse sintáctica y sistemáticamente en primer lugar el mínimo de la escala penal y a su vez evitar otras incongruencias, entre otras razones; otros, como Fontán Balestra, Gonzalez Roura, Malagarrija y Oderigo, que propiciaron la reducción inversa aplicándola al máximo, postura que fue defendida en el plenario del conocido caso “Villarino” del año 1995 de la Cámara Nacional de Casación Penal y, finalmente, la posición más ventajosa para los acusados que reduce 2/3 (dos tercios) al mínimo quedando sólo un tercio del mínimo. Jurisprudencialmente el primer criterio ha sido sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en los precedentes “Chávez, Víctor H.”, “Quiroga, Segundo” y los más recientes “Zoppi, Walter O.”, “Rodríguez, Julio J.” y “Cejas”), la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Mendoza, Sala II (“I. H. R. y otros s/ rec. De casación”) y el Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. de Entre Ríos (caso “Retamoso, Marcelo y otro”); la segunda posición ha sido sostenido también por la Cámara del Crimen de la Capital Federal (en el plenario “Luna”) y por la Cámara Nacional de Casación Penal en el conocido caso Villarino; y por último, la posición tratada en tercer lugar recibió, en cambio, su aprobación en la provincia de Santa Fe en el conocido plenario dictado por la Cámara Penal de Santa Fe en el año 2003 en el caso “Santoro” y recientemente en varios precedentes de la misma Cámara que replica idéntico criterio en el nuevo sistema oral, adversarial y acusatorio. También lo ha sostenido en un pleno la Cámara 3era. Penal de La Plata (“Ach, Luis” de 1982) y Tribunal Oral Criminal Nro. 7 de Capital Federal (“Poggi, Paulina” de 1993).

¹⁷⁷ Las reducciones punitivas correspondientes al partícipe secundario, que por su aporte al hecho se distingue del primario, se encuentran previstas en el art. 46 CP, regulándose la misma clase de penas para los coautores y cómplices necesarios o primarios en el art. 45 CP y otros supuestos en los artículos 47 y ss.

¹⁷⁸ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 100 y 115.

deben tenerse presentes al momento de la cuantificación de la pena en un supuesto concreto¹⁷⁹, aunque dicha norma no distingue entre circunstancias agravantes y atenuantes ni especifica en absoluto desde dónde se debe partir para mensurar la pena justa: el conocido “punto de ingreso” al marco penal.¹⁸⁰

No resulta inoportuno señalar aquí también que, comparado con otras legislaciones vigentes en Europa y América del Sur, el derecho penal local no resulta exhaustivo ni satisfactorio en cuanto no incluye expresamente algunas pautas que podrían considerarse de imprescindible ponderación a los fines de una justa cuantificación sancionatoria.¹⁸¹

En cuanto a los factores puntuales determinantes de la pena que están expresamente consagrados en el art. 41 CP, la doctrina nacional ha considerado que los mismos constituyen un conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas que deben

¹⁷⁹ Según doctrina tradicional, el inc. 1° tiene un cariz objetivo en cuanto incluiría todo lo relacionado al hecho, mientras que el inc. 2° uno subjetivo en tanto que refiere a la persona del autor. Más allá del sesgo positivista que ostenta el concepto de “peligrosidad del delincuente/personalidad del autor” inserto en el art 41 CP, Ziffer critica la distinción objetivo-subjetivo, porque no se puede efectuar una distinción tan tajante desde el momento en que para valorar la entidad del ilícito podrían ser necesarias las consideraciones de elementos o factores subjetivos mencionados en el inc. 2° y, viceversa, para evaluar la personalidad del autor quizá puedan resultar relevantes circunstancias del inc. 1° (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 116). Zaffaroni, Alagia y Slokar, por su parte, señalan que la inserción en el texto del concepto de peligrosidad fue una concesión al positivismo que dominaba las cátedras de todo el país al momento de la sanción del código. Además, también indican que la doctrina se dividió en dos posiciones respecto de la interpretación de la mencionada norma: a) una que señalaba que el art. 41 CP contenía aspectos objetivos y subjetivos, entre los que se encontraba la peligrosidad como uno subjetivo; y b) otra que sostenía que todos los criterios del art. 41 CP eran indicadores de peligrosidad, que era el único criterio subjetivo de medición de pena. Pero algunos señalaron ya antiguamente que la incorporación de la palabra peligrosidad en el art. 41 CP era un error incompatible con el resto del texto del Código (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1042).

¹⁸⁰ Lopez Viñals y Fleming entienden que hay al respecto tres posibilidades: a) la postura que pretende arrancar desde el máximo de la escala penal para luego hacer jugar los atenuantes a fin de buscar la sanción justa, alternativa altamente criticable porque de antemano perjudica al acusado en cuanto no se eleva el *quantum* al *maximun* sin tener en cuenta siquiera los componentes de la culpabilidad ni los aspectos agravantes del el caso particular; b) la posición opuesta que parte del mínimo legal, igualmente criticable para estos autores, ya que presupone la concurrencia de factores atenuantes cuando quizá en el caso concreto no exista en modo alguno la presencia de éstos; c) la tercera posición, que sostiene que el punto adecuado para iniciar la mensura de la pena es el que resulte equidistante del máximo y del mínimo, siendo ésta la solución más adecuada para estos autores, en cuanto no se lo puede reprochar que hubo una prejuiciosa consideración de atenuantes ni de agravantes que no surja de la específica valoración de los factores gravitantes en el caso concreto (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 308-310).

¹⁸¹ Así, en Europa, por ejemplo, el Código Penal alemán, además de establecer la culpabilidad como fundamento central y tener en cuenta otras pautas en su art. 46 CP, se refiere específicamente al esfuerzo que haya realizado el autor del hecho para reparar el daño causado como pautas de medición. A su modo el Código Penal español del año 1995 establece expresamente como atenuantes las siguientes circunstancias: 1) la de obrar a causa de grave adicción a sustancias; 2) la de haber procedido el culpable antes de conocer el proceso dirigido contra él a confesar la infracción a las autoridades, 3) la de reparar el daño causado a la víctima, entre otras, o cualquier otra circunstancia similar a las descritas, y como circunstancias agravantes, entre otras, señala, por ejemplo: 1) la de obrar con alevosía; 2) la de ejecutar el hecho mediante disfraz; 3) la de ejecutar el hecho por precio, recompensa, o promesa; 4) la de cometer el hecho por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación; 5) la de aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima; 6) la de obrar con abuso de confianza; 7) la de obrar prevaliéndose del carácter público del cargo; 8) el hecho de ser reincidente. En América del Sur, el Código Penal chileno prevé en su art. 11, entre otras atenuantes, las siguientes: a) el celo en reparar el mal causado o impedir sus ulteriores consecuencias; b) haber denunciado y confesado el delito. Por su parte, el Código Penal de Brasil también consagra entre las atenuantes el hecho de reparar el daño y evitar o aminorar las consecuencias, el haber confesado espontáneamente la autoría, entre otras. Además de enumerar ciertas agravantes como lo hace también el código brasileiro, el Código Penal uruguayo establece un serie variada de atenuantes, entre las que incluye, por ejemplo, la embriaguez voluntaria que no haya sido premeditada para cometer el ilícito, la edad entre los 18 y los 21 años, la buena conducta anterior, el haber procurado por medios eficaces la reparación del mal causado o la atenuación de las consecuencias, el haberse presentado a la autoridad confesando el delito cuando podía darse a la fuga u ocultarse, el haber obrado bajo el impulso de la cólera producida por un hecho injusto y cualquier otra circunstancia de igual carácter o análoga a las anteriores (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 357-363).

tenerse en cuenta para evaluar qué pena corresponde imponer en el caso concreto.¹⁸² Como el ordenamiento jurídico alemán, el sistema argentino sólo enumera posibles factores sin hacer una enumeración taxativa ni exhaustiva y sin indicarle al juez cómo deben ser valorados, es decir, si configuran atenuantes o agravantes.¹⁸³ En consecuencia, al no ser taxativa la enumeración, la pregunta crucial será entonces la de determinar cuáles son los factores que se pueden incorporar legítimamente al análisis tendiente a la determinación de la pena justa y en qué medida es legítimo apartarse del hecho ilícito.¹⁸⁴ La selección de tales factores estará en directa relación con los fines de la pena.¹⁸⁵ En tal sentido, las necesidades de prevención o resocializadoras, orientadas hacia el futuro, y la formulación del juicio de reproche de culpabilidad, orientado hacia el pasado, revelarán caminos diversos para la selección, a tal punto que los factores pueden ser acumulados en dos grupos distintos: a) los vinculados al ilícito culpable; b) los que tienen relación con las necesidades preventivas.¹⁸⁶

La magnitud del injusto

Ahora bien, si nos dejásemos guiar por los parámetros consignados en los incisos previstos en el art. 41 CP –base legal infra constitucional más importante del derecho de cuantificación penal argentino¹⁸⁷–, el legislador coloca como punto de partida “*la naturaleza de la acción y de los medios empleados*” (inc. 1° art. 41 CP).

¹⁸² A pesar de que existen dos formas de entender las circunstancias contempladas en el art. 41 CP –ya sea con un sentido preciso y una connotación agravante o atenuante determinadas, ya sea sin asignarles tal sentido y connotación determinados– es evidente que la forma más adecuada en vistas a lograr la equidad en la determinación de una justa pena en el caso concreto es la segunda opción, esto es, dejar al juez que sea el encargado de determinar la proporcionalidad adecuada de la pena en función de los detalles del caso. Por estas razones, ya el Proyecto de 1891 abandonó el sistema del Código de 1886 que enumeraba una serie de circunstancias que, según determinación legal, atenuaban o agravaban las penas divisibles, aunque fue el Proyecto de 1906 el que propició un total abandono de la valoración legal de las circunstancias determinantes de la pena e influyó en el Proyecto del 1917 que sirvió de base al código vigente (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 366-367).

¹⁸³ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 100. Según Zaffaroni, Alagia y Slokar, el art. 41 de nuestro código penal señalan criterios generales, pero no tabula o enlista agravantes y atenuantes al modo de otras legislaciones (ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1036).

¹⁸⁴ Aquí tendrá especial relevancia tener en cuenta el principio de la *prohibición de la doble valoración* que no permite al juez que considere nuevamente al momento de determinar la pena para un hecho concreto las circunstancias que tuvo en cuenta el legislador al tipificar el ilícito (por ej. el uso de la violencia “en sí” en el robo, etc.), porque lo contrario implicaría la violación del principio de división de poderes. Pese a que esta prohibición de doble valoración no se encuentra expresamente plasmada en la ley penal argentina, la doctrina ha sostenido que es un requisito de la coherencia interna de la sentencia vinculado también al principio *ne bis in idem* (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 106-111). De todos modos, aunque resulte inadmisiblemente agravar un robo, por ejemplo, por haberse empleado la violencia contra la víctima, sí podría considerarse el grado de violencia utilizado. En este supuesto, no se estaría tomando en cuenta la circunstancia en sí, sino la intensidad con que la misma se expresa en el hecho (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 131).

¹⁸⁵ Ziffer entiende que “no es posible plantear la pregunta acerca del fin de la pena en la forma tradicional, sino que es necesario reconocer los fines en el caso concreto, a partir de las decisiones legislativas diferenciadas” (ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 99).

¹⁸⁶ De acuerdo con Ziffer, la preeminencia de un criterio sobre otro (prevencionista o retribucionista) dependerá de la gravedad del hecho, pues por lo general las reglas jurídicas con espíritu prevencionista están destinadas para los hechos leves, mientras que para los hechos graves o muy graves las reglas son otras (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 99-100).

¹⁸⁷ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1036; a propósito de esta norma inserta en el artículo 41 CP, Zaffaroni, Alagia y Slokar consideran que es un *producto de hibridez*, que ha generado en la doctrinal nacional una completa confusión. Es interesante repasar con Zaffaroni, Alagia y Slokar la cantidad de sistemas de derecho positivo que consagran diversas fórmulas, como el Código Español de 1822, que establece la *tabulación de atenuantes* y

Al respecto, debe consignarse, en primer lugar, que no caben dudas que esta pauta hace referencia directa al grado del injusto al igual que la referencia que hace el codificador en el mismo inc. 1° del art. 41 CP a “*la extensión del daño y del peligro causados*”.

En segundo lugar, es posible advertir en torno a estas pautas que probablemente tenga razón Zaffaroni, Alagia y Slokar al decir que la fórmula del inc. 1° del art. 41 CP es redundante, puesto que los medios utilizados y la extensión del daño y del peligro constituyen indicadores del grado de afectación del bien jurídico, es decir, del grado de injusto, que en la terminología legal es la *naturaleza de la acción*.¹⁸⁸

En tercer lugar, puede aseverarse que no será una cuestión insignificante saber cuáles fueron los medios (más o menos lesivos) que empleó el autor, lo que estará indisolublemente asociado con otra pauta que se contempla en el inc. 2° del art. 41 CP, a saber: “*las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad*”, aunque –según entiende Ziffer– esto de la peligrosidad debe referirse más a la gravedad del ilícito que a la peligrosidad del autor en el sentido de reincidencia. Precisamente, para Zaffaroni, Alagia y Slokar, el “*principal problema que plantea el art. 41 CP para cualquier reconstrucción dogmática de su desordenado contenido es la inclusión del concepto positivista de peligrosidad del siglo XIX, que es insostenible en la actualidad por doctrinariamente perimido, extraño al resto del texto legal, inverificable, y esencialmente incompatible con la Constitución y el derecho internacional de los Derechos Humanos*”.¹⁸⁹ Este autor entiende que el único modo de superar esta dificultad es reinterpretar el término peligrosidad dentro del marco constitucional, esto es, refiriéndola a un hecho pasado, como una *característica de la conducta del agente* y no de éste con independencia de su injusto.

Retomando el tema de los medios aludidos en el inc. 1°, se supone que agravará la pena la utilización de un medio ofensivo que disminuya la posibilidad de defensa de la víctima o le cause un especial sufrimiento, es decir, que sea más peligroso o dañino que otros medios.¹⁹⁰ De la misma manera, no será lo mismo, según algunos, que el hecho ocurra en horas de la madrugada o nocturnidad, o bien, en una zona o lugar fuera

agravantes con penas relativamente rígidas, los Códigos francés de 1810 y el alemán de 1871 que establecen un sistema de penas flexibles sin reglas generales para la determinación de las penas, el Código suizo que consagra un sistema de los criterios legales generales o fórmulas sintéticas con penas flexibles, entre otros. En Argentina estuvo vigente desde 1886 hasta 1922 una simplificación del sistema de tabulación de agravantes y atenuantes español, procedente del Código de 1822 y del imperial de Brasil de 1830. De cualquier modo, lo importante es entender por qué razón hubo históricamente un sistema de penas fijas y no un sistema con penas flexibles. Al respecto, Zaffaroni, Alagia y Slokar señalan con acierto, citando incluso no azarosamente al propio Beccaria (en especial el capítulo 6 de su *Dei delitti...*), que ello obedece a la circunstancia histórica que tuvo el Iluminismo de oponer a la arbitrariedad borbónica un sistema que sometiera al juez a la predeterminación legislativa (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), pp. 1038 y 1840). Véase al respecto la extensa referencia que hemos dado respecto de Beccaria y la interpretación que hace Pires de su pensamiento en nuestra nota N° 52.

¹⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1047.

¹⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1043. El concepto de peligrosidad tiene una larga discusión que se remonta incluso hasta el derecho romano y hasta el propio Santo Tomás.

¹⁹⁰ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 380.

de lo común, operando así en forma automática como factor de agravamiento de la pena tanto la nocturnidad como el despoblado en tanto que ello genera una mayor indefensión para la víctima, situación de indefensión que no será tomada en cuenta a los fines de la pena si la misma se encuentra específicamente prevista como un agravante del delito endilgado, tal como ocurre con la causa de alevosía, porque lo contrario implicaría la prohibición de la doble valoración jurisdiccional.

Por otra parte, al no estar expresamente prevista en el Código, la premeditación puede ser considerada, de acuerdo con Fleming y López Viñals, como un factor intensificador de pena y que podría incluirse contextualmente en el marco relativo a la naturaleza de la acción como a los medios empleados. En tal sentido, cabe reparar que es constante en las sentencias de los tribunales la referencia a la frialdad con que el autor calculó o planificó un determinado delito.¹⁹¹

En cuanto a *la extensión del daño y del peligro causado*, es importante señalar que, según ciertos autores y determinada jurisprudencia, no es necesario que el autor se los haya representado o haya podido representárselos. Ziffer señala al respecto que la línea que sigue el criterio de atribución de responsabilidad objetiva, propio de otros ámbitos del derecho, fue receptada, por ejemplo, en la jurisprudencia alemana, que extendió los efectos de las consecuencias extratípicas del delito a la determinación de la pena.¹⁹² En este aspecto, cabe considerar a la situación de la víctima perjudicada por el delito como un factor decisivo en orden a la mensura de la culpabilidad y, por tanto, a la determinación judicial de la pena.¹⁹³ Tal relevancia adquiere consagración legislativa en el art. 41 CP cuando refiere al deber del juez de conocer *de visu* a la víctima, porque se estima importante su perspectiva en el sentido de haber saber cuáles fueron las consecuencias que trajo el hecho sobre ella¹⁹⁴, teniendo en cuenta además un factor que menciona expresamente el propio artículo en su inc. 2°, a saber: “*los vínculos personales*”.¹⁹⁵ En efecto, estos “*vínculos personales*” a los que hace referencia el codificador, son, en principio, los que unen al sujeto activo con el sujeto pasivo, y que

¹⁹¹ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 387.

¹⁹² Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 123. La autora comenta en efecto que el Tribunal Supremo Federal ha reconocido efecto gravitatorio a las *consecuencias extratípicas* del delito (aquellas que no provienen de la lesión del bien jurídico protegido por la figura penal aplicada en la sentencia) sobre la determinación de la pena; así, por ejemplo, se sostuvo que debía computarse en la mensura de la pena la muerte del drogadicto a quien le suministraba drogas, o el intento de suicidio protagonizado por la víctima en el caso de la mensura de la pena aplicable al violador. No obstante, luego de la reforma, el art. 46 del StGB alude expresamente a las consecuencias culpables del hecho (BGH, StV 1987, p. 100 y BGH, StV 1993, p. 128, citado en FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 373 y 375).

¹⁹³ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 125.

¹⁹⁴ No es lo mismo, por ejemplo, el robo del automóvil a una persona que subsistía por el empleo del mismo como remis que a otro que lo usaba como un medio de movilidad simplemente; como tampoco es lo mismo herir a alguien en la cara que herir en el rostro a una modelo, ni es lo mismo un arrebato callejero que ingresen al ámbito de tu privacidad como el hogar propio aunque lo sustraído sea económicamente semejante e incluso aunque sea mayor el primero desde el punto de vista económico.

¹⁹⁵ En cuanto a la indefensión de la víctima, asiste razón a Fleming y López Viñals al establecer un distingo entre el hecho de crear las condiciones de indefensión y aprovecharse de la situación ya dada de antemano; lo primero agravaría aún más la culpabilidad que lo segundo (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 417).

pueden hacer más exigible la conducta conforme a derecho, como en el supuesto de que se deba especial agradecimiento, o razones de parentesco o de especial confianza. En caso de existiese una relación particular entre el autor y la víctima, la dogmática penal es conteste en considerar dicha circunstancia como penalmente relevante, hasta el punto haberse elaborado para ciertos supuestos el denominado “deber de garante”.¹⁹⁶ Específicamente, como señala Hörnle, se considera un factor agravante de pena no cualquier tipo de relación sino la relación de confianza o confidencial entre autor y víctima¹⁹⁷, no tanto –como dice Ziffer– por la traición que ello supondría sino por la escasa capacidad de reacción de la víctima. Y, según Fleming y López Viñals, también por suponer que hay en el autor una verdadera propensión a desmotivarse, lo que conlleva un plus de culpabilidad por sobreponerse a la influencia disuasoria derivada de los vínculos personales.¹⁹⁸ No obstante ello, en ciertas ocasiones la especial relación entre autor y víctima puede operar como un aminoramiento de pena; así, por ejemplo, el vecino que agrade a otro, existiendo disputas previas en las que la víctima actúa como agresora, el abuso sexual de amante rechazado que actúa bajo un estado emocional intenso o el hurto al patrón del empleado mal pago que con el objeto sustraído pretende resarcirse, etc.¹⁹⁹

Sin perjuicio de lo expresado en torno a la situación de la víctima, en un sentido inverso al aludido, puede operar como factor atenuante la conducta imprudente de esta o de un tercero, pues el resultado dañoso sólo parcialmente (no íntegramente) correspondería achacárselo a la culpabilidad del autor. Así, por ejemplo, en los casos de accidentes de tránsito en que el obrar culposo de la víctima –vgr. no llevar puesto el casco el conductor de un motovehículo o el cinturón de seguridad los ocupantes de un vehículo– determina una reducción de la pena de quien actuó en forma imprudente, negligente o imperita al provocar las lesiones. También un caso corriente de atenuación podría ser el de las lesiones en peleas en las que la víctima provocó al autor o directamente inició el conflicto, habida cuenta que ello afectaría el ámbito de autodeterminación del sujeto que terminó causando las lesiones.²⁰⁰

Por otra parte, cabe considerar dentro del marco del inc. 1º la pretensión de la validez de la doctrina de la *poena naturalis* aplicada a nuestro tema como un factor atenuante, en tanto que sería inequitativo penar a alguien que al cometer un hecho no sólo provoca una ofensa a otro sino también se produce un serio sufrimiento a sí mismo, sobre todo a la luz del principio de proporcionalidad entre delito y pena, como es el caso del conductor imprudente que con su obrar negligente ocasiona un accidente en el que

¹⁹⁶ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 129.

¹⁹⁷ Según Hörnle, no cualquier “*contacto previo entre delincuente y víctima crea vulnerabilidad intensificada sobre la parte de la víctima*”, sino sólo aquel que involucran “*confianza y confidencia personal*” (HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 113).

¹⁹⁸ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 423.

¹⁹⁹ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 423.

²⁰⁰ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 419-422; ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 126-127.

pierden la vida su esposa y su hijo, o bien, el ladrón que al perpetrar un hecho resulta herido de tal modo que pierde de manera irreversible su capacidad de locomoción. Ziffer señala, empero, que en estos casos existen serias dificultades para determinar cuándo tal circunstancia puede actuar como un atenuante porque considera que en algunos supuestos puede conducir a contradicciones.²⁰¹

La magnitud de la culpabilidad y las características personales del autor

En el marco del inc. 2° del art. 41 CP, la referencia al autor es preeminente: en un primer momento, se mencionan características de la personalidad del autor, tales como, a) “*la edad*”; b) “*la educación*”; c) “*las costumbres*”; d) “*la conducta precedente del sujeto*”. Sin perjuicio de que por lo general la minoridad o la vejez sean entendidas como circunstancias unívocamente atenuantes por las carencias que ellas presuponen, la edad del condenado ha suscitado controversia, pues, por ejemplo, se ha visto en la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires a la juventud del acusado como atenuante si se lo vinculaba con la dificultad de ganarse el sustento, mientras que se la ha considerado como agravante si reflejaba el deseo de causar perjuicio o exteriorizaba precocidad en el camino del delito.

Por otra parte, la educación y costumbres del autor constituyen pautas que deben ser valoradas cuidadosamente con relación al hecho concreto, pues en algunos casos podrá intensificar el *quantum* punitivo mientras que en otros atenuarlo en virtud de que no siempre un mayor nivel formativo o determinado contexto cultural conduce a un mayor apego a la norma. Los ejemplos podrían ser innumerables, pero pongamos por caso el joven que delinque por motivos raciales, en el que un largo proceso formativo recibido en su educación da lugar al comportamiento criminal por haber estado orientado a fomentar actitudes de carácter discriminatorio. Y ello no podrá tomarse sino como un factor de atenuación, del mismo modo que aminorará la pena el factor cultural de quien comete un hecho de abuso sin conciencia del mismo por provenir de un pueblo originario, cuyos parámetros culturales lo hicieron vivir experiencias en las que resultaba normal mantener relaciones sexuales a tempranas edades.

Dejamos al margen del análisis actual el tópico relativo a la *conducta precedente del sujeto* para ser tratado más adelante junto con el problema de la reincidencia como factor determinante de pena.

En consonancia con lo expuesto anteriormente, el inc. 2° del art. 41 CP también hace referencia expresa de modo general a otro factor puntual, a saber: e) las “*condiciones personales*” del autor, condiciones que deberán ser entendidas como el “*concreto bagaje espiritual*” que en cada uno de nosotros nos otorga una mayor o menor capacidad de comprensión y voluntad respecto de una conducta ilícita. Esas

²⁰¹ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 143.

condiciones o circunstancias personales, tales como los factores puntuales consignados anteriormente (v.gr. edad, costumbres y educación), tendrán que ser ponderadas al momento del hecho, desde la perspectiva de la culpabilidad, no desde la perspectiva de la prevención, aunque, de acuerdo con una concepción dinámica de la culpabilidad, también se deberían tener en cuenta las condiciones personales al momento de la determinación judicial de la pena.²⁰² En tal sentido, si bien no está consagrado expresamente en el art. 41 CP, al no revestir carácter de taxatividad la enumeración de pautas de mensura incluidas en éste, no puede dejar de considerarse como relevante en orden a la determinación del *quantum* justo de pena, como observa Zaffaroni, Alagia y Slokar y también Ziffer, el comportamiento posterior del agente que contribuya efectivamente a la satisfacción (reparación y/o restauración) de los derechos de las víctimas.²⁰³ En este sentido, “*toda forma de arrepentimiento activo –dice Ziffer– permite tener por reemplazada una parte de la pena*”.²⁰⁴ Al respecto, Ziffer aclara que algunos autores han admitido que debe atenuarse la pena en caso de que el autor confiese, pues al asumir su propia responsabilidad reduce los daños a la vigencia de la norma; pero no cualquier confesión tiene efectos atenuantes, sólo aquella de la que se pueden extraer conclusiones positivas acerca de la personalidad del autor, esto es, la que es producto del arrepentimiento, cuya autenticidad se encuentra seriamente cuestionada por la posibilidad misma de la atenuación.²⁰⁵

²⁰² Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 391-393. Desde un ángulo netamente preventivo, se corre el riesgo de que la sanción que se imponga lo sea en respuesta a la totalidad de la conducción de vida del acusado, y no del hecho concreto por el que se lo acusa; y a tales fines se tendrán en cuenta no sólo las condiciones personales verificadas al momento de la sentencia sino las que se puedan constatar después de ellas.

²⁰³ Así, según Ziffer, en los hechos de robo existe la posibilidad de “*reducir la pena en los casos en que la cosa se recupere... Cuando ocurre, se modifica la perspectiva con la que se juzga el hecho. Esto introduce, asimismo, la posibilidad de atenuar la escala penal en casos de reparación del daño.*” (ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 165). De acuerdo con Zaffaroni, Alagia y Slokar, “*es absurdo que el juez no tome en cuenta esta realidad en el momento de cuantificar la pena... cuando la víctima haya sido involucrada en procesos compositivos, la dinámica del conflicto según los resultados de éstos deba ser considerada por los jueces. Cabe entender por procesos compositivos a los diversos medios por los que el agente puede brindar considerables satisfacciones al sujeto pasivo. Estas posibilidades son de carácter reparatorio y reparador, entendiéndose en este último sentido no sólo la reparación pecuniaria, sino también la satisfacción moral, las excusas, las explicaciones, la recomposición de vínculos, etc. En cualquier caso, en que la composición haya operado y la pena sea un inconveniente u obstáculo con capacidad de perjudicar a la víctima, el juez debe tomar en cuenta esta circunstancia para la cuantificación. De allí que sea necesario considerar la conducta valiosa del agente, no sólo anterior al hecho sino, y fundamentalmente, la posterior a éste*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1050).

²⁰⁴ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 168. Esta ha sido la base para que, mediante una revalorización de la posición de la víctima en el proceso penal, se conciba a la reparación del daño como la “*tercera vía del derecho penal*”, lo que implicaría la “*privatización del conflicto*” y la posibilidad misma de renunciar a la pena, argumentando a favor de esta postura el hecho de al lesionado poco le importa una punición adicional frente a la reparación del daño en forma de acuerdo, sobre todo respecto de los delitos contra la propiedad –casos de criminalidad leve o media– (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 168-169). Cabe recordar aquí los planteos formulados con relación a la justicia restaurativa (Cf. GARGARELLA, Roberto (2016), pp. 41-43) a los que hemos hecho referencia escueta en nuestra N°24.

²⁰⁵ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 171-173. En efecto, saber que con una confesión el acusado puede liberarse de una pena grave, reduce su libertad de decisión considerablemente. Por tanto, concluye Ziffer apoyada en Zipf, lo que el imputado diga en juicio poco puede servir para conocer si realmente está arrepentido o si sólo está asustado (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 174). En sentido análogo Fleming y Lopez Viñals consideran que el arrepentimiento debe ser oportuno (no tardío) y no quedar en meras palabras para tener en efecto, señalando que para una posición retribucionista como la de ellos el arrepentimiento verbal no tiene ningún valor a diferencia que puede representar eso para los seguidores del prevenciónismo (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 427-429).

De la misma manera, también resulta atinado considerar al respecto lo que Ziffer llama la cuestión de la “*sensibilidad de la pena*”, esto es, la particular afectación que puede representar para el condenado determinada clase de pena, ya se trate de multas, ya se trate de prisión. Por otra parte, Ziffer también plantea la posibilidad de ir más allá del ilícito y de la culpabilidad por el hecho y cómo las discusiones se entrelazan y se tornan complejas con relación al tema de la determinación de la pena, como la teoría del ámbito del juego, del valor relativo, el concepto ampliado del hecho, la culpabilidad con contenidos preventivos, la teoría del indicio, que constituyen auténticos ejemplos de esfuerzos teóricos por incorporar otros factores que guardan incluso poca relación con el hecho delictivo, intentando darle así a la pena otras funciones que la de la mera retribución, como por ejemplo, las vinculadas a la prevención.²⁰⁶ En este sentido, se vuelve ineludible indagar en la conducta anterior y posterior al hecho del autor, pero será imprescindible determinar cómo ponerle un límite dentro del cual sea posible tal consideración, límite que lo definirá en última instancia un marco de culpabilidad por el hecho.

La personalidad o las condiciones personales del autor constituyen una de las pautas fundamentales para cuantificar el grado de culpabilidad a fin de lograr una correcta determinación del *quantum* punitivo de una condena justa, siempre que se las comprenda en el marco de la culpabilidad del acto, siendo ésta la única admisible constitucionalmente. En tal sentido, la personalidad configura uno de los datos indicadores centrales del ámbito de autodeterminación del autor y por esa razón no debe omitirse su consideración a los fines de precisar el grado de culpabilidad, sobre todo en vistas a la determinación de una pena justa en el caso de que se dicte condena en un proceso penal.

Así, por ejemplo, el ámbito de autodeterminación de un mitómano –esto es, aquel que padece psíquicamente de una tendencia patológica a fabular de manera compulsiva– es inferior al de una persona que no es mitómana, por lo que, desde esta perspectiva, el grado de culpabilidad en uno u otro caso será diferente al momento de cuantificar una pena por haber llevado a cabo, por ejemplo, una actividad delictiva consistente en una estafa. Es interesante observar, empero, que, como lo indican Zaffaroni, Alagia y Slokar, si adoptásemos otros criterios diferentes al de la culpabilidad por el acto, tales como un punto de vista prevencionista o el de la culpabilidad del autor, dicho rasgo patológico agravaría, por el contrario, la pena en tanto que aumentaría el reproche, puesto que, desde la postura prevencionista, existiría en el caso un alto grado de probabilidad que la conducta se repitiera nuevamente en el futuro, mientras que, desde el punto de vista de la culpabilidad del autor, también ocurriría lo mismo por

²⁰⁶ Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 147.

hacerse hincapié en el reproche de su personalidad mitómana.²⁰⁷ Ello muestra, en concreto, cómo un mismo rasgo de la personalidad puede funcionar como un factor atenuante o, por el contrario, como uno agravante. Estamos convencidos que la perspectiva constitucional que privilegia en el ejemplo al mitómano con un grado menor de culpabilidad es la que debe prevalecer.

En el mismo sentido que el aludido en el párrafo precedente, cabe considerar como menos culpables (menos reprochables) y, por ende, merecedores de menor cuantía de pena a aquellos que, por poseer ciertas deficiencias psíquicas (vgr. cierto grado de oligofrenia, psicopatías, neurosis, anomalías del instinto, etc.), padecen una disminución de capacidades intelectivas o volitivas que, aunque no excluyan en forma absoluta la autodeterminación, merecen una *“respuesta penal diferenciada, legalmente aminorada”*. A propósito de esto, López Viñals y Fleming señalan acertadamente que en el derecho penal argentino no hay una *“zona gris”* entre imputabilidad e inimputabilidad, ámbito conocido comúnmente como *“imputabilidad disminuida”*; pero ello no impide que, en efecto, haya personas con una capacidad de comprensión o de control de la acción considerablemente disminuida y que en razón de tal circunstancia merezcan una dosis de pena menor que aquellos que no tienen esa disminución.²⁰⁸ Tal perspectiva no sería, sin embargo, la aceptada desde un punto de vista prevencionista, ya que las situaciones descriptas traerían aparejada, desde esa perspectiva, más que disminución, un incremento de pena con el objetivo de brindar un tratamiento que permita reforzar la futura observancia del orden jurídico, que se vería seriamente cuestionada por aquellos proclives a la comisión de delitos en virtud de anomalías psíquicas.

Similar circunstancia se reproduce con relación a los consumidores de sustancias psicoactivas que cometen delitos. El problema al que nos enfrentamos en estos casos es el mismo: ¿Dicho abuso o adicción a las drogas incrementa o reduce las penas de los que delinquen en tales estados? Y de nuevo, la respuesta es la misma; dependerá, por supuesto, del criterio que adoptemos, pues, desde el ángulo prevencionista, seguramente la pena se incrementará, mientras que, desde la perspectiva de la culpabilidad del acto, sólo podrá ser evaluada como un factor reductor de autodeterminación que aminora la culpabilidad, por lo que derivará en una disminución de la pena. En tal sentido, corresponde considerar como una circunstancia atenuante la adicción de un condenado a las sustancias estupefacientes, ya que la adicción constituye una enfermedad que, pese a que aunque no excluya su capacidad de comprender y dirigir sus actos al momento de obrar, genera menor culpabilidad en comparación al caso de una persona sana; así, por ejemplo, quienes impulsados por fuertes síntomas de abstinencia cometen delitos con el

²⁰⁷ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), pp. 1052-1053.

²⁰⁸ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 402-403.

objetivo de procurarse drogas, siempre que su condición psíquica se acerque a la inimputabilidad, pues su capacidad de control se reduce de manera considerable. Sin perjuicio de ello, en el caso de la utilización de sustancias psicoactivas con el objeto de incrementar el valor del autor para la realización del ilícito, dicha circunstancia no podrá admitirse como disminución del reproche, sino por el contrario como un agravante.²⁰⁹

En otro sentido diferente al expuesto, agravará la pena, la condición de ser, por ejemplo, funcionario público, porque, según Fleming y López Viñals, a diferencia de lo que sostiene Ziffer, la igualdad ante la ley supone la igualdad de circunstancias y no está en la misma situación quien está vinculado al Estado que quien no lo está, por lo que habrá mayor exigencia a los funcionarios del Estado. Lo mismo ocurre con quien tiene una posición profesional y aprovecha de esta situación para perpetrar ilícitos, cuya prohibición protegen bienes jurídicos a los que por su desempeño profesional debía preservar o proteger; así, por ejemplo, el experto o técnico en empresas de seguridad que comete un hecho contra la propiedad en una de las viviendas que está registrada como cliente de esas empresas, el policía que hiere a una persona con el arma reglamentaria, etc.²¹⁰ Habrá que evaluar, sin embargo, cada caso particular para efectuar una determinación equitativa de la pena en base a las circunstancias específicas que rodearon al profesional en el escenario del hecho. También los delitos de organización que presuponen bases o estructuras complejas a los fines de lograr eficacia en los diversos hechos, tornando así mucho más vulnerables a las víctimas, generan en los autores un mayor grado de culpabilidad que implicará un aumento de pena por la puesta en práctica de una metodología que facilita el ataque al bien jurídico protegido.²¹¹

En el mismo inciso segundo el legislador establece otro elemento importante que se vincula a uno de los contenidos de la culpabilidad, a saber: f) *“la calidad de los motivos que lo determinan a delinquir”* al autor, *“especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”*. La valoración que pueda efectuarse a raíz de esta pauta no debe responder a criterios de valoración moral, sino a criterios normativos que surjan del ordenamiento jurídico y, en especial, del tipo penal en consideración. La *“miseria”* es mencionado expresamente por la ley a fin de que se valore dicha circunstancia a partir del cual surja una mensura equitativa de la pena por el hecho, ya que no es lo mismo quien delinque contra la propiedad ajena mientras se encuentra en un estado de necesidades primarias apremiantes y de subsistencia que quien no lo está. En este aspecto, la ley ampara como justificantes ciertos estados que operan como motivo o explicación del obrar ilícito, a diferencia del ilícito que se provoca sin tener motivo o una explicación plausible. Por tanto, la situación económica del autor condiciona el ámbito de autodeterminación del individuo

²⁰⁹ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 403-404.

²¹⁰ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 404-405.

²¹¹ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 406.

que delinque y ello debe tenerse en cuenta a la hora de mensurar la pena, tal como el hacía el juez más famoso de Francia, Magnaud, a finales del siglo XIX y principios del XX, cuando se negaba a condenar por vagancia a los desocupados, cuando absolvía a los que hurtaban por miseria e imponía penas insignificantes a los que lo hacían por necesidad.²¹²

Asimismo, en el precitado inc. 2 del art. 41 CP, el legislador considera relevante como pauta de mensura de pena otro factor importante: g) “**la participación que haya tomado en el hecho**” el autor; tal factor es un claro indicador del grado o magnitud del injusto.²¹³ En caso de varios intervinientes (en sentido lato: coautores, partícipes) es imprescindible determinar con claridad qué intervención le cupo a cada uno de los partícipes, según el rol efectivamente cumplido en el desarrollo del hecho, y cuál fue según las particularidades del caso la contribución que realizó cada uno al conflicto.²¹⁴ Cuanto mayor compromiso o más importancia tenga el aporte efectuado en la realización del hecho, mayor será la pena en comparación con otros que no lo hayan demostrado. En este aspecto, cabe destacar, como lo hacen Fleming y López Viñals, no resultará sencilla la tarea de determinar la importancia de los aportes. No obstante ello, ambos autores parecen coincidir con Zaffaroni y Ziffer al entender que el ilícito del autor es siempre más grave que el del partícipe, y que por ello debe ser tratado con mayor severidad²¹⁵; pues no es lo mismo si se trata del planificador, si fue el iniciador del proyecto criminal o se plegó posteriormente, si realizó todo su cometido conforme a la planificación, ya que se trata de una concretización del grado de participación mucho más precisa que la exigida para la definición del papel de autor y partícipe. Según Zaffaroni, Alagia y Slokar, no “*es igual el contenido injusto del comportamiento de quien propone a otro el plan, aporta todos los datos necesarios e incluso lo decide a compartir la tarea, que la del que simplemente acepta compartirla*”.²¹⁶

Además de “**la conducta precedente del sujeto**” (d), el Legislador incluye en el inc. 2° del art. 41 CP otro factor modulador de pena, a saber: h) “**las reincidencias en que hubiere incurrido y los demás antecedentes**”.

Desde una visión prevencionista, la conducta precedente podría morigerar o intensificar el *quantum* punitivo según se trate de conductas respetuosas del orden social o no, desbordando así los principios de la culpabilidad por el hecho. En cambio, desde

²¹² Es interesante la referencia histórica que dan Zaffaroni, Alagia y Slokar de la comisión la Comisión de Códigos del Senado, integrada por Joaquín V. González, E. del Valle Iberlucea y P. A. Garro, cuando incorporó al art. 41 del Código la fórmula relativa a la miseria (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), pp. 1053-1054).

²¹³ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1047.

²¹⁴ Igualmente, hay que analizar el caso en particular; pues, no necesariamente la intervención de muchos en un hecho actuará como agravante en forma automática. Ziffer entiende, por ejemplo, que, si llegara a determinar que un sujeto actúa llevado por la masa, ese aspecto debería configurar más bien un atenuante que un agravante (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 132).

²¹⁵ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 376; ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 132; ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1047.

²¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1047.

una estricta concepción de la culpabilidad por el acto, Fleming y López Viñals entienden que la fórmula del art. 41 referida a la *conducta precedente* podría resultar peligrosa, puesto que mal empleada se transformará en una herramienta útil para avasallar el principio de legalidad; en tal sentido, junto con el castigo de una conducta prohibida, penalmente relevante, se podría castigar subrepticamente una conducta no prohibida.²¹⁷ Por otra parte, indagar o recolectar elementos de la historia del penado viola el principio de reserva consagrado por el art. 19 CN, CADH y PIDCyP. Para no violar este principio, la expresión “*conducta precedente*” debe interpretársela en el marco de la culpabilidad por el acto, considerando las costumbres, hábitos u otros antecedentes de vida como base para establecer el grado de autodeterminación con que se cometió el delito. En este aspecto, la marginalidad, la pobreza o la carencia de educación, por ejemplo, afectan el ámbito de autodeterminación de un sujeto (en el sentido de que lo disminuye), el que se encuentra colocado por ese motivo a una mayor exposición a caer en la actividad delictiva, todo lo cual presupone una menor culpabilidad que debería incidir como un reductor del *quantum* de pena a imponer.

En materia de mensura de pena, la incorporación de la reincidencia implica, en principio, la posibilidad de aplicar mayor poder punitivo (léase mayor *quantum* de pena) siempre que con anterioridad la persona haya sido condenada o sufrido pena por otro delito.²¹⁸ Esta postura se topa con la clásica objeción según la cual imponer más pena en razón de un delito que ya fue juzgado o penado implica necesariamente una violación del principio constitucional *non bis in idem*, conocido también como la prohibición de doble valoración y la de la doble punición, siendo por tanto inconstitucionales no sólo por ello sino también por violar la mínima racionalidad en razón de imponer una pena que excede el marco de la culpabilidad por el acto.

Si bien el art. 41 CP no aclara expresamente el carácter de agravante o atenuante, la reincidencia del autor generalmente es concebida un factor que influye de manera negativa (para el condenado) en la medición de la pena habida cuenta que su recaída en el delito comprobaría su mayor rebeldía frente a la ley penal.²¹⁹ En tal sentido, será relevante tener en cuenta el número de hechos por el que se lo condenó al autor, homogeneidad o heterogeneidad de los delitos y el lapso que pasó entre el hecho ilícito y la compurgación de la última pena. No obstante, será tarea del tribunal determinar si en algunos casos la insistencia o persistencia en el delito se debe efectivamente una decisión voluntaria del condenado o bien al influjo de otros factores que, siendo exógenos o externos al mismo, lo predeterminaron negativamente en el ámbito de su autodeterminación.

²¹⁷ Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 407-408.

²¹⁸ Sin perjuicio de ello, la reincidencia puede tener relevancia para otras tareas (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 408-409).

²¹⁹ Según Ziffer, la doctrina sostiene que la reincidencia debe ser interpretada siempre como agravante (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 159).

En cuanto a la expresión “*demás antecedentes*”, cabe mencionar los casos de reiteración de delitos cometidos por una persona que no es reincidente por haber sido condenado con anterioridad a una pena no privativa de libertad, o a una pena de ejecución condicional, o bien, en el caso de que la multiplicidad de hechos reiterados sea juzgada a través de una sola sentencia. Algunos autores entienden que la mera reiteración delictiva debe ser considerada como un factor agravante de la pena en tanto que demostraría la obstinación del autor por infringir el ordenamiento jurídico. En cambio, hay otro sector de la doctrina que sostiene que la mera reiteración no configura una agravante en los términos del art. 41 CP.

En cuanto a las causas penales abiertas, resulta evidente que, a la luz del principio constitucional de inocencia, no podría tomarse en consideración un procedimiento en trámite sin condena como un factor de agravamiento de la pena por un segundo hecho. No obstante, ello, hay discrepancia jurisprudencial al respecto.²²⁰ Tampoco podría evaluarse como un factor de agravamiento de pena la existencia de causas penales en las que se le habría concedido al encausado un procedimiento de suspensión de juicio a prueba ya que lo contrario resultaría violatorio del principio *non bis in idem*.

Si bien ya nos hemos referido a los “*vínculos personales*” entre al autor y el sujeto pasivo, es preciso relacionar ese tópico con otra pauta de mensura importante que consigna seguidamente: “*la calidad de las personas*”, calidad que eventualmente determina una mayor o menor exigibilidad y, por ende, mayor o menor reprochabilidad de la conducta. Específicamente no se trata aquí de la calidad exigida en los tipos, que denota un mayor contenido del injusto, sino de la calidad que da lugar a una mayor exigibilidad atendiendo a las circunstancias concretas que podrían ser de mayor exigibilidad.²²¹

Por último, aunque el Legislador no lo incluya como una expresa pauta de mensura de la pena, el inc. 2 del art. 41 CP establece que el jurado “*tomará conocimiento del imputado de visu*”, lo que, sumado al hecho de que habitualmente, como se verá más adelante, los jueces al determinar la pena toman como una pauta la impresión causada por el imputado en la Audiencia *de visu*, torna inevitable analizar lo que dicho concepto transmite, sobre todo en atención a la posibilidad de revisar el monto de pena determinado por el juez del hecho.

Al respecto Ziffer sostiene que la idea bastante difundida de que la decisión que determina la pena es irrevisable se basa en que sólo el juez del hecho está en

²²⁰ Hay jurisprudencia que avala esta postura (TSJ de Córdoba, Sala Penal, 8-12-2003, “Cornejo, Germán D.”, L. L. C. 2004 [junio], 503, A); pero también existe otra que interpreta lo contrario, esto es, que la existencia de causas en trámites podría servir de pauta en tanto que, a diferencia del que jamás se vio involucrado procesal penal alguna, éste tendría la experiencia personal de haber sido imputado por la comisión de un delito y ello lo haría más reprochable por haber estado advertido y tener mayor conciencia de los alcances de la norma y las consecuencias de su violación. (TCas.Pen. de Buenos Aires, sala II, 6-0-2003, “Villalba”, causa 1.459; ídem, 16-04-2002, “Gomez”, causa 7339).

²²¹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1052.

condiciones de valorar acabadamente la personalidad del autor porque sólo él cuenta con la impresión personal del acusado. Esta concepción parece indicarnos que la decisión que fija la pena no es estrictamente aplicación del derecho, sino que “*tiene un componente irracional, intuitivo*”.²²² En tal sentido, no parece aceptable que la impresión visual del juez, que en estos casos presupone una alta cuota de subjetividad, pueda ser un motivo jurídico racional que permita fundar la imposición de un *quantum* determinado de pena.

Los estándares de argumentación para la determinación de la pena

En cuanto al modelo de argumentación judicial en torno a la determinación judicial de la pena, cabe hacer notar que encontramos por lo menos tres modos diferentes, a saber: i) el de la sentencia condenatoria proveniente del juicio oral y público, ii) el de la sentencia condenatoria proveniente del sistema de juicio por jurados, iii) el de la sentencia condenatoria proveniente de la justicia minoril. A continuación, describiremos los pormenores de cada estándar y desde allí qué influencia tienen cada uno en el tema bajo estudio.

La argumentación judicial en el juicio oral y público

El modelo de argumentación judicial, tal como se lo conoce en el sistema acusatorio, oral y adversarial previsto en la legislación procesal local, depende exclusivamente de jueces penales que, según el monto de pena solicitado por el Acusador al efectuar el requerimiento fiscal, podrán constituirse en un tribunal unipersonal como en uno pluripersonal. Si bien está consagrado constitucionalmente el juicio por jurados, como se verá en detalle en la siguiente sección, hoy en día en la Provincia de Santa Fe, al igual que en la mayoría de las provincias de la Argentina, los únicos autorizados para dictar condenas o absoluciones en los juicios contra ciudadanos acusados por la comisión de ilícitos penales son los abogados que llegan al cargo de juez luego de ser admitidos como tal en un concurso previo de selección, dejándose así al margen la participación ciudadana en tales asuntos, contrariando así lo que previó el Constituyente originario hace más de un siglo y medio.

Ahora bien, el modo en que cada juez construye su sentencia sigue en general un paradigma estándar o un modelo general o típico: así, por ejemplo, luego de darse el debate oral y público en el que cada una de las partes intentará probar su teoría del caso, los jueces decidirán quién o cuales de las partes tiene razón. Para ello, habrán de sopesar

²²² ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 184. Fleming y López Viñals sostienen que, en verdad, el conocimiento *de visu* se debe a otro contexto diferente al actual, más propio del procedimiento escrito en los que el juez por lo general no conocía personalmente al acusado; pero resulta anacrónico hoy en día en cuanto los casos de juicio oral y público requieren como indispensable la presencia continua del imputado –principio de inmediatez– (Cf. FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), pp. 432-433).

las pruebas colectadas en el juicio, debiendo hacer un *racconto* o relación sintética, pero integral de los planteos formulados por las partes y finalmente en el considerando brindar las razones plausibles que le sirven de base para adoptar el decisorio final.

Especial relevancia tienen en esta tarea de hallar los fundamentos y motivos razonables y plausibles para resolver el conflicto lo que comúnmente se conoce como las reglas del método de análisis de la prueba configurado por la *sana crítica racional* prevista específicamente el art. 161 CPP de Santa Fe. No sólo a nivel provincial sino también nacional, la sana crítica racional recibió legal²²³ y jurisprudencialmente²²⁴ aceptación como método de análisis ineludible de la prueba producida en el juicio, sin el cual lo decidido no sería sino fruto de la más pura arbitrariedad.

Tal método de análisis, avalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²²⁵, se halla constituido por las reglas de la *lógica*, la *experiencia* y las *ciencias auxiliares* que le permitirán al juez evitar lo antojadizo en un razonamiento o argumentación.²²⁶

²²³ El art. 398 del Código Procesal Penal de la Nación indica que deben seguirse las pautas establecidas por el sistema de la sana crítica racional.

²²⁴ Para introducir sólo algunos de los tantos fallos que han emitido los tribunales y las Cámaras de Casación al respecto, se puede evocar la resolución de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal dictada en “SABA CASTILLO, Fabián y otros s/ recurso de casación”, (causa n° 23.227/14, Reg. 262/17), el 14/07/2017, por la cual Luis Fernando Niño, Eugenio Sarrabayrouse y Daniel Morín, hicieron lugar al recurso de casación interpuesto por las defensas, casaron la sentencia recurrida y absolviéron a Luciano Acosta Escobar y a Gerardo Fabián Saba Castillo, por entender que asistía razón a las defensas en cuanto “(...) [e]l a quo no valoró la prueba recibida en el debate bajo estricto apego a la regla de la sana crítica y los principios que la regulan, como así tampoco se ocupó de desestimar las hipótesis absolutorias oportunamente planteadas y que –a mi juicio– derivan en un escenario que admite la duda razonable”; web <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/45552-condena-sana-critica-duda-razonable-absolucion>. También se puede leer en un fallo dictado el 09/04/18 en el caso “Megías, Martín Emanuel”, CNCCC 38701/2013/TO1/CNC1, Sala 2, Reg. nro. 356/2018, el voto de Morín al que adhirieron los jueces Días y Sarrabayrouse que dice lo siguiente: “la ausencia de reglas condicionantes de la convicción no significa, sin embargo, carencia absoluta de reglas. El sistema de la sana crítica exige la fundamentación de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los que se decide de una u otra manera. Exige también que la valoración crítica de los elementos de prueba se realice de conformidad con las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos. La valoración, por último, debe ser completa, en el doble sentido de que debe fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de que no debe omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados”. Mas adelante Morín agrega que “las deducciones que realice el juez a partir de la prueba deben observar las reglas de la lógica, de los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos. (...) la violación de las reglas de la sana crítica, en caso de ocurrir, implica el desconocimiento de las formas procesales que imponen la motivación de la sentencia”; web <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/46529-sentencia-condenatoria-valoracion-prueba-sana-critica-racional-proceso-formacion>

²²⁵ El Máximo Tribunal de la Argentina sostiene que es condición de validez de la sentencia que sea fundada y, por ende, que constituya una derivación razonada del derecho vigente (C.S.J.N. fallos: 270:60; 395:95; 306:1395, entre otros) y que, a su vez, no pueda basarse en afirmaciones dogmáticas que deje de lado las probanzas aportadas al proceso sin un mínimo de análisis que permitan establecer las razones por las cuales el sentenciante arriba a sus conclusiones (C.S.J.N. fallo: 201:394). En el conocido el fallo “Casal, Matías” la C.S.J.N. dijo con claridad: “... la doctrina en general rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el derecho internacional de los Derechos Humanos una sentencia que se funde en la llamada libre o íntima convicción, en la medida en que por tal se entienda un juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir (y consiguientemente criticar) el curso del razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido o no se ha desarrollado de una u otra manera. Por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia para que esta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción del hecho pasado”.

²²⁶ La Sala “B” del Tribunal de Impugnación, integrada por los señores Jueces Carlos Flores y Pablo Balaguer, del Poder Judicial de la Pampa también lo considera de este modo: “(...) un fallo dictado acorde con los principios de la sana crítica será aquél que nos permita reconocer el curso de razonamiento utilizado por el magistrado para arribar a

En tal sentido, las reglas de la sana crítica constituyen, según lo sostiene la jurisprudencia, “*criterios racionales, fundados en la lógica, la psicología y la experiencia, que permiten discernir lo verdadero de lo falso, en la apreciación de las probanzas reunidas, para evitar la incursión en ‘arbitrariedad o puro sentimiento’*”.²²⁷ Cabe preguntarse al respecto, entonces, si subyace a las sentencias una determinada concepción de verdad desde la que se parta al evaluar la realidad de los hechos y condenar o absolver según corresponda. La jurisprudencia ha entendido que sí y que esa noción ha sido la de correspondencia (la conocida *adequatio intellectus ad rem*): “*Corresponde recalcar que, de las diversas teorías de la verdad contemporáneamente sustentadas, la de la aceptabilidad justificada no tiene cabida en nuestro medio jurídico-penal. Sólo la de la correspondencia con la realidad objetiva es válida, y el camino lo señala la vía hermenéutica exigida por la normativa vigente. Nuestro codificador eludió el sistema de la íntima convicción e impuso a cargo de quien juzga la tarea de someter las hipótesis planteadas sobre los hechos a criterios de verificabilidad regidos por la Lógica, la Dialéctica, la experiencia y los conocimientos que proveen las ciencias y las artes. (...)*”.²²⁸

Innumerables citas se podrían seguir añadiendo en torno al uso que hace la jurisprudencia de la *sana crítica racional* como método apropiado de análisis de las pruebas colectadas en un juicio para determinar la realidad (materialidad) de los hechos y la participación responsable del acusado en los mismos. Pero nuestro tema central nos lleva a otra parte, a saber: la cuestión será discernir si dichas reglas que le sirve al magistrado para exteriorizar el curso de razonamiento que empleó para arribar a la conclusión sobre la existencia o no del hecho y la responsabilidad del acusado en el mismo pueden o deben emplearse también en la fundamentación de la determinación judicial de la pena.

En cuanto a las exigencias de esta fundamentación, no cabe duda que, como señaláramos en el apartado anterior respecto de la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad (Cap. I, 5), las mismas deben enmarcarse dentro de lo que se concibe como una *actividad discrecional* de la magistratura. Ahora bien, ello no significa de ninguna manera, como se trató previamente, que deba concebírsela como un acto de

la conclusión de si existió el hecho y en su caso como se desarrolló, aplicando para ello racionalmente las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología, a efectos de valorar la conducta culpable del imputado. (...) el juez debe juzgar en base a lo alegado y probado, no debiendo tamizar arbitrariamente unas pruebas en detrimento de otras, sino que lo correcto es la valoración de la totalidad del plexo probatorio incorporado y en su caso explicitar los motivos por los que se da preeminencia a una prueba por sobre otra, o se la deja de lado en su consideración, para arribar a un fallo definitivo que sea comprensivo y abarcador de todos los elementos de juicio recolectados. [voto Dr. Flores] A, C S s/ Recurso de Impugnación—11.07.2013- Legajo 7838/2;

web <http://www.jusonline.gov.ar/jurisprudencia/textos.asp?id=10130&fallo=true>

²²⁷ Cf. fallo del 14/07/2017 dictado por Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal dictada en “SABA CASTILLO, Fabián y otros s/ recurso de casación”, (causa n° 23.227/14, Reg. 262/17); web <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/45552-condena-sana-critica-duda-razonable-absolucion>.

²²⁸ Cf. fallo del 14/07/2017 dictado por Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal dictada en “SABA CASTILLO, Fabián y otros s/ recurso de casación”, (causa n° 23.227/14, Reg. 262/17); web <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/45552-condena-sana-critica-duda-razonable-absolucion>.

libertinaje intelectual o volitivo o de pura arbitrariedad en sentido estricto, sino, por el contrario, supone la ponderación ecuánime y razonable de las circunstancias que se deben tener en cuenta para determinar especie, monto y modo de cumplimiento de la pena, respecto de lo cual las pautas generales o reglas orientadoras que prevé nuestro Código Penal en sus arts. 40 y 41 delimitan la libertad de acción del magistrado a la hora de cuantificar, sin perjuicio de que nuestro sistema penal vigente es, como se sabe, en términos generales indeterminado en el sentido de que ha establecido penas que arrancan desde un mínimo y llegan hasta un máximo, salvo en los casos excepcionales en que se establecen penas indivisibles o fijas. En cuanto a éstas últimas clases de penas, cabe indicar que el legislador no le ha dejado al juzgador la libertad de adecuar la sanción al caso individual en razón de la gravedad enorme del delito cometido, así, por ejemplo, en los casos de homicidios calificados, etc., respecto de los cuales ya no importan las características o condiciones personales del autor ni ningún otro factor de atenuación, pues al configurar los tipos penales más graves existentes en la ley reflejan un grado de reprochabilidad penal hacia el autor en virtud de la elevadísima magnitud dañosa del ilícito que torna inviable una graduación de la pena. En los demás casos, donde la ley establece un amplio marco punitivo, el juez tiene la libertad o margen de discrecionalidad de determinar la cuantía en razón de que las únicas pautas legales que habrán de ser tenidas en cuenta tienen carácter general y no poseen valores asignados normativamente, ya que el art. 40 CP no determina –como ya se dijo antes– el carácter de agravante o atenuante de las circunstancias previstas en el art. 41 CP. Dichas pautas, empero, le imponen al juez el deber de fundamentación explícita, lo que, en definitiva, hace posible el control crítico-racional del proceso de individualización de la pena.²²⁹ En este aspecto, no podrán obviar los jueces, según el criterio sostenido por la Corte Nacional, el recurso a las reglas de la sana crítica racional en cuanto que aseguran el apropiado marco legítimo para canalizar la reflexión serena, justa, prudente y adecuada sobre las pautas legales previstas para la determinación de la pena, reflexión que, como se sabe, deberá estar desprovista de cualquier pretensión o deseo de venganza y prescindirá en la medida de lo posible de cualquier apreciación personal, subjetiva o emocional, tomando como criterios rectores de su decisión final el principio de culpabilidad por el acto y las posibilidades de reinserción social según pronósticos de la

²²⁹ Dicho control hace posible, por un lado, interpretar la discrecionalidad jurídica o las facultades discrecionales del tribunal de sentencia de una manera muy diversa al modo en que generalmente se la suele entender, incluso por los eruditos en la materia (entre otros autores, SCHÜNEMANN, Bernd (2003), p. 17; también en FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 176; ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 37; DE LA RÚA, Fernando (1994), p. 64; DAL DOSSO, Darío Alberto (2015), pp. 43-44) y, por otro, permite no transgredir las garantías convencionales previstas en los art. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP al interpretar que todo lo relativo a la pena (especie, duración, modalidad, etc.) es susceptible de revisión a través del juicio de casación. Como lo explica Ziffer, era una idea muy difundida aquella que sostiene que la decisión que determina la pena es irrevisable, pues se entendía que la ponderación de los factores relevantes para determinar pena, así como su expresión en un monto concreto quedaba por ser una cuestión de hecho en manos del juez del hecho y por tanto excluida del recurso de casación. “Actualmente, dice Ziffer, ya nadie lo ve de este modo” (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 183).

vida de futura del condenado, lo que implicará en tal sentido por parte del juez la realización de un estudio criminológico del autor en orden a la formulación de una prognosis social debidamente fundada.²³⁰ Hemos de dejar, empero, para los análisis de los capítulos sucesivos la indagación sobre qué tipo de fundamentación es la que concretamente brindaron estos últimos años los magistrados de la provincia en el nuevo sistema penal con respecto a la individualización de la pena. Una vez efectuado dicho recorrido podrá finalmente compararse los *pro* y *contra* de los diversos estándares que se estudian en este apartado.

La argumentación judicial en el sistema de juicio por jurados

A un tiempo lejano, podríamos decir, se remonta el juicio por jurados.²³¹ No obstante ello, el concepto contemporáneo de jurado hunde sus raíces en los países del derecho común, como Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Australia.²³²

En Argentina, la Constitución Nacional ha establecido en su art. 24 que “[e]l Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados”. Asimismo, el art. 75 CN le encarga al Congreso a través del inc. 12 el dictado de leyes que *requiera el establecimiento del juicio jurados* y el art. 118 CN prevé que todos los juicios criminales ordinarios se terminarán por jurados, salvo en el cual acuse la Cámara de Diputados.²³³

A pesar del expreso mandato constitucional con más de un siglo y medio de vigencia²³⁴, pocas han sido hasta ahora las provincias que adoptaron esa modalidad de

²³⁰ Al entender de Tedesco, “*la prognosis social emergente de un estudio criminológico bien realizado es fundamental para la determinación, por parte del juez, del monto de la pena cuando existe indeterminación acerca de este punto – como es regla– en la norma general*” (TEDESCO, Omar Horacio (1994), p. D-125). No obstante, Tedesco tiene una perspectiva peculiar respecto de este asunto, pues, como veremos más adelante, está convencido que es imposible realizar dicho estudio criminológico y por ende la prognosis correspondiente antes de la sentencia y que “*la única salida sería dividir el proceso en dos etapas*” (TEDESCO, Omar Horacio (1994), p. D-125).

²³¹ En la mitología griega aparece la absolución de *Ares* por un jurado de doce dioses, pero incluso hay antecedentes más antiguos, como por ejemplo la época egipcia; por otra parte, también en la antigua Roma la institución del juicio por jurados tuvo lugar (Cf. ERBETTA, Daniel y otros (2008), p. 41).

²³² Como explica Dal Dosso, la institución procede históricamente del juicio por jurados del Derecho anglosajón, donde incumbe al cuerpo de ciudadanos pronunciar el veredicto de culpabilidad o inocencia y luego, en audiencia ulterior e intervención exclusiva del juez técnico que presidió el juicio, concretar la respuesta punitiva. A eso se lo denomina *Trial Judge* o *Juri Sentencing* (DAL DOSSO, Darío Alberto (2015), p. 45). El primer documento es la Carta Magna de Inglaterra de 1215. Aunque, actualmente en Rusia y Japón también se ha vuelto al uso del jurado (Cf. ERBETTA, Daniel y otros (2008), p. 41).

²³³ Esto ya había sido establecido originariamente en la Constitución Nacional de 1853, específicamente en el art. 24, los antiguos arts. 67 inc. 11 y 102. Según Mariana Bilinski, “*es una obligación impartida por nuestros constituyentes desde la creación de nuestra Carta Magna, que, con perseverancia, en la reforma de 1994, se reiteró, en tres artículos distintos. El artículo 24, que establece al juicio por jurados como una garantía protectora del acusado, el artículo 75 inciso 12, que lo reconoce como un derecho del pueblo a participar en la administración de justicia, y, por último, el artículo 118, que impone al jurado, como un sistema de organización del poder judicial.*” (BILINSKI, Mariana (2016): “Cada vez más cerca de la implementación del sistema de enjuiciamiento penal con jurados”, web: <http://inecip.org/documentos/cada-vez-mas-cerca-de-la-implementacion-del-sistema-de-enjuiciamiento-penal-con-jurados-mariana-bilinski/>, p. 1).

²³⁴ La fuente ideológica de la Constitución Nacional es la Constitución de Estados Unidos. Cabe aclarar, sin embargo, que con anterioridad a la sanción de la Constitución Nacional la idea del juicio por jurados fue recepcionada por los proyectos previos que se elaboraron con miras a la Asamblea de 1813; asimismo por el art 114 de la Constitución de 1819 y también por el art. 164 de la Constitución de 1826 que reproduce el art. 114 de la anterior. Pese a esta consagración legislativa, no faltan autores, como Sagüés, Bidart Campos y otros, que piensan que al no haberse

enjuiciamiento²³⁵, y ello a pesar de que desde hace más de dos siglos y medio se viene sosteniendo que el sistema de juicio por jurado no tiene otra función que la de introducir la equidad y la participación ciudadana en el derecho penal.²³⁶

En la Provincia de Santa Fe, el Código Procesal Penal (ley 12.734) lo establece expresamente, incluso ya en su redacción originaria. Así en su art. 4 establece que “*Jueces naturales y jurados. Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo a la Constitución e instituidos con anterioridad al hecho objeto del proceso. En los casos en que sea procedente la conformación del jurado se regirá por las normas que establezca una ley especial*”. También lo hace en su art. 44: “*Jurados. Cuando se autorice el juicio por jurados, una ley determinará la forma en que se integrarán en Colegio de jurados, sus características, requisitos para la convocatoria y la fecha de entrada en vigencia de esta forma de juzgamiento*”.²³⁷

Algunos comentaristas de nuestro Código Procesal Penal entienden que los “*jurados son una garantía procesal que integra el debido proceso legal adjetivo desde la perspectiva del justiciable: el imputado de un delito tiene derecho a ser juzgado en materia penal por los ciudadanos, quienes deciden si es culpable o inocente del hecho que se le imputa. Desde este punto de vista, el jurado es un órgano de justicia de carácter colegiado integrado transitoriamente, conformado total o parcialmente con*

instituido dicha modalidad de enjuiciamiento hubo una derogación consuetudinaria, lo que es resistido por otros autores ya que no es posible que la costumbre derogue un mandato constitucional (Cf. RUIZ STAIGER, Pablo y OITANA, Marina (2017): “El juicio por jurados y su incorporación en el proceso penal santafesino, ¿nuevo paradigma o un mero simbolismo?”, en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe*, Año 7 N° 7, pp. 253 y 254).

²³⁵ Este sistema judicial se aplica en, al menos, cinco provincias de la Argentina: Buenos Aires, Córdoba, Neuquén y recientemente ha entrado en vigencia en los Códigos Procesales de Chaco y Río Negro. Según informa el vicepresidente de la Asociación Argentina de Juicio por Jurado, Andrés Harcuch, en Córdoba, desde el 2005 al 2015, se realizaron unos 300 procesos con jurados populares, recayendo fallos condenatorios en un 78% de los casos, mientras que en Neuquén, hasta el año 2015, hubo 20 juicios por jurados, en 18 de los cuales el acusado fue condenado y en Buenos Aires sólo 13 juicios, condenándose a los encartados en 8 de ellos y absueltos en 5 (Cf. “Jueces por un día: cómo funcionan los juicios por jurado en la Argentina” - Copyright © LA NACION - URL: <https://www.lanacion.com.ar/1806963-juicios-por-jurados>).

²³⁶ Ya en 1748 Montesquieu defendía la idea de que el poder judicial sea ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas de la manera que la ley disponga (Cf. MONTESQUIEU (1748 [1982]), *Del espíritu de las leyes*, L X, México, Porrúa, p. 105). Tal vez la razón del por qué no se haya dado efectiva participación ciudadana en las condenas o absoluciones de pares en un juicio penal sea, como piensa Gargarella, el carácter contramayoritario del poder judicial (Cf. GARGARELLA, Roberto (1996): *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel). En efecto, según Gargarella, hay muchos trabajos académicos que tratan de revitalizar la institución del jurado a partir de nociones como justicia restaurativa y democracia deliberativa; así, por ejemplo, Albert Dzur ha vinculado de forma explícita el jurado con elementos básicos de la teoría deliberativa. Desde su perspectiva, la corriente dominante que centra la organización de la justicia penal en torno a los tribunales parece socavar la posibilidad de adoptar medidas alternativas como el jurado, que hace hincapié en la importancia de la participación pública en la sentencia, confinando los jurados a los márgenes del sistema penal, como ocurre en Gran Bretaña y Estados Unidos (época de eclipse, desaparición o extinción del jurado) (Cf. DZUR, Albert (2012): *Punishment, Participatory Democracy and the Jury*, Oxford, Oxford University Press, pp. 5-6, citado en GARGARELLA, Roberto (2016), p. 213). Según Bovino, algo similar ocurre en la Argentina y de este modo se incurre en un claro incumplimiento de la Constitución por parte de los tribunales argentinos (Cf. BOVINO, Alberto (1998): *Problemas del derecho procesal contemporáneo*, Bs. As., Ed. Del Puerto, p. 5). BILINSKI, Mariana (2016): “Cada vez más cerca de la implementación del sistema de enjuiciamiento penal con jurados”, web: <http://linecip.org/documentos/cada-vez-mas-cerca-de-la-implementacion-del-sistema-de-enjuiciamiento-penal-con-jurados-mariana-bilinski/>

²³⁷ Cabe mencionar, al menos como nota al pie, un hito, que es lo que sucedió recientemente, más precisamente el día 26 de julio de 2018, al haber dado la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe media sanción a la ley de enjuiciamiento por jurados.

legos, ante quien sólo puede desarrollarse un juicio caracterizado por la inmediación, publicidad y oralidad”.²³⁸ Por el contrario, otros comentaristas, además de considerar inútiles las normas de los arts. 4 y 44 CPP, sostienen que es un acierto que aún no se haya implementado el sistema de juicio por jurados.²³⁹

Por su parte, el Código Procesal Penal para la Nación Argentina sancionado en diciembre de 2014 a través de la ley 27.063 introduce una transformación esencial del juicio penal al sustituir el juicio penal unifásico previsto por la ley 23.984 por la denominada “cesura del juicio penal”. A nivel provincial, se advierte también que en los últimos diez años las legislaciones procesales instauraron la cesura del juicio por haberse plegado al movimiento de reforma dirigido a la implementación de modelos de enjuiciamiento penal de cuño acusatorio; por lo menos, como indica Dal Dosso, al año 2015 ya eran seis provincias argentinas las que lo hicieron.²⁴⁰ Así, por ejemplo, el Código Procesal Penal de Chubut, vigente por ley 5.478 desde el 31/08/2006, establece legalmente el juicio por jurados y la cesura del juicio.²⁴¹ La Provincia de Buenos Aires tiene prevista la cesura del juicio por disposición del art. 372 del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires.²⁴² En la misma línea, tanto las provincias de Córdoba, La

²³⁸ Cf. ERBETTA, Daniel y otros (2008), p. 41. Si bien el enjuiciamiento por jurados puede ser concebido como el sistema más fiel a la expresión de la forma republicana de gobierno, hay algunos que interpretan que sólo se trata de “una institución simbólica dentro de los procesos penales” o un “símbolo en el sentido de que el juicio por jurados no es el modo regular de enjuiciamiento sino que se lo termina estatuyendo para casos determinados” (Cf. RUIZ STAIGER, Pablo y OITANA, Marina (2017), p. 258).

²³⁹ Así, por ejemplo, Roberto Büsser dice que “[a]certadamente, sigue sin ‘autorizarse’ el juicio con jurados” (BÜSSER, Roberto (2015): *El proceso penal en Santa Fe*, Santa Fe, Librería Cívica, p. 73).

²⁴⁰ Cf. DAL DOSSO, Darío Alberto (2015), p. 47.

²⁴¹ En efecto el art. 304 de dicho código ritual establece: “División del juicio en dos etapas - En los casos de tribunal colegiado o de jurados el juicio se realizará en dos etapas. En la primera, se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado. Finalizada esta etapa, el tribunal deberá determinar si se han probado los hechos materia de acusación y si la persona juzgada es culpable o inocente. Cuando haya veredicto de culpabilidad, en la segunda etapa y con la exclusiva intervención del juez profesional para el caso del juicio por jurados, se determinará la calificación jurídica y las consecuencias de dicho veredicto. Las partes podrán solicitar al tribunal un máximo de cinco días luego del veredicto, para ofrecer nuevas pruebas a fin de fijar la pena. En este acto se fijarán la fecha y la hora para la culminación del juicio. El juicio se dividirá también en dos etapas en los casos de tribunal unipersonal si así lo solicitare el acusado por razones de su mejor defensa.” Por su parte, el art. 340 del mismo código de la Provincia del Chubut establece en su inc. b) “si el veredicto fuere de culpabilidad, el debate continuará, en la fecha de una nueva convocatoria, que fijará el presidente del tribunal, con la recepción de la prueba que se hubiere ofrecido para individualizar la pena o la medida de seguridad y corrección y establecer la responsabilidad civil en su caso. Terminada la recepción de prueba el presidente del tribunal procederá conforme al artículo 327, pero los informes se limitarán a fundar las consecuencias jurídicas del veredicto del colegio de jurados.” El artículo 327 refiere a los alegatos finales, correspondiendo siempre la última palabra al defensor.

²⁴² El art. 372 del CPP de Bs. As. (Ley 11.922 vigente desde el 23/01/97 modificada por la ley 14.543 de Juicio por Jurados de la Pcia. de Bs. As. Sancionada en septiembre de 2013) establece lo siguiente: “Cesura del juicio. El Tribunal podrá diferir el pronunciamiento respecto a la sanción imponible, por resolución fundada y de acuerdo a las circunstancias del caso, lo cual tratará en debate ulterior independiente sobre la pena o la medida de seguridad aplicable, la restitución, reparación o indemnización demandadas y la imposición total de las costas, pudiéndolo postergar hasta por el término de un (1) mes desde la fecha de notificación de la resolución. Asimismo, durante ese lapso resolverá respecto de las medidas y observaciones que propongan las partes. En los casos de veredicto de culpabilidad o de no culpabilidad por razones de inimputabilidad del Tribunal de jurados, la audiencia de cesura del juicio será obligatoria y, con la exclusiva intervención del juez que presidió el debate, se determinará la calificación jurídica y las consecuencias de dicho veredicto. Las partes podrán solicitar al juez un máximo de cinco (5) días luego del veredicto, para ofrecer nuevas pruebas a fin de fijar la pena o la medida de seguridad. En este acto se fijarán la fecha y la hora para la culminación del juicio.” Incluso, según Dal Dosso, el Señor Defensor General de la pcia. emitió una instrucción general para que los defensores oficiales titulares y adjuntos pidan la división del debate conforme art. 372 CPP a fin de promover la discusión sobre la individualización de la pena y, en su caso, recurra ante

Pampa, Entre Ríos, Santiago del Estero como la de Neuquén tienen previsto en sus diversas legislaciones procesales la cesura del juicio, esto es, la realización del juicio en dos fases.²⁴³

Ahora bien, más allá de que sea concebido como límite al poder punitivo y en tal sentido también un derecho del imputado, o como el modo más eficaz de participación ciudadana en el poder judicial o un nuevo y peculiar modo de organización de un poder del estado²⁴⁴, o bien, como una desacertada modalidad de enjuiciamiento, la cuestión a resolver, de conformidad con los objetivos de esta investigación y atento la indiscutible consagración constitucional del instituto²⁴⁵, será desentrañar qué incidencia puede tener tal modalidad de enjuiciamiento en la determinación de la pena, lo que podrá variar o no si la conformación del jurado es popular (integrado sólo por legos) o escabinado (integrado por legos y jueces técnicos).²⁴⁶

En principio, la cuestión de la individualización de la pena dentro del sistema de juicio por jurados conlleva de modo inevitable y obligatoria la *cesura* del juicio penal que produce la división del debate en dos etapas distintas y sucesivas, a saber: 1º) la primera parte en la que se determina la existencia o comisión del hecho investigado, la calificación legal correspondiente y la responsabilidad del imputado, culminando dicha fase con un veredicto de culpabilidad o de inocencia; 2º) la segunda parte en la que, luego de que la fase anterior haya terminado con un veredicto de culpabilidad, ha de llevarse a cabo un estudio criminológico del autor, planteándose cuestiones atinentes a la determinación de las consecuencias jurídicas del delito: pena o medida de seguridad,

el Tribunal de Casación Provincial si el pronunciamiento sobre la individualización de la pena no está fundado por el tribunal de mérito (Cf. DAL DOSSO, Darío Alberto (2015), p. 50).

²⁴³ El CPP de Córdoba por L 8123, vigente desde el 2005; el CPP de la Pampa, vigente por L 2.287 y modificado por L 2.512 desde el 01/09/2010, lo prevé en el art. 352; la provincia de Entre Ríos a través del art. 455 del CPP, creado por L 9.754 pero vigente desde 09/01/09; la Provincia de Santiago del Estero por art. 399 del CPP, creado por L 6.941 del 11/05/2009, con vigencia desde el 01/10/2010. También Neuquén lo prevé en art.178 y 202 del CPP, sancionado por L 2.784 del 24/11/11 con vigencia a partir de los dos años de su publicación. Por el art. 35 el CPP de Neuquén establece que, en los casos de delitos contra las personas, la integridad sexual o cualquier otro delito cuyo resultado haya sido muerte o lesiones gravísimas y siempre que la Fiscalía solicita una pena privativa de libertad superior a 15 años el juicio será realizado en forma obligatoria frente a un tribunal constituido por jurados populares, el que se integrará con 12 jurados titulares y 4 suplentes.

²⁴⁴ En palabras de Anitua, “*además de ser el juicio por jurados un límite al poder punitivo (y por tanto un derecho del acusado) es una forma de organizar este poder de forma distinta al gobierno de expertos.*” (ANITUA, Gabriel Ignacio (2006): “Razones para el juicio por jurados en la era de la globalización”; web <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/31039-razones-juicio-jurados-era-globalizacion>, p. 5).

²⁴⁵ Anitua considera que “*esta exigencia u obligación constitucional de implementar el juicio por jurados para todos los casos debe ser cumplida sin entrar en mayores razones y sólo porque lo dice la Constitución Nacional*” (ANITUA, Gabriel Ignacio (2006), p. 5).

²⁴⁶ A propósito de esta cuestión, hemos esbozado en la sección anterior que el sistema de juicio oral y público, que actualmente caracteriza la justicia en materia penal en la Provincia de Santa Fe, depende del análisis y justificación que brindan los jueces técnicos en base a las herramientas que le suministra las reglas de la sana crítica racional y las pautas legales que establece el Código para brindar los argumentos o motivos que apoyan sus decisiones, incluso respecto de la pena (cuestión esta última que se desarrollará *in extenso* mediante los análisis y reflexiones correspondientes a partir del capítulo siguiente y subsiguiente).

a fin de que el juez técnico resuelva a través de la sentencia lo relativo a ellas (especie, medida, forma y lugar de cumplimiento).²⁴⁷

Entre otras ventajas, la cesura del juicio penal tiende a la depuración del objeto procesal, pues al abrir una segunda etapa sucesiva se puede debatir las circunstancias de cuantificación penal en forma separada y particularizada en las “*mismas condiciones epistemológicas que las ofrecidas en la fase precedente, dotando al tribunal de mayores elementos de juicio para decidir la especie y cantidad de sanción penal, para justificar su imposición con arreglo a la sana crítica racional*”.²⁴⁸ Cabe destacar aquí, sin embargo, una cuestión relevante a tener en cuenta, a saber: que mientras el veredicto, que es dictado por los ciudadanos (los integrantes del jurado legos) en la primera etapa del juicio por jurados, se rige por la íntima convicción –esto es, que no expresan las razones de su decisión por no contar con las herramientas técnicas para hacerlo–, la sentencia o fallo del juez técnico o profesional referidos a las cuestiones de derecho a raíz del veredicto del jurado deben, en cambio, estar basados en razones, asegurando así el derecho al recurso amparado por los pactos internacionales con jerarquía constitucional.²⁴⁹ En este sentido, “*la esencia misma del juicio por jurado [es], que jamás, deba motivarse el veredicto porque éste emana del propio pueblo soberano.*”²⁵⁰ En otras palabras, “[e]l veredicto no requiere argumentación”²⁵¹, mientras que el fallo sí lo requiere.

Aclarado este punto, es preciso centrar nuestra atención en lo que se ha conocido como “*audiencia de determinación de la pena*”, audiencia en la que –como se aclaró–, una vez que la persona es declarada culpable en virtud del veredicto del jurado, se debaten las cuestiones vinculadas a la pena: la cuantificación, el lugar de cumplimiento y la modalidad, no pudiendo llevarse a cabo dicha audiencia cuando el

²⁴⁷ Cf. DAL DOSSO, Darío Alberto (2015), p. 41; TEDESCO, Omar Horacio (1994), p. D-125. Es preciso reconocer que, como Gargerella lo muestra a través del análisis de unas películas (*Irreversible* de Gaspar Noé, Francia 2002, y *Bus 174* de José Padilla, Brasil 2002), cualquiera de nosotros tiende a exigir las respuestas punitivistas más duras “*cuando lo único que se le permite conocer es la superficialidad de un hecho trágico. Sin embargo, las cosas tienden a cambiar inmediatamente cada vez que se nos permite conocer más; cada vez que podemos ir más allá de la cobertura brutal de los medios de comunicación –interesados, simplemente, en ganar en audiencia o en ventas (objetivos normalmente legítimos, pero reñidos con las exigencias de la justicia penal y social) –. Cuando podemos hacer un análisis detenido, pausado, contextualizado, de los hechos, tendemos a mirar mejor de lo ocurrido, tendemos a pensar mejor.*” (GARGARELLA, Roberto (2016), P. 250). La recomendación del Xmo. Congreso Internacional de Derecho Penal de la Asociación Internacional de Derecho Penal reunido en Roma de 1969 incluye precisamente la propuesta de la cesura del juicio oral ajustado al estudio de la personalidad del imputado, por lo menos para los hechos punibles graves (Cf. DAL DOSSO, Darío Alberto (2015), p. 46). También sucede lo mismo, como se verá seguidamente, con el derecho penal de menores, tanto a nivel provincial como nacional al introducir la cesura entre la determinación de la culpabilidad y la decisión sobre la medida a aplicar previo un serio estudio criminológico de la personalidad del justiciable menor de edad (Cf. TEDESCO, Omar Horacio (1994), p. D-125).

²⁴⁸ Dal Dosso proporciona una vasta bibliografía que incluye artículos científicos sobre las ventajas e inconvenientes de la cesura del juicio penal (Cf. DAL DOSSO, Darío Alberto (2015), pp. 40-41).

²⁴⁹ Doctrina que la CIDH recepta en el fallo “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*” (02/07/04) y que, en nuestro país, originó la doctrina legal del conocido fallo de la CSJN “*Casal*”.

²⁵⁰ BILINSKI, Mariana (2016), p. 5.

²⁵¹ BILINSKI, Mariana (2016), p. 8.

veredicto del jurado es absolutorio ya que no existe pena que deba determinarse.²⁵² Las partes del proceso (fiscal, querellante en su caso, defensa) son las encargadas de presentar la prueba (testigos, peritos, documento, videos, entre otros elementos) que consideren pertinentes desde su punto de vista a fin de que los magistrados técnicos los evalúen con el objeto de determinar qué pena es la que más se ajusta a las características del hecho y el condenado, valorando de este modo los atenuantes y/o agravantes correspondientes. En consecuencia, ya no intervienen en esta audiencia los jurados, quienes terminan su función con la deliberación previa al veredicto. Dicho lugar central ahora lo ocupa el juez profesional, que en la etapa previa dirigió el debate, y en esta será el responsable que debe definir la condena (*quantum*), institución en que deba cumplirla y bajo que modalidad deberá ser cumplida (condicional o efectiva).

Por los motivos expuestos, se torna evidente la trascendencia de esta audiencia en cuanto hace posible que las partes puedan discutir en forma individualizada la pena que estiman justa aplicar al caso concreto, valorando así las características del hecho cometido y las condiciones personales del condenado. La ventaja de la cesura del juicio es evidente en comparación con el clásico proceso unifásico en donde se debe discutir todo al mismo tiempo, quedando relegada la discusión sobre la pena a un segundo lugar, pues la prioridad la posee siempre la determinación de la responsabilidad penal de los acusados en el hecho. Por otra parte, esta división del debate obliga a los jueces técnicos a motivar (esto es, dar buenas razones, fundamentos plausibles), conforme a las pruebas producidas en la segunda fase, cuál es la pena que se considera justa para el condenado y cuál no lo es.²⁵³ Para Ziffer, la división del procedimiento es necesaria, no tanto para evitar el análisis ilimitado por parte de los jueces respecto de la personalidad de los acusados, sino para que no olviden la importancia de la personalidad al momento de determinar la pena. Al estar concebida como una etapa destinada especialmente para someter a discusión la determinación de la pena, Ziffer entiende que dicha actividad dejará de ser “*un mero acto discrecional*” del juez como ocurre habitualmente en los casos en que no rige el juicio por jurados.²⁵⁴

La argumentación judicial en la justicia minoril

En lo que atañe al tema de la determinación judicial de las penas impuestas por los jueces y tribunales de la Argentina a las personas menores de edad imputables –estos

²⁵² Como explica Tamara Peñalver, algunas “*legislaciones -como la provincia de Buenos Aires- establecen que en los casos en que la persona sea declarada inocente por inimputabilidad (que no pudo comprender el acto ilícito) la audiencia de determinación de la pena debería llevarse a cabo igual para debatir la medida de seguridad a imponer. Sin embargo, de acuerdo a la Ley Nacional de Salud de Mental, debería ser la justicia civil quien se haga cargo de ello, ya que garantiza en mayor medida los derechos de la persona con padecimiento mental.*” (PEÑALVER, Tamara (2017): “Veredicto de culpabilidad y pena en la provincia de Buenos Aires. El rol de los jurados populares”; web <http://inecip.org/documentos/tamara-penalver-veredicto-de-culpabilidad-y-pena-en-la-provincia-de-buenos-aires-el-rol-de-los-jurados-populares/>, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/03/doctrina45105.pdf>, p. 3).

²⁵³ Cf. PEÑALVER, Tamara (2017), pp. 7-8.

²⁵⁴ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 182.

son los menores entre 16 y 18 años de edad no cumplidos al momento de cometer el hecho ilícito motivador del reproche–, cabe resaltar que la jurisprudencia no ha mantenido un criterio homogéneo en los últimos tiempos, y ello pese al valor emblemático que tiene el precedente “*Maldonado*”, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció por primera vez sobre el régimen penal juvenil.

La pregunta central a la que nos enfrenta la problemática que estudiamos en esta sección es formulado por Beloff, Kierszenbaum y Terragni en los siguientes términos: “¿Puede ser un menor imputable condenado a la misma pena que un adulto por el mismo hecho? ¿Debe ser condenado a una pena diferente? ¿Cómo se construye normativamente esa diferencia?”²⁵⁵ La cuestión a resolver será entonces si, conforme la ley de fondo que rige la materia como así también la vigencia de normas constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos²⁵⁶, es obligatoria la reducción de la pena que se le impone a un menor de edad imputable, como si el delito en cuestión hubiera quedado en grado de tentativa, precisamente por suponer menor culpabilidad en los niños en virtud de su escaso desarrollo físico y psicológico como así también de necesidades emocionales y educativas. La disparidad de los múltiples criterios aplicados en los últimos tiempos por los tribunales argentinos, no obstante, no arroja luz al problema, sino más bien lo oscurece, sobre todo a la luz del precedente “*Maldonado*” de la CSJN que consolida un rumbo claro.²⁵⁷

En cuanto al marco normativo propio del régimen del derecho penal juvenil argentino, cabe consignar como un punto relevante que la cesura fue establecida incluso con anterioridad al nuevo Código Procesal Penal Federal a través de la ley 14.394, que pasó con posterioridad al sistema instaurado por las leyes 22.278²⁵⁸/22.803 y luego a la ley 26.939 del año 2014. La finalidad de tal institución en el régimen penal minoril consiste en determinar la responsabilidad del joven infractor de la ley penal y en tal caso fijar un plazo para la realización de un tratamiento tutelar; una vez cumplido ese período y reunidos los restantes requisitos legales, se determinará en audiencia ulterior si es necesario o no aplicarle al menor una pena, pudiendo discutir en su caso especie, medida y modalidad de cumplimiento, o bien absolverlo, con lo cual primero se

²⁵⁵ BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano (2012): “La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad”, Argentina, Buenos Aires, *Revista Jurídica Argentina*, Editorial LA LEY, p. 689.

²⁵⁶ En la materia existen al menos tres instrumentos de derechos humanos fundamentales en los que se consagra a la protección integral del niño, a saber, PIDCyP –arts. 6.5 y 10.3–, CADH –art. 18– CIDN –art. 3 que consagra el interés superior del niño, entre otras–, además de las llamadas Reglas de Beijing y Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad (BELOFF, Mary y otros (2012), p. 693).

²⁵⁷ En este fallo la CSJN revoca la sentencia casada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal por aplicarle al menor Daniel Enrique Maldonado la prisión perpetua por hechos de robo calificado por el uso de armas en concurso real homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad, habiéndole aplicado en un primer momento el Tribunal Oral de Menores N° 2 una pena de prisión de 14 años de prisión (Fallos 328:4343). La tendencia que imprime el fallo Maldonado al decidir la reducción de la pena en la escala prevista para el delito tentado fue precedida por varios jueces que había fallado ya en sentido similar (Cf. BELOFF, Mary y otros (2012), p. 696).

²⁵⁸ Ley cuestionada tanto en encuentros científicos como por la propia CSJN, que si bien no declaró su inconstitucionalidad recomendó en el año 2008 al Congreso de la Nación a que la suplante por otro régimen.

determina la responsabilidad penal (juicio de culpabilidad) y se difiere el juicio de determinación de la pena para un momento posterior, en el cual se decidirá si se le aplica pena o se lo exime, lo que dependerá del resultado del tratamiento tutelar.²⁵⁹ Más allá del carácter tuitivo del régimen minoril, la postergación del pronunciamiento respecto de la sanción imponible permite inferir las ventajas que ofrece la provisión de un ámbito exclusivo en el proceso penal para la discusión y decisión sobre su procedencia.

De la propia redacción del art. 4 de la ley 22.278, que establece los requisitos para imponerle una pena a un menor punible (declaración de responsabilidad, haber cumplido los 18 años, sometimiento a un tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría, modalidades del hecho, antecedentes, resultado del tratamiento, impresión del juez), surge claro que la imposición de una pena no es la consecuencia querida por el legislador.²⁶⁰

Teniendo en cuenta la normativa local, es preciso destacar que, si bien en el ámbito jurídico internacional no hay una consagración expresa de una cláusula de reducción de penas para los menores, las normas internacionales apuntalan claramente el principio de culpabilidad como medida de la pena y, por otra parte, aseveran que los menores tienen una culpabilidad disminuida con relación a los adultos. Por su parte, la norma local tampoco consagra la reducción como una obligación, pero sí la prevé como una facultad que tienen los jueces para reducir la pena de los menores imputable en *la forma prevista para la tentativa*. No obstante, ello, las distintas salas (I, II, III y IV) de la Cámara Nacional de Casación Penal sostienen con algunos votos en disidencia la “*no obligatoriedad de la reducción de pena a la escala de la tentativa*”, pero a pesar de esto afirman que la pena aplicable a un niño debe ser menor que la aplicable al adulto.²⁶¹

Ahora bien, la argumentación vertida por la CSJN en el fallo “Maldonado” parte del reconocimiento expreso a las personas menores de 18 años de edad imputados de delitos y penalmente responsables de todas las garantías y beneficios de que gozan los adultos y además de derechos y garantías específicos, atendiendo especialmente a los fines de resocialización en el caso de que se imponga una condena a un menor que deberá serlo en la forma prevista de la escala penal de la tentativa por encontrarse en juego un concepto de culpabilidad disminuida del niño debido a su inmadurez

²⁵⁹ Cf. DAL DOSSO, Darío Alberto (2015), pp. 47-48. La especialidad en el trato que el sistema judicial asegura a los niños es una lógica derivación de la protección jurídica especial que la comunidad internación se comprometió a reconocer a la infancia a través de los diversos instrumentos internacionales, algunos de los cuales se han mencionado más arriba. Véase al respecto el comentario al fallo de la CNCas.Crim y Correc., Sala III, 18/09/15 del Leg. De Cas. Caratulado “G.A.A. s/ robo en tentativa” que figura en HOYOS, Jimena (2015): “Criterios de privación de libertad de imputados menores de edad”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año V – Nro. 11 dic. 2015, dirigida por Eugenio R. Zaffaroni, Ed. LA LEY, pp. 86-96.

²⁶⁰ MUSA, María del Carmen (2016): “El niño preso”, en *Personas vulnerables. Familia e Infancia en Santa Fe I*, dirigida por María del Carmen Musa y Oscar Davini, Ed. Juris online, www.editorialjuris.com, p. 114.

²⁶¹ Cf. BELOFF, Mary y otros (2012), p. 696.

emocional y afectiva universalmente reconocida.²⁶² En tal horizonte de comprensión, Beloff, Kierszenbaum y Terragni consideran que la regla obligatoria es la reducción de la pena a la escala prevista para tentativa con base normativa en el 2do párr. del art. 4 de la ley 22.278 y jurisprudencial en el ejemplar fallo “Maldonado” de la CSJN, ya que no aceptar “*la obligatoriedad de la reducción a la escala de la tentativa abre la puerta a la arbitrariedad del juzgador al no establecer parámetros claros en cuanto a cómo debe reducirse y qué medida. Atenta, por, sobre todo, contra la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, en la medida en la que no puede preverse cuál será la respuesta punitiva que se dará ante situaciones iguales (todos los niños tienen culpabilidad disminuida y en la misma medida)*”.²⁶³

Esta interpretación es también la que brinda al ordenar la revocación de la sentencia cuestionada el Juez Pablo Jantus en los autos “*F.T.R.B.J. s/ abuso deshonesto* en fecha 27/09/2016 como integrante del tribunal de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, compuesto a su vez por Mario Magariños y Carlos A. Mahiques, quien sin embargo en disidencia confirma la resolución recurrida. Allí Jantus dice que “*la reducción de la ley 22.278, interpretada desde los arts. 3º, 37 y 40 de la Convención, debe ser obligatoria...*”.²⁶⁴

En conclusión, advertimos que, más allá de la disparidad de criterios aplicados en los fallos de los diversos tribunales argentinos en materia de justicia penal juvenil, disparidad que han señalado los expertos, el punto de partida en el caso de la determinación judicial de la pena que se le impone a los menores punibles consiste en un tratamiento especial que no sólo está consagrado en instrumentos internacionales con la jerarquía superior sino también en un precedente ejemplar de la CSJN que fija un tratamiento diferente al del adulto, razón por la cual el estándar argumentativo de las sentencias que se dicten con respecto a ellos tendrá un sesgo mucho más favorable en cuanto al *quantum* punitivo que el aplicado en la justicia común de los adultos.

²⁶² Fallos 328:4343, considerando 32 y 40 del voto de los jueces Petracchi, Higlton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. Tal culpabilidad disminuida, sin embargo, no constituye un concepto contrastable empíricamente sino supuesto normativamente en forma genérica (Cf. BELOFF, Mary y otros (2012), p. 700).

²⁶³ BELOFF, Mary y otros (2012), p. 701.

²⁶⁴ TERRAGNI, Martiniano (2016): “Actualidad en Jurisprudencia de la Justicia de Menores”, en *DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL*, dirigida por Patricia Ziffer – Mauro Divito, diciembre 2016/2, Buenos Aires, Abeledoperrot, p. 2331.

Capítulo II

Las argumentaciones empleadas en los fallos judiciales del nuevo sistema penal oral de Santa Fe

«El hombre que mató no es un asesino, el hombre que robó no es un ladrón, el hombre que mintió no es un impostor; eso lo saben (mejor dicho, lo sienten) los condenados; por ende, no hay castigo sin injusticia. La ficción jurídica el asesino bien puede merecer la pena de muerte, no el desventurado que asesinó, urgido por su historia pretérita y quizá –¡oh Marqués de Laplace! – por la historia del universo. Madame de Stäel ha compendiado estos razonamientos en una sentencia famosa: Tout comprendre c'est tout pardonner.»²⁶⁵

Jorge Luis Borges

II.1 Introducción

Como ya lo había expresado en el siglo XVIII John Locke en su *Ensayo*²⁶⁶ y, por supuesto, antes y después que él otros tantos²⁶⁷, las categorías en cuanto ideas generales no son sino criaturas de la mente; en tal sentido, el literato argentino citado en el epígrafe entiende que la categoría “el asesino” es una “*ficción jurídica*” y, por esa sencilla razón, advierte que las penas previstas legamente en función de la *ficción* o criatura del intelecto humano jamás podrían ser aplicadas con justicia al caso individual

²⁶⁵ BORGES, Jorge Luis (1982): *Nueve ensayos dantescos*, Madrid, Espasa Calpe, citado en FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 11. En consonancia con los razonamientos borgeanos, Gargarella cuenta a propósito del concepto del delincuente como “monstruo” que el reconocido criminólogo noruego, Nils Christie, referente importante del abolicionismo penal, “solía decir que, a pesar de haber recorrido cárceles en decena de países, a lo largo de toda su vida, nunca se había encontrado con el monstruo. Y, sin embargo, (...) las autoridades que lo llevaban a recorrer las prisiones le anunciaban –lo prevenían– diciéndole ‘Ahora vamos a mostrarte al monstruo que tenemos encerrado’. Christie decía que, cada vez que pudo hablar con el monstruo, se encontró con personas muy similares a él, personas con problemas, con sufrimientos, con enojos, pero nunca con un monstruo, nunca con alguien con quien no compartiera los rasgos básicos de su propia humanidad, con quien no pudiera hablar, a quien no pudieran entender, que no mereciera ser escuchado.” (GARGARELLA, Roberto (2016), p. 247).

²⁶⁶ Se trata de la obra maestra de Locke, *Ensayo sobre el entendimiento humano* (*An Essay concerning Human Understanding*), que le llevó casi 20 años escribir y fue *best seller* de la época, ya que tuvo 4 ediciones en vida de su autor: la 1° de 1690, la 2° de 1694, la 3° de 1695 y la 4° de 1700 (Cf. LOCKE, John (1992): *Ensayo sobre el entendimiento humano*, trad. de Edmundo O’Gorman, Bs. As., Fondo de Cultura Económica).

²⁶⁷ Si pensásemos en el *antes*, podríamos evocar los nombres de Guillermo de Ockham y algunos otros nominalistas; y si nos situáramos en el *después*, Federico Guillermo Nietzsche podría ser un buen ejemplo de pensadores que niegan la entidad real de lo universal para quedarse sólo con lo particular.

de “este” ser humano concreto que el día de ayer asesinó, robó o estafó por razones particulares.

En esta parte de la investigación centramos nuestro examen, como ya se adelantó, sobre la cantidad y calidad de los argumentos desarrollados en torno al juzgamiento de cada caso particular por los jueces de los Tribunales de la provincia de Santa Fe al momento de fundamentar sus sentencias condenatorias con relación a la determinación del *quantum* punitivo de las penas.

La materia de análisis incluye una amplia porción de los fallos dictados en las cinco circunscripciones del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe durante el período que comienza el 10 de febrero de 2014 (inicio de la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de Santa Fe –ley 12734–) hasta el presente (mayo del año 2019) sin sujetarnos a un criterio restrictivo ni acotado, sino, por el contrario, con un criterio amplio y azaroso, con el objeto de abarcar los diversos matices de argumentación utilizados por los magistrados de la nueva justicia de Santa Fe en torno a la cuestión que nos ocupa, si bien por razones metodológicas y de espacio hemos debido volcar por escrito en este trabajo sólo algunos de los fallos analizados, aquellos que en definitiva nos han parecido más representativos y relevantes en relación con el tema.

Por otra parte, se aclara que, bajo el estilo de una acotada síntesis, se expone caso por caso el curso de razonamientos/argumentaciones seguido por los jueces a fin de fundamentar o motivar el monto de pena impuesto. No nos limitamos, sin embargo, a una mera reproducción literal de los argumentos judiciales, sino que, al mismo tiempo, se efectúa un análisis crítico de los fallos, haciendo hincapié en algunas cuestiones particulares, pero dejando para el capítulo siguiente y las conclusiones los corolarios y conclusiones finales que se deriven del estudio realizado a fin de mantener un orden expositivo claro. No obstante, en el análisis que se lleve a cabo en este capítulo se pondrán de resalto ciertos denominadores comunes que hacen posible agrupar los fallos por su vinculación a éstos, a saber: i) una consideración exacerbada de los aspectos objetivos de la determinación de la pena por encima de los subjetivos o, por el contrario, ii) una estimación predominantemente generalizada de los factores determinantes de pena (esto es, un uso frecuente de fórmulas vacías o genéricas referidas a las circunstancias de los artículos 40 y 41 CP) o, en cambio, iii) una apreciación particularizada de tales factores en relación con el caso concreto; iv) una definición precisa o, por el contrario, una definición vaga, ambigua, o sencillamente, una indefinición cualitativa y/o cuantitativa respecto del carácter agravante o atenuante de los factores considerados con respecto a ciertos penales; como así también, v) argumentaciones auto contradictorias en torno a los mencionados factores y, finalmente, vi) una especial valoración de ciertas peculiaridades o particularidades en la determinación de la pena respecto de algunos tipos específicos de delitos, en especial,

en los casos en que el tribunal modifica la calificación legal pretendida por la fiscalía y no ha sido discutido por las partes en juicio el monto de una pena divisible como así también la interpretación benévola en la cuantificación de los delitos que no llegan a consumarse. En tal derrotero quedarán al margen del análisis las sentencias dictadas en el marco de los procedimientos abreviados –una de las salidas alternativas al juicio oral y público prevista por algunos ordenamientos procesales de las provincias argentinas, como la de Santa Fe–, habida cuenta que –sin perjuicio de algunos contados casos– desde que se implementó el nuevo sistema procesal penal los jueces no han hecho otra cosa que homologar la decisión de las partes en cuanto a la determinación de la pena, sin brindar ningún tipo de intervención sustancial en cuanto al fondo del asunto, esto es, una fundamentación particularizada y ajena al planteo de partes respecto de la individualización de la pena.

II.2 Consideraciones de los aspectos objetivos y subjetivos en la determinación de la pena

Luego de una atenta lectura de los fallos, la primera pregunta que nos interpela es la siguiente: *¿Se puede decir que hay un predominio de los aspectos objetivos por encima de los subjetivos en la argumentación de los jueces tendiente a la individualización de la pena?*

Si bien es harto dificultoso separar en las argumentaciones usadas por los jueces, cuáles de ellas exaltan lo objetivo y cuáles lo subjetivo, cuáles efectúan una consideración generalizada, o bien, cuales una individualizada, habida cuenta que todo ello aparece articulado de un modo peculiar en una argumentación estandarizada que separa los hechos (materialidad) y la participación del autor en los mismos de la calificación legal asignada como de la sanción o pena a imponer, en el caso de que no esté enmarañado y entremezclado en una miscelánea proclive a la confusión, hemos detectado que, en principio, las tendencias a magnificar el aspecto objetivo por encima del subjetivo no presuponen necesariamente un amplio desarrollo del primer aspecto, sino, en cambio, una exigua o casi nula consideración del segundo. Veamos algunos ejemplos de esta tendencia en los fallos de la nueva justicia santafesina. Comencemos, pues, por los de la primera circunscripción.

➤ En tal sentido es notorio, por ejemplo, que el tribunal de la ciudad de Santa Fe, al fallar en fecha 23/06/16 en la causa “*L. L. E., B. J. A., R. J. P. y O. R.A. S/ Homicidio calificado*” (CUIJ 21-06129718-6) haya sido tan extremadamente lacónico e impreciso a la hora de imponer “*una pena de CATORCE AÑOS DE PRISIÓN, de efectivo cumplimiento*”, pues –además de dedicarle sólo tres fojas (páginas) de las sesenta y siete que compone la sentencia y sólo catorce renglones al establecer las circunstancias agravantes y atenuantes– refiere de modo literal al “*accionar desaprensivo por el bien jurídico protegido... la vida de una persona*”, “*el total desinterés de los acusados por la vida de la víctima*”, “*accionar conjunto de varias*

personas”, el hecho de actuar “*en horas nocturnas y valiéndose de armas de fuego*” y “*darse a la fuga*”, mientras que consigna sucintamente como atenuantes la circunstancia de que los “*imputados no poseen trabajo estable*” y las “*dificultades... para ganarse el sustento propio y sostener el grupo familiar*”.

Cabe hacer notar que la sentencia dictada por el Tribunal del Colegio de Jueces Penales de Primera Instancia condenó en este caso a los cuatro acusados como coautores penalmente responsables del delito de homicidio calificado por el empleo de arma de fuego (arts. 79, 41 bis y 45 CP), imponiéndoles a los cuatro la pena de 14 años de prisión de cumplimiento efectivo, con más la declaración de reincidencia para dos de los acusados que contaban con antecedentes condenatorios, de modo que con ello rechazó las circunstancias agravantes del “*concurso premeditado de dos o más personas*” previstas en el inc. 6 del art. 80 CP bajo las que la Fiscalía calificó (y por ende acusó) el comportamiento de los autores y, por tanto, también rechazó la pena de prisión perpetua solicitada en consecuencia, lesionándose –como se verá– el contradictorio y el debido proceso penal al imponer una pena que se aparta del mínimo previsto para la escala penal seleccionada por el tribunal (se supera el mínimo en tres años y dos meses) en cuanto impide a la defensa la posibilidad de refutar las circunstancias agravantes en la que se basó aquel para la mensura de la pena. En efecto, el *a quo* entendió que no se daban los requisitos típicos de la agravante por no haber quedado acreditado mediante pruebas rendidas en juicio la premeditación y la convergencia previa de voluntades que exige la figura. Al no haber efectuado en ningún momento los fiscales una acusación alternativa y, por ende, sólo solicitar la pena de prisión perpetua, la magistratura debió imponer el mínimo de la escala penal correspondiente atento a que las partes no alegaron al respecto, de conformidad con las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 CP, situación que, como veremos, fue planteada mediante recurso de apelación por la defensa pública en representación de dos de los condenados. Si bien hay una serie de menciones sueltas de acuerdo con algunas de las pautas previstas en el art. 41 CP (vgr. naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla –inc. 1–; circunstancias de tiempo, modo y la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos –inc. 2–), no parece existir en absoluto un tratamiento exhaustivo de cada tópico mencionado ni de los fundamentos reales para la individualización de pena que se realiza, sobre todo teniendo en cuenta que se condenó en carácter de coautor a cuatro personas de 20, 26, 29 y 30 años.

Las cuestiones que emergen del análisis precedente son las siguientes: ¿No se extralimitaron los jueces de primera instancia al imponer una pena idéntica de 14 años de prisión a todos los acusados? ¿No se impidió así a los imputados la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa en juicio, esto es, de que a través de las defensas respectivas pudieran refutar o resistir la pretensión punitiva que a la postre hizo valer la magistratura sin debate, sin contradictorio ni bilateralización alguna de las cuestiones? ¿No se hubiera podido diferenciar claramente los casos al imponer la pena, desde un ángulo subjetivo apropiado, ahondando en la composición familiar de cada uno de los acusados, los vínculos personales, la edad, el grado de instrucción, las costumbres y la conducta precedente como así también las reincidencias o demás antecedentes? Asimismo, ¿no se cercenó la posibilidad de discutir la participación que le cupo a cada uno de los acusados en el hecho, si bien se aclaró que todos tenían el dominio conjunto del mismo, con el fin de que se pudiese efectuar una consideración detallada del grado de culpabilidad que pudo existir en el caso concreto respecto de cada condenado?

Desde nuestro criterio, se visualiza abiertamente en este modelo paradigmático de sentencia condenatoria la violación del debido proceso (especialmente, del carácter adversarial consagrado en nuestro código de rito, como así también los principios de oralidad y contradicción previstos expresamente en el art. 3 CPP) y, a su vez, la ausencia de un análisis profundo y particularizado de la cuestión a determinar (las particularidades del autor y su hecho), y, por otra parte, la omisión de una serie de cuestiones, temas o pautas del caso concreto que podrían haber influido en la determinación judicial de la pena sin brindar al respecto una explicación apropiada²⁶⁸; así por ejemplo, el *a quo* hubiera debido apreciar con mayor

²⁶⁸ Con esta clase de sentencia se confirma la tesis de Winfried Hassemer, según la cual “*los elementos relevantes para la determinación de la pena (vgr. relaciones personales del delincuente), se establecen de pasada y sin la*

detenimiento la intención o extensión del perjuicio inferido por el delito que está juzgando al correspondiente bien jurídico. No es lo mismo la intención de quien dispara a larga distancia en comparación con la de otro que se asegura el resultado muerte disparando a corta distancia, si bien aquí la cantidad de agentes (cuatro) que supuestamente al mismo tiempo disparaban podrían de algún modo aumentar el grado de intencionalidad. Por estas razones, el tribunal *a quo*, al no definir conceptualmente el alcance del perjuicio inferido al bien jurídico protegido por la norma, careció de los elementos imprescindibles para mensurar la magnitud del injusto penal y el grado de reprochabilidad consecuente, factores de alta importancia en orden a la determinación de la pena. Con ello, el mencionado tribunal de juicio se apartó de la doctrina aceptada por la CSJN cuando indica que toda medida que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión del bien jurídico concretamente afectado por el hecho por las previsiones legales y las demás pautas mensurables establecidas en el Código Penal (C.S.J.N. in re “*Gramajo, Marcelo s/ robo*”, causa 1573).

A la flagrante violación del debido proceso se suma el desgano o la ausencia de esfuerzo al brindar los fundamentos acerca del *por qué* corresponde la pena de 14 años de prisión y no el mínimo de 10 años y 8 meses, el cual se vuelve patente al consignar el *a quo* como agravantes el “*empleo de armas de fuego para cegar la vida de la víctima*” o “*el accionar desaprensivo por el bien jurídico protegido*”, como así también “*el total desinterés de los acusados por la vida de la víctima*”, circunstancias o modalidades de acción que no se debieron valorar como factores determinantes de pena, ya sea porque están incluidas como elemento esencial típico del concepto de delito y no brindan ninguna consideración respecto de algún elemento extra que pudiera justificar un aumento de pena por encima del mínimo²⁶⁹, ya sea porque están considerados en el mínimo mayor de la agravante por el uso de arma y no resulta correcto valorar dos veces la misma circunstancia en orden a la agravación de la pena, puesto que implicaría una reduplicación inadmisibles a la luz del principio constitucional *non bis in idem* que prohíbe la doble valoración.

Por lo tanto, en el caso concreto sólo el “*accionar conjunto de varias personas*”, lo que para el tribunal quedó probado mediante el testimonio de una persona que ofició como testigo ocular del hecho, la modalidad de actuar “*en horas nocturnas*” y luego el hecho de “*darse a la fuga*” fueron los únicos factores tenidos en cuenta para la imposición de la unánime pena de 14 años de prisión para los cuatro imputados, sin explicitar las razones o el por qué tales circunstancias agravan la sanción ni distinguir de qué modo lo hacen ni evaluar en su justa medida la diferente situación de cada imputado, sobre todo –como se dijo antes– en relación con los vínculos personales, edad, instrucción, antecedentes y condiciones personales, entre otras pautas fundamentales.

Las falencias y omisiones traducen en principio un claro desinterés, esto es, la inapetencia por argumentar que va en contra exactamente del “*principio de individualización de la pena [que] no se refleja en un menor deber de fundamentación jurídica, sino que debe conducir a uno mayor.*”²⁷⁰

Por otra parte, más allá de que en la sentencia de primera instancia no se haya desarrollado de modo explícito ni tampoco implícito un análisis del caso a la luz de cierta perspectiva teórica o modelo explicativo de la teoría del delito (v.gr. finalismo, funcionalismo, etc.), ni siquiera respecto de la materialidad del hecho o participación que le cupo a cada uno de los intervinientes, asombra que el Tribunal *a quo* fije explícitamente como pauta de mensura para determinar las penas las normas específicas previstas en los arts. 10 PIDCP, 5 CADH y 1 de la ley 24.660, normas que establecen como finalidad de la pena “*la reforma y la readaptación social*” de los condenados, y no haya ninguna mención desde ningún parámetro posible en ningún lugar de la sentencia respecto de la prevención especial o la necesidad de resocialización.

meticulosidad que en general caracteriza la práctica de la prueba en el juicio oral” (Véanse datos bibliográficos en la nota N° 1).

²⁶⁹ En efecto, la vida configura el bien jurídico protegido por la tipicidad del delito de homicidio.

²⁷⁰ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 28.

En el caso precedente sucintamente analizado, al interponerse recurso de apelación por parte de los abogados de la defensa de los imputados, la Cámara Penal resolvió en fecha 08/11/16 rechazar la nulidad interpuesta y confirmar parcialmente la sentencia apelada, modificándola sólo en relación a las penas impuestas. En efecto, el tribunal de cámara redujo el *quantum* punitivo a doce años de prisión para dos de los imputados que carecían de antecedentes condenatorios y trece años de prisión para los que contaban con antecedentes, manteniéndoles a estos últimos la declaración de reincidencia. Si bien en la resolución de la Alta Instancia se corrigen parte de las falencias del *a quo*²⁷¹, la escasa fundamentación continúa siendo la constante, donde la consideración de un factor tan relevante como el de la exclusión social o el precario ámbito en que habitan, la escasa o exigua instrucción y edad no resultan importantes ni determinantes como atenuantes de la pena; no se hace, por otra parte, una evaluación individualizada de cada uno de los condenados –vgr. una suerte de breve estudio criminológico ni mucho menos– en relación con la composición del grupo familiar que depende de cada uno, ni tampoco se hace en segunda instancia una consideración específica del grado de escolarización que poseen cada uno de los condenados ni se explicita de qué modo el conocimiento de los condenados visual altera la condena, ni en qué sentido lo hace. Por último, tampoco se pudo advertir en la resolución de segunda instancia la presencia de argumentos justificativos o, al menos, la mención de los mecanismos empleados por los jueces de Cámara para efectuar una reducción en dos años a los carentes de antecedentes condenatorios y uno para los otros. No se explicitaron las razones que condujeron a eso, ni tampoco se brindó explicación alguna respecto de la solución aritmética aplicada en la reducción ni se hizo mención de ninguna perspectiva teórica (prevención especial, general, retribucionismo, neorproporcionalismo, etc.) desde la que se efectuara la mencionada reducción. Surge así con claridad la imposibilidad de cuantificar los argumentos, más allá de que estos hayan sido relativamente buenos, suficientes o sólidos o, por el contrario, regulares, insuficientes o endebles. La pregunta que en el caso nos asalta es: ¿Por qué motivos no le dio la razón, desde un adecuado punto de vista procesal adversarial, a la defensa, la que en torno al tema de la individualización de la pena se quejó de que se había violado el debido proceso legal, el principio de contradicción y el ejercicio del derecho de defensa en juicio? En tal sentido, nos preguntamos: ¿por qué los jueces de cámara no condenaron a los autores del hecho por el mínimo de la escala penal aceptada en la segunda instancia atento a la imposibilidad de retrotraer el proceso a etapas anteriores a fin de renovar la posibilidad de que la acusadora efectúe una acusación alternativa y una mensura de una pena divisible conforme argumentos que se viertan en los términos del art. 41 CP? ¿No violan los jueces de cámara, como alegó la defensa en su recurso contra la sentencia de primera instancia, el debido proceso legal de carácter adversarial basado en el principio de contradicción y en la oralidad al imponer una pena divisible, por más que la reduzcan un par de años, sin haber sido el tema objeto de discusión en el debate? ¿No debió imponerse el mínimo legal como consecuencia natural e ineluctable del planteo de la Acusadora que hizo jugar su teoría del caso sobre una sola hipótesis, la de prisión perpetua, sin tener en cuenta una solución alternativa al caso? Más allá de lo que puede resultarle justo al tribunal de alzada, las reglas del proceso son claras para las partes. En consecuencia, pensamos que si los jueces penales en general, y los de la Alta Instancia en

²⁷¹ El juez de Cámara que emitió el primer voto corrigió algunas de las falencias que fueron destacadas en lo que antecede y que el recurrente también hizo notar en la interposición del recurso. En efecto, el mencionado juez dijo lo siguiente: “En cuanto al monto de las penas impuestas, de lo que también se agravia la Defensa de O. y B., considero que no puede ser la misma para L. y B., que no registran antecedentes condenatorios, que para R. y O. que son reincidentes. Por otra parte, ‘el accionar desaprensivo por el bien jurídico protegido, en este caso la vida de una persona’ y ‘el total desinterés de los acusados por la vida de las víctimas’, tenidos en cuenta como elementos agravantes de la pena, son propios del delito de homicidio, y en consecuencia la mayor gravedad de la misma respecto de otros ilícitos está ínsita en la punición prevista por la norma. En mérito a ello, teniendo en cuenta las otras circunstancias de ponderación en 1ra. Instancia, y teniendo en cuenta al tomarse conocimiento ‘de visu’ de los imputados por este Tribunal en la audiencia, el grado de educación, que tienen familia a su cargo y que invocan actividad laboral, considero justo reducir las penas de L. y B. a doce años de prisión y de R. y O. a trece años de la misma pena, con accesorias legales y costas. Así voto.”

especial, no hacen respetar las reglas de juego (léase aquí: “*proceso adversarial*”, “*principio de contradicción*”, “*oralidad*”, “*bilateralización*”), ¿no propendemos de esta manera a consagrar la injusticia de los fallos que se apoyarán en una suerte de anomia procesal, ya que, por ejemplo, al momento de fijar la pena justa, equitativa, razonable o proporcional a la gravedad del ilícito y su autor no deberían sujetarse al planteo argumental expreso de las partes en torno al tema, sino a lo que les resulte según su parecer de los datos obtenidos unilateralmente? ¿Por qué no redujo más el juez de cámara el monto de condena o por qué no menos? ¿Será acaso por el hecho de que no tuvo en cuenta el factor de la escasa instrucción, de la diferente edad de los imputados sin condena (tenían 20 y 26 años) o la exclusión social de los mismos alegada por la defensa? Quizá la consideración de ello hubiera robustecido los argumentos para que se amplíe la reducción, aunque lo dicho tampoco es seguro ni probable. No obstante, nos parece indiscutible que en la decisión final del caso los jueces de cámara debieron ceñirse al mínimo legal en caso de que mantuviera la calificación legal de los hechos de los jueces de primera instancia por las razones procesales ya aludidas; que, si a pesar de la flagrante violación del debido proceso, los mencionados jueces hubiesen decidido apartarse igualmente del mínimo hubiera correspondido considerar ciertos datos relativos a la exclusión social de los condenados, y con mayor detenimiento la escasa instrucción y la edad de las personas acusadas, al igual que la composición familiar de cada uno, entre otros parámetros centrales para la determinación judicial de las penas. Ahora bien, volvemos a preguntarnos: ¿ello nos hubiera asegurado si quiera un descuento mayor?

El inconveniente es, por lo tanto, la falta de cumplimiento de las reglas de juego, como así también la falta de una fundamentación seria y particularizada, pero, a la vez, también lo es, y quizá en mayor medida, la imposibilidad de extrapolar esos argumentos, aunque sean escasos o relativamente insuficientes, en cantidad numéricas, cuestión que será retomada más adelante, especialmente en las *Conclusiones*. En definitiva, en los fallos dictados en el marco de la presente causa pudimos advertir que, más allá de otras falencias sumamente importantes de índole procesal, el gran déficit radica en el hecho de haber pasado por alto la cuestión subjetiva relacionada con los cuatro “autores” del hecho. Incluso, aunque no se mencionen teorías vinculadas al fin de la pena, debió advertirse desde la sana crítica racional que los jóvenes sin antecedentes debían contar con otro tipo de consideraciones a la hora de merituar la justa pena, ello sumado a otras condiciones personales de cada autor.

Sigamos el análisis con algunos fallos de las demás circunscripciones judiciales de la Provincia de Santa Fe.

II.3 La valoración general o particular en la determinación de la pena

La adecuada motivación exigida legalmente por la forma republicana de gobierno adoptada por nuestra nación, de conformidad con los artículos 1 CN, 95 CP, 140 CPP y 9 ley 13018, requiere por parte del juez no sólo el conocimiento del derecho y la aplicación del mismo al caso particular mediante una derivación razonada, sino una exhaustiva y auténtica valoración del caso y sus detalles concretos que, al presuponer un conocimiento acabado del hecho particular, hace posible dicha aplicación.

En la escritura de los fallos bajo análisis se puede percibir, por un lado, el abuso de las *fórmulas genéricas*²⁷² en virtud de lo cual se omite precisamente un escrutinio

²⁷² Erbetta lo denomina “una suerte de cliché que reproduce casi literalmente las partes seleccionadas de la formulación normativa contenida en los arts. 40 y 41 del CP”, lo que constituiría, según su opinión, “consecuencia más de la voluntad (influida más por motivos ideológicos y sociológicos no relevados de quien la impone y hasta por

detallado, tanto de los aspectos o factores objetivos como de los subjetivos, correspondientes al caso particular, conforme las pautas de los arts. 40 y especialmente 41 CP; pero, por otro lado, felizmente, se ha detectado en algunas contadas ocasiones un trabajo un tanto más minucioso, riguroso, serio y reflexivo por parte del juez acerca del caso particular y su autor. Es evidente que en el primero de los casos no se da cumplimiento con la aludida exigencia de motivación de los fallos judiciales, de los que forma parte integrante y fundamental la determinación de la pena, mientras que en los últimos contados casos ocurre lo contrario, ya que se cumple, al menos mínimamente, con dicha exigencia constitucional y legal que impide la arbitrariedad o irracionalidad en la cuantificación de las condenas.

Veamos a continuación una serie de fallos representativos de las distintas circunscripciones judiciales de Santa Fe que, en primer lugar, ostentan la tendencia *cliché* –repleta de fórmulas vacías y poco rica en detalles específicos del caso particular–, tendencia que, reiterada hasta el cansancio, aún sobrevive indemne al paso del tiempo en las estructuras actuales de contenido de las sentencias del nuevo modelo de justicia de Santa Fe; y, en segundo lugar, la tendencia de algunos otros fallos en los que se advierte un apartamiento de la tendencia reiterada o predominante, aunque aún se encuentre en los mismos otro tipo de impedimento u obstáculo –de carácter “insalvable”– que dejaremos para el análisis y la reflexión que emprendamos en el capítulo siguiente y especialmente en las conclusiones.

La consideración genérica o el abuso de fórmulas vacías

Comencemos, pues, por la tendencia común que caracteriza una porción considerable de fallos de la Circunscripción Judicial Nro. 1 (Santa Fe), como así también de las restantes, por la valoración generalizante de los factores mensuradores de pena, que sucumben una y otra vez en categorías genéricas y/o abstractas (legales o extralegales), que podrían ser entendidas como “*fórmulas vacías*” o “*ficciones jurídicas*” alejadas del caso/hecho del hombre particular que cometió el ilícito, es decir, poco aptas, o simplemente inadecuadas, para individualizar de modo justificado el *quantum* apropiado de pena.

➤ El uso de fórmulas genéricas o abstractas aparece con nitidez junto con otra serie de deficiencias técnicas en el fallo dictado en la ciudad de Santa Fe el 02/10/18 por un tribunal unipersonal en la causa “*N. M. S. s/ homicidio calificado en grado de tentativa*” (CUIJ 21-

deformaciones de la práctica), que como derivación razonada del derecho aplicable” (CF. ERBETTA, Daniel (2006), p. 19). Ziffer advierte respecto de esta práctica consolidada de Tribunales una “*serie ininterrumpida de fórmulas vacías, o incluso, la mera referencia a haber ‘tomado en consideración las circunstancias de los arts. 40 y 41, C. Penal’*” (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 28). Según Rivacoba, detrás del uso reiterado de fórmulas generales pueden esconderse en algunas ocasiones “*prejuicios estereotipados, criterios coyunturales, reacciones de desquite o impulsos de sadismo*”, además de la rutina y sólo excepcionalmente, en el caso más afortunado, el esfuerzo de un espíritu sensible (Cf. RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de (1993), p.8).

06323674-5), a través del cual se condenó al imputado por considerársele autor penalmente responsable del tipo penal endilgado por la Fiscalía (esto es, homicidio calificado por el empleo de arma de fuego en grado tentado), al monto solicitado por la Acusadora como pena de prisión de cumplimiento efectivo (esto es, 8 años de prisión) por entender que no había atenuante alguno que pudiera reducir la cuantía de la pena.

Sin entrar en pormenores del caso particular en honor a la brevedad y con el objeto de evitar una dispersión metodológica que tornaría interminable esta investigación, cabe mencionar que el análisis realizado aquí por el *a quo* podría tomarse como un claro ejemplo o modelo deficiente de motivación de una sentencia en vistas a la determinación judicial de la pena. En tal sentido, cabe indicar que, en lo tocante a dicha determinación, el *a quo* asevera que “*valorando las pautas de los arts. 40 y 41 del CP, estimo ajustado a derecho imponer a M. S. N. (...) la pena de 8 años de prisión efectiva*”. La valoración que seguidamente efectúa sucumbe manifiestamente en lo que a nuestro criterio se conoce como un supuesto de arbitrariedad de sentencia por los motivos que ahora se detallan: a) el *a quo* fundamenta la individualización aludida del siguiente modo: “*El imputado [h]a demostrado una [...] conducta refractaria y despreocupada en cuanto al respeto a las normas y a la convivencia pacífica en una sociedad. Ha pretendido solucionar un conflicto interpersonal de la manera más agresiva que un ser humano puede hacerlo (intentar acabar con la vida de otro), imponiendo de esta manera rudimentaria sus deseos personales. Su proceder evidencia una extrema peligrosidad, en atención a que ejecutó el violento suceso en presencia de otra persona que se hallaba en compañía de la víctima, sin interesarse que ésta lo conociera del barrio, en plena vereda y calle, en un horario normal de tránsito ya que fue aproximadamente a las 20:30 hs de un día domingo*”; b) asimismo el *a quo* intenta justificar el *quantum* de pena impuesto afirmando lo siguiente: “*no ha surgido durante el debate un motivo concreto (superador de toda duda razonable) para intentar ejecutar el homicidio de L. que de alguna manera le daría ‘sentido’ (si lo hubiere) para terminar con la vida de la víctima*”; c) al valorar la magnitud del daño físico y psíquico de la víctima como factor agravante, el *a quo* expresa: “*el “daño causado es importante, ya que surge del debate que L. es una persona joven que no solo debió atravesar por circunstancias de peligro de perder su vida sino que aún hoy se encuentra con secuelas de índole psicológica (tal como lo manifestó en el debate), posee en su cuerpo un elemento extraño tal como lo es el proyectil de arma de fuego y tiene que convivir con esa situación*”; d) más adelante, el *a quo* efectúa una serie de consideraciones estigmatizantes y prejuiciosas en torno a los familiares del acusado, su paso por la cárcel y su condición de padre de familia (fuente de ingresos) al afirmar lo siguiente: “*Lo cierto es que N. es una persona errante, que ha tenido tránsito por la vida penitenciaria sin poder a la fecha reconducir su conducta pese al tratamiento recibido en tal sentido. Si bien es cierto tiene esposa e hijos, gran parte de su vida (apartado por sus propios familiares) ha estado privado de la libertad y el vínculo parental, por ende, varias veces interrumpido. La circunstancia que actualmente se encontraba trabajando con su padre de manera alguna lo transforma en el único sustento económico familiar ya que su propia esposa narró que se estaban haciendo una casa propia con dinero obtenido de un juicio y que las tareas de construcción están a cargo de un albañil. Por otra parte, también agregó N. G., que cuando su marido estuvo preso era su propio padre quien la ayudaba. Por ello entiendo que en el presente caso no existen atenuantes a la conducta del encartado toda vez que la conducta observada antes y después de proceso resulta contraria a los paradigmas de una convivencia sana y de respeto al prójimo*”; e) finalmente, al consignar el grado de instrucción del acusado, el *a quo* dijo que se trataba de una “*persona de 35 años de edad, padre y esposo, y que cuenta con instrucción tal como lo manifestó ante este Tribunal lo que debió ser por él tenido en cuenta a la hora de conducir sus actos y evitar verse nuevamente envuelto en situaciones que lo alejan de sus responsabilidades como persona y padre de familia*”.

La fundamentación brindada en el ítem consignado en punto designado con la letra a) revela su carácter de apariencia al no introducir motivos reales y suficientes que le permitan elevarse por encima del mínimo legal, sino que sólo refiere o redundante en categorías o conceptos de índole general y abstracta como así también en situaciones fácticas no comprobadas en juicio, más que por dichos de la víctima, sin especificar fuentes de información de que se vale para entender dichas situaciones como acreditadas y aclarar el curso de razonamiento efectuado

para arribar a la conclusión a la que llega. En tal sentido, la fórmula genérica “*una conducta refractaria y despreocupada en cuanto al respeto a las normas y a la convivencia pacífica en una sociedad*” implica una categoría o concepto genérico, vacío e indeterminado dentro del cual se puede subsumir cualquier tipo de acción, ya sea delito, ya sea contravención, o incluso, un acto que ni siquiera llegue a ser ninguna de ambas clases. En otras palabras, es lo mismo que no decir nada porque se puede predicar de un sinnúmero de casos, en cuanto no revela ninguna entidad o característica peculiar respecto de otras conductas; en otras palabras, no individualiza en concreto cuáles son las condiciones de la conducta achacada que la diferencian del resto y la hacen merecedora de una pena equivalente al mínimo de la escala penal correspondiente al tipo homicidio simple consumado (8 años). En consecuencia, del concepto de “*conducta refractaria y despreocupada*” no se logra extraer ningún contenido concreto, resultando uno de los denominados términos vacíos o concepto en blanco, que permiten ser integrados por cualquier contenido en tanto que se expresen en un marco conceptual o fáctico que les sirva de referencia, lo que en el caso impide entender cómo se empleó y por qué se usó de tal manera, representando tal afirmación una pauta de excesiva latitud que aparenta ser un argumento concreto sin serlo realmente. Resulta infundado además que el magistrado tome como parámetro de cuantificación penal el hecho de que se trató de la solución más agresiva de “*un conflicto interpersonal*” cuando lo único que resultó claramente diáfano en ese juicio es que no hubo pruebas sobre la existencia de un conflicto previo entre la víctima L. y el acusado N. A: ello lo declararon ambas partes en juicio –y así lo resolvió el propio magistrado al tomar como parámetro agravante la ausencia de móvil–; en efecto, no se probó en juicio que hubo móvil que explique causalmente el ataque y ello le resulta oscuro tanto al padre de la víctima como al propio hijo. Incluso es la propia víctima la que habla de que le resulta inentendible el suceso, porque, según su propio relato, el autor del hecho sólo lo saludó unas pocas veces, por lo que casi no tenía ni trato de vecinos. Por las razones invocadas, resulta incomprensible que el *a quo*, luego de haber escuchado el debate, se refiera a un conflicto interpersonal y que a partir de ese presupuesto no probado en juicio infiera que hubo una solución agresiva. No se puede solucionar algo que no existe como problema tanto como no se puede desatar algo que no esté anudado, con lo cual se viola el principio lógico elemental, según el cual, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido. Por lo tanto, si no había conflicto, o al menos no hubo ninguna prueba que así lo demuestre en juicio, hasta tal punto que es el propio juez quien lo reconoce como una proposición fáctica probada, es imposible que haya conflicto, y que, como consecuencia, haya solución, ni pacífica ni agresiva. Estas consideraciones se efectúan al solo efecto de mostrar cómo los jueces (o, por lo menos, algunos jueces) acuden no sólo a fórmulas genéricas que atentan contra una argumentación legítima o auténtica sino también a inferencias que no están basadas en probanzas y que incluso incurren en autocontradicción por haberlo reconocido como tal el propio magistrado (ausencia de pruebas). Es decir, no se trata de ver aquí en el análisis que hacemos de los casos qué se probó y qué no se probó, pues dicha tarea excedería en mucho el marco y los objetivos de esta investigación. Sólo se trata de mostrar que los jueces incurren en contradicción al valorar la prueba y luego argumentar en torno a la mensura de la pena adecuada, violando así las reglas básicas de la sana crítica racional. Resulta asimismo impreciso el *a quo* al indicar que la “*extrema peligrosidad*” del proceder del autor se deba a que el mismo se ejecutó “*en presencia de otra persona*” que lo conocía del barrio y en “*en plena vereda y calle, en un horario normal de tránsito*”. Resulta insustancial o, al menos, incompleta o inacabada esta valoración, porque no expresa el modo ni el por qué estas circunstancias operan como agravantes al momento de determinar la sanción dentro de la escala penal asignada al delito; en otras palabras, por qué constituyen agravantes y no atenuantes no se aclara y en tal sentido no se ofrecen los fundamentos por los que el acusado y su defensa puedan discutir su pertinencia. En tal sentido el *a quo* no desarrolla un análisis particularizado y concreto de cada circunstancia a fin de brindar una fundamentación sólida acerca del por qué sostiene que se debe agravar la pena.

Por otra parte, la auto contradictoria fundamentación que da el *a quo* en el ítem consignado bajo la letra b no resulta pertinente en cuanto considera, como ya se anticipó, la ausencia de móvil como agravante, no explicando por qué dicha circunstancia opera de ese modo, máxime si se considera la incoherencia en la que el *a quo* deriva, pues páginas atrás

había aseverado en la sentencia que “*queda claro para este Tribunal que las motivaciones personales del agresor (que pudieron tener un sustento en cuestiones de índole afectivas relacionadas con su esposa), resultan triviales e innecesarias a la hora de tenerlo al justiciable como autor intencional del hecho*”. En consecuencia, la pregunta que queda irresoluta podría formularse del siguiente modo: ¿son triviales e innecesarias las motivaciones personales del autor del hecho o, por el contrario, son importantes y necesarias porque sirven para entender los actos humanos y así atenuar las penas? En concreto, resulta inentendible que lo que fue considerado por el *a quo* como trivial o innecesario (falta de móvil), luego pueda ser valorado como algo que de haber existido le hubiera dado sentido al acto de intentar poner fin a la vida de otro, o al menos, debió explicar concretamente en qué sentido resulta trivial la ausencia de móvil y qué aspecto resulta relevante dicha ausencia. Por la argumentación judicial no queda claro. De esta manera, sólo parece deslizarse conceptualmente que la ausencia de móvil implicaría el agravamiento de la pena porque la tentativa de homicidio se tornaría inexplicable, un sin sentido, algo descabellado que en principio debería merecer mayor reproche penal por ser una muerte absurda y tener por tanto mayor pena. Si esa hermenéutica no constituyera el sentido correcto pretendido por la magistratura en el pasaje citado, la oscuridad o vaguedad del pasaje bajo análisis alcanzaría a ser ininteligible a los fines de poder analizarlo, discutirlo o refutarlo y en tal sentido se tornaría en un argumento aparente que merecería ser revocado en cuanto tal.

Habiendo podido constatar lo vertido por las partes en consonancia con las pruebas producidas en el debate oral y público de este juicio y evaluar los argumentos expuestos por el *quo* en la sentencia para tener por probado el hecho y la participación del acusado en el mismo, en ningún momento se aclara ni detalla cuáles fueron las fuentes de información de que se vale para tener por acreditadas las secuelas del daño físico y, en especial, el daño psíquico en la víctima aludidos en el punto consignado bajo la letra c). Resulta poco serio e infundado que el *a quo* manifieste regirse en su razonamiento por las reglas de la sana crítica racional y acto seguido concluya sobre la existencia de las secuelas psíquicas a partir de observaciones propias, las del *a quo*, que, como cualquier neófito en el asunto, no podría con fundamento legítimo sacar esa conclusión sin que se apoye en algún informe psiquiátrico o psicológico que pueda incorporarse al debate a través de la declaración testimonial de un profesional de la salud mental que pudo atender a la víctima como paciente. No se ofreció ni acompañó al debate ni, por tanto, se produjo ninguna prueba en él que pudiera dar cuenta de los daños psicológicos provocados por el suceso que el *a quo* entiende como existentes sin pruebas, es decir, sin acudir al aporte que puedan brindar en estos casos las ciencias auxiliares, como la psicología, la psiquiatría, etc. Del mismo modo ocurre con el lugar de alojamiento del proyectil que supuestamente sigue alojado, según palabras del testigo, en el interior de su cuerpo, más precisamente en el costado derecho de su espalda. No obstante, ello, no hubo en juicio recepción de declaración testimonial de médico o profesional de salud que haya aclarado la situación aludida por la víctima respecto del proyectil; ni hubo tampoco radiografía ni ningún otro estudio o documental y/o elemento objetivo que incorporado mediante testigo experto pudiera acreditar que el supuesto proyectil permanecía aún en el interior del cuerpo de la víctima. Por consiguiente, no resulta apropiado tener por acreditada dicha circunstancia y, por ende, los argumentos extraídos de ella debieron ser descartados como parámetros para agravar la pena que se hubiera debido imponer, máxime si se tiene en cuenta es el propio juez el que se extralimita al considerar factores que la propia fiscalía no evaluó como tales al motivar el *quantum* punitivo solicitado²⁷³.

Del párrafo citado en el ítem consignado bajo la letra d) se advierten ciertos errores de juicio que sólo de modo aparente sirven para justificar la elevación por encima del mínimo del *quantum* de la pena, la que en razón de ello se torna exagerada, desproporcionada e irrazonable. En tal sentido, cabe hacer notar que existe una estigmatización de la prisionización en el lenguaje del *a quo*, porque el solo hecho de haber permanecido privado de su libertad lo transforma al acusado en la mirada del *a quo* en un “*errante*”, que no pudo aprovechar el

²⁷³ Tal como consigna en su sentencia el juez *a quo*, la fiscalía al dar motivos sobre el *quantum* punitivo solicitado “[h]abla de desprecio a la convivencia por parte del imputado, agresión basada en suposiciones mentales; disparo a corta distancia, sobre seguro utilizando un medio letal menoscabando la salud física de la víctima. Menciona la condición de reincidente del encartado. Destaca que nunca demostró arrepentimiento y que estuvo prófugo durante tres meses”.

tratamiento de reinserción social que brinda la cárcel y que cortó los lazos familiares. No se puede saber por qué el juez entiende que la situación descripta puede agravar la cuantía de la pena. En efecto, el magistrado no indica precisamente de qué modo, según las reglas de la sana crítica, opera lo dicho como agravante. También resulta incomprensible o, al menos, inadecuado, el razonamiento utilizado por el *a quo* para sacarle a N., el acusado, el papel o título de “único sustento económico familiar” basándose en el hecho de que su mujer cuenta con el dinero de un juicio que le sirve para construir su casa propia. No se entiende qué razonamiento empleó el magistrado de primera instancia en concordancia con las reglas de la sana crítica para aseverar que N. no era la única fuente de ingreso, pues, aunque en el caso concreto se haya dispuesto de un dinero extra obtenido en un juicio ello no constituye propiamente un ingreso familiar sino un ahorro que puede usarse eventualmente para vivir, pero no resulta lo apropiado porque en cualquier momento se extinguirá. Tampoco se alcanza a entender cómo, en orden a determinar un *quantum* justo de pena, el magistrado no haya tenido en cuenta o detectado la situación familiar de la mujer del acusado que queda con dos hijos menores de edad, V. que tiene 12 años y S. que sólo cuenta con 3 años, y no haya reparado en las palabras de su esposa quien relató que el acusado era un padre presente, cariñoso. En tal sentido, el magistrado hizo oídos sordos a esa cuestión planteada por la defensa al no valorar si quiera en ningún momento los derechos humanos de los niños de no poder contar con la presencia del padre a tan corta edad, en la que se hace preciso más que nunca contar con tal apoyo. En ningún momento tampoco tuvo en cuenta la situación de la mujer que queda sola al cuidado de esos niños y con el único ingreso económico encarcelado, pues lo ganado en el juicio sólo tendría una vida efímera. En este orden de ideas, se torna incomprensible también la severidad de su razonamiento estigmatizante al afirmar que en otro momento cuando su marido estuvo preso fue su propio padre el que la ayudó, situación que ahora no se puede prever ni pronosticar porque no se produjo en juicio la información suficiente para poder contar con ese dato que tornaría comprensible la afirmación del juez respecto de que el acusado no es el único sustento económico, sobre todo si se considera que son argumentos agregados por el *a quo* no invocados por la parte acusadora como pautas de mensura agravante para la pena. Por el contrario, debió estarse a la que parte defensiva alegó en favor del imputado, y que ello no fue contradicho por la contraparte. La jueza no debió bajo ningún pretexto, menos para agravar, cuestionar la situación económica del acusado y su familia.²⁷⁴ En consecuencia, al no haberse comprobado en el debate la posibilidad de ayuda ajena, el argumento del magistrado es sólo aparente y a través suyo se pretende justificar que en el presente no hay atenuantes. Si lo indicado hasta ahora, en cuanto a la situación económica y familiar (sobre lo cual depusieron como testigos la mujer del acusado, la madre y la hermana del acusado), no configura una situación de atenuación, de conformidad con las pautas establecidas en el art 41 CP y las reglas de la sana crítica racional, teniendo en cuenta la relación de pareja y su antigüedad (12 años), el grupo familiar existente y la carencia económica reinante y no habiendo opuesto al respecto cuestión alguna la Fiscalía, realmente no imaginamos qué situación podría revestir tal rasgo.

Del último ítem e) relativo a la instrucción del acusado, surge que el *a quo* pasa por alto lo señalado en la audiencia y alegatos respecto al hecho de que el acusado ni siquiera terminó la escuela secundaria, con lo cual el nivel de instrucción adquirido es muy limitado. En la declaración prestada por la madre del acusado, queda claro que éste comenzó a trabajar a los 8 años de edad como cuidador de coches y realizó desde niño trabajos de jardinería, porque aclaró que desde su infancia pasaron graves dificultades económicas con su familia de origen; de modo que señalar que tiene instrucción y que esa instrucción debió ser tenida en cuenta al momento de actuar pareciera un contrasentido o un absurdo, o bien, parece referirse a otro ser humano, no al acusado M. S. N. de carne y hueso que transitó el juicio en estado de libertad y cuyo entorno familiar y económico-social se conoció a través del relato de sus familiares directos que son los que más lo conocen. Nuevamente el *a quo* no debió ponderar dicha circunstancia relativa a la instrucción del acusado que no fuera alegada por la acusadora como un factor agravante. Se excedió al añadir argumentos incriminatorios y agravantes en ausencia de pedimento alguno y en contra de lo alegado por la defensa, sin dar motivos serios que pudiera rebatir lo alegado por

²⁷⁴ Véase nota anterior donde queda claro lo que planteó la fiscalía en juicio respecto de los motivos de la pena.

ésta última ni permitir que ésta se exprese mediante contraargumentos que pudieran resistir la consideración del juez.²⁷⁵

Nos hemos extendido en el examen de este caso que aún se encuentra a resolución por ante jueces de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe, porque ilustra desde nuestra perspectiva de manera clara el uso reiterado de fórmulas vacías, la frecuente violación de los principios y/o reglas de la sana crítica racional (vgr. principio de no contradicción), la violación de la bilateralización de las cuestiones a resolver por el tribunal al ir más allá de lo solicitado por las partes en detrimento del acusado y la escasa relevancia otorgada a una seria consideración criminológica de la personalidad del acusado al momento de mensurar la pena adecuada al hecho. Como se cristalizará también en el examen de fallos que restan analizar, tampoco hubo en el caso particular un desarrollo explícito ni tampoco implícito del caso a la luz de cierta perspectiva teórica o modelo explicativo de la teoría del delito (v.gr. causalismo, finalismo, funcionalismo, etc.), ni siquiera respecto de la materialidad del hecho o participación que le cupo a cada uno de los intervinientes; asombra en este sentido que tampoco haya habido ni siquiera una mención en ningún lugar de la sentencia respecto de la prevención especial o la necesidad de resocialización del condenado, pese a la existencia de pautas de mensura para determinar las penas las normas específicas previstas en el art. 10 PIDCP, 5 CADH y 1 de la ley 24.660, normas que establecen como finalidad de la pena “*la reforma y la readaptación social*” de los condenados.

En la Circunscripción Judicial Nro. 2 (Rosario) también se dictaron fallos en que la misma escasez y/o apariencia de fundamentación para la individualización de la condena se advierte con cierta claridad y casi se transforma en una constante junto con una tendencia común consistente en el empleo de consideraciones generalizantes (v. gr. categorías genéricas –legales o extralegales– o fórmulas vacías). Así, por ejemplo, se halla la situación descrita en los siguientes casos:

➤ En el fallo dictado por un tribunal unipersonal de Rosario el 24/06/16 en el caso “**S. J. A. y A. F. S. s/ homicidio calificado en grado de tentativa**” (CUIJ 21-06207226-9), pese a la escasa cantidad de fojas que se le dedica a la motivación del *quantum* de pena (dos fojas de diecisiete), se consignaron como factores agravantes las siguientes circunstancias: a) los “*antecedentes condenatorios*” de uno de los acusados; b) la “*gravedad del hecho*”; c) “*el firme propósito de los imputados dirigido a dar muerte a su víctima*”; d) la “*agresión previa a la casa de D.*” (víctima); e) “*las amenazas*”; f) “*la nocturnidad del hecho*”; g) la “*pluralidad de personas intervinientes*”; y como atenuantes sólo se destaca la “*ausencia de condena*” respecto de uno de los coimputados. Si bien la Fiscalía interviniente en este juicio solicitó para ambos acusados una única condena consistente en una pena de 7 años de prisión de cumplimiento efectivo, el juez interviniente le impuso la condena de 7 años sólo al que tenía antecedentes condenatorios en razón de que procedió a la unificación mediante método composicional con otra condena anterior de 3 años de ejecución condicional que registraba del 23/04/14 uno de los imputados, mientras que al restante le adjudicó la pena de 5 años y 4 meses de prisión de ejecución efectiva, ambos en calidad coautores por el delito de tentativa de homicidio agravado por el uso de arma de fuego.

En este fallo, lo destacable es, por un lado, la escasez de atenuantes que otra vez más encuentra un juez al momento de mensurar la pena justa, sin tener en cuenta, por ejemplo, la

²⁷⁵ Cabe acotar al respecto que, al agregar supuestos o circunstancias como factores agravantes de penas en este caso, es flagrante la violación del juez de las normas previstas en la ley 13.018 (Ley Orgánica de Tribunales Penales y Gestión Judicial), específicamente las del art. 1, que establece la “*función de los jueces penales (...) se limita a resolver las peticiones que las partes les presenten*”, y la del art. 7 que le exige al juez lo siguiente: “*No podrá suplir la actividad de las mismas [partes] y deberá sujetarse a lo que hayan discutido*” (El resaltado en negritas es nuestro).

corta edad de los autores nacidos entre mayo de 1995 y agosto de 1996, no llegando ambos ni siquiera a los 20 años al ocurrir el hecho (marzo de 1995); tampoco se valora a los fines atenuatorios correspondiente la situación educacional, cultural ni económica de ambos, ni siquiera la composición familiar y los vínculos personales que tenía en ese preciso momento de su vida cada uno de los condenados.

Por otro lado, de manera vaga y ambigua se incluye el factor de la “*gravedad del hecho*” sin aclarar precisamente en qué consistió dicha gravedad, cuánta fue en definitiva la magnitud del ilícito y en qué se basó, pues el *a quo* no determinó la extensión del daño ni la intencionalidad que hubo al realizar la conducta y la peligrosidad; además, se incluyó erróneamente como factor agravante un elemento típico correspondiente al aspecto subjetivo del tipo: el dolo de dar muerte, lo que conlleva una doble valoración de la misma circunstancia esencial para el tipo, violando en forma flagrante de este modo el principio del *non bis in idem*.

En consecuencia, la escasa fundamentación para elevarse por encima del mínimo (3 años y 7 meses si tomásemos la interpretación más benigna de la tentativa) quedaría reducida a los siguientes ítems: la conducta precedente consistente en la agresión previa a la casa de víctima como así también las amenazas y las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión consistentes en la nocturnidad del hecho y pluralidad de personas intervinientes. Como se hizo notar, aunque no haya habido una adecuada consideración exhaustiva de la existencia o inexistencia de atenuantes y/o agravantes para la cuantificación, no se explica la elevación hasta el monto de 7 años (pese a la unificación) para el condenado con antecedentes ni hasta el de 5 años y 4 meses para el otro sin antecedentes. ¿A “*ojo del buen cubero*” se define la cuestión, o, más bien, siguiendo prejuicios, intuiciones o rutinas atávicas?

La consideración particularizada del caso concreto

Aunque en la mayoría de los fallos dictados por los jueces de la Provincia de Santa Fe se advierte el cómodo recurso a *fórmulas vacías* o menciones estereotipadas y/o genéricas del art. 41 CP, en algunos pocos casos aparece una consideración particularizada del caso concreto, el hecho y su autor.

Comencemos esta vez por la Circunscripción Judicial Nro. 2 (Rosario) con algunos casos representativos.

➤ Un ejemplo modesto de ello lo brinda el fallo dictado el 08/02/17 por un tribunal pluripersonal de la ciudad de Rosario en la causa “*Y. P. G. s/ abuso sexual agravado*” (CUIJ 21-06226550-4), ya que en él, más allá de que los jueces no hayan compartido la calificación legal atribuida a los hechos por la Fiscalía –esto es, abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal, ambos tipos agravados por la situación de convivencia preexistente– en orden a lo cual se lo absolvió al acusado “Y”, se le impuso una pena de tres años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por hallárselo culpable del delito de abuso sexual agravado por la situación de convivencia preexistente con la menor M de doce años de edad.

En cuanto a la motivación que se brindó al individualizar la pena, si bien parca desde el punto de vista cuantitativo (3 fojas de 63), no por ello tan menguada en cuanto a la calidad de los argumentos (en especial, los vertidos en relación con las atenuantes), el *a quo* fundamentó su alejamiento en 6 meses por encima del mínimo legal (3 años) correspondiente a la figura por la que se lo condenó al autor en cuatro ítems o factores, a saber: i) “*la naturaleza, características y consecuencias del obrar del justiciable en los hechos juzgados*”, destacando luego en relación con dicho obrar el “*dolo directo*” de la acción y la reiterancia de la conducta, “*su manera de ejecución y los medios empleados*”; ii) “*el contexto en el cual se desarrollaron*” los hechos, refiriéndose luego específicamente a la “*situación de convivencia*” con la menor, la “*familiaridad en el trato*”; iii) “*la impresión causada por el imputado en el juicio*”; iv) “*las demás constancias fácticas y personales surgidas del debate, en función de las pautas previstas*

en los arts. 40 y 41 del CP”, pudiéndose incluir bajo esta última pauta en exceso genérica e inespecífica, la valoración del “vínculo de confiabilidad” que había establecido el autor con la víctima “con posibilidad concreta de un mayor poder sobre la niña”. Pese a que esta fundamentación adolece de deficiencias y fallas técnicas claras que la ubicarían en la sección precedente que se refiere al abuso de fórmulas vacías, a saber: a) las primeras pautas que son en exceso genéricas; b) en concreto, la reconsideración de la situación de convivencia que violaría abiertamente el principio constitucional que prohíbe la doble valoración en tanto que dicha circunstancia ya se encontraría valorada por el legislador en la agravante por la que se lo condena; c) la última pauta que es aún más laxa que las primeras y en tal sentido susceptible de reprochársele una vaguedad que atentaría contra la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa en juicio, etc., algunos de los criterios usados en la argumentación judicial fueron específicos y tuvieron en cuenta en parte los detalles del caso. Sin embargo, como el propio *a quo* lo advierte, uno de los problemas de la argumentación brindada es el hecho de que se violó el principio constitucional *non bis idem* al valorar en dos ocasiones distintas la misma e idéntica situación de convivencia preexistente que ya estaba incluida en la agravante que incrementa (nada más y nada menos!) el mínimo legal de 6 meses de prisión de la figura básica a 3 años, por lo que debió obviarse la mención de esa circunstancia para evitar la transgresión del mencionado principio constitucional. Igualmente, podría argumentarse que, al no haber sido tan desmesurado el aumento de pena por encima del mínimo, podría restársele cierta relevancia al asunto. No obstante, entendemos que el acierto de la fundamentación de este fallo no radica precisamente en la valoración en torno a las agravantes sino en la valoración que se hizo de las circunstancias atenuantes, donde jugó un papel central la evaluación respecto del “trauma psicológico que transitaría la menor”, sobre todo al apelar a las reglas de la sana crítica racional cuando pondera el valor favorable al imputado de ciertas pruebas: i) testimonio de la madre que asevera que M. “es una niña muy feliz, que escucha música, no rezonga, no contesta, que le costó, pero se desahogó, que el momento de los abusos le iba mal en la escuela, pero luego le fue muy bien y paso a segundo sin llevarse ninguna materia, y que es muy alegre”, ii) la declaración de la licenciada en trabajo social que habló con la maestra de séptimo grado, quien le “dijo que la niña andaba bien que había levantado las notas del año anterior”. Elementos probatorios que llevaron al *a quo* a considerar que la menor “mantendría una psiquis normal, lo que adquiere importancia al evaluar y mensurar el daño que los hechos podrían haberle irrogado”; incluso se aclara detalladamente que los problemas que, según el personal docente que declaró en juicio, tuvo la niña entre mediados de 2014 y diciembre de ese mismo año, tendrían –por la fecha en que tuvieron lugar los abusos– origen en cuestiones diversas y no en los hechos materia de estudio.

En la Cámara Penal de Rosario, una vez apelada la sentencia condenatoria de primera instancia por ambas partes, en fecha 07/08/17 se dio vuelta el primigenio fallo dictado en el caso estudiado en el párrafo antecedente en virtud del acuerdo Nro. 568 T. XVII, F° 375/383 (CUIJ N° 21-06226550-4) y con él, por tanto, la determinación de la pena, pues el tribunal de cámara entendió que debía confirmarse parcialmente la sentencia recurrida, resolviendo “modificar el encuadre típico de la conducta y así habilitar la agravante del abuso sexual agravado por acceso carnal y convivencia –sin el aditamento del carácter gravemente ultrajante por estar contenido en la penetración por cualquier vía en el caso concreto– (art. 119 tercer párrafo y cuarto, apartado “b” y “f” del Código Penal), disponiéndose el reenvío para la adecuación de la pena.”

Si bien la defensa interpuso recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe contra aquella resolución y además una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado (ley 7055) contra la resolución dictada en fecha 27/09/17 dictada por los Jueces del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de la 2° Circunscripción Judicial, el proceso prosiguió su curso, pese a lo que expresamente dispone el art. 9 ley 7055 (“La concesión del recurso, aún por vía de queja, suspende la ejecución de la decisión impugnada...”).

Así llegó el caso a un nuevo Tribunal Penal de Primera Instancia en virtud del reenvío ordenado oportunamente por la Cámara para la adecuación de la pena y la decisión adoptada el 07/02/18 por el segundo tribunal de primera instancia que intervino en el caso fue imponerle al

acusado Y una pena de 12 años de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por acceso camal y convivencia. A los fines de la cuantificación de la pena a imponer, el tribunal dedicó 4 fojas (páginas) de las 8 que componen la resolución con el fin de señalar, en primer lugar, que el análisis cuantificador parte de la mínima pena legal conminada para las ilicitudes que se atribuyen en razón de que el Acusador, que solicita la imposición de 14 años de prisión de cumplimiento efectivo, no parte de la pena media, aunque ello no es dicho expresamente por el tribunal, pues –como destaca él mismo– se advierte lógicamente que la pena solicitada por el Fiscal es inferior a la que resultaría de tal postura, ya que no se han enunciado siquiera un argumento en favor del acusado.

Sintéticamente se pueden enunciar los parámetros que tuvo en cuenta la fiscalía para solicitar la pena de la siguiente manera:

- i) califica al hecho de aberrante en atención a la naturaleza del delito;
- ii) además, lo califica de incestuoso, porque se encuentra comprometida la figura de padre, de quien debe proteger y no protege y satisface sus deseos sexuales;
- iii) señala que se ha aprovechado de la situación de convivencia, en un marco de seducción y control;
- iv) respecto de los medios empleados, en relación a las características de tiempo y modo, indica que utilizó las amenazas, y la vergüenza y culpa, que no permitían a la víctima contar;
- v) se indica además que los abusos se dieron en forma reiterada;
- vi) en cuanto a la extensión del daño hace una remisión al informe de los profesionales que atendieron a Milagros, que constataron en el mismo trauma psicológico, dificultades en la persona, que hubo un despertar sexual involuntario;
- vii) por otra parte, se apunta que el acusado es persona educada y trabajador, pues al tiempo del hecho conducía un transporte público y ganaba quince mil pesos, o sea una persona con clara capacidad para distinguir lo justo de lo injusto;
- viii) en cuanto a los motivos, es claro que han sido satisfacer sus deseos sexuales lo que lo llevó a obrar del modo en que lo hizo.

Abrevando en las consideraciones de Bidart Campos sobre la razonabilidad que exige la CN (art. 28 y 33) en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos, el nuevo tribunal considera como “*pena justa, adecuada, razonable y proporcional al injusto, la de 12 años de prisión de cumplimiento efectivo y accesorias legales y costas...*”. Motiva el tribunal esa decisión en las siguientes pautas: 1) la “*naturaleza, características y consecuencias del obrar*” del encausado en el hecho juzgado, aclarando que hubo en la acción “*dolo directo*”; 2) el “*contexto del mismo*”; 3) “*la impresión causada por el imputado en la Audiencia de Visu*”; 4) “*las demás circunstancias fácticas surgidas en el Debate, y en función de las pautas previstas por el 40 y 41 del Código Penal*”, reiterando casi textualmente las pautas excesivamente genéricas de la primera sentencia. Específicamente, luego, aclara que un factor agravante es el relativo a 5) “*su modo de ejecución, los medios empleados, las violencias y amenazas como ha quedado demostrado en los fallos precedentes tanto de primera como de Segunda Instancia, la modalidad elegida para afectar el bien jurídico, en perjuicio de la víctima*”. Asimismo, agrega, como agravante concreta del caso, que el alejamiento del mínimo se basa en que 6) “*ha quedado debidamente acreditado los reiterados abusos que ha sufrido la víctima, tanto en su faz de simples abusos, como en las oportunidades donde hubo penetración, que fueron relatados por la menor, cuya credibilidad quedó acreditada tanto en el fallo de primera como de Segunda Instancia, con apoyo de los dichos de los expertos que la entrevistaron*”. Por otra parte, el tribunal añade como factor agravante 7) el “*daño causado a la víctima, el que también ha quedado acreditado en lo que expusieron en el Debate por los testimonios de Aiello, De Paul y Prémoli*”. Incluso hasta se consideran de mismo modo (negativo) las condiciones personales del imputado, al afirmar que 8) “*la personalidad del acusado y su capacidad de autodeterminación también influyen como agravantes*”. No obstante, ello, el tribunal considera a favor del imputado una serie de atenuantes, a saber: 1) el hecho de que el “*acusado no tiene antecedentes condenatorios anteriores*”, 2) “*es relativamente joven*” y 3) “*tiene trabajo*”.

Independientemente del acierto o justicia del nuevo fallo basado en la resolución de Cámara, deben señalarse, en torno a la cuantificación de la pena en sí, algunas cuestiones, a

saber: a) el tribunal no se expide o no tiene cuenta algunos de los parámetros invocados por la Acusadora para agravar la pena (como, por ejemplo, la naturaleza aberrante del delito, la situación de convivencia), evitando así caer en los errores que se han señalado anteriormente: tales como, el uso de fórmulas genéricas o vacías y la violación del principio del *non bis in idem*, lo que sin dudas constituye un acierto; b) no obstante ese acierto o logro, las cuatro pautas mencionadas en primer lugar configuran sin más fórmulas genéricas carentes de contenido concreto que no transmiten en forma suficiente los fundamentos correspondientes a la determinación de la pena; así, invocar la “*naturaleza, características y consecuencias del obrar*”, el “*contexto del mismo*” (hecho), “*la impresión causada por el imputado en la Audiencia de Visu*” y “*las demás circunstancias fácticas surgidas en el Debate, y en función de las pautas previstas por el 40 y 41 del Código Penal*”, tal como había hecho el primigenio fallo, no suman en absoluto nada sino que incluso, por el contrario, dejan traslucir cierta indefinición al respecto; c) por suerte, luego, el tribunal baja el análisis al caso concreto y describe algunas pautas más o menos individuales del caso, que le permiten mensurar la magnitud del injusto y el grado de reprochabilidad, a la vez, que considera de manera muy acotada una serie de atenuantes que, si bien resultan un tanto vagas en su mención, amenguan la cuantificación en ascenso.

Es probable que, desde un ángulo riguroso, ninguno de los fallos de primera instancia dictados en el marco de esta causa logre cumplimentar las exigencias mínimas de una motivación adecuada respecto de la determinación judicial de la pena, pero comparada con el resto de la mayoría de las sentencias que se analizaron, se aproximan en parte al análisis del caso particular, si bien a veces mediando fórmulas genéricas que se van concretando al avanzar.

➤ Otro ejemplo de fundamentación relativamente particularizada lo representa el fallo dictado el 14/08/17 por un tribunal pluripersonal de Rosario en virtud del cual se condenó en el marco de la causa “*Y. H. R. s/ robo calificado por el uso arma de fuego con aptitud para el disparo, portación ilegítima de arma de fuego y abuso de arma*” (CUIJ 21-06298531-0) al imputado Y por los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego con aptitud para el disparo, portación ilegítima de arma de fuego de uso civil y abuso de arma, todos ellos endilgados por la Fiscalía en carácter de autor y en concurso real, a la pena de ocho (8) años y seis (6) meses de prisión, si bien la Fiscalía interviniente había solicitado en juicio la pena de doce (12) años de prisión, accesorias legales y costas, más el decomiso de los efectos secuestrados, sabiendo –según indicara en el propio alegato de clausura– que la pena solicitada era elevada porque el marco de escala penal aplicable partía de un mínimo de 6 años y 8 meses hasta 31 años de prisión, pero aclarando a su vez que para ser más beneficioso al imputado partía como punto de ingreso del mínimo de la escala penal. La Fiscalía arguyó asimismo que los agravantes que tuvo en cuenta para la mensuración de la pena solicitada eran los siguientes: a) horario de comisión del hecho (noche de un lunes de invierno); b) lugar del hecho (descampado), lo que ponía a la víctima en un estado de indefensión; c) el uso de un tipo de arma como pistola de alto calibre, lo que la torna más peligrosa pues además no funcionaba el seguro de la empuñadura; d) el tiempo prolongado que llevó la consumación del hecho; e) la esfera íntima del domicilio donde se perpetró el hecho (vivienda de la víctima); f) el golpe a la víctima por parte del imputado Y, lo que le provocó a aquella una lesión; g) la utilización de un automóvil para la realización de la acción delictiva; h) la planificación del hecho, lo que se comprobó con pericia realizado sobre el celular rojo y negro secuestrado al acusado, a partir de lo cual se pudo establecer que el imputado que se puso de acuerdo con tío Carlitos para la retirada; i) la gran cantidad de elementos sustraídos los que fueron trasladados por la propia víctima que debió hasta empujar el auto para retirarse; j) asimismo arguyó la fiscalía que no se puede tomar como atenuante el aliento etílico porque en modo alguno esa circunstancia alteró la conciencia, ni la memoria ni la capacidad motriz del imputado, por lo que no disminuye en absoluto su responsabilidad penal. Como atenuantes, la fiscalía mencionó solamente la ausencia de antecedentes penales.

De las noventa y cuatro fojas que componen la sentencia, cabe destacar que el tribunal pluripersonal que condenó y efectuó la determinación de la pena dedica seis fojas a la

motivación del *quantum* de pena. En ella el tribunal mencionado invoca como motivaciones una serie detallada de circunstancias concretas, a saber:

- i) La *“impresión causada por el imputado en el juicio”*.
- ii) En cuanto a la naturaleza de la acción, el tribunal destaca que *“fue con dolo directo y con un alto grado de violencia, siendo el acusado, como autor, quien todo momento tuvo el absoluto dominio del hecho”*, agregando que agrava la situación otro elemento más, pues el acusado *“efectuó varios disparos de arma de fuego”* al inicio de la conducta y cerca de los pies de la víctima y otros en el interior de la vivienda, a lo que se suma el hecho de que incluso le gatilla contra el cuerpo de la víctima, disparo que no salió. Además, la agresividad se aumentó cuando le asestó un culatazo en la cabeza a la víctima y por el hecho de que el acusado lo insultaba y lo intimidaba apoyándole en su cuerpo todo el tiempo el arma que previamente al hecho había portado, dándole expresa orden de que no lo mirara ni a él ni a la patente del automóvil.
- iii) En cuanto al daño generado por el delito y peligros causados, el tribunal *a quo* tuvo en cuenta que la víctima se encontraba en *“estado de indefensión y, prácticamente, sin posibilidad alguna de ser auxiliado rápidamente por vecinos o transeúntes”*.
- iv) En cuanto a los medios empleados, el tribunal correctamente afirmó que no tendría en cuenta el uso de arma de fuego, ya que el legislador lo había considerado en el tipo penal, pero sí que al comienzo de la ejecución de la conducta actuaron dos personas y que se desplazaban en un vehículo automotor que les permitió el acceso al lugar, bloquear el rodado de la víctima para reducir su capacidad de escape, asegurar su fuga con los efectos en su interior y la posibilidad de lograr su impunidad. Asimismo, el tribunal consideró que se acreditó en el juicio por las pruebas aportadas en el debate (vgr. mensajes de texto incorporados como así también los dichos de Y quien le recalcaba a la víctima que tenía el dato de que había dinero y efectos de valor en su casa) la existencia de una *“clara planificación y estudio previo del lugar y la víctima”* como factor agravante de la pena, puesto que ello generó mayor riesgo para la víctima y seguridad dirigida a facilitar la consumación del delito y la impunidad de los autores.
- v) En cuanto a la conducta posterior como factor de mensura previsto en el art. 41 CP, el tribunal estimó como agravante la situación expuesta por tres agentes del personal policial intervinientes en cuanto al hecho de que el imputado Y *“emprendió todo tipo de agresión y resistencia hacia ellos”* como así también *“su comportamiento dentro de la Comisaría, negándose a que se le practicaran los exámenes de rigor”*, según relato del personal interviniente.
- vi) En cuanto a la existencia de arrepentimiento por parte del encausado Y que manifestara con la intención de disculparse en el debate con la víctima, el tribunal señaló que en casi dos años que duró el proceso no hubo ninguna exteriorización en tal sentido, por lo que se infiere que el tribunal parece no tomar en serio ese factor como una auténtica atenuante.
- vii) En cuanto a los antecedentes y condiciones personales, el tribunal considera que atenúa la pena *“la falta de condenas previas según lo informado por el Registro Nacional de Reincidencias”*, lo cual fue planteado no sólo por la defensa solamente sino también por la propia acusadora que consideró que lo único que podía jugar en forma favorable al imputado Y era la carencia de antecedentes condenatorios.
- viii) En cuanto a la personalidad del imputado Y, el tribunal valoró negativamente que se trata de una persona adulta de 34 años de edad que, por haber alcanzado un grado de madurez y no sufrir ninguna limitación en su capacidad de autodeterminación (alcoholismo descartado por pruebas rendidas en juicio), podría haberse motivado en la norma y obrar de conformidad con ella, pero, a pesar de eso, no lo hizo; además, en razón de contar con un entorno familiar contenedor compuesto por esposa, dos hijos, padre y hermanos, conocía la gravedad de su obrar al violar el ámbito de intimidad, protección y seguridad del domicilio de una persona, obligando incluso a la víctima mediante el uso de arma que mantenía apoyada en su cuerpo, disparos y golpes, a que ella misma trasladara los bienes pretendidos hasta su rodado.
- ix) Otra circunstancia que opera como agravante es la cuestión del motivo que llevó al imputado a delinquir, el cual no se relación con dificultades económicas ya que tenía recursos

suficientes para procurarse el sustento propio y de su grupo familiar al desplegar una actividad apta para ello, según lo declararan los testigos de la Defensa.

- x) En cuanto al grado de participación que tuvo Y en el hecho, el tribunal valoró que el mismo tuvo “*absoluto control y dominio*” del hecho hasta tal punto que “*ante la actitud del cómplice de retirarse una vez sustraídos los efectos personales de la víctima, decidió quedarse e ingresar al domicilio con el consabido resultado*”.
- xi) En cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, el tribunal las valoró negativamente como agravante, puesto que el imputado Y se aprovechó de ellas ya que desplegó su conducta previamente planificada en horario nocturno en una zona absolutamente oscura de casas quinta con baja densidad poblacional y en invierno, agregándole un plus negativo al accionar por el “*prolongado tiempo que estuvo la víctima a merced del acusado y sus agresiones (aproximadamente media hora) y que, para facilitar su fuga, obligó a M [víctima], herido, a que le empujara su rodado.*”

En razón de esta pormenorizada enumeración de factores y/o elementos como así también de su valoración crítica, el tribunal consideró la pena impuesta como razonable y proporcional, centrando su valoración en la magnitud del injusto, la culpabilidad como así también la peligrosidad delictual. Se advierta aquí, como vimos, una detallada enumeración de los factores que operaron como agravantes antes que atenuantes, los que en su mayoría (salvo la falta del motivo de miseria económica alegada por los jueces) había sido invocados por la Acusadora y en consecuencia bilateralizados en audiencia para dar lugar al correspondiente contradictorio.

II.4 La indefinición cualitativa y/o cuantitativa del carácter agravante o atenuante de los factores de determinación en ciertos tipos de delitos

Asimismo, se ha advertido cierta indefinición cualitativa y/o cuantitativa (numérica) o, al menos, comparativa, respecto del carácter agravante o atenuante de los factores que se tuvieron en cuenta en el análisis de algunos fallos dictados en el ámbito provincial respecto de ciertos tipos penales en la medida en que el juez o tribunal no aclara justificadamente de qué modo o en qué sentido opera la circunstancia invocada para la individualización de la pena, afectándose así el cumplimiento de la exigencia de motivación (cf. arts. 1 CN, 95 CP, 140 CPP y 9 ley 13018). Así, por ejemplo, entendemos que ha ocurrido con los casos que se ponen a consideración:

➤ Un ejemplo concreto de una peculiar argumentación, según el tipo o calificación legal escogidos por el tribunal, que proporciona las bases para la cuantificación de pena lo brinda el fallo dictado el 15/02/19 por un tribunal pluripersonal de la ciudad de Santa Fe en la causa “*F. D. A. s/abuso sexual*” (CUIJ 21-06138645-6), ya que en él, más allá de que los jueces no hayan compartido la calificación legal atribuida a los hechos por la Fiscalía en orden a lo cual se lo absolvió al acusado Y, se le impuso una condena de 10 de prisión de cumplimiento efectivo con más las accesorias legales y costas del proceso por hallárselo culpable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante y promoción de la corrupción calificada por la víctima menor de 13 años de edad, en concurso ideal.

Cabe recordar, en primer lugar, que en el marco de esta causa la Fiscalía acusó a D. A. F., por los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo, la guarda y la convivencia en concurso ideal con promoción de la corrupción de menores agravada por abuso de autoridad, intimidación y/o coerción. Con posterioridad al debate y la producción de la

prueba, la fiscalía prescindió en su alegato de clausura, al fundar su pretensión punitiva consistente en una pena de 17 años de prisión de ejecución efectiva, de la agravante de la convivencia respecto del primer delito, por lo que el Tribunal tuvo por descartada dicha agravante, lo que se condecía con el dato significativo de que la menor, presunta víctima de los hechos, tenía un domicilio diferente al del acusado. En cuanto a las demás agravantes, el Tribunal efectuó una apropiada valoración que derivó en el rechazo de todas y cada una de ellas, en razón de una plausible motivación concreta y precisa que se formuló de la siguiente manera: a) en cuanto a la agravante del “**vínculo**” en relación con el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, el Tribunal se expidió afirmando que “*en virtud que el parentesco por consanguinidad en línea colateral de tercer grado que mantenía el autor como tío de la víctima no está contemplado en el tipo penal como una calificante*”, dicha agravante debía desestimarse; b) respecto de la agravante de la “**guarda**” en relación con el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, el Tribunal consignó que “*en razón que el autor no detentaba el cuidado y vigilancia ‘regular’ de la menor*” también debía ser desestimada. Del mismo modo fueron desestimadas las agravantes del delito de promoción de la corrupción: c) en lo que refiere a la agravante del “**abuso de autoridad**”, el Tribunal entendió que debía rechazarse “*por cuanto no estamos en presencia del abuso producido por algún superior jerárquico en el marco de una estructura u organismo basado en parámetros de autoridad o disciplina que generan deberes de obediencia y subordinación*”; d) en lo que respecta a la agravante de intimidación, el Tribunal refirió que “*–sin considerar la coerción física por haber la fiscalía excluido esa modalidad de la acusación de clausura–, en razón que de las pruebas producidas no surge que haya habido amenazas tendientes a someter a la víctima, sino que aquellas fueron proferidas con posterioridad a los abusos, sin perjuicio que atemorizar a la víctima con una eventual reacción futura (daño) del padre hacia ella si se enteraba, no dependa del dominio y voluntad del autor*”.

Más allá de la disidencia en cuanto a la interpretación efectuada por el Tribunal *a quo* con relación a la calificación legal de los hechos como promoción de la corrupción de menores calificada (art. 125, 2º párr. CP) por los argumentos expuestos, consideramos que resulta arbitraria la fundamentación que se brindó en torno a la individualización de la pena. A continuación, detallamos las diversas modalidades en que nos parece que el fallo aludido ingresa en el supuesto de arbitrariedad. En efecto, si tenemos en cuenta que las escalas penales en abstracto que concurren idealmente en el caso concreto oscilan de los 4 a 10 años (mínimo menor) y de 6 a 15 años de prisión (mínimo mayor, el aplicable), no se alcanza a entender cuáles han sido los argumentos o motivos fácticos y/o jurídicos que llevaron al tribunal a determinar que el *quantum* de la pena justa era la de diez (10) años de prisión en firme, con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, accesorias legales y costas, así como la remisión de la información genética al Registro Nacional de Datos Genéticos (Ley 26879). Aunque el Tribunal *a quo* haya afirmado expresamente que sopesa los factores en juego y el concurso ideal de los hechos y que estima “*justo, razonable y proporcional a la entidad del injusto y su culpabilidad*”, en ningún momento aclara cuáles han sido las operaciones o razonamientos empleados para sopesar esos distintos factores que consideraron determinantes para la mensura de la pena. De este modo impidió a la parte afectada efectuar el debido control y, en su caso, cuestionar o defenderse de los razonamientos, operaciones o argumentaciones empleados, porque los mismos no se explicitaron ni desarrollaron como lo exige la obligación de motivar las decisiones de los jueces consagrada por los arts. 1 de la Constitución Nacional y 95 de la Constitución Provincial, el art. 140 del C.P.P., y el art. 9 segunda parte de la Ley 13.018, más aún cuando expresamente el Tribunal asevera que resulta *justo, razonable y proporcional el monto seleccionado*.

En concreto, no resulta admisible el hecho de que el Tribunal *a quo* se eleve por encima del mínimo mayor de 6 años (conforme art. 125, 2do párr., CP) hasta un *quantum* como el de 10 años (4 años más), encontrándose a sólo 5 años del máximo de la escala penal, esto es, 15 años del delito más grave, sin explicitar específicamente la forma en que influyen los factores agravantes y los factores atenuantes en el monto definitivo al que se arriba. Si bien consideramos que *la brecha entre los argumentos y los números es insalvable* por lo menos para una mente finita como la humana, en cuanto no es posible hallar la operación aritmética apropiada que pueda convertir las valoraciones o juicios de valor sobre los distintos factores

considerados en un *quantum* o cantidad precisa de una justa pena, no resulta correcto, ni por supuesto aceptable, que el referido Tribunal no haya intentado al menos a través de una mínima argumentación explicitar por qué los factores agravantes o atenuantes operan como operan, contrabalanceándose en una mutua tensión o algo diferente; en otras palabras, no se indagó ni se arguyó acerca del por qué los factores agravantes seleccionados por el Tribunal (v.gr. *la defraudación de la confianza que se deposita en un tío, el aislamiento de la víctima por la disgregación familiar junto con las secuelas lesivas en el psiquismo y personalidad de la víctima*) tienen o han tenido un peso similar o, al menos, análogo, que los factores atenuantes (v.gr. *la juventud del autor -19 y 20 años de edad-, el cese voluntario de continuar la comisión de los abusos, el trabajo en una actividad lícita como medio de vida en el Servicio Penitenciario, la conformación de una familia con dos hijos y especialmente la ausencia de antecedentes condenatorios*) en cuanto ubica el monto justo de pena en el medio de la escala penal. Dicho de otro modo, el fallo no hace asequibles las razones que tuvo el tribunal para efectuar la individualización que quedó cristalizada en el monto de 10 años de prisión, no habiendo aclarado ni siquiera el punto de ingreso a la escala penal a partir del cual efectúa la justa, razonable y proporcional cuantificación de pena. En principio, es dable suponer que el tribunal ingresó por el medio a la escala penal, todo ello si se considerase que los argumentos relativos a las agravantes y atenuantes tenían el mismo o similar valor numérico, pues de lo contrario, de haber ingresado por el mínimo, se hubiera fijado precisamente el mínimo, o sea, la pena de 6 años de prisión. Ello no quedó explicado satisfactoriamente en sus fundamentos y pareciera que, por tratarse de delitos sexuales o que implican ataques a la integridad sexual, es decir, los contemplados en el Título 3 del Libro II del Código Penal, los jueces tienden a exagerar o a elevar el *quantum* punitivo de las condenas, pero sin dar motivos auténticos que tornen comprensible tal elevación. Ello queda también explicitado cuando el tribunal *a quo* menciona expresamente el principio de culpabilidad como factor determinante de la pena y no se refiera en forma específica a ella, los grados o niveles de culpabilidad del ilícito y cómo tal consideración influye de tal cual modo en la determinación justa, razonable y proporcional del *quantum* que se estima apropiado.

Por último, no deja de revestir un valor preponderantemente negativo en orden a la mensura de la pena, el hecho de que, al no fundar su pretensión punitiva la Fiscalía en ningún informe técnico concreto de un especialista del campo de la salud mental, el Tribunal no se apoye por ende en ningún informe de este tipo para determinar la gravedad de las “*secuelas lesivas (...) en el psiquismo y personalidad de la menor*” y sólo “*abstenciones y retracciones conductuales inusuales para una adolescente mayor como de su edad*”, bastando en algunos casos para ello el testimonio de algunas personas neófitas que tampoco fueron contundentes ni específicas en sus relatos en cuanto a las consecuencias nocivas que le produjeron estos hechos en la vida de la menor, su psiquismo y personalidad, máxime si se tiene en cuenta que es la propia madre de la menor, Raquel Rotela, quien en juicio cuenta que la vida de su hija cambió notablemente cuando ella pudo contar lo que le ocurría y volvió a ser la misma de antes; en efecto, su madre declara: “*después de que ella habló volvió a ser la Anto que siempre... conocíamos, volvió a sonreír, su cara, hoy en día no tiene problemas, vos le preguntabas algo y ella lloraba, hoy le preguntas algo y responde*”. Por consiguiente, resulta arbitrario, carente de fundamentación, el hecho que el Tribunal *a quo* no aclare ni detalle cuáles fueron las fuentes de información de que se valió para tener por acreditada dichas secuelas. Resulta infundado que la existencia de las secuelas psíquicas de la menor pueda ser acreditada a través de la captación de un neófito sin que se apoye en algún dictamen o informe psiquiátrico o psicológico que pueda incorporarse al debate a través de la declaración testimonial de un profesional de la salud mental que pudo atender a la víctima como paciente. No se produjo ni se incorporó medio de prueba alguno al debate que pudiera dar cuenta de los daños psicológicos provocados por el suceso que el Tribunal entiende como existentes sin pruebas, sobre todo a luz de lo dicho por la madre a la postre.

II.5 Peculiaridades en la determinación de la pena en los casos de cambios de calificación legal por la magistratura y según el grado de ejecución (*iter criminis*)

En esta sección analizaremos una serie de casos en los que se produce una modificación por parte del juez o tribunal de la calificación jurídico-penal asignada a los hechos por la parte acusadora y en los que se emplea una hermenéutica particular según el grado de ejecución del delito. En ambos casos hemos detectado ciertas peculiaridades en la argumentación y, a su vez, una forma determinada de cuantificar la pena que se dicta en las respectivas condenas. Así ocurre con los casos que a continuación se presentan:

➤ En cuanto al cambio de calificación legal efectuado por el tribunal en los casos en que la fiscalía acusó al imputado por una pena indivisible y no hizo una acusación alternativa por una pena divisible, el tribunal puede tomar dos opciones: a) impone como correspondería el mínimo de la escala penal correspondiente al tipo penal seleccionado, en función del respeto de las reglas de juego que imponen, entre otros, los principios de contradicción, adversarial, acusatorio y el debido proceso, además de la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio; b) imponer un monto superior al mínimo sin que haya sido materia de debate entre las partes la determinación de una pena divisible, contrariando así aquellos principios. Dicha tendencia se observó en una serie de fallos, pero aquí volcamos por escrito el análisis que se hizo de la sentencia dictada en fecha 28/08/15 por un tribunal pluripersonal de Santa Fe que condenó en el marco de la causa “*A. E. A. s/ homicidio doloso*” (CUIJ 21-06032516-9) al imputado A. E. A. a una pena de 10 años de prisión por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio simple, dando sus motivaciones respecto del *quantum* de pena en 4 fojas de las 54 que componen el fallo. Que en sus alegatos la Fiscalía solicitó la imposición de una pena de prisión perpetua por haber calificado los hechos como homicidio calificado por alevosía, oponiéndose a tal planteo la defensa pública del imputado por ser sostener que se trataba de un caso de legítima defensa por lo que peticiono la absolució de culpa y cargo. Habiendo rechazado las pretensiones de las partes en función de la valoración que efectuara de las pruebas producidas en juicio, el tribunal comienza argumentación sobre su mensura cuantitativa con la aclaración previa que a seguidamente se transcribe: “*la imposición de la pena es una decisión de carácter verdaderamente discrecional y/o subjetivo pero que nunca debe ser arbitraria ya que tiene como límite los principios de la arbitrariedad y razonabilidad, cuyo fundamento no es más que la culpabilidad –medida del reproche– y el grado del injusto, por ello la fijación de una pena no es un mero cálculo matemático sino una estimación dogmática entre la apreciación de los aspectos objetivos del hecho y las calidades del autor, tan difícil tarea no debe ser rigurosa ni benévola en exceso sino simplemente Justa...*”. Luego, el tribunal de juicio efectúa su ponderación de conformidad con lo dispuesto por los arts. 40 y 41 CP, consignando como factores agravantes que le permiten en consecuencia apartarse del mínimo legal las siguientes circunstancias: i) la relación existente o de conocimiento entre víctima y victimario, ii) la vehemencia del ataque que continuó aun cuando la víctima retrocedía en búsqueda de auxilio; iii) el instrumento utilizado; iv) la juventud de la víctima con plenitud de sus capacidades; v) el daño causado al grupo familiar de la víctima; vi) el control emocional puesto de manifiesto por el imputado inmediatamente después de cumplido el homicidio; vii) la imposibilidad evidenciada de no poder controlar su enojo e ira en razón de los celos. En contraposición a ello, el tribunal halla como factores atenuantes las circunstancias que a continuación se consignan: i) la ausencia de antecedentes condenatorios; ii) la juventud del imputado; iii) el buen concepto expresado por tres testigos; iv) la existencia de relación laboral que se halla acreditada por testigos y empleadores con potencial para reinsertarse en la vida en sociedad; v) la existencia de una relación amorosa trunca que pudo haber afectado notablemente su capacidad de autodeterminación.

Dicha resolución fue apelada por ambas partes; en su expresión de agravios, la defensa plantea disconformidad no sólo con respecto a lo resuelto sobre la materialidad del hecho y la autoría, sino también en relación con la individualización de la pena impuesta, agravándose, respecto de este último asunto, por el hecho de que, al mantenerse tanto en la requisitoria de acusación como en el juicio con la figura agravada del homicidio calificado por alevosía que supone una pena indivisible, el acusador no ingresó en la consideración de los factores que prevé el art. 41 CP para la individualización de la pena y, por tanto, no alegó ninguna de las razones invocadas por el tribunal para la individualización, lo que en definitiva no permitió el contradictorio entre las partes, impidiendo así a la defensa que ésta pudiera resistir o refutar las razones que operaran como factores de mensura de pena. Según la defena, esta extralimitación del tribunal lesionó la debida fundamentación que exige el art. 95 C. S. Fe. y el 140 CPP ya que, al fijar la pena en un monto superior en dos años del mínimo, no se apoyó en las afirmaciones de las partes, tornándose ilegal e inconstitucional la sentencia que funda esa mensura de la pena sobre circunstancias no alegadas por las partes, debiendo, en cambio, haber optado, al decidirse por la figura básica del homicidio simple, por el mínimo legal de la escala correspondiente. No obstante, de manera subsidiaria, la defensa cuestionó igualmente la valoración del tribunal *a quo* que tomó como factor agravante el conocimiento existente entre víctima y victimario sin detenerse en el caso concreto y sus características y sin considerar que relación de confianza o lazo amistoso existía pues la víctima había mantenido una relación de infidelidad con la expareja del imputado. La defensa también critica la valoración agravante que hace de la vehemencia del ataque, el instrumento utilizado, la juventud y la extensión del daño al grupo familiar, el control emocional exteriorizado luego de los hechos y la imposibilidad de controlar su enojo, por ser infundados o prejuiciosos, o bien, por estar incluidas dichas pautas dentro de la gravedad del ilícito o por ser precisamente lo contrario a lo alegado en cuanto afecta la capacidad de autodeterminación y ello debe ser tomado en verdad como un parámetro para atenuar.

Los señores jueces del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de la Primera Circunscripción confirmaron mediante resolución Nro. 527 de fecha 29/07/2016 la sentencia recurrida, con costas. En su argumentación respecto de los agravios vertidos por ambas partes en relación con la pena impuesta, la presidente del tribunal aseveró que correspondía rechazarlos, puesto que, si bien aclara que comparte el criterio que propugna la cesura del juicio una vez definida la culpabilidad del imputado, no se puede abrir una nueva etapa procesal dirigida exclusivamente a individualizar la pena, habida cuenta que dicha etapa no está receptada por nuestro código de rito. De ahí que la presidente entienda que el juez debe decidir la pena según las pautas legales (art. 40 y 41 CP) y de acuerdo con la plataforma fáctica atribuida por la que se acusa y se condena, dejando planteado que el requerimiento formulado al inicio de las condiciones personales se efectúa a los fines de la ponderación de la eventual individualización de la pena en un sistema sin cesura del juicio. Esa es la razón por la que la presidente del tribunal de cámara afirmó que no puede declararse la invalidez solicitada por la defensa en razón de no haberse dado el debate correspondiente sobre las circunstancias del art. 40 y 41 CP, entendiéndose que así no se agravio ninguna garantía del justiciable. En efecto, el tribunal no incurrió según la jueza de Cámara en una doble valoración como pareció postular en sus agravios la defensa, puesto que se consideraron algunas pautas al solo fin de particularizar la intensidad de la pena y además se tuvo en cuenta las particularidades del autor y de su hecho, escogiendo dentro del marco legal una pena proporcionada a la infracción en tanto que al elegir la pena de 10 años de prisión se mantiene casi en el mínimo (8 años) y ello tiene importancia en casos como el presente en que el tribunal modificó la calificación legal pretendida por la acusadora.

La Defensa Pública del acusado dedujo recurso de inconstitucionalidad postulando que la resolución de cámara era arbitraria y violaba garantías constitucionales. En relación con nuestro tema, la defensa planteó que la pena impuesta violaba el debido proceso y el derecho de defensa en juicio porque no había sido materia de discusión en el debate. La Corte Suprema rechaza los cuestionamientos defensivos aludidos en razón de que la Alzada los rechaza fundadamente, entendiéndose que el tribunal de segunda instancia brindó la “*debida motivación exigida para la determinación del ‘quantum’ de la pena impuesta en los casos de condena*”.

En ninguna de las instancias ordinarias y extraordinarias que tuvo este juicio se logró brindar una explicación fundada de por qué correspondía individualizar la pena, en caso de modificación de la calificación legal pretendida por la Fiscalía para los hechos, a pesar de no haber efectuado la Acusadora de manera subsidiaria o alternativa una consideración de los factores en virtud de los cuales se podría determinar la pena. Ello, al no ser materia de discusión en juicio, violó no sólo el carácter adversarial del proceso penal en nuestra provincia, el principio de contradicción y/o biltaralización de las cuestiones, el debido proceso y el derecho de defensa en juicio, entre otros tantos principios fundamentales.

Por otra parte, ni en la sentencia de primera instancia ni en la de segunda instancia como tampoco en la resolución que dictara la Corte Suprema de la provincia en la resolución del 21/03/17 (Expte. CSJ CUIJ 21-00511005-7) por la que se rechazara la queja interpuesta por la defensa, existe un desarrollo explícito ni implícito de un análisis del caso a la luz de cierta perspectiva teórica o modelo explicativo de la teoría del delito (v.gr. finalismo, funcionalismo, etc.), ni siquiera una referencia general a la prevención especial o la necesidad de resocialización. No obstante, lo destacable en este caso es que no sólo intervino la segunda instancia sino que se abrió la instancia extraordinaria de la Corte provincial y en este sentido se pronunció; a pesar de ello, la cuestión procedimental que se vincula directamente al carácter adversarial del proceso no fue valorada con la suficiente importancia que tiene, restándole valor a una cuestión trascendental (contradicción – bilateralización) que se vincula con la ausencia de la debida fundamentación que se exige a los fallos de los jueces, pues –como señala Rosatti– “*la verdadera fundamentación no está en la expresión escrita sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia.*”²⁷⁶

➤ En cuanto a la interpretación de la tentativa que más benévolamente favorece en su reducción al acusado a punto tal que reduce el mínimo en dos tercios, por lo que le queda sólo un tercio del mínimo, contrariando así el antecedente de *Villarino* de 1995 (Cámara Nacional de Casación), podemos citar el fallo dictado en fecha 09/12/2014 por un tribunal unipersonal de Santa Fe que resolvió en el marco de la causa “**V. A. R. y R. L. D s/ robo calificado por el empleo de arma blanca, resistencia a la autoridad y hurto**” (CUIJ 21-06004033-5) condenar a los V. A. R. a la pena de 2 años y 6 meses de prisión de ejecución efectiva por los delitos de robo calificado por el empleo de arma blanca en grado de tentativa, resistencia a la autoridad y hurto en concurso real, revocando la condicionalidad de una condena anterior del 20/08/13 que le impuso una pena de 2 años y 2 meses de prisión de ejecución condicional, la que unificó por aplicación del método de la simple composición en una pena única de 4 años y 6 meses de prisión de ejecución efectiva; y a R. L. D a la pena de 2 años de prisión en suspenso por el robo calificado en grado tentado, absolviéndolo a este último por el delito de resistencia a la autoridad. Cabe aclarar que, respecto de la individualización de la pena, la Fiscalía había solicitado para R. L. D. la pena de 5 años y 6 meses de prisión por los delitos de robo calificado por el uso de arma blanca y resistencia a la autoridad, mientras que para V. A. R. la pena de 8 años de prisión de ejecución efectiva, solicitando para este último el incremento de pena correspondiente por aplicación del método aritmético por una condena condición que aún tenía vigente.

En cuanto a la individualización de la pena, el juez interviniente resolvió considerar que el hecho de robo calificado por el empleo de arma blanca llevado a cabo en coautoría había quedado en grado tentativa ya que nunca se perdieron de vista y se recuperaron los objetos sustraídos, salvo un sobre y una cantidad de monedas que le *a quo* no valoró habida cuenta que el sobre no había sido incluido en la imputación y la mención “y monedas” era absolutamente inespecífica en cuanto a que no se aclaraba en la acusación cuántas ni de qué valor. En relación al acusado V. A. R. el juez tuvo en cuenta la existencia dos hechos más, a saber, el de resistencia a la autoridad al momento de ser aprehendido por el personal policial por el delito ya

²⁷⁶ ROSATTI, Horacio (2011): *Tratado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. II, Sexta Parte, Secc. IV, capítulo 1.

mencionado y el de un hurto que el propio imputado había cometido en forma individual con posterioridad al robo.

En torno a la motivación de la cuantificación de la pena, el juez en una escueta referencia (2 fojas de 39) tomó como factores determinantes de la condena de V. A. R. las siguientes circunstancias, a saber: a) el hecho de que el dinero fue recuperado en su totalidad, a excepción de las monedas y el sobre que descartó por las razones aludidas; b) la comisión del hecho llevada a cabo por dos personas en horas de la madrugada lo que aseguraría la posibilidad de consumación; c) la no utilización de fuerza ni violencia en el hecho de hurto; d) la recuperación de los objetos sustraídos en el hecho de hurto; aclarando expresamente que operaron como factores atenuantes las siguientes situaciones: e) la dificultad para obtener el sustento; f) el hecho de tener un grupo familiar a su cargo, estando su concubina embarazada. Y para la cuantificación del consorte de causa, R. L. D., el *a quo* tuvo en cuenta las mismas agravantes aludidas en los puntos a) y b); y como atenuantes las siguientes circunstancias: g) la carencia de antecedentes condenatorios; h) la dificultad de ganarse el sustento propio para sí y para su grupo familiar integrado por su esposa y dos hijos de corta edad. Aunque resulte lacónica la argumentación vertida al respecto, la sentencia tiene la virtud de hacer referencia concreta al caso, pues valora en detalle el alcance del daño provocado en los delitos y además justiprecia en forma adecuada las condiciones personales de los imputados, fijando un monto cercano al mínimo conforme reducción por el grado tentado según interpretación jurisprudencia más beneficiosa (R. L. D.: sólo supera en 2 meses por encima del mínimo; V. A. R.: supera en 8 meses el mínimo).

Una vez apelado por ambas partes, los jueces de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe resolvieron rechazar los agravios vertidos tanto por la fiscalía como por la defensa, confirmando la sentencia apelada en cuanto fue materia de apelación. Esto significa que la Cámara confirmó la calificación legal seleccionada por el *a quo* (robo calificado con armas en grado de tentativa) y que, por esa misma razón, rechazó el primero y el segundo agravio por los que la Fiscalía pretendía mantener la calificación del hecho como consumado y que en consecuencia la pena se fijase por la escala del tipo penal consumado. Pero, si se tiene en cuenta el interés principal de este trabajo, lo destacable del caso en esta instancia no es ello sino el planteo formulado por la fiscalía en el tercer agravio en virtud del cual se sostiene que, aún en el caso de que se admitiese que el hecho haya quedado en grado tentado, el *a quo* no había justificado la pena en relación a la disminución efectuada (2 años y 6 meses para uno y 2 años en suspenso para el otro), argumento que es rechazado por el presidente del tribunal de cámara invocando “*una hermeneútica razonable y ampliamente sostenida en la doctrina*” que establece que la pena debe fijarse según la escala penal que va desde el tercio del mínimo hasta la mitad del máximo de cada uno de los diferentes tipos penales.²⁷⁷ Aclara además el camarista que dicha posición es la que mejor se adapta en el contexto del código, cuyo sistema para la individualización de la pena establece el mínimo de la sanción y luego su máximo; pero lo más importante es la consideración del juez de cámara según la cual estima que “*en cuestión de hermeneútica penal y ello como derivación del principio de reserva (art. 19 Constitución Nacional), siempre hay que estar en favor de aquellas interpretaciones que resulten lo mas reductoras posible en la aplicación del derecho penal*”.²⁷⁸ Dicha observación tiene para nuestra investigación una significativa importancia, ya que en ella se cifra un criterio que hacia el final de este trabajo se podrá estimar como el baremo central de orientación a la hora de individualizar penas en la solución de los casos concretos, sobre todo a la luz de la complejidad propia de la tarea de cuantificación. En otras palabras, no se trata sino de la aplicación del

²⁷⁷ El juez de Cámara en cuestión sostiene que “*si bien hay distintas posiciones en orden a la determinación de la pena para la tentativa, comparto la postura de que la pena debe fijarse según la escala penal que va desde el tercio del mínimo hasta la mitad del máximo ... Y ello cuanto estimo que las expresiones ‘de’ y ‘a’, contenidas en el art. 44 del Código Penal, refieren a ‘desde’ y ‘hasta’, por lo que la norma controvertida debe interpretarse en esta redacción ‘la pena que correspondería al agente, si se hubiere consumado el delito, se disminuirá ‘desde’ un tercio ‘hasta’ la mitad’, y si bien ello posibilita alguna otra interpretación (que el mínimo debe establecerse en dos tercios y el máximo en la mitad), entiendo que estos términos están vinculados con la pena y no con la disminución, como sustenta aquella postura*” (Véase nuestra Nota N° 176).

²⁷⁸ El resaltado en negritas es nuestro.

principio de intervención mínima del derecho penal que es concebido como la *ultima ratio* de la política del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques que puedan padecer.²⁷⁹

Desde esta perspectiva el presidente del tribunal de la Alta Instancia entiende que “*los argumentos que señala el a-quo en su sentencia resultan adecuados habiendo valorado los agravantes y atenuantes que lo llevan a concluir en la pena impuesta, la que se presenta como justa y equitativa...*” Por ello, no advierte el mencionado magistrado “*razones de peso como para hacer lugar a las pretensiones fiscales de aumento de pena*”.

²⁷⁹ El derecho penal mínimo que surge la Europa del Sur ha tenido influencia en América Latina, exhibiendo una tendencia hacia la reducción de la pena que en este caso concreto que analizamos y, en especial, en la hermenéutica benévola citada por el camarista lucen con total claridad. Según esta perspectiva, la intervención en la vida social del Derecho Penal tiene que reducirse a lo mínimo posible; a su vez, dicho principio se subdivide, según algunos autores, en dos subprincipios, a saber: i) el de *subsidiariedad*, que indica que sólo se debe aplicar el derecho penal a falta de otros medios menos lesivos de control social (cuando el Estado ha agotado en forma previa todas las posibilidades no penales para la prevención del delito –culturales, educacionales, asistenciales, de política general– y pese a todo, de ahí su naturaleza subsidiaria, persisten los conflictos agudos de desviación); y, ii) el de *fragmentariedad*, según el cual el derecho penal sólo debe operar frente a los comportamientos especialmente graves, que atenten contra las reglas mínimas de convivencia social, esto es, que pongan en jaque o lesionen bienes o valores jurídicos fundamentales de la persona y la sociedad. Sobre estas ideas volveremos más adelante.

Capítulo III

La valoración crítica de los fallos judiciales del nuevo sistema penal oral de Santa Fe

«...a la hora de motivar la cuantía de respuesta punitiva, el pretendido razonamiento de los jueces de sentencia queda generalmente configurado por una suerte de cliché que reproduce casi literalmente las partes seleccionadas de la formulación normativa contenida en los arts. 40 y 41 del CP. ¿Por qué tres o diez años?

El razonamiento luce ausente y la discusión de la pena llega casi mecánicamente, desprovista de garantías mínimas que rigen la determinación del hecho punible y sin fundamento material alguno, consecuencia más de la voluntad (influida más por motivos ideológicos y sociológicos no relevados de quien la impone y hasta por deformaciones de la práctica), que como derivación razonada del derecho aplicable.»²⁸⁰

Daniel Erbetta

III.1 Introducción

Del examen efectuado sobre la argumentación jurídica de los fallos emitidos en las cinco circunscripciones judiciales de la provincia de Santa Fe –parte del cual se ha volcado por escrito en el capítulo anterior–²⁸¹, hemos podido advertir diferentes circunstancias que a continuación pasaremos a enumerar y, luego, a desarrollar en detalle, a saber: a) la ausencia de una referencia concreta o aclaración respecto de la postura teórica de la que se parte para determinar la pena en el caso concreto; b) el discrecionalismo judicial apenas reglado como modo frecuente, razonable y aceptable de determinación judicial de la pena; c) la arbitrariedad lisa y llana como una excepción

²⁸⁰ ERBETTA, Daniel (2006), p. 19.

²⁸¹ Cabe aclarar aquí que, debido a razones de orden metodológico, una amplia gama de casos y fallos que hemos analizado no han sido incorporados al texto escrito, pues habría desvirtuado el objeto y las dimensiones de este trabajo. Sería sumamente interesante para otro tipo de abordaje un extendido y pormenorizado análisis casuístico de todas las sentencias que se han dictado en la nueva etapa de la justicia penal de Santa Fe, el que podría efectuarse en función de los tipos penales, de las unificaciones de condenas, de cambios de calificación, etc., pero ello implicaría la realización de otra clase de investigación; y, en cuanto nuestra hipótesis de trabajo, no sumaría más rigor pues no hemos dejado, según nuestra perspectiva, ninguna cuestión novedosa o peculiar sin tratar, sino que abarrotaría el texto sin ningún sentido.

en la labor de los jueces al momento de la individualización del aspecto cuantitativo de las condenas.

Si bien no son las únicas, las circunstancias constatadas resultan relevantes en orden al objeto de estudio y, además, emergen precisamente de una valoración crítica y comparativa que se ha llevado a cabo con relación a las argumentaciones, interpretaciones y conclusiones que emplearon los magistrados en torno a la cuestión de la culpabilidad y/o determinación de la pena en los casos concretos.

Como corolarios derivados de la exposición desarrollada en torno a los fallos de casos particulares dentro del Capítulo II, puede afirmarse que, más allá del recurrente empleo de las *fórmulas vacías (cliché)*, menciones genéricas o estereotipadas, existen además otros denominadores comunes que se repitieron incesantemente en varios casos. A modo ilustrativo se señalarán los siguientes puntos:

- a. La mayoría de los fallos analizados se caracterizaron por cierta escasez en la propuesta de argumentos, consideración de factores o pautas legales para la mensura de la pena, como así también, desde un ángulo netamente cuantitativo, por la exigua cantidad de fojas (páginas) dedicadas a la labor de fundamentación en la individualización propia del *quantum* de pena, lo que *per se* supone un tratamiento acotado de la temática. En cuanto este tópico concreto relativo a la cantidad, el porcentaje de fojas (páginas) dedicadas a la cuestión de la pena o sanción, oscila entre el 5% y 10% del total de fojas (páginas) de las sentencias. Si bien, como es sabido, la cantidad no hace a la calidad, es preciso reconocer que resulta al menos llamativo y, en este sentido sugerente, que el análisis, la reflexión y los argumentos vertidos en una parte –la del juicio relativo a la materialidad del hecho y a la autoría– y otra –la del juicio cuantificador de pena– sean sensiblemente inferiores. Sin ánimos de abordar una problemática que trascendería los objetivos y los límites de este trabajo que se detallaron al comienzo, cabe conjeturar que tanto el origen de la referencia escueta por parte de los jueces a la temática relativa a la determinación de la pena como la práctica consolidada en no dedicar mayores esfuerzos argumentativos a esa tarea se vincula directamente con la imposibilidad que encuentra el hombre, al imponer como juez condenas divisibles, en hallar un puente o conexión más o menos serio y lógico entre los argumentos y los números o cantidades, como si fueran dos reinos inconciliables. Más allá de que la transmutación resulte en este sentido inviable, como se ha expresado en el capítulo anterior y se expresa en éste y, especialmente, en las conclusiones de este trabajo²⁸², lo que debe y conviene hacerse no es el simple abandono del argumento o el desdén por fundamentar, como lo indica en varias oportunidades Ziffer en su obra. Por el

²⁸² Esta idea será retomada hacia el final del trabajo, más específicamente en las *Conclusiones*.

- contrario, entendemos que la tarea de dar cuentas mediante buenas y plausibles razones para explicar por qué se decide lo que se decide es un aspecto central de la justicia republicana sin el cual no se la podría concebir hoy como tal. En tal sentido, habrá que ahondar en el análisis y buscar algún criterio o pauta general que permita identificar una dirección u orientación, aunque sea desde ya inevitable referirse mediante argumentos (y no con números) a los parámetros legales y las particularidades circunstanciales del caso concreto y su autor.
- b. Asimismo, es notorio en los fallos estudiados el uso o abuso de fórmulas vacías o genéricas, o simplemente, la falta de profundidad en el análisis del caso concreto: tanto respecto del hecho y sus detalles (aspectos objetivos: acción, medios, daños, extensión, peligros), como así también respecto del autor y sus condiciones personales (aspectos subjetivos: educación, cultura, situación económica, situación familiar, consumo de sustancias, antecedentes, vínculos personales, etc.). En tal sentido, resulta más que patente la falta de un estudio criminológico serio del autor que podría servir de un baremo concreto para la mensura de la pena. La cesura en este caso, que se torna en una parte ineludible del sistema de juicio por jurados, podría llegar a ser una solución concreta a este inconveniente bastante generalizado en el sistema penal adversarial y acusatorio de la provincia de Santa Fe.
 - c. Por otra parte, como analizaremos en la segunda sección de este capítulo, también se constató en forma ostensible la ausencia absoluta de mención y/o referencia a alguno de los modelos de la teoría del delito que hemos repasado en el primer capítulo –ya sea causalismo, ya finalismo, ya sea funcionalismo– o algún otro aporte de la dogmática –teoría de los fines de la pena: retribucionismo, prevencionismo en sus diversas variantes; teorías para la determinación de la pena: ámbito del juego (*Spielraumtheorie*), pena puntual (*Punktstraftheorie*), valor relativo o posición (*Stellenwertheorie*); etc.– desde la cual se efectuara la fundamentación teórica y la mensura cuantificadora de la pena.
 - d. Como una constante invariable, se ha detectado en muchos de los fallos analizados la violación sistemática y reiterada del principio con raigambre constitucional *non bis in idem* al valorar dos veces las mismas circunstancias con el único objetivo de agravar la pena, ya sea por estar incluidas como elementos del tipo penal escogido, ya sea por haber quedado comprendidas en las circunstancias agravantes asignadas al hecho.
 - e. También se ha hecho manifiesta en algunos casos puntuales la violación por parte de los jueces de las nuevas reglas de juego basadas en el carácter adversarial y acusatorio del “debido proceso penal” instaurado por ley 12734,

basado el mismo en los principios de contradicción, bilateralización y oralidad. En este aspecto, han sido elocuentes algunos de los fallos estudiados en los que se observó, por un lado, que la fiscalía solicitó durante todo el desarrollo del debate la imposición de la pena indivisible (la prisión perpetua) y no efectuó una acusación alternativa en virtud de la que solicitara una pena divisible, y, por otro, la imposición de una pena divisible por parte de los jueces del tribunal como consecuencia del cambio de calificación que entendieron justo aplicar al caso, pasando así de una pena indivisible a una pena divisible lo que daría lugar en el último caso a debatir el monto a imponer conforme las pautas legales correspondientes. En razón de la ausencia de argumentos que hubiera podido esgrimir la fiscalía en el caso de haber efectuado a la vez una acusación alternativa con el fin de agravar o atemperar la pena, el tribunal no tiene otra chance que la de imponer el mínimo, ya que de lo contrario, esto es, apartarse del mínimo, lo que los jueces hicieron en los casos concretos, implicaría la valoración de circunstancias como agravantes y, por ende, la violación del debido proceso y especialmente el ejercicio del derecho de defensa en juicio, pues se le quita a la parte acusada y a su defensa técnica la posibilidad de resistir o refutar las circunstancias que valoró el tribunal *in audita parte, inauditus* (sin ser oído).

- f. Asimismo, hemos comprobado que, en el caso de los delitos sexuales o que impliquen ataques a la integridad sexual, existe una cierta indefinición en la valoración cualitativa como cuantitativa de los factores agravantes y atenuantes, que a la postre se traducen por lo general en un aumento injustificado de las penas.
- g. Por último, nos hemos topado en algunos casos con valoraciones auto contradictorias sobre la existencia de situaciones fácticas concretas que han sido consideradas en un primer momento, según valoración del propio juez, como inexistentes a la luz de las pruebas colectadas en juicio y, en segundo momento, como existentes, al solo efecto de agravar penas (nunca para disminuir el *quantum*).

Estas han sido algunas de las conclusiones a las que hemos arribado luego del estudio descriptivo, comparativo y crítico de algunos fallos del nuevo sistema penal de la provincia que nos parecieron relevantes en vistas al objeto de estudio. Hemos dejado al margen un sinnúmero de observaciones que surgieron del cotejo a fin de no saturar el texto, producto de la investigación, cuyo objetivo central ha sido planteado en términos claros en la Introducción de este trabajo. A tal objetivo, hemos dedicado como corresponde las siguientes secciones del presente capítulo en los que no sólo se aludirá a

la circunstancia o situación consignada en el título en forma excluyente, puesto que también se incluirán las reflexiones que se han generado en torno a la cuestión a partir de los aportes de los estudiosos sobre el tema.

III.2 La presencia de las teorías jurídicas en las argumentaciones judiciales

Tal como se adelantó en la Introducción, en ningún fallo de los examinados se halló en la parte relativa a la determinación de la pena (dosimetría penal) alguna referencia específica a la obra, ideas o principios de alguno de los autores de la dogmática penal con cierta trayectoria, ya sea nacional o internacional; ni siquiera hubo una mención genérica a algunos de diversos modelos de la teoría del delito o alguna corriente, ni a los criterios del retribucionismo, ni a los criterios preventivos-especiales o generales, ni tampoco a las teorías que se mencionaron al comienzo de este trabajo, como lo son las teorías de la determinación que refiere al ámbito del juego –*Spielraumtheorie*–, a la pena puntual –*Punktstraftheorie*– o al valor relativo o de posición –*Stellenwertheorie*–. Y ello ocurre a pesar de que “*las teorías de la determinación de la pena son importantes para el trabajo diario de los jueces y, el resultado de las sentencias son lo más importante para los sometidos a proceso*”.²⁸³

Quizá debamos darle la razón a Tatjana Hörnle quien, al referirse al uso que ha hecho el Tribunal Supremo Alemán (BGH) de la teoría del ámbito del juego²⁸⁴, señala, apoyada en los aportes de Hans-Jörg Albrecht, que “[n]ingún involucrado en las prácticas de la justicia penal asume que los jueces verdaderamente escogen entre la prevención general y la prevención especial de forma rutinaria. Los criminólogos están de acuerdo en que es prácticamente imposible decir exactamente que tales penas poseen tales efectos preventivos. Y sería completamente imposible para los jueces realizar dichos juicios de manera científicamente seria. Deberían confiar en intuiciones personales. Además, valorar el entorno personal del delincuente y la necesidad social de disuasión en cada caso, tomaría demasiado tiempo para ser factible en la práctica cotidiana de los tribunales inferiores que se encargan de delitos de menor cuantía”.²⁸⁵

En parte, tales consideraciones podrían ser aplicables a los casos locales. No hay por parte los jueces de Santa Fe, en efecto, argumentaciones basadas en criterios preventivo-generales o preventivo-especiales para definir el *quantum* de pena a aplicar en cada caso. La razón de ello se debe a que dicha tarea es probablemente, en razón de

²⁸³ Esas palabras son dichas por Hörnle al ironizar previamente respecto de las sofisticadas doctrinas de la ley sustantiva de la literatura alemana que “*raramente... sean famosas por tener relevancia práctica*” (Cf. HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 35).

²⁸⁴ Para el BGH, el juez puede determinar la pena dentro de la gama de posibilidades que le permite la entidad de la culpabilidad del delincuente, utilizando criterios preventivos. Tanto en el más alto tribunal alemán como en la literatura alemana la teoría del ámbito del juego parece ser la teoría más aceptada (Cf. HÖRNLE, Tatjana (2003), pp. 23-24).

²⁸⁵ HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 25.

la vorágine propia de la práctica tribunalicia diaria, de imposible o, al menos, de difícil realización, si se tiene en cuenta, además del cúmulo de causas en trámite, la intervención de un equipo interdisciplinario que presupondría la producción de datos que garanticen suficiente respaldo científico para avalar una proyección seria en orden a la prevención y, por supuesto, la cesura del juicio.

En Alemania, si bien reina el escepticismo en torno a la posibilidad de prevenir crímenes a través de la imposición de penas –hasta tal punto que se piensa, según Hörnle, que el segmento de la sentencia dedicado al castigo debe ser el más estrecho–, algunos autores, como Roxin, por ejemplo, no desisten de la posibilidad de penas preventivas, incluso de aquellas que por razones preventivo-especiales aconsejarían ir por debajo del ámbito del juego.²⁸⁶ Pero ello no es necesariamente así; pues, como lo indica Hörnle, la prevención especial puede conducir a “*penas más duras*” si se enfatiza la disuasión personal del delincuente y la incapacidad como el objetivo principal de la prevención especial. De hecho, eso muestra la práctica; según la mencionada autora, “*una aproximación preventiva especial conduce, sobre todo, a penas más altas*” al poner énfasis en los antecedentes y la biografía del delincuente.²⁸⁷

El recorrido seguido en el Capítulo I por las ideas defendidas tanto por el causalismo, en sus dos variantes, como por el finalismo y las diversas versiones del funcionalismo, nos ha dejado en claro, por un lado, la estrecha vinculación que existe entre la teoría del delito y una determinada concepción de pena y, por otro, nos ha revelado una cierta concepción del hombre, la sociedad y también la finalidad específica perseguida a través de la imposición de sanciones penales. Tales ideas, como resulta palpable, no se encuentran plasmadas en las sentencias dictadas por los jueces de la provincia de Santa Fe al imponer sus condenas. ¿Es ello en sí mismo malo? ¿Esa carencia es acaso un defecto que acarrea la invalidez de la sentencia? ¿Debe el fallo condenatorio incorporar una dosis de explicaciones básicas acerca del delito, la pena, el

²⁸⁶ Así, por ejemplo, en los casos en que el encarcelamiento tiene efectos desocializantes en el sentido de aniquilar el futuro del delincuente o simplemente cuando, al analizar la personalidad del delincuente, éste no necesita rehabilitación. Además de Roxin, Hörnle cita al respecto, como ejemplo, una serie de teóricos alemanes –Döling, Meier, Calliess, Ellscheid y Streng– que se pronuncian en contra de la teoría de la pena puntual y que, desde un ángulo de la prevención especial, intentan alcanzar más humanidad en la determinación de la pena. No obstante, ello, el Supremo Tribunal Alemán considera que existen límites máximos para la pena, pero también mínimos; por ello, al aceptarse la teoría del ámbito del juego, pueden mezclarse con ella toda clase de teorías penales. En tal sentido, los que escogen la teoría de la prevención general no pueden pedir tanta disuasión porque tienen un límite máximo, mientras que los que siguen criterios preventivo-especiales pueden inclinarse por penas más leves adaptadas a las necesidades del delincuente, pero no demasiada leves, porque también existe un límite mínimo que será proporcionado por la culpabilidad del delincuente, la que se fijará en relación a la gravedad del delito. Hörnle critica la supuesta humanidad que trae aparejada la teoría de la prevención especial sobre el tema de determinación de la pena, puesto que discrimina entre delincuentes que no necesitan rehabilitación y los que sí la necesitan, lo que en definitiva significa clemencia para algunos solamente. Según Hörnle, un “*sistema de determinación de la pena debería esforzarse para combinar humanidad y justicia para todos los delincuentes*” (HÖRNLE, Tatjana (2003), pp. 26; 30-32).

²⁸⁷ Cf. HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 32. Para Hörnle, la noción de proporcionalidad suministra un criterio más específico para alcanzar una sentencia justa, indicando en el caso concreto cuáles serían los factores más importantes para determinar la gravedad de los delitos (Cf. HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 33).

hombre, la sociedad, etc., para justificar el *quantum* de la pena con que se juzga al condenado?

Como resulta obvio, la sentencia como acto jurisdiccional no debe constituir un tratado ni un manual, ni un artículo científico o académico, ni siquiera un ensayo teórico. Tampoco debe parecerse. Tales apreciaciones pueden parecer impertinentes en este tipo de trabajo; no obstante, ello se aclara porque, desde nuestra perspectiva, es preciso que, a pesar de las características y requisitos propios de una sentencia, el juzgador deba introducir mínimamente algunas explicaciones o conceptos jurídicos básicos a los fines de dar cuenta de la base teórica de que la parte para sostener los fundamentos argüidos en la individualización del *quantum* de pena que se impone. No quiere decir esto que el juez penal se convierta en un profesor universitario ni en un investigador o académico que dé cuenta de sus hallazgos, sino que lo que se pretende es simplemente que haga visible la postura teórica desde la que construyen sus argumentos tendientes a justificar la cuantía de las penas que decide imponer al acusado en los procesos penales en los que le toca intervenir. Esta tarea no es sino la de cumplimentar con el deber de motivación que se les exige a los jueces al resolver las cuestiones que traen a su conocimiento y juzgamiento.

III.3 La preeminencia del *discrecionalismo* judicial en los fallos del nuevo sistema

Al comienzo del capítulo dijimos que mediante el análisis de las sentencias habíamos detectado lo que podría denominarse un “*discrecionalismo judicial apenas reglado*” como el modo frecuente, razonable y aceptable que encuentran los magistrados en su labor consistente en la determinación judicial de la pena.

Como hemos visto en el apartado dedicado al tema, el *discrecionalismo* se distingue marcadamente de lo que significa la arbitrariedad judicial. En tal sentido, es dable remarcar que, por lo general, los fallos estudiados no han desembocado frecuentemente en la falta absoluta de fundamentos ni en la existencia de argumentos puramente aparentes, si bien las referencias genéricas y abstractas en las que han abundado los jueces en no pocas oportunidades han generado en el observador cierta orfandad de motivos auténticos y reales.

Ahora bien, cuando hablamos de un “*discrecionalismo apenas reglado*” lo queremos dar a entender es que no se trata de un *discrecionalismo* serio basado en razones, argumentos y consideraciones que en forma profunda y exhaustiva atienden los múltiples aspectos o situaciones contemplados por los distintos parámetros o pautas previstas en la legislación respectiva (vgr. art. 41 CP). En efecto, hemos observado que los jueces, al evaluar los aspectos objetivos, por denominarlos de alguna manera, relativos a la gravedad del ilícito –especialmente las pautas previstas en el inc. 1° art. 41

CP-, no realizan una detallada y profunda mirada de los aspectos en cuestión. Al tratar los aspectos subjetivos, tampoco llevan a cabo un análisis penetrante, ni realizan un estudio completo de las distintas variables de las pautas que consigna el inc. 2° art 41 CP, probablemente en razón de la orfandad de argumentos y fundamentos que esgrimen las partes del juicio al respecto. Por ello, suelen ser referencias un tanto vagas, inespecíficas, y que no insumen un elevado desarrollo argumentativo, lo que evidencia un claro desinterés en profundizar una temática que podría servir de baremo para aumentar o aminorar la cuantía de la sanción a imponer.

A la situación descrita, se le debe adicionar lo señalado en la sección anterior: esto es, la falta de referencias claras a criterios generales, ya sean retributivos, ya sean preventivos especiales o generales, ya sean mixtos, como así también la ausencia absoluta de adopción por parte de los jueces sentenciantes de alguna postura teórico-dogmática en la que apuntalar los escasos argumentos y consideraciones que le dedican a la temática que nos ocupa. Ello aumenta considerablemente la fragilidad de las construcciones argumentativas para justificar la imposición de una pena de prisión de, por ejemplo, 20 años, y no una de 14 u 8 años para el caso de un abuso sexual u homicidio agravados. Si bien ya hemos advertido acerca de la imposibilidad humana de transformar argumentos en cantidades numéricas, la solidez de una buena argumentación jurídica que parta de una posición teórica clara y que además tenga en cuenta la mayor cantidad de aspectos relevantes, no sólo obedece a la obligación constitucional de motivar los fallos, sino también a la posibilidad de interpretar el *salto* cualitativo/cuantitativo como un eslabón entendible que torna aceptable la cadena de razonamientos que llevan al monto que en definitiva fija el juzgador.

III.4 La *arbitrariedad* o la ausencia de valoración sobre la base de criterios jurídicos racionales

En no pocos fallos, sin embargo, se ha observado lo que puede concebirse como pura arbitrariedad. Dicho aspecto, que torna inválida la decisión por carecer de motivación, no sólo se pudo constatar a través de una argumentación aparente en las sentencias, sino también por cierta sobreabundancia en referencias genéricas que no se detienen en las particularidades del caso concreto ni del autor y por las reiteradas oportunidades en que los magistrados incurren en la violación del principio constitucional *non bis in idem*, que prohíbe la doble valoración de las mismas circunstancias o aspectos del hecho, ya sea por estar incluidas como elementos del tipo penal básico aceptado por el sentenciante, ya sea por haber quedado comprendidas en las circunstancias agravantes también aprobadas por el juzgador.

Asimismo, en esas no tan escasas sentencias arbitrarias hemos captado también valoraciones auto contradictorias en tanto que, por un lado, afirman la existencia de situaciones fácticas concretas y, por otro, contradicen lo anterior aseverando la inexistencia de las mismas situaciones a la luz de las pruebas colectadas en juicio, todo ello generalmente al solo efecto de agravar penas, nunca –como ya adelantamos– para reducir el *quantum* punitivo.

Conclusiones: *La insalvable brecha entre los argumentos y los números*

«...Carnelutti sostuvo que cuando se condena a una persona a un cierto tiempo “¿Quién puede garantizar que sea esa la medida justa de la pena?”»²⁸⁸

Eugenio R. Zaffaroni

«...Ningún juez puede condenar aplicando rigurosamente la ley sin un poco de remordimiento y de mala conciencia, es decir, sin ese fondo de humanidad (nunca agotable en la definición del derecho positivo) y sin el cual toda justicia pasa a ser pura y simple barbarie.»²⁸⁹

Gianni Vattimo

«Subsiste también sin resolución la temática de la expresión en cifras de la pena. A este respecto, se ha dicho que la principal barrera la constituye la imposibilidad de transformar en cantidades numéricas los juicios de valor.»²⁹⁰

Patricia Ziffer

Hemos arribado al final de nuestro recorrido. Quizá hayan surgido –y éste será el mejor de los panoramas posibles– en la mente del lector más interrogantes que los que dieron origen a la presente investigación. Si esto fuese así, habríamos cumplido con creces parte de nuestro objetivo principal; pues, a pesar de la ausencia de soluciones acabadas y contundentes, tendríamos, al menos, la satisfacción de haber puesto a la luz a los aspectos intrincados e inasibles de la labor de los jueces al determinar montos de penas en sus sentencias condenatorias, haciendo de algún modo frente a las dudas y formulando, a la vez, críticas y cuestionamientos al respecto, sin dejar en ningún momento de aportar, desde nuestro humilde punto de vista, alguna orientación, o acaso, alguna luz, en medio de la *oscuridad de la noche penal* que atraviesa hoy nuestro tema, con el único fin de no caer en una playa visión idealizada o distorsionada de lo que consideramos una tarea *humana, demasiado humana* con trascendencia tal vez mayor a

²⁸⁸ *Cómo se hace un proceso* de Carnelutti citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1065 n135. En un sentido similar, El Tribunal Supremo Federal (BGH) de Alemania expresó en un fallo pionero de 1954 que no es posible determinar con precisión qué pena es proporcional a la culpabilidad del delincuente; a partir de esa fecha no se produjeron cambios en la doctrina de la Corte, según señala Tatjana Hörnle (Cf. HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 23).

²⁸⁹ VATTIMO, Gianni (2012): “Prólogo” en ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012): *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta, p. 11.

²⁹⁰ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 29.

la de un tratado doctrinario, una novela o un sistema científico por el impacto real que tiene para la vida de las personas sobre las cuales recae una sentencia penal.

Si “*penar es algo así como un acto místico, de difícil explicación racional*” (Fleming y López Viñals)²⁹¹, o bien, una “*función sacra, consistente en reconocer en el hecho y en el autor cualidades metafísicas que escapan al conocimiento de los demás mortales*” (Ziffer)²⁹², tendríamos que afirmar con Fleming y López Viñals que “*no conviene ser tan exigente con quien lo lleva a cabo, y esto tanto desde el punto de vista del trabajo que incumbe a quien emite la sentencia condenatoria, como desde el de quien tendría el deber de interesarse por su justicia*”.²⁹³ Hemos advertido, sin embargo, con cierta claridad a lo largo de los Capítulos II y III de esta investigación que en la labor humana de individualizar las penas los jueces santafesinos desarrollan argumentos y fundamentos más o menos análogos que toman como parámetros centrales las pautas legalmente establecidas, dejando al margen cualquier teoría jurídica sobre el hecho punible, sobre los fines de la pena o la determinación del *quantum* punitivo. Sin perjuicio de algunas pocas y, por suerte, infrecuentes excepciones abiertamente arbitrarias, los jueces, por lo general, han centrado su atención y articulado de manera coincidente, aunque reiteradamente poco profunda, las consideraciones sobre aspectos centrales de la cuestión, a saber, la acción y los medios empleados en el hecho, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, el daño y el peligro causados y su alcance (intensidad), la pobreza, juventud y falta de educación del condenado, el comportamiento posterior, la conducta precedente, la reincidencia, entre otros factores importantes. Si bien los argumentos y el modo en que los magistrados los han enlazado pueden tener aristas o tonos semejantes y en tal sentido ser previsibles, lo que le daría al tratamiento de la cuestión (determinación de la pena) un aspecto de razonabilidad que implicaría un margen de discrecionalidad aceptable (“reglada”) para una sentencia, no hay, empero, forma legítima ni apropiada de establecer un puente lógico de razonabilidad o previsibilidad entre los razonamientos o estructura argumental de los mismos y la definición concreta del *quantum* de pena. La imposibilidad de alcanzar una transición exacta o, al menos, adecuada, en cuanto a la duración temporal de una pena puntual en una sentencia condenatoria justa no debe transformarse en el lamentable resultado de eliminar todo esfuerzo argumentativo al respecto en el desempeño de la función jurisdiccional de los jueces penales. En tal sentido, sería muy bueno que la praxis judicial no le dé la razón a Ziffer cuando dice que no tiene sentido discutir qué pena corresponde a un delincuente por el solo hecho de ser tal.²⁹⁴

²⁹¹ FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 197.

²⁹² ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 30.

²⁹³ FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 197.

²⁹⁴ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 184.

Por el contrario, el carácter complejo –para evitar el uso del vilipendiado término “irracional”, sólo en el sentido de no racional: ni aritmético ni geométrico ni siquiera lógico– de la transición que puede partir desde una sólida argumentación cualitativa sobre los factores determinantes de pena a la determinación cuantitativo-práctica de un monto concreto de pena (v.gr. no imponer una pena de 8 años por un homicidio simple, ni tampoco la de 9 años y 3 meses, sino la de 12 años y 9 meses) no revela sino el carácter *humano, demasiado humano* –en el sentido de finito, imperfecto–, de toda tarea u obra del hombre, por lo que la consideración de la cuantificación penal como un acto místico o sacro, tal como lo destacan los expertos, es por lo menos absurda; ello supondría además la aceptación de la irrazonabilidad o pura arbitrariedad en la decisión mística, esto es, una renuncia directa al acto de dar fundamentos plausibles o, en otras palabras, buenas razones.²⁹⁵

Ahora bien, al tornarse imposible una transformación directa o traducción adecuada (infalible) de los argumentos jurídicos en un *quantum* concreto de pena, el juez no debería tener otra alternativa que recurrir entonces, como dice Vattimo, a un parámetro o criterio orientador; y esa pauta la encuentra el pensador posmoderno en lo que denomina “*fondo de humanidad*”, “*mala conciencia*” o “*remordimiento*” que, en definitiva, será el baremo o báculo para guiar el rumbo, que no será otro que el de atemperar la tendencia proclive a agravar la pena y desplazar de este modo la balanza hacia el lado menos gravoso. En otras palabras, la inexistencia de reglas o mecanismos aritméticos concretos dentro del derecho positivo que hagan posible sumar o restar años, meses o días, según se trate de un factor agravante o de uno atenuante²⁹⁶, no puede volcarse sin más del lado punitivista sino precisamente del otro. ¿Por qué debería ser así y no de otro modo? Razones de prevención general positiva podrían justificar por poco que sea la elevación del *quantum* de la pena en comparación con argumentos que tuviesen como fin la prevención especial; y, al contrario, la prevención especial aconsejaría reducir la mensura que se hiciera desde el ángulo retribucionista o desde una teoría que busque reafirmar la vigencia de la norma.

Si nos volcásemos del lado menos punitivista en miras a realizar el imperativo de administrar justicia pese a la imposibilidad de la transición aludida, se nos podría reprochar, por ejemplo, que de ese modo el juez no administra “justicia”, pues no

²⁹⁵ Este concepto se remonta por lo menos a la filosofía helenística del escepticismo. En efecto, Arcesilao de Pitane (315-241 a.C.), quien en el 274 a.C. asumió la dirección de la Academia de Platón e instituyó el escepticismo como filosofía oficial, propuso una noción clave para la vida práctica: la doctrina de lo *razonable*. De acuerdo con Sexto, el término que éste habría usado era εὐλογον que, etimológicamente, puede traducirse por buena razón o sencillamente por lo razonable (Cf. SEXTUS EMPIRICUS (2005): *Against the Logicians*, Richard Bett (trans.), Oxford, Clarendon Press, p. 34).

²⁹⁶ Así sería si, por ejemplo, pudiéramos en el caso del homicidio simple que propusimos, elevarnos hasta 12 años y 9 meses por considerar la intensidad en el daño y el peligro causado, pero no seguir ascendiendo hasta 18 años como se podría haber solicitado desde la Fiscalía, porque se debe restar 1 año y 3 meses por falta de educación, 2 años y 9 meses por encontrarse en un estado indigencia importante y 1 año y 3 meses por ausencia absoluta de antecedentes condenatorios y causas en trámites que desde un criterio preventivo especial tornaría poco adecuado la privación de libertad en un contexto como el penitenciario.

impone la condena que el acusado merece, sino la que la compasión, el remordimiento, el sentido de humanidad o la benevolencia, le aconsejan. Incluso hasta se le podría reprochar a ese juez el uso indebido de algún tipo de falacia, como, por ejemplo: el argumento de apelación a la misericordia, que se basa en el sentimiento básico de la piedad.

Desde esta perspectiva benevolente, por así decirlo, podría beneficiarse injustamente el homicida o el violador serial u ocasional mediante la aplicación de una pena más benigna que la que rigurosamente correspondería imponerle y ello haría sospechar a la sociedad, al hombre medio o común, o incluso, al académico, si se quiere también, el valor de justicia en tal decisorio. Pero el problema es aún más hondo y complejo que lo que piensa Vattimo al decir que sería *barbarie “penar aplicando rigurosamente la ley”*, porque precisamente esto no es posible: *aplicar rigurosamente la ley*. O, para decirlo en otras palabras: ¿en qué sentido resultaría posible aplicar la ley con rigor? Sólo cabe una posibilidad, que aún pareciera subsistir en las palabras del posmoderno, a saber: resabios modernos que evocan la idea de Montesquieu que veía en el juez a un *ser inanimado que repite las palabras de la ley sin suavizarles la fuerza o el rigor*. El resquebrajamiento de los obsoletos modelos metodológicos de los Siglos XVIII y XIX –vgr. la escuela francesa de la exégesis, la escuela histórica alemana y la jurisprudencia de conceptos– que se produjo a raíz de la aparición de los nuevos paradigmas de racionalidad del Siglo XX –v.gr. las posiciones innovadoras de racionalidad como las de Arthur Kaufmann, Ronald Dworkin, Stephen Toulmin, Chaïn Perelman y Robert Alexy, entre otros– tornan insostenible el punto de vista tradicional que equipara al juez a una *máquina imparcial totalmente pasiva y mecánica que aplica normas jurídicas*. Ya no resulta aceptable mantener la clásica tesis según la cual la tarea del juez, al dictar sentencia, es una tarea mecánico-pasiva consistente en “*subsumir*” el caso concreto en la norma general bajo una mera operación lógica-silogística²⁹⁷, deduciendo así desde la ley la solución al caso tal cual lo quiso el legislador con el fin de resguardar la garantía de objetividad, racionalidad y previsibilidad de las decisiones judiciales (*asepsia valorativa*).²⁹⁸

²⁹⁷ Se trata de un razonamiento compuesto por dos premisas: una mayor –norma jurídica– y una menor –hecho jurídico– más una conclusión particular –sentencia–.

²⁹⁸ Los nuevos vientos del Siglo XX trajeron en planos diversos cambios de paradigmas importantes. En lo relativo a lo jurídico, cabe señalar que, frente al excesivo racionalismo del positivismo decimonónico, los primeros enfoques de inicios del Siglo XX, como por ejemplo: la teoría de Kelsen sobre interpretación, el realismo norteamericano de Frank y la escuela libre del derecho alemana de Kantorowicz, pusieron en evidencia que las sentencias ya no podían seguir siendo concebidas como el fruto de una operación lógica (silogismo deductivo), sino, todo lo contrario, más bien como el resultado complejo de prejuicios, intuiciones, emociones, ideologías, etc., es decir, como una opción arbitraria, sentimental; e incluso, hasta en algunos casos, fisiológica, v.gr. “*digestion theory*” del realismo americano. (Cf. GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1986): “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*.) De la confianza ciega en el silogismo a la conclusión escéptico-sentimental se pasó como si fuera algo natural, de la noche a la mañana. Las actuales teorías de la argumentación jurídica intentaron superar la situación dilemática que presenta la cuestión, partiendo de un criterio absolutamente diverso al del sistema deductivo-axiomático: el criterio práctico de la intersubjetividad en virtud del cual la verdad, en vez de ser obtenida deductiva o intuitivamente, se construye en un proceso social de participación y diálogo, de intercambio de razones y

¿De qué modo se podría aplicar hoy rigurosamente la ley cuando se trata de cuantificar? ¿Cómo se mide un homicidio cometido por un hombre pobre, inculto, y adicto en tal o cual contexto, en comparación con el cometido por una persona adinerada, culta y sana en un contexto idéntico (ello, suponiendo que tenemos baremos claros para establecer similitudes de contextos y grados de falta de cultura, etc.)? Ni el prevencionismo ni el retribucionismo pueden determinar o, al menos, colaborar en forma precisa a individualizar *quantum* de penas, aunque sí quizá puedan indicar una tendencia u orientación que aluda a un margen o marco más o menos amplio, pero no a un número preciso. Tampoco sirven aquí de mucho las pautas legales previstas por el legislador en el art. 41 CP, pues el juez que las evoque o deseche podría decidir en base a las mismas razones cantidades disímiles a las de otro juez que efectúe una selección idéntica.

En consecuencia, la indulgencia o el fondo de humanidad que exige Vattimo no es una opción en vistas a ser justos y evitar así la barbarie, sino una necesidad que emerge a nuestro criterio de la imposibilidad humana de determinar con precisión un *quantum*; fondo de humanismo que, aunque como categoría o concepto ideal, tampoco pueda traducir en números los argumentos, por lo menos brinda un rumbo, una tendencia: la tendencia a lo menos, máxime si se concibe la pena (o el castigo), al estilo de David Garland, como un complejo artefacto cultural, configurado por factores cognitivos pero también afectivos.²⁹⁹

argumentaciones. Así se seleccionó otro rumbo: en el caso de Chaïm Perelman, el modo de razonamiento tópico es el modo de razonar que se usa en los procesos judiciales (Cf. PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucy (1994): *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, p. 100 y ss.).

²⁹⁹ GARLAND, David (1999): *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México, Siglo XXI, pp. 227-230. Garland piensa que “los patrones culturales estructuran las formas en que concebimos a los criminales, proporcionando los marcos intelectuales (científicos, religiosos o de sentido común) a través de los que vemos a estos individuos, entendemos sus motivaciones y los clasificamos como casos. Dichos patrones también estructuran nuestra forma de sentir respecto de los delincuentes, no solo mediante los procesos evocadores rituales (...) sino también por medio de la conformación de nuestras sensibilidades” (GARLAND, David (1999), p. 230). En otras palabras, la cultura que, para Garland, abarca tanto un aspecto cognitivo (“mentalidades”) y otro afectivo (“sensibilidades”), determina los contornos y límites externos de la penalidad y otras cuestiones vinculadas a ella; en tal sentido, cabe preguntarse si dicha propuesta metodológica, consistente en entender el castigo como un complejo artefacto cultural que codifica símbolos y signos de una cultura más amplia, podría dar lugar al uso de una categoría como la benevolencia o fondo de humanidad, configurando así un baremo morigerador de los rigores simbólicos de las mentalidades y sensibilidades de la cultura dominante. Entendemos que el factor de la sensibilidad podría favorecer el ingreso de la categoría sentimental como la piedad o la indulgencia, aunque ello dependerá de qué tipo de sensibilidad sea la prevaleciente, pues, como afirma Garland, “el crimen y el castigo son asuntos que provocan una respuesta emocional de parte del público y los involucrados. Los sentimientos de temor, hostilidad, agresión y odio compiten con la piedad, la compasión y el perdón para definir la respuesta adecuada ante un agresor de la ley. Más aún, en la medida en que el castigo implica el uso de violencia o la imposición del dolor y el sufrimiento, su disposición se ve afectada debido a las maneras en que la sensibilidad prevaleciente diferencia entre formas permitidas y no permitidas, y a las actitudes culturales en presencia del dolor” (GARLAND, David (1999), p. 250). Y como se puede apreciar en su obra, es el propio Garland el que señala que la evolución de la sensibilidad fue lo que generó un contexto inmediato para las reformas penales y un cambio penal. (GARLAND, David (1999), p. 263). En tal aspecto, Tedesco observa cómo influyeron en el pensamiento de Garland autores como Elias y Spierenburg, siendo éste último el que a través del análisis de obras de arte, como la pintura, advierte que al comienzo la sociedad toleraba (o le era indiferente) la imposición del dolor a los convictos, pero que durante la segunda mitad del siglo XVIII causaba repugnancia esas mismas formas de imposición del castigo –la llamada *humanización de las penas*– (Cf. TEDESCO, Ignacio (2014): *El acusado en el ritual judicial*, Buenos Aires, Didot, p. 82).

Es innegable entonces que existe un abismo que se torna insalvable, a excepción de que se pruebe la existencia de Dios, esto es, de que haya un Ser Todopoderoso, es decir, que todo lo pueda. En efecto, si existiese una mente perfecta de ese tipo, que nada le fuera imposible y que, en consecuencia, pudiera traducir razonamientos en cantidades, una mente en la cual la brecha o el abismo entre los argumentos y los números se pudiese salvar, seguramente el monto exacto de una pena justa no sería para ese Ser un objetivo inalcanzable o algo meramente quimérico. Jamás podríamos pensar que, en los Círculos del Infierno de *La Divina Comedia*, Dante haya podido siquiera imaginar que era posible un desliz o un error en los castigos infligidos por la Divinidad, aunque, claro está, todos ellos, al llevar impresos el signo de la perpetuidad, la cuantificación *post-mortem* no hubiera generado problemática alguna.³⁰⁰

La cuestión de la temporalidad (duración) de la pena, que algunos denominan castigo, más precisamente de la pena más común, la de prisión, se torna en una problemática harto compleja que define la última parte de nuestra historia, por lo menos de la mitad del Siglo XVIII en adelante, y fundamentalmente de un grueso sector de la sociedad, por lo general carente de recursos, aunque no siempre. El impedimento de hallar un método preciso de cuantificación penal, la diversidad de teorías coexistentes que no conducen a una solución práctica y unívoca del asunto como así también la decisión de los jueces que por más buenos fundamentos (aunque no siempre ocurra esto de la forma esperable) que brinden en la consideración de los factores previstos en el art. 41 CP no hallan motivos claros para imponer, por ejemplo, una pena de 12 años y 9 meses de prisión y no una de 9 años y 3 meses en un caso cualquiera de homicidio simple, delinean un sendero escasamente despejado, por no decir enmarañado, y poco seguro. Los jueces, empero, tienen que seguir argumentando (motivando) la sentencia no sólo en relación con la materialidad del hecho y la autoría, sino también incluso acerca del *porqué* del *quantum* de pena seleccionado.³⁰¹ Esta tarea reviste una importancia tan grande como la tarea previa sobre la necesidad de imponer una pena. La transcendencia de tal labor debe obligar a los jueces a recurrir a “*reglas y criterios*”

³⁰⁰ En un sentido análogo, autores contemporáneos como Dworkin y Alexy proponen una tesis en algún aspecto semejante al abogar por la hipótesis de que existe una única respuesta correcta que no siempre o, mejor dicho, nunca puede hallarse (versión débil de la tesis de la respuesta única y correcta –según Aarnio–), jugando dicha idea como meta o ideal a alcanzar (idea regulativa). En efecto, la idea de Hércules propuesta por Dworkin presupone que la aplicación del derecho debería parecerse a la tarea de un “*juez filósofo*”, quien siendo poseedor de características sobrehumanas (vgr. inteligencia, paciencia, erudición y clarividencia) tiene la responsabilidad de descubrir la única respuesta objetivamente correcta para cada caso particular, conjugando en dicha decisión todos los elementos que componen el derecho: reglas, principios y directrices, y tratando el derecho como si fuera un sistema sin lagunas. A diferencia de aquellos autores, Aarnio defiende la tesis de que no existe respuesta única correcta (tesis ontológica) y por tanto tampoco puede hallarse dicha respuesta (tesis epistemológica y metodológica). (Cf. CARRILLO DE LA ROSA, Yezid (2015): “Derecho y argumentación. El puesto de la razón en la fundamentación de las decisiones judiciales” en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2015): *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. I, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; web <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>, p. 358).

³⁰¹ La propia legislación así lo exige; v.gr. artículos 1 CN, 95 CP, 140 CPP y 9 ley 13018.

*jurídicos racionalmente controlables, no discrecionales*³⁰² o, en palabras de Jeschek, a “*criterios valorativos objetivos*”³⁰³ con el fin de evitar que “*la elección de la clase y cantidad de pena, incluidas ciertas características de su ejecución*” se transforme, como dice Julio Maier, en “*un ejercicio de adivinación que, en un última instancia, comparece sólo ante el ‘sentimiento jurídico’ de los jueces que integran el tribunal sentenciador.*”³⁰⁴

No obstante, en las páginas precedentes hemos señalado que en ninguna sentencia examinada los jueces emplearon teorías o modelos teóricos del hecho punible en orden a la ardua labor de fundamentación de la determinación de la pena. Por el contrario, detectamos en varios fallos que, como señala Ziffer, a pesar de la exigencia de los ordenamientos procesales referida al acto de fundamentar la imposición de las penas concretas por parte de los jueces, la carencia de fundamentación sólida al recurrir frecuentemente a una “*serie ininterrumpida de fórmulas vacías, o incluso, la mera referencia a haber ‘tomado en consideración las circunstancias de los arts. 40 y 41, C. Penal’*”. En tal sentido hay, como abiertamente indica Ziffer, “*una práctica consolidada en los tribunales en cuanto a la innecesidad de dedicar mayores esfuerzos a la fundamentación de la pena concreta en la mayoría de los casos. La idea del arbitrio judicial para fijar la pena es la que apoya esta conducta, así como también la concepción de los marcos penales como ‘marcos de libertad’ para el juez*”.³⁰⁵

En orden a lo expuesto precedentemente, carecemos de los elementos imprescindibles o razones suficientes para concluir o abrir juicio respecto de la primera parte del dilema formulado al comienzo de esta investigación (Introducción) y del capítulo III, a saber: a) si la utilización de cierta concepción de culpabilidad o

³⁰² ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 18 y 97. A diferencia de autores clásicos como Jiménez de Asúa, Chichizola, Nuñez, Soler y Baigún, que interpretan la determinación de la pena como un acto meramente discrecional de los jueces, Zaffaroni y Ziffer, a finales del siglo pasado y recientemente Fleming y López Viñals, entre otros, presentaron obras críticas sobre los criterios adoptados por el legislador argentino en relación con la determinación judicial de la pena, abogando todos por la necesidad de una digna fundamentación en torno al tema (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1032; ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 97; FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 176).

³⁰³ JESCHECK, Hans Heinrich (1981): *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Vol. II, Barcelona, Bosch, p. 1190.

³⁰⁴ MAIER, Julio B. J. (1996): “Prólogo” en ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 14.

³⁰⁵ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 28. Más adelante, la misma autora especifica una práctica, la que se ha tornado patente en muchas de las sentencias analizadas más atrás, a saber: “*los criterios utilizados para decidir la pena suelen ser descriptos en las sentencias en forma vaga, con escasa referencia al caso concreto, y en algunos casos, se considera suficiente la mera afirmación de haber ‘tomado en cuenta las pautas de los arts. 40 y 41 CP.’ No pocas veces queda sin aclarar cómo influyen algunos de los factores en los que se apoya la pena: de la lectura de la sentencia no sólo no es posible saber cuánta importancia tuvo un factor en la decisión final, sino que ni siquiera se especifica si fue considerado para agravar o atenuar la pena...*” (ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 97). Varios son los expertos que señalan esta lamentable situación, la que parece repetirse por todos lados (no sólo Santa Fe). Así, por ejemplo, Dal Dosso señala que “*la doctrina ha puesto de relieve cómo las sentencias penales de condena ofrecían un desarrollo acabado de las cuestiones dedicadas a la existencia del hecho y presupuestos de punibilidad pero, al ingresar al tratamiento de la cuestión de la pena, el contraste era notable, pues se brindaban allí una respuesta automática o carente de justificación racional, con el sencillo expediente de haber tenido en cuenta las circunstancias de cuantificación previstas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, pero sin desarrollo argumental acerca de cómo concurrían al caso en juzgamiento o en qué sentido operaban en la escala penal –atenuante o agravante– generando entonces un defecto estructural de la sentencia que la descalificaba como acto jurisdiccional válido*” (DAL DOSSO, Darío Alberto (2015), p. 42).

determinada teoría sobre los fines de la pena ha garantizado más que otras el respeto a los derechos humanos consagrados por el sistema constitucional, convencional e internacional vigente en lo que hace a la determinación judicial de la pena. En otras palabras, no tenemos forma legítima de afirmar o negar la tesis de que tal o cual concepción de la culpabilidad o teoría del delito (modelos causalista, finalista o funcionalista) asegura más respeto por los derechos humanos en lo que atañe a la determinación de la pena, pues ningún juez asocia directa o indirectamente su mensura de la pena con alguna teoría del delito determinada

El desdén por la argumentación probablemente se deba, en primer lugar, como lo hemos indicado antes, a la imposibilidad de salvar el abismo que separa las matemáticas de las argumentaciones razonables; pues, de todas maneras, el hecho de que en algunas resoluciones haya una aceptable o, al menos, digna argumentación jurídica respecto de los factores que determinan la pena, aclarando específicamente de qué modo influye cada factor (agravando o atenuando, etc.), ello junto con otros elementos extra, digo, no salva lo insalvable que es el abismo entre los argumentos y los números, tal como advirtiera Günter Stratenwerth en 1971.³⁰⁶

En este sentido, disentimos con lo que piensa Patricia Ziffer en relación con el obstáculo insalvable que halla de Stratenwerth respecto de la determinación de la pena y la solución analógica que propone para superarlo. En efecto, no parece aceptable, desde nuestro punto de vista, la afirmación de que *“el argumento de la barrera insalvable de la transformación de los juicios de valor en cantidad numéricas plantea incorrectamente el problema. Pues no se trata de reducir ilícito culpable y pena a un denominador común –lo cual sí parece aún imposible– sino de un proceso de atribución.”*³⁰⁷ Ahora bien, ¿qué quiere decir Ziffer con *proceso de atribución*? Aclara al respecto que *“medir”* es atribuir un número a ciertos objetos, ya sean cosas ya sean hechos, de modo que las relaciones entre las cifras pueden reflejar ciertas relaciones entre las cosas, y relaciones entre los hechos. Así, para Ziffer, decir que la culpabilidad es inconmensurable o no susceptible de medición es una equivocación en el sentido de que pierde de vista el punto central del problema, *“pues nada impide, racionalmente, que a una culpabilidad de ciertas características se le atribuya una pena determinada”*.³⁰⁸ Y seguidamente asocia la forma en que funciona dicha relación con *“la relación entre dinero y mercancías; se trata de unidades diferentes, pero esto no impide que el comerciante atribuya un ‘precio’”*.³⁰⁹

³⁰⁶ Véase nuestra Nota N° 25.

³⁰⁷ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 31. Ziffer entiende que ello queda patente a través de los esfuerzos por aplicar métodos matemáticos a la determinación de la pena, lo cual se hace posible sólo cuando se toma la decisión acerca de cuáles son los factores relevantes, y cómo debe ser valorados, siendo este uno de los puntos sobre los cuales no existe acuerdo.

³⁰⁸ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 31.

³⁰⁹ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 31. Igualmente, Ziffer no parece estar muy convencida de la solución que propone, pues allí mismo dice que *“no es posible alentar la expectativa de alcanzar soluciones de una precisión absoluta.”* (...)

Si bien no somos proclives a desestimar el uso de analogías en las argumentaciones, sino que, por el contrario, nos parece un recurso válido y efectivo en muchos casos, el argumento analógico que aplica Ziffer entre el dinero de las mercancías y la pena de los acusados o, si se quiere, la pena de los hechos, no nos parece acertado ni apropiado. En primer lugar, lo que une o sirve de común denominador entre ambos razonamientos es la mención e “*unidades diferentes*”; ello, no obstante, más que semejanza, puede esconder otra cosa: desemejanza entre los objetos o conceptos que se comparan. No es lo mismo dinero que pena; no es lo mismo mercancía que personas o hechos. Por tanto, la relación no puede funcionar de la misma manera. En segundo lugar, toda relación refleja un objetivo o fin si creación humana o, al menos, cumple una función descriptiva si es “natural”. En tal sentido, el objeto o fin que procura una relación convencional (si así la considerásemos) no coincide con el que se busca en la otra. En efecto, en la relación dinero-mercancía hay una clara finalidad económica y/o de mercado que tiene ribetes propios, tales como la ley de la oferta y la demanda, entre otros tópicos relevantes. Ejemplo: si no vendo las bananas a tal precio, deberé bajarlo porque se me pudren. En cambio, en la relación pena-acusado/hecho, el fin al que se tiende puede variar de acuerdo al punto de vista teórico que se escoja, pero más allá de ello tendrá aristas que en nada pueden relacionarse a la finalidad económica o de mercado perseguida en el otro ámbito. En cualquier caso, la pena que se trate de imponer al acusado intentará colmar el ideal de justicia que se traducirá de maneras distintas para el retribucionismo clásico, o el neoproporcionalismo, o los prevencionismos, pero que en definitiva se definirá de otro modo que el modo en que lo hace el verdulero con las banabas. Ejemplo: el joven que roba un determinado objeto mediante el uso de un arma de fuego apta para el disparo recibirá una condena de prisión que oscilará entre los 6 años y 8 meses y los 20 años de prisión. El juez que deba imponer una pena de prisión concreta tendrá que valorar diversos factores (dejar de lado unos, valorar otros), desde una determinada perspectiva de justicia que fijará de modo razonable, proporcional y necesario el monto que le parezca justo. Ahora, por más que haya dado sólidos y coherentes fundamentos, en el momento en que lo haga, el juez establecerá un monto en cifras atenuadas o agravadas según las consideraciones hechas, pero jamás podrá explicar o justificar en forma acabada la cifra precisa o, dicho en otras palabras, cómo derivó en forma lógico-necesaria el monto concreto de la cadena de argumentos brindados en forma previa en torno a la determinación de la pena.

Como ya se señaló, respecto a la posibilidad de traslación desde un orden cualitativo (juicios de valor) a un orden cuantitativo (juicios de cantidad que fijan cifras numéricas), la traducción o transformación es humanamente –léase racionalmente–

imposible. Sólo un ser omnipotente y omnisciente (perfecto) podría lograr semejante pasaje o milagro de transmutación, porque nada en absoluto le estaría vedado: por definición de su esencia, todo lo puede y todo lo sabe. Pero, más allá del carácter ficcional o real de la idea sobre este ser supra humano –nadie pretende debatir aquí semejante temática–, el pasaje de un ámbito al otro está por encima de la capacidad de lo humano. Y en tal sentido, por aplicación de los más elevados principios con raigambre constitucional en este país, como, por ejemplo, el principio *pro homine* que proscribe las penas crueles, inhumanas y degradantes, el principio de reserva (art. 19 CN) que exige la intervención mínima del derecho penal que es concebido como la *ultima ratio* del Estado y a su vez presupone el principio de subsidiariedad y fragmentariedad, el principio de razonabilidad, el principio de proporcionalidad además del principio de culpabilidad, para nombrar sólo algunos entre otros principios fundamentales, junto con el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, nos indica que el esfuerzo argumentativo de los hombres que imponen condenas en su carácter de jueces debe verse acompañado o filtrado de ese trasfondo de humanidad que poco y nada tiene que ver con el carácter resentido y vindicativo que aún hoy distingue a la sensibilidad de la comunidad humana. La justicia tiene que ser otra cosa.

Ese mismo desdén argumentativo también puede deberse, en segundo lugar, a otra cuestión; al decir de Ziffer: “una vez que se ha logrado fundamentar la punibilidad de la conducta del imputado, decidir cuál es la pena a aplicar pareciera que ya no merece tanto esfuerzo. No es otra la idea que se encuentra en el trasfondo: discutir demasiado acerca de cuál es la pena a aplicar a quien ha cometido un delito no merece mayor dedicación”.³¹⁰ Tal vez el hecho de haberse confirmado el carácter de delincuente de una persona, por la condena que así lo declara, convierte el asunto de la determinación de la pena en algo irrelevante: da lo mismo que sean 8 años, 11 años y 4 meses o 15 años de prisión, o mejor aún, no da lo mismo: sería conveniente o apropiado si es más o alcanza lo máximo: “total, es un delincuente”, y en tal sentido (por ser casi “ganado”, al decir de Fichte) merece el reproche social más gravoso que en un sentido innegable confunde la justicia con la venganza y olvida casi inconscientemente o a propósito la piedad, la benevolencia o la compasión por los condenados, que acaso no sea sino el baremo humano más valioso que brinde la medida justa de pena.

La mirada actual parece apoyarse casi exclusivamente en el enfoque de la víctima; por ello se torna inexorablemente vengativa. En tal sentido el juez que decide desde allí se vuelve así en un pseudo-vengador. Como destaca Gargarella, la cobertura de los medios de comunicación –incluida la mayoría de las expresiones cinematográficas– de los hechos de violencia criminal es sesgada, pues son exhibidos por lo general desde el “punto de vista de las víctimas, de sus familiares y amigos, que

³¹⁰ ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 184.

sufren un desgarrado e inmerecido dolor”.³¹¹ No se tiene en cuenta la otra mirada, la que proporciona la complejidad integral de la cuestión criminal que incluye también la mirada del victimario. Pero ello es necesario hacerlo. Al respecto, Gargarella señala que es preciso “conocer el punto de vista de quienes han cometido tales actos, de quienes lo rodean y les tienen afecto” y ello parece captarlo mejor el arte, el cine, por ejemplo, que la dogmática o los tratados de derecho penal o los jueces que dictan condenas.³¹²

De cualquier modo, tomando en consideración los análisis efectuados en esta investigación y las conclusiones a las que arribamos, quedan algunas deudas o asignaturas pendientes, como suele suceder en las investigaciones de este tipo vinculadas a lo humano (ciencias sociales o ciencias humanas). Uno de los temas que más nos inquieta y seguirá inquietándonos es el relativo a la indagación acerca si es posible determinar desde un punto de vista práctico cuál de los modelos teóricos es el adecuado para arribar a un monto justo de pena; es posible decidir tal cuestión de manera abstracta o de otra manera: el modo concreto y práctico, pues se puede hacer esto, tal como nos propusimos aquí, analizando fallos y sus argumentos para verificar si tal tendencia punitivista se debe a tal o cual teoría.

Por lo demás, de admitirse nuestra hipótesis respecto del carácter imposible de arribar a un monto de pena perfectamente adecuado al caso concreto, no se puede concluir sin más que deban desecharse todos los esfuerzos argumentativos que hacen en menor o mayor medida los jueces a la hora de determinar la pena, empleando reglas y/o criterios jurídicos racionales que les ofrece la normativa vigente y las teorías jurídicas del delito que estimen pertinentes para la fundamentación; pues, ello asegura al menos la pretensión de que la mensura del *quantum* punitivo estará fundada o basada en motivaciones racionales, no en emociones ni en impresiones subjetivas o antojadizas ni en preconceptos atávicos que se arrastran en razón de la fuerza de la costumbre, y en tal aspecto constituirá en sí mismo el respeto más completo por los derechos humanos del condenado a una pena justa de prisión, en comparación con aquel condenado que reciba un monto arbitrario de pena, sin que esté basado en razones plausibles, o que sólo lo esté de modo aparente.

Aunque la insalvable brecha entre los argumentos y los números haga que la determinación cuantitativa sea, por más fundada que esté en buenas razones, inexorable y discrecionalmente *subjetiva* –pero no por ello *arbitraria*–, la seria fundamentación

³¹¹ GARGARELLA, Roberto (2016), p. 248.

³¹² GARGARELLA, Roberto (2016), p. 248. Es interesante el planteo de este autor que para visibilizar algunas aristas del complejo fenómeno criminal recurre a películas como *Irreversible* para ver ese lado del victimario, o a *Bus 174* a partir de la cual uno necesariamente concluye que antes de juzgar hay que conocer la biografía de quienes han cometido una falta, saber dónde viven, entender cómo juzgan lo que ellos mismos han hecho, qué razones dan y qué historia han tenido (GARGARELLA, Roberto (2016), p. 248). En particular, recientemente hemos podido ver la misma mirada en una película cuyo título es “*El motoarrebataador*” en donde la complejidad del asunto para determinar una pena es la actitud posterior que adopta el victimario respecto de la víctima, y la actitud que ésta última tiene para con su agresor devenido con posterioridad en su bienhechor.

basada en argumentos, principios y teorías configura, tanto a nivel formal como sustancial, el respeto más logrado por los derechos humanos de los que resulten condenados, en primer lugar porque tornan entendible la cadena de razonamientos que desembocan en un número y, en segundo lugar, sobre todo si el rigor cuantitativo se matiza desde el ángulo de principios cognitivo-sensitivo como el *pro homine* o el de *ultima ratio*, que por lo menos logra la empatía que presupone una mirada benevolente o, como quiere Borges, “***el amor, que nos deja ver a los otros como los ve la divinidad***”.³¹³

³¹³ BORGES, Jorge Luis (1964): “Otro Poema de los Dones” en *El otro, el mismo* (1964) de *Obra Poética* (1998), Buenos Aires, Emecé Editores, p. 268. (El resaltado en negritas es nuestro).

Bibliografía

- AAVV (2004): "El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal", J. Wolter, & G. Freund, Editores, Madrid – Barcelona, España, Marcial Pons.
- ALFONSO, Santiago y otros (2016): *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales*, Buenos Aires, La Ley.
- ALONSO RIMO, Alberto (2009): "La reconstrucción del fundamento de la pena desde una perspectiva victimológica", Buenos Aires, *Revista de Derecho Penal*, Año 2009 N° 1, *Consecuencias jurídicas del delito I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael (1998): "Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política", Madrid, Vol. LI, Universidad Complutense de Madrid, ADPCP, <http://www.cienciaspenales.net>.
- ÁLVAREZ, Ricardo Carlos María (2004): *Breves apuntes acerca del rendimiento funcional del fin preventivo especial de las penas privativas de la libertad en el Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal, El sistema penal ante las exigencias del presente*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- ANITUA, Gabriel Ignacio (2006): "Razones para el juicio por jurados en la era de la globalización"; web <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/31039-razones-juicio-jurados-era-globalizacion>.
- ARISTÓTELES (1986): *Metafísica*, trad. cast. de Hernán Zucchi, Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
- BACIGALUPO, Enrique (1996): *Manual de Derecho Penal*, Colombia, Editorial Temis.
- BACIGALUPO, Enrique (1999): "Acerca de la personalidad y la culpabilidad en la medida de la pena", en E. Bacigalupo, *Principios constitucionales del derecho penal* (pp. 257-272), Buenos Aires, Hammurabi.
- BACIGALUPO, Enrique (1999): *Delito y punibilidad*, Buenos Aires, Hammurabi.
- BACIGALUPO, Enrique (1999): "El principio de culpabilidad, reincidencia y dilaciones indebidas en el proceso", en E. Bacigalupo, *Principios constitucionales del derecho penal* (pp. 155-182), Buenos Aires, Hammurabi.
- BACIGALUPO, Enrique (1999): *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Hammurabi.
- BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano (2012): "La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad", Argentina, Buenos Aires, *Revista Jurídica Argentina*, Editorial LA LEY, pp. 689-701.
- BECCARIA, Cesare (1983): *De los delitos y de las penas*, trad. Joaquín Jordá Catalá, Barcelona, Editorial Bruguera.
- BELING, Ernest von (1944): *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito tipo*, trad. Soler Sebastián, Buenos Aires.
- BILINSKI, Mariana (2016): "Cada vez más cerca de la implementación del sistema de enjuiciamiento penal con jurados", web: <http://inecip.org/documentos/cada-vez-mas-cerca-de-la-implementacion-del-sistema-de-enjuiciamiento-penal-con-jurados-mariana-bilinski/>

- BOMBINI, Gabriel (2013): “Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena. La función referencial del mínimo de la pena dentro del marco legal”, *Revista de Derecho Penal*, Año II – Nro. 6, dic. 2013, dirigida por Alejandro Alagia, Javier De Luca, Alejandro Slokar, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y derechos humanos de la Nación, disponible en: www.infojus.gov.ar.
- BORGES, Jorge Luis (1964): “Otro Poema de los Dones” en *El otro, el mismo* (1964) de *Obra Poética* (1998), Buenos Aires, Emecé Editores.
- BOVINO, Alberto (1998): *Problemas del derecho procesal contemporáneo*, Bs. As., Ed. Del Puerto, p. 5).
- BÜSSER, Roberto (2015): *El proceso penal en Santa Fe*, Santa Fe, Librería Cívica.
- CARNELUTTI, Francesco (1999): *Cómo se hace un proceso*, trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Buenos Aires.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid (2015): “Derecho y argumentación. El puesto de la razón en la fundamentación de las decisiones judiciales” en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2015): *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. I, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 325-361; web <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2009): *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, pp. 195 y ss.
- CERESO MIR, J. (2001): “Medidas de Seguridad aplicables a las personas exentas de responsabilidad penal por padecer una anomalía o alteración psíquica” en A. Z.-G. (coord.) (2001): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, Vol. I., pp. 927-933.
- CICERO, Marcus Tullius (1913): *De Officiis*, London & New York, The Loeb Classical Library, edited by T. E. Page, Litt. D., and W. H. D. Rouse, Litt. D.
- CÓRDOBA, Fernando Jorge (2011): *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, Editorial Marcial Pons.
- DAL DOSSO, Darío Alberto (2015): “Cesura del juicio penal”, en *Revista de Derecho Procesal Penal 2015-2: El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, dirigido por Edgardo Alberto Donna, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 39-55.
- DE LA FUENTE, J. (1998): “Medidas de seguridad para inimputables” en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Bs. As., Ad-Hoc, Vols. 8-A.
- DE LA RÚA, Fernando (1994): *La casación penal*, Buenos Aires, Depalma.
- DE OLAZÁBAL, Julio (2010): *Constitucionalización del Proceso Penal santafesino*, Santa Fe, Ediciones UNL.
- DONNA, Edgardo Alberto (2001): *Teoría del delito y de la pena*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- DOUGLAS PRICE, José Eduardo (2012): *La decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores.
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel.
- ERBETTA, Daniel (2006): *Proceso formativo de la teoría del delito*, Rosario, UNR.
- ERBETTA, Daniel y otros (2008): “Prefacio” en *Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe comentado*, Rosario, Editorial Zeus.
- ESCRIBÁ GREGORI, José María (1980): “Algunas consideraciones sobre derecho penal y Constitución”, Barcelona, *Revista de Sociología*, Vol. 13.
- ESSER, Albin y BURKHARDT, Björn (1995): *Derecho penal, cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, Editorial Colex.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (2007): “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la

- pena”, Barcelona, enero, InDret 1/2007 (Revista para el análisis del derecho), <http://www.indret.com>.
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, España, Editorial Trotta.
 - FERRATER MORA, José (2004): *Diccionario de filosofía abreviado*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
 - FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009): *Las penas*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores.
 - FREUND, G. (2004). "Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal" en AAVV (2004): *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, pp. 91-128.
 - FRISCH, W. (2004). "Delito y sistema del delito" en AAVV. (2004): *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, pp. 193-280.
 - FRISCH, Wolfgang (2007): “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal”, Barcelona, Julio, InDret 3 (Revista para el análisis del derecho), <http://www.indret.com>.
 - FRISTER, Helmut (2007): “*La causalidad de la acción respecto del resultado*”, en, *Derecho penal, Parte general*, trad. de Marcelo A. Sancinetti, cap. 9, 2º ed., Manchen, Verlag, C. H. Beck.
 - FUNES, Guillermo (2016): *Prohibición de la doble valoración en la individualización judicial de la pena*, Córdoba, Lerner.
 - GARCÍA, Jorge A. L (2013): “La determinación judicial de la pena ¿Redefinición de la teoría del ámbito de juego?”, Argentina, diciembre, *Revista Derecho Penal*, Año II - N° 6, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, disponible en: www.infojus.gov.ar.
 - GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1986): “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*.
 - GARCÍA PÉREZ, O. (2007): “La Racionalidad de la Proporcionalidad en Sistemas orientados a la Prevención Especial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (09-09).
 - GARGARELLA, Roberto (1996): *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel.
 - GARGARELLA, Roberto (2016): *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.
 - GARLAND, David (1999): *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México, Siglo XXI.
 - GIMBERNAT, Ordeig (1976): “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Cívitas, pp. 57-82.
 - GONZÁLEZ-RIVERO, P. (2003): “El fundamento de las penas y las medidas de seguridad” en E. M. (coord.): *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad de Externado de Colombia, Vol. I, pp. 57-69.
 - HART, H. L. A. (1963): *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
 - HASSEMER, Winfried (1984): *Fundamentos del Derecho penal*, Trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo, Barcelona, Bosch.
 - HERNÁNDEZ, Héctor H. (director) (2010): *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica.
 - HYPOLITE, Jean (1998): *Génesis y estructura de la “Fenomenología del espíritu” de Hegel*, trad. cast. Francisco Fernández Buey, Barcelona, Ediciones Península.
 - HÖRNLE, Tatjana (2001): *Concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena*, ADPCP Vol. LIV, pp. 401-429.

- HÖRNLE, Tatjana (2003): *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la Teoría de la Determinación de la Pena en Alemania*, Buenos Aires, Editor Fabián J. Di Plácido.
- HOYOS, Jimena (2015): “Criterios de privación de libertad de imputados menores de edad”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año V – Nro. 11 dic. 2015, dirigida por Eugenio R. Zaffaroni, Ed. LA LEY, pp. 86-96.
- JAKOBS, Günther (1976): “Culpabilidad y Prevención” en JAKOBS Günther: “Moderna dogmática penal. Estudios compilados”, México DF, México, Porrúa.
- JAKOBS, Günther (1997): *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons.
- JAKOBS, Günther (1997): *Estudios de derecho penal. El principio de culpabilidad*, Madrid, Civitas.
- JAKOBS, Günther (1998). “Sobre la teoría de la pena [Zur Strafrechtstheorie]”, trad. por Manuel Cancio Melía (UAM), Colombia, marzo de 1998, Cuadernos de conferencias y artículos N° 16, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- JAKOBS, Günther (2009). “Coacción y Personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena”, Barcelona, febrero, InDret 1 (Revista para el análisis del derecho), <http://www.indret.com>.
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1993): *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Editorial Comares.
- JESCHECK, Hans Heinrich (1981): *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Vol. II, Barcelona, Bosch.
- KANT, Immanuel (2007): *Crítica de la razón pura*, trad. de M. Caimi, Buenos Aires, Colihue.
- KELSEN, Hans (1911): “Sobre los límites entre el método sociológico y el jurídico”, trad. Leandro Azuara, conferencia dictada en la Sociedad Sociológica de Viena, Editorial de J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo (2011): *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Buenos Aires, B de F.
- KUHLEN, L. (2004): “¿Es posible limitar el derecho penal por medio de un concepto material de delito?” en AAVV (2004): *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, pp. 129-152.
- LISZT, Franz von (1999): *Tratado de Derecho Penal*, T. I y T. II, trad. por Jiménez de Asúa Luis, Madrid, Reus.
- LOCKE, John (1992): *Ensayo sobre el entendimiento humano*, trad. de Edmundo O’Gorman, Bs. As., Fondo de Cultura Económica.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2008): *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores.
- LLORCA ORTEGA, José (2005): *Manual de determinación de la pena*, 6ª Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- MAIER, Julio B. J. (1996): “Prólogo” en ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 13-15.
- MARTÍN, Adrián N. (2013): “Algo más sobre determinación de la pena. Notas sobre la necesaria disminución de habilitación de poder punitivo”, Argentina, diciembre, *Revista Derecho Penal*, Año II - N° 6, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, disponible en: www.infojus.gov.ar.
- MASSINI CORREAS, C. I. (2008): “Dworkin, Finnis y la ‘única respuesta correcta’” en MASSINI CORREAS, C. I. (2008): *Objetividad jurídica e interpretación del Derecho*, México, Porrúa-U. Panamericana.
- MIR PUIG, Santiago (1996): *Derecho Penal. Parte General*, 4ª Edición, corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995, Barcelona.
- MONTESQUIEU (1748 [1982]), *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa.

- MUSA, María del Carmen (2016): “El niño preso”, en *Personas vulnerables. Familia e Infancia en Santa Fe I*, dirigida por María del Carmen Musa y Oscar Davini, Ed. Juris online, www.editorialjuris.com, pp. 111-128.
- ORELLANA WIARCO, Octavio (2007): *Teoría del delito. Sistemas causalista, finalista y funcionalista*, Porrúa.
- PAGANINI, Gianni (2008): *SKEPSIS. Le débat des modernes sur le scepticisme*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucy (1994): *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos.
- PIRES, Alvaro (1998): “Beccaria l'utilitarismo et la rationalité pénale moderne”, en Christian DEBUYST, Françoise DIGNEFFE, Jean-Michel LABADIE et Alvaro P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, Chapitre 3, pp. 83-143. La edición citada en este trabajo corresponde a la Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2004 pour Macintosh Avec l'autorisation formelle de M. Alvaro Pires, professeur de criminologie, Université d'Ottawa, le 2 août 2006.
- POSADA MAYA, Ricardo y HERNANDEZ BELTRÁN, Harold Mauricio (2003): *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, Bogotá, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- PUPPIO, Agustín (2013): “La discrecionalidad, la arbitrariedad y las cuestiones políticas en el Estado constitucional de derecho. Algunas reflexiones sobre el caso ‘Lopez’”, en *REVISTA La Ley Noroeste*, dirigida por Jorge Horacio Alterini, Buenos Aires, LA LEY, pp. 373-377.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón; CASTIÑEIRA, María Teresa (2008). “Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos” en CARBONELL, Miguel (Ed.) (2008): *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, pp. 189-220.
- ROBLES PLANA, R. (2007): “Sexual Predators’. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, Barcelona, octubre, *InDret 4* (Revista para el análisis del derecho), <http://www.indret.com>.
- RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel de (1993): *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires, Depalma, web: <https://sanasideas.files.wordpress.com/2015/08/rivacoba-funcion-y-aplicacion-de-la-pena.pdf>
- ROSATTI, Horacio (2011): *Tratado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho penal. Parte General*, Madrid, Editorial Civitas.
- ROXIN, Claus (1981): *Culpabilidad y prevención*, Madrid, Reus.
- ROXIN, Claus (1999a): *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, trad. Por Francisco Muñoz Conde, España, Editorial Reus, pp. 147-186.
- ROXIN, Claus (1999b): *Pena y Reparación*. ADPCP (LII), pp. 5-15.
- ROXIN, Claus (2000): *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ROXIN, Claus (2006): *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. Por Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi.
- ROXIN, Claus (2007): “Cambios en la teoría de los fines de la pena” en ROXIN, Claus (2007): “La teoría del delito en la discusión actual”, Lima, Perú, Grijley, pp. 70-88.
- RUIZ STAIGER, Pablo y OITANA, Marina (2017): “El juicio por jurados y su incorporación en el proceso penal santafesino, ¿nuevo paradigma o un mero simbolismo?”, en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe*, Año 7 N° 7, pp. 250-259.
- SALEILLES, Raymond (2005): *La individualización de la pena*, Bogotá, Editorial Leyer.

- SANCINETTI, M. A. (1991): *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi.
- SANS MORAN, A. (2007): “El tratamiento del delincuente habitual”, *Política Criminal*, N° 4, pp. 1-16.
- SCHÜNEMANN, Bernd (1995): *El sistema moderno de Derecho Penal, cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos.
- SCHÜNEMANN, Bernd (1995): “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo” en SCHÜNEMANN, Bernd (1995), pp. 147-178.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2000): “La culpabilidad: Estado de la cuestión”, Trad. David Felip I Saborit y Ramón Ragúes I Valles, en VV.AA. (2000): *Sobre el estado de la teoría del delito seminario en la universi dad pompeu fabra*, Madrid, S.L. Civitas Ediciones, pp. 93-128.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2002): *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal en el fin del milenio*, Madrid, Tecnos.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2003): “Prólogo” en HÖRNLE, Tatjana (2003).
- SERREAU, Rene (1962): *Hegel y el hegelianismo*, Buenos Aires, Eudeba.
- SEXTO EMPÍRICO (1993): *Esbozos Pirrónicos*, introducción, traducción y notas de Antonio Gallego Cao y Teresa Muñoz Diego, Madrid, Gredos.
- SEXTO EMPÍRICO (1996): *Hipotiposis Pirrónicas*, edición de Rafael Sartorio Maulini, Madrid, Akal.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1992): *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosch Editor.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1997): La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6), en J. M. Silva Sánchez: *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, pp. 15-49, Barcelona, J.M. Bosch.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2001): “El retorno a la inocuidad. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en N. M. (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Vol. I, pp. 699-710, Cuenca, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2003): “¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad”, en J. M. Silva Sánchez: *Normas y Acciones en Derecho Penal*, pp. 97-133, Buenos Aires, Hammurabi.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2004): “Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, en AAVV (2004): *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, pp. 15-29.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2007): “Peligrosidad”, Barcelona, InDret 4 (Revista para el análisis del derecho), <http://www.indret.com>.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2014): “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?”, Barcelona, Julio, InDret 3 (Revista para el análisis del derecho), <http://www.indret.com>.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María (2007): “La teoría de la determinación de la pena como sistema (Dogmático): un primer esbozo”, Barcelona, abril, InDret 2 (Revista para el análisis del derecho), <http://www.indret.com>.
- STRATENWERTH, Günter (2005): *Derecho Penal Parte General I – El Hecho Punible*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Cuarta Edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L.
- TEDESCO, Ignacio (2014): *El acusado en el ritual judicial*, Buenos Aires, Didot.
- TEDESCO, Omar Horacio (1994): “La crisis de la pena. La cesura y el estudio de la personalidad del justiciable” en *Revista ZEUS*, T. 65 D-123 – D-125.
- TERRAGNI, Martiniano (2016): “Actualidad en Jurisprudencia de la Justicia de Menores”, en *DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL*, dirigida por Patricia Ziffer – Mauro Divito, diciembre 2016/2, Buenos Aires, Abeledoperrot, pp. 2330-2342.

-
- TOULMIN, Stephen (2001): *Cosmópolis. El trasfondo de la modernidad*, Barcelona, Península.
 - VENTURI, Franco en la Guía a la edición de BECCARIA, Cesare (1983).
 - VIGO, Rodolfo Luis (2015): *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores.
 - VON HIRSCH, Andrew (2003): “Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena” en *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo*, Ediciones de la Universidad de Catilla-La Mancha, Cuenca.
 - WELZEL, Hans (1979): *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, Madrid, Aguilar.
 - WELZEL, Hans (1956): *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As., Roque Desalma Editor.
 - WOLTER, J. (2004): "Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma", en AAVV (2004): *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, pp. 31-89.
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2002): *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar.
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2006): *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar.
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012): *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta.
 - ZIFFER, Patricia S. (2005): *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc SRL.
 - ZIFFER, P. (2007): “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.
 - ZIFFER, P. (2008): *Medidas de Seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi.
 - ZUCCONI, Karina M. (2009): “Motivación y arbitrariedad. Reflexiones acerca de cómo se define la verdad en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal Penal 2009-1: la prueba en el proceso penal – I*, dirigido por Edgardo Alberto Donna, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
 - ZYSMAN QUIRÓS, Diego (2013): “Sistemas penales comparados y determinación de la pena en Europa”, Argentina, diciembre, *Revista Derecho Penal*, Año II - N° 6, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, disponible en: www.infojus.gov.ar.

Índice

Prólogo	1
Introducción.....	4
Capítulo I.....	15
Los diversos modelos de la teoría del delito y la determinación judicial de la pena	15
I.1 Introducción: el concepto de culpabilidad.....	15
I.2 El causalismo en sus diversas variantes: naturalista y normativista	21
I.3 La revolución del finalismo.....	34
I.4 Las diversas versiones del funcionalismo	39
I.5 La cuestión de la <i>discrecionalidad</i> y la <i>arbitrariedad</i> en el derecho penal.....	51
I.6 Parámetros legales y estándares de argumentación para la determinación judicial de la pena.....	57
Capítulo II.....	86
Las argumentaciones empleadas en los fallos judiciales del nuevo sistema penal oral de Santa Fe	86
II.1 Introducción	86
II.2 Consideraciones de los aspectos objetivos y subjetivos en la determinación de la pena	88
II.3 La valoración general o particular en la determinación de la pena	92
II.4 La indefinición cualitativa y/o cuantitativa del carácter agravante o atenuante de los factores de determinación en ciertos tipos de delitos.....	104
II.5 Peculiaridades en la determinación de la pena en los casos de cambios de calificación legal por la magistratura y según el grado de ejecución (<i>iter criminis</i>).....	107
Capítulo III	112
La valoración crítica de los fallos judiciales del nuevo sistema penal oral de Santa Fe	112
III.1 Introducción.....	112
III.2 La presencia de las teorías jurídicas en las argumentaciones judiciales	116
III.3 La preeminencia del <i>discrecionalismo</i> judicial en los fallos del nuevo sistema	118
III.4 La <i>arbitrariedad</i> o la ausencia de valoración sobre la base de criterios jurídicos racionales	119
Conclusiones: <i>La insalvable brecha entre los argumentos y los números</i>	121
Bibliografía.....	133
Índice	140