

**La determinación judicial de la pena en la legislación sancionatoria aplicable en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (faltas, contravenciones y delitos).**  
**Implicancias de un sistema acusatorio de enjuiciamiento.**  
**Rol del fiscal, del juez y punto de ingreso en la escala**

*Adrián Norberto Martín*

**Capítulo I.**  
**De una introducción acerca de los principios constitucionales que reclaman ser destacados ante el olvido que padecen al adentrarse en el mundo de las prácticas judiciales**

-I-

Ha dicho Bustos Ramírez, tal vez con una claridad y simpleza insuperable, que:

*“el eje del derecho penal y procesal radica en la pena, lo demás son sólo presupuestos de ella. Lo que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por lo tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece. Toda las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado”<sup>1</sup>*

No obstante las contundentes y convincentes palabras de Bustos Ramírez, sabido es que el ámbito de la determinación judicial de la pena está sumamente relegado, máxime si se lo compara con el grado de sofisticación y abstracción que ha alcanzado la teoría en lo que hace a la determinación de la responsabilidad por un hecho ilícito.

Cierto es que hoy por hoy, en lo que hace a determinación judicial de la pena, o “individualización” de la pena, se proclama la imperiosa necesidad de dotar a esta parte del saber jurídico de reglas y criterios racionalmente controlables y, en consecuencia, no discrecionales. Sin embargo, tal como indiqué, este aspecto de la dogmática jurídico-penal, se erige aún con timidez, una suerte de construcción de una teoría de las consecuencias jurídicas derivada de la teoría de la imputación, en pos de ponerle coto al azar y a la arbitrariedad, tan comunes en la práctica judicial de nuestros países cuando se trata de esta temática.

Es en ese sentido que se han referido autores nacionales de gran prestigio como por ejemplo Julio B. J. Maier y Raúl Zaffaroni.

Maier dice en el prólogo al libro de Patricia Ziffer:

*"la elección de la clase y de la cantidad de la pena, incluidas ciertas características de su ejecución, es hoy, entre nosotros, poco menos que un ejercicio de adivinación que, en última instancia, comparece sólo ante el "senti-*

---

<sup>1</sup> Bustos Ramírez, Juan; “Medición de la pena y proceso penal”, en *Hacia una nueva justicia penal*, Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 1989, t. I, p 329, citado por Magariños, Mario; “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”, en AAVV, *La determinación judicial de la pena*, Julio Maier (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p 71.

*miento jurídico" de los jueces que integran el tribunal sentenciador. Su debate, incluso, escasamente conforma la cuestión en juicio, porque cualquier argumento, incluidas apreciaciones generales o abstractas sobre la aplicación de circunstancias a tomar en cuenta para la medición, con cualquier grado de aproximación a la verdad —o a la falsedad— y sin discusión previa, puede ser y es utilizada para fundar la clase y la cantidad de pena elegida, y la manera particular según la cual será ejecutada, sin que rijan para ello principios básicos, incluso de carácter constitucional, que gobiernan la aplicación del Derecho Penal material y el procedimiento penal"<sup>2</sup>*

Por su parte, Zaffaroni expresa:

*"En pocas materias penales el magistrado latinoamericano está más abandonado a su suerte por la doctrina que, cuando una vez probado un delito y calificado penalmente el mismo, debe cuantificar la pena a imponer. Pareciera que allí termina la doctrina y se cae de pleno en terreno de las meras consideraciones personales, subjetivas, intuitivas, es decir, en la arbitrariedad que es incapaz de controlar y corregir cualquier instancia judicial, porque está falta de sustento racional"<sup>3</sup>*

Obviamente, no estamos planteando lo que algún autor denominó una "penometría", sino antes bien de construir un sistema que contribuya a la seguridad jurídica y, sobre todo a las garantías individuales, que supere los más graves problemas prácticos de determinación y medición de la pena que, en definitiva nos guíe indicando cual es el camino a seguir.

En esta línea Ziffer ha referido:

*"Una dogmática refinada sobre la determinación de la pena debería estar en condiciones de ofrecer una gama de recursos para argumentar con rigor a favor o en contra de una clase de pena y de su medida concreta. Para ello sería necesario superar previamente un estado de la discusión dada entre nosotros, que no vaya más allá de oscuras intuiciones sobre una "pena justa"<sup>4</sup>"El objetivo de la dogmática de la determinación de la pena debe ser, justamente, tratar de identificar y de erradicar, en la medida de lo posible, todos los elementos irracionales de la decisión"<sup>5</sup>*

En suma, no se plantea que el juez deba ser aquella "boca de la ley" que requería Montesquieu, puesto que hoy no es posible negar que los operadores no sólo aplican el derecho sino a cada instante lo crean con sus interpretaciones, mas si es necesario que esos operadores estén sometidos a claros y efectivos controles que posibiliten la discusión sobre este tópico, el ejercicio del derecho de defensa en su plenitud y, en definitiva, el arribo a una resolución razonada y que explicita dicho procedimiento para que de tal forma resulte recurrible.

La cuestión de la determinación de las penas no ha recibido por parte de la doctrina y la jurisprudencia un lugar semejante al que lograra la teoría de la imputación. En efecto, muy relegada

---

<sup>2</sup> Ziffer, Patricia; "Determinación judicial de la pena", Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, p 14.

<sup>3</sup> Zaffaroni, Raúl; "Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal", en *Revista del Colegio de Abogados penalistas del Valle*, N° 8, 1.983, Medellín, Señal Editora, 1983, p 49.

<sup>4</sup> Ziffer,; op. cit, p 19.

<sup>5</sup> Idem, p 29/30.

en la producción académica, la teoría de la determinación judicial de la pena, refleja en la práctica en buena medida una actividad mecánica, irreflexiva e intuitiva.

Por razones de espacio me abocaré, entonces a postular dos cuestiones. Por un lado, los roles que en un sistema acusatorio de enjuiciamiento tienen en lo que hace a la determinación de la sanción tanto el fiscal como el juez. Por otra parte, procuraré establecer algunos criterios para determinar cual de las penas principales corresponde aplicar en cada caso, y cual debe ser el punto en el que el operador (el fiscal, en primer lugar, y el juez, luego) deberán ingresar en la escala correspondiente para luego hacer valer agravantes y atenuantes.

## - II -

Antes de abocarme de lleno a la temática específica escogida, entiendo que es necesario establecer y reafirmar algunos principios constitucionales básicos relacionados con esta cuestión. Estas precisiones, tal vez sobreabundantes en otro ámbito, resultan imprescindibles en éste por la impronta oscurantista e intuitiva que ha predominado desde antiguo la determinación de las penas.

En primer lugar es necesario afirmar respecto del derecho penal y del derecho procesal penal<sup>6</sup> que, en palabras de Zaffaroni, “ambas disciplinas trabajan sus saberes sobre dos fuentes legales diferentes, pero que deben ser compatibles y paralelas en sus respectivos principios: no debe existir entre ellas una asimetría político criminal o ideológica. A un derecho penal limitador o de garantías, corresponde un derecho procesal penal acusatorio”<sup>7</sup>

El mencionado autor piensa al Derecho Penal como un saber que, lejos de asimilarse a la ley penal, se constituye en un ámbito que produzca construcciones dogmáticas que permitan orientar las decisiones judiciales, conforme una utilización del derecho como un saber que permita una ampliación de la aplicabilidad de los Derechos Humanos, o al menos de restringir su lesividad.

Bajo esos presupuestos este trabajo se propone incursionar en la determinación judicial de la pena y plantear las bases sobre las cuales pensar la construcción de una teoría afincada en los principios de un sistema acusatorio y respetuoso de derechos humanos.

En segundo término, es necesario destacar que el sistema de enjuiciamiento que se adopte tendrá profundos efectos en parte de la dinámica que adoptará la determinación de la pena.

A nivel de nacional, la interpretación constitucional de la doctrina más reconocida indica que el sistema de enjuiciamiento es el acusatorio. Las opiniones más autorizadas varían en la gradación de ello, pero podemos, sin embargo, pensar en un marco mínimo: el momento del debate en el tribunal de mérito. El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (CPPMI) que, algunos países de la región, e inclusive algunas provincias argentinas, han adoptado desde los inicios de los '90 como base de sus reformas procesales, contiene una etapa principal constituida por el juicio oral, precedida por dos anteriores: una preparatoria a cargo del Ministerio Público Fiscal, y una intermedia que comienza con un requerimiento fiscal es sometido a un control jurisdiccional que, en caso de acusación, puede concluir en el auto de apertura del juicio. De tal manera este código, alineado en un sistema de enjuiciamiento acusatorio, no permite realizar un juicio sin requerimiento hecho por una persona distinta a la que juzgará. Es decir, que la acusación es el acto fundado y formal, formulado por el fiscal, que determina el objeto del juicio, lo califica jurídicamente y por lo tanto lo somete a un control jurisdiccional.

---

<sup>6</sup> Utilizo estas expresiones en sentido amplio, abarcando al derecho contravencional, en tanto ambos resultan derecho sancionatorio

<sup>7</sup> Zaffaroni, Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro; “Derecho Penal. Parte General”, Buenos Aires, Ediar, 2000, p 158.

Coincido entonces en que el sistema de enjuiciamiento constitucionalmente obligatorio es el acusatorio, y ello es así en razón de las claras líneas directrices que marcan los instrumentos internacionales protectores de Derechos Humanos incorporados a la carta constitucional en 1994.

Por su parte, en el ámbito local, la Constitución de la Ciudad Autónoma establece claramente el sistema acusatorio de enjuiciamiento (art. 13), lo que ha permitido una posición doctrinaria y jurisprudencial más consolidada.

En definitiva, las características de un sistema acusatorio pueden ser pensadas con precisión expositiva por la construcción realizada por Ferrajoli de lo que ha denominado una “epistemología garantista”<sup>8</sup>.

En tal sentido, afirma que “la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás, ... comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación -con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*- ... La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzieta*) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la *carga de la imputación de la prueba*, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio.

Los conceptos centrales son la estricta legalidad y la estricta jurisdiccionalidad. La estricta legalidad viene asegurada por la estricta jurisdiccionalidad que “exige dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación”<sup>9</sup>

A su vez el mencionado en último término contiene tres subproblemas: a) la garantía de la necesidad de la prueba o verificación; b) la posibilidad de contraprueba o confrontación; y c) la garantía de la decisión imparcial y motivada sobre la verdad procesal.

Estos conceptos nos brindan herramientas básicas suficientes que, pensadas en función de una teoría de la determinación de la pena, permiten dar cuenta de cómo el funcionamiento actual de nuestro sistema de enjuiciamiento está, en lo que a la determinación de la pena, en las antípodas de uno de vertiente acusatoria.

Así, el presupuesto de la aplicación de una pena no debe ser sólo un hecho descripto como ilícito por una ley, sino también por la hipótesis de la acusación que permita la aplicabilidad de la fórmula *nulla poena nulla culpa sine iudicio*, y para que el juicio no sea apodíctico, sin base de control empírico, resulta necesario que las hipótesis asertivas (y por ende con la característica de verificabilidad o refutabilidad), sean sometidas a efectiva verificación y expuestas a refutación (*nullum iudicium sine probatione*).

La violación de estas premisas, en palabras de Ferrajoli “degrada la verdad procesal de verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, a convencimiento íntimamente subjetivo y, por lo tanto, irrefutable del juzgador”<sup>10</sup>, lo que provoca arribar a decisiones no realizadas de acuerdo a las reglas del juego: carga de la prueba y derecho de defensa. Resulta entonces una derivación obvia de lo descripto que esa forma de juzgamiento tiene una intrínseca naturaleza autoritaria.

En suma, este trabajo pretende instalar la discusión y la conciencia en los operadores judiciales que, si el sistema de enjuiciamiento constitucionalmente obligatorio es el acusatorio, corresponde que en todos sus aspectos se circunscriba las decisiones a las “tesis acusatorias formuladas conforme a las leyes, de que debe estar corroborada por las pruebas recogidas a través de técnicas

---

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi; “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”; ed Trotta, 2ª ed., 1997, traducida al español por Perfecto Andrés Ibáñez y otros

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Idem, p 43

normativamente prestablecidas, de que es siempre una verdad solamente probable y opinable y de que en la duda, o a falta de acusación o de pruebas ritualmente formuladas, prevalece la presunción de no culpabilidad, o sea, de la *falsedad formal o procesal* de las hipótesis acusatorias”<sup>11</sup>

Es por ello que al momento de determinar la cuantía de la sanción, deben jugar en forma absolutamente operativa todos los principios de un derecho penal y procesal penal políticamente fundado en una decisión de convertirse en dique limitador del ejercicio del poder punitivo del estado.

Esta discusión acerca del sistema de enjuiciamiento y la obligación constitucional de optar por uno de tipo acusatorio, ha mostrado en la jurisprudencia de los más altos tribunales en el ámbito nacional una línea poco comprometida y algo errática. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha adentrado en la cuestión en temas vinculados a la existencia de acusación o no y las posibilidades de dictar un veredicto condenatorio por parte del tribunal de juicio.<sup>12</sup> Por su parte, la Cámara Nacional de Casación Penal no ha ido mucho más allá, aunque los votos, por el momento en disidencia de la recientemente incorporada Ángela Ledesma, permiten avizorar alguna luz de esperanza.<sup>13</sup>

Diferente es la línea que ha tenido la jurisprudencia en el ámbito local. Afortunadamente la expresión clara del constituyente en el art. 13, ha permitido tanto al Tribunal Superior de Justicia como a la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas resolver numerosos casos reafirmando las bases de este sistema de enjuiciamiento.<sup>14</sup>

### -III-

Íntimamente conectado con el sistema de enjuiciamiento acusatorio, se encuentra el principio de contradicción o controversia como base del juicio constitucionalmente previsto, en tanto reaseguro del derecho de defensa.

Maier señala que una imputación implica la atribución de un hecho o una omisión en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, añadiendo que sin que exista como tal, es decir sin que sea atribuida claramente, resulta imposible defenderse.<sup>15</sup> Sobre la imputación, contenida en la hipótesis acusatoria es sobre lo que versará el debate, el contradictorio, es decir es sobre ella respecto de lo cual se discutirá, siendo el contenido de esa discusión el límite para quien habrá de resolver la controversia.

Ahora bien, permitir que al que decide la controversia en un pie de igualdad respecto de las partes se le permita incluir fragmentos del mundo fáctico o significaciones en el mundo jurídico una vez finalizado el debate, importa lesionar el principio de “igualdad de armas”, íntimamente vinculado no sólo con el derecho de defensa, sino también con el sistema de enjuiciamiento adoptado.

---

<sup>11</sup> Idem, p 45.

<sup>12</sup> Cfr. CSJN, Fallos “Tarifeño”, “Cattonar”, “García”, “Caseres”, “Santillán”, “Marcilese”, “Mostaccio”

<sup>13</sup> Cfr. CNCP Sala III, causa n° 4839 “Guzmán, José Marcelo s/ recurso de casación”, registro 101/2004, rta. el 11 de marzo de 2004; n° 4722 “Torres, Emilio Héctor s/ recurso de casación” registro 100/2004, rta. el 11 de marzo de 2004; y n° 4833, “Luján, Marcos Antonio”, registro 229/2004, rta. el 03 de mayo de 2004.

<sup>14</sup> Cfr. TSJ Fallos “Melillo, Carmen y Viera Adrián s/ art. 72” (expte. 1526), rto el 11-09-2002; y “Pariasca, Lucio León Eloy s/ art. 47” (expte. 339), rto el 29-09-2000; y CACyF, sala I, Causa 009-00/CC/2004, “Mansilla, Roberto Rubén s/189 bis CP”, rta. el 23 de febrero de 2004, en especial el voto de la jueza Elizabeth Marum.

<sup>15</sup> Maier, julio B. J.; “Derecho Procesal Penal. Fundamentos.”, Buenos Aires, Ed. Del Puerto., 1999, p 552 y ss.

Estrictamente vinculado a éste punto y a la temática general abordada en el trabajo, Garibaldi<sup>16</sup> ha referido con suma elocuencia que si los jueces no sólo pueden, sino que además deben resolver las cuestiones con absoluta independencia de lo alegado en el debate y la defensa no logra advertir, en un esfuerzo de adivinación suprema, cual es el criterio que los jueces consideran adecuado, las posibilidades de convencimiento para ella son mínimas, puesto que son nulas las posibilidades de contradecir lo no imputado. Aún más, añade Garibaldi, la ignorancia jurídica del acusador deviene una mayor indefensión del imputado puesto que el juez habrá de suplir las “omisiones” no sólo lesionando su imparcialidad, sino además en un momento procesal que le impida a la asistencia técnica del procesado discutir los criterios jurídicos y las apreciaciones sobre aspectos fácticos vinculados a la determinación de la pena.

#### -IV-

Antes de adentrarnos en cuestiones más directamente relacionadas a los específicos aspectos que deseo tratar aquí, resulta necesario destacar que resulta indiscutible que muchas de las cuestiones vinculadas a la determinación judicial de la pena está íntimamente vinculadas a la teoría de la pena que adoptemos.

Evidentemente no es aquí el lugar indicado para efectuar un análisis de esta cuestión, mas sí es necesario efectuar unas aclaraciones. Ciertamente es que si adoptamos teoría de la pena que únicamente tengan por finalidad criterios de prevención general (positiva o negativa) o de prevención especial (sobre todo en su aspecto negativo), los criterios que se deducirían de ellas resultarían abiertamente discordantes respecto de los que se derivarían de teorías retributivas. Ahora bien, cualquiera que sea la postura que pueda preferirse, a nivel constitucional está resuelta la cuestión, al menos parcialmente.

La Constitución Nacional en sus arts. 18, 19 y 75 inc. 22 en función de los arts. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como así también la Constitución local (arts. 13 inc. 4 y 9), determinan sin más que lo único que puede ser objeto de una sanción son acciones, previamente descriptas en una ley que resulten dañinas o al menos peligrosas para ciertos bienes que se declaran valiosos. En suma, la pena sólo podrá ser catalogada como legítima a la luz de estos imperativos constitucionales si es respuesta a la realización de un acto y no de características personales de un autor.

Ante ello, no cabe sino coincidir con los autores que establecen que “la medida adecuada a la culpabilidad impone un límite infranqueable a los fines de prevención especial o general, (que) impide que consideraciones ajenas a la acción ilícita y a su reprochabilidad puedan fundar o integrar la respuesta penal del estado”<sup>17</sup>

En suma, una aplicación del derecho que respete el principio de prohibición y sanción exclusivamente de acciones no podría permitir que se impusieran montos de penas superiores a la medida que se considere adecuada al injusto cometido, independientemente de que criterios de prevención pudieran operar como pautas atenuantes o aún eximentes de la sanción.

#### -V-

---

<sup>16</sup> Garibaldi, Gustavo; “El juicio criminal. Límites a la jurisdicción.”, en *Garibaldi, Bellagio y Castro*, “El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, p 38.

<sup>17</sup> Magariños, Mario; *op. cit*, p 80

Los sistemas legislativos de determinación de pena más usuales han sido catalogados en diversas clases, según los autores. Algunos han sostenido una tipología de seis clases, sin descartar los posibles sistemas mixtos. A los fines de esta exposición seguiré la clasificación de Fernando Velázquez<sup>18</sup>.

En primer lugar, un sistema de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas (códigos penales francés de 1791 y brasileño de 1830), aunado a una concepción racionalista con gran desconfianza hacia el juez. Este modelo establece en forma rígida las causas de agravación y atenuación y consecuentemente estipula un máximo cuando concurren agravantes, un mínimo cuando sólo se verifican atenuantes, y una pena intermedia si no existen ni unas ni otras o existen ambas en medidas similares.

En segundo lugar, un modelo de tabulación con señalamiento de criterios generales de tasación, seguido de atenuantes y agravantes con penas flexibles (ejemplo: Código Bávaro de 1813). Allí se indican pautas generales dentro del cual debe moverse el juez, como así también circunstancias de mayor y de menor punibilidad.

En tercer lugar se observan codificaciones que establecen un método de penas flexibles sin enunciación de criterios generales de medición de ella (Código penal francés de 1810).

Otro tipo es un régimen de tabulación de circunstancias con penas relativamente rígidas con una nómina de agravantes y atenuantes, determinándose la tasación de la pena partiendo de un marco señalado en la ley para cada figura según su gravedad (ejemplo de esta modalidad son los códigos penales español de 1822 y colombiano de 1837)

En quinto lugar, se puede concebir un patrón de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, con atenuantes genéricas no especificadas, que permita disminuir la pena en una proporción determinada expresamente (Código Zanardelli para Italia de 1889).

Finalmente, es posible uno de pautas generales de tasación de penas dentro de escalas amplias (códigos suizo de 1937, peruano de 1924 y de 1991 y argentino de 1921)

Como se ve, a excepción del primero de los modelos, en desaparición hoy día, la tendencia es no agotar la decisión en la letra de la ley puesto que existirán infinidad de conductas abarcadas por cada tipo ilícito que merecerán, en consecuencia un análisis particularizado, insusceptible de ser determinado legislativamente. Para ello las legislaciones han optado por establecer escalas más o menos amplias y, en términos generales, algunas pautas meramente enumerativas y sin un signo atenuante o agravante, aptas para tenerse en cuenta en los casos concretos a fin de establecer la pena más adecuada.

## -VI-

La justicia en lo contravencional y de faltas de la Ciudad de Buenos Aires tiene en la actualidad una competencia por cierto sumamente variada y amplia: faltas por revisión judicial a requerimiento del imputado, contravenciones y delitos que han sido transferidos a la órbita de la Ciudad Autónoma.

El presente trabajo se propone abordar un aspecto que, con sus particularidades, tiene implicancias en los tres órdenes normativos, aunque con particularidades en cada uno de ellos. Sabido es que el Código Penal, históricamente ha legislado las sanciones añadiendo a cada conducta prohibida una o más penas principales con sus correspondientes escalas. En materia de faltas la situación es similar. En cuanto a la materia contravencional, resulta pertinente efectuar algunas precisiones. A fines del mes de enero se cumplirán los ciento veinte días que establece el art. 2 de la ley 1472. A

---

<sup>18</sup> Velásquez, Fernando; “Los criterios de determinación de la pena en el c. p. peruano de 1991”, en [www.unifr.ch](http://www.unifr.ch).

partir de ese momento entrará en vigencia el nuevo Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Este nuevo cuerpo legal reemplazará al actual y primer código contravencional que tuvo la Ciudad de Buenos Aires (ley 10 y modif.). En el análisis de las diferencias sustanciales que presenta la nueva legislación debemos inexorablemente dedicarle un capítulo a la cuestión de las penas.

El viejo código en su art. 11, establecía un abanico de penas, a saber: apercibimiento, caución de no ofender, multa, reparación, prohibición de concurrencia, clausura, inhabilitación, instrucciones especiales, trabajos de utilidad pública y arresto. Si bien se discutió si los casos contemplados por el art. 22, cuarto párrafo del Código y 2º de la ley especial contravencional n° 255, eran casos donde la pena de arresto era principal y por ello obligatoria o no, lo cierto es que el sistema en su conjunto estaba dotado de una flexibilidad mucho mayor a la que permite el nuevo código.

La ley 1472 incorpora un código que contempla sólo tres penas principales (arresto, multa y trabajos de utilidad pública) y, además establece cual o cuales de ellas y en que escala son aplicables para cada contravención.

Cierto es que mantiene muchas de las penas contempladas en el código de la ley 10, pero sólo como accesorias, es decir deberían, en principio, ir siempre acompañadas de una pena principal.

Esta situación, como es obvio y como ocurre en prácticamente todos los ámbitos de la vida tiene ventajas y desventajas. No obstante ello, no es este lugar el que he escogido para evaluarlas.

Esta situación, como anticipé, análoga para faltas, contravenciones y delitos —aunque con algunas particularidades propias de cada sistema— nos permite introducirnos a la cuestión de la determinación judicial de las sanciones de forma tal que las precisiones a efectuar resulten aplicables a los tres sistemas normativos.

## **Capítulo II.**

### **De la recepción jurisprudencial en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires de aquellos principios constitucionales que reclaman ser destacados ante el olvido que padecen al adentrarse en el mundo de las prácticas judiciales**

- I -

#### **Implicancias del sistema acusatorio y del principio del contradictorio (o sobre qué se argumenta y se decide). Jurisprudencia del TSJ y de la CACvF.**

En lo que hace a estas cuestiones, considero apropiado en este punto hacer referencia a la jurisprudencia del fuero Contravencional y a la del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cuestiones vinculadas a la temática de estudio aquí fueron analizadas con cierta relevancia para efectuar derivaciones importantes, por el TSJ en el expte. n° 1526, “Melillo, Carmen y Viera, Adrián s/ art. 72 —Apelación— s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”. En él se discutió la posibilidad de que, dictado un pronunciamiento condenatorio y ante el incumplimiento de la pena impuesta, se aplique la sustitutiva de arresto sin que medie pedido del acusador, ni tampoco, obviamente, discusión previa de la defensa de los extremos valorados por el juez.

Allí la jueza Alicia E. C. Ruiz afirmó que la decisión del juez de primera instancia de modificar la pena de clausura por la de arresto lesiona diversas reglas establecidas por el art. 13, inc. 3, CCBA. Agregó que la disposición constitucional citada importa que la sustitución de la pena prevista por el segundo párrafo del artículo 11, CC requiere la postulación por parte del acusador (en vir-



tud del principio acusatorio) y la intervención también necesaria y correlativa de la defensa (en razón de la inviolabilidad de la defensa en juicio), concluyendo que “estas dos exigencias constitucionales no fueron respetadas en el trámite de la causa, de forma que se impuso una pena que priva al condenado de su libertad ambulatoria sin que éste haya tenido oportunidad de defenderse de una acusación que, paradójicamente, el fiscal no efectuó.”

Ante esta situación indicó la citada magistrada que “no cumplir con las referidas exigencias constitucionales impidió, en el caso, debatir sobre la real existencia de las situaciones que habilitan, según la ley, a sustituir una pena por el arresto...” y que “es antes de la decisión judicial que dispone sustituir una pena por otra que debe ocurrir un debate, no con posterioridad”.

El juez Julio Maier, si bien no coincidió en un todo con lo postulado por la jueza preopinante, añadió que el CPPN de aplicación supletoria en el fuero contravencional, prescribe que “la garantía de defensa para el condenado y la vigencia del principio acusatorio aun en la ejecución — ambos principios recibidos en la CCBA, 13, 3—, prescribe, por una parte, la necesidad de que los incidentes de ejecución de la pena sean planteados por el ministerio fiscal o por el condenado (y su defensor), con lo cual regula el principio acusatorio, y, por la otra, la necesidad de oír a quien está situado como *parte contraria*, para tornar efectivo el derecho a ser oído”

Por su parte, la jueza Ana M. Conde, pese a afirmar que “la extensión y aplicación del principio acusatorio consagrado en nuestra Constitución, debe ser valorada con sujeción a las circunstancias presentadas en cada caso y teniendo en mira los fundamentos de su consagración, por la que se procura que no haya ejercicio de la jurisdicción sin ejercicio de acción, que el juez no disponga de poder autónomo de impulsión de la acción”, se pronunció en forma coincidente en el caso en lo que hace al principio del contradictorio. Así señaló que “medió un error y este fue el de no correr traslado a la condenada de la documentación presentada por un tercero; pues el derecho a ser oído, como parte fundamental del derecho a la defensa en juicio, debe ser resguardado a ultranza, porque atañe a los principios basales de nuestro sistema constitucional y judicial. Es norma básica que si el contenido de una documentación habrá de utilizarse para adoptar una decisión que modifica la situación de un sujeto del proceso, éste debe tener una posibilidad clara, concreta y real de pronunciarse acerca de tal pieza y de lo que de ella se desprendería”.

Por último, el juez José O. Casás, con la adhesión del juez Guillermo A. Muñoz, centró su atención, al igual que a jueza Conde en el derecho de defensa, y afirmó que “el respeto a la garantía de defensa en juicio (art. 13 inc. 3, CCBA), imponía que el magistrado, previo a resolver la modificación de la pena, escuchara a la parte condenada en el marco del proceso de ejecución de sentencia”.

Asimismo el Tribunal Superior había destacado previamente a resolver “Melillo”, en el fallo “Pariasca” que rige en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires el sistema acusatorio y la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio. En ese sentido, el juez Maier destacó que la acusación preside el juicio, por lo que la sentencia sólo puede examinar los hechos y circunstancias descriptos en la acusación, siendo ello lo que garantiza “que la defensa sea colocada en posición de resistir la acusación, incluso mediante el control de la prueba de cargo y el ofrecimiento propio de prueba (partes del llamado principio de contradicción)”.

Como anticipé, la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, tanto en su anterior integración, como en su actual composición, ha prestado especial interés a los planteos vinculados con análisis de las implicancias del sistema acusatorio. Entre este cúmulo de pronunciamientos, resulta señera la resolución adoptada en la causa “Mansilla”, en especial el voto de la magistrada Elizabeth Marum. En dicho voto se dedicaron algunos párrafos a reafirmar las implicancias de un sistema de enjuiciamiento acusatorio y sus relaciones con el derecho de defensa y el principio del contradictorio. Así refirió que forma parte del “modelo teórico y de la tradición histórica del proceso acusatorio”, entre otras la característica de “la rígida separación entre juez y acusación —al que se considera el más importante de los elementos constitutivos del modelo—, como condición esencial de imparcialidad del juez y de que la carga de la imputación y de la prueba pesan sobre la

acusación”, destacando como típicamente del sistema inquisitivo la iniciativa del juez en el ámbito probatorio. Por su parte, con cita de Julio B. J. Maier destacó que la nota esencial del sistema acusatorio “reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro el imputado quien puede resistir la imputación ejerciendo el derecho de defenderse; el principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*) y, por otro lado, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye”

- II -

**Implicancias del sistema acusatorio y del principio del contradictorio**  
**(o sobre qué se argumenta y se decide). Derivaciones en la determinación de la pena.**

De lo expuesto es posible efectuar algunas deducciones. En primer lugar, con un grado de evidencia mayúsculo, aunque no siempre advertido en las prácticas de los tribunales es necesario destacar que un juez no debe ser pensado como alguien que tenga por función vital decidir, y así camine por la vida ajustando tuercas como aquella imagen del film “Tiempos Modernos”. Existen personas que como cualquier otro individuo trabajan, y que en este caso trabajan de jueces, es decir son funcionarios públicos que como empleados estatales concretan el servicio de justicia. En suma, son servidores públicos cuyo trabajo consiste en determinar cuestiones de acuerdo a ciertas reglas preestablecidas, respeto de dos o más posiciones acerca de una situación definida como conflictiva.

Si comenzáramos a pensar al juez desde esta perspectiva, alejándolo de la idea de semi-dios que se basta a sí mismo y que anda por la vida cargando con su función de mártir cuyo deber es “ordenar un mundo que por definición está fallado”, podríamos dar un paso gigantesco hacia el núcleo vital del sistema acusatorio de enjuiciamiento. Y ello no sólo porque deseara que esa persona que trabaja de juez pueda efectuar su tarea en una posición más adecuada y ubicada en relación al rol constitucionalmente asignado, sino porque en esta cuestión está directamente involucrado principios constitucionales de gran importancia.

Para avalar esta línea de análisis considero aplicable la doctrina que se deriva de los fallos referenciados en el apartado anterior. En efecto en ellos se evidenció que importa al sistema de enjuiciamiento acusatorio que la discusión sobre la pena debe implicar una acusación que el fiscal debe hacer, una oportunidad de defenderse o de debate que la defensa debe tener y una decisión judicial que deberá pronunciarse después de escuchar la discusión (voto de la jueza Ruiz en el fallo “Melillo”). Asimismo debe destacarse que en el precedente de mención se discutía la sustitución de una pena ya impuesta, lo que implica que con más claridad esos principios son de aplicación para la decisión de determinación de la pena originaria.

Si bien es cierto que los restantes cuatro magistrados del Tribunal Superior no compartieron en forma absoluta las derivaciones que del principio acusatorio efectuó, a mi modo de ver correctamente la jueza preopinante, no es menos claro que todos concluyeron en que sí se había afectado el derecho de defensa y el consiguiente derecho a ser oído y a manifestarse en lo que a tal o cual pieza probatoria debería derivarse a criterio de la defensa.

A partir de aquí, y de lo resuelto en los restantes fallos citados (“Pariasca” y “Mansilla”) se desprende que se halla implícito en el sistema acusatorio que es necesario una división de poderes, siendo el acusador, quien exclusivamente persigue y requiere. Ante ello, será el imputado asistido técnicamente, quien estará facultado para resistir la imputación (situación fáctica que el acusador tiene por probada derivando ello razonadamente de las pruebas producidas en el debate y que subsume jurídicamente). Por último, el juzgador deberá decidir el pleito, teniendo para ello límites,

condicionados al contenido de la pretensión del acusador, por un lado, y a la resistencia del imputado frente a la imputación, por el otro.

Ante ello, y si no es posible dudar de estas conclusiones en lo que hace al aspecto fáctico relacionado a la subsunción típica, porqué razón habremos de optar por principios propios de otro sistema de enjuiciamiento al momento de determinar la pena aplicable. La respuesta, a mi entender, está vinculada a la poca importancia dogmática que se le ha dispensado a este momento del proceso, unido a la impronta del positivismo que perdura en las prácticas judiciales. Una hipertrofia de la teoría de la imputación en la que profesores y alumnos de las facultades de derecho se pierden durante horas en casos de laboratorio, se contraponen a la diaria práctica sorda y subterránea de la aplicación de un poder sin control como lo es la aplicación de las penas. Ello, entiendo, es sólo posible bajo el paraguas de una concepción ideológica que le permita al juez apoderarse del imputado para “examinarlo”, y luego aplicarle a su discreción y sin control, graciosamente, la pena que considere sin dar mayores explicaciones, o más aún, haciendo referencia a una suerte de pautas ambiguas afincadas en criterios de peligrosidad. Es necesario desenmascarar detrás de prácticas de este tipo los efectos heredados del positivismo criminológico que aún perduran.

### **Capítulo III.**

#### **De unas pocas, pero importantes pautas que deberían ser respetadas en el momento de determinar judicialmente una pena, como derivación inequívoca de aquellos principios constitucionales que reclaman ser destacados ante el olvido que padecen al adentrarse en el mundo de las prácticas judiciales**

En esta línea trazada, habré aquí de abocarme a plantear algunas pautas que, de aceptarse los postulados reseñados, no podrían, a mi criterio, representar ningún obstáculo en la aplicación en el ámbito escogido de la determinación de la pena.

#### **-I-**

#### **Relación acusador-defensa-juez**

##### **1. El acusador establece la pena principal más gravosa que pueda ser aplicada:**

Con ello estamos diciendo que el acusador al presentar el “caso” y determinar la necesidad de pena adecuada para ello, conforme cuestiones de política criminal, determina el máximo de la jurisdicción en la cual el juez es llamado a ejercer su función. Es decir, el acusador al seleccionar un tramo fáctico, una subsunción legal y una pena principal impide al juzgador aplicar otra pena más gravosa que la escogida, como así también imposibilita que el juez aplique esa especie de pena en un monto mayor al requerido. En ese sentido implicaría tanto una violación al sistema de enjuiciamiento y al principio del contradictorio que el juzgador al momento de dictar sentencia condenara al imputado por un hecho diferente al acusado, como que lo sentenciara a una pena mayor a la propiciada por el fiscal o bien a que utilizara aspectos fácticos no valorados por el acusador como agravantes de la acción imputada.

En lo que hace a la gravedad de las penas, una cuestión poco habitual en el ámbito del código penal, algo más frecuente en la normativa de faltas, y más habitual en lo que al juzgamiento de contravenciones hace, es poder establecer qué especie es más gravosa que otra. En el Código Contravencional –ley 1472- en el artículo 22 se enumeran las penas principales de la siguiente manera: arresto, multa, trabajos de utilidad pública, debiéndoselas entender en grado de gravedad decrecien-

te, según prescribe el artículo 16. Sin embargo, esta directriz legislativa evidentemente debe funcionar como una presunción *iuris tantum*, por cuanto en casos concretos puede resultar mucho más gravoso imponer a alguien trabajos de utilidad pública que la misma cantidad o incluso más días de arresto. Entendible resulta la previsión legal que establece que la pena privativa de libertad en un establecimiento cerrado (arresto) es la más gravosa de las tres y que la pena pecuniaria (multa), pasible de ser cumplida en cuotas es la menos lesiva. Sin embargo, no resulta ilógico pensar casos concretos donde el imputado, una vez resuelta su culpabilidad, se manifieste por mantener la magnitud de pena peticionada por el fiscal, o aún, fijada por el tribunal, pero en una escala de pena en abstracto más gravosa conforme a la graduación del art. 22 del Código de fondo. Ante de pasar a otro punto debo destacar que hay una cuestión que es necesario plantear, pese a que no puedo aquí resolverla. Esta cuestión es la siguiente: ante dos especies de penas alternativas, las escalas son proporcionales entre sí, es decir el mínimo de una equivale a un grado de injusto similar al mínimo de la otra o, por el contrario se yuxtaponen sólo en parte no representando así un sistema especular sino de ampliación de facultad punitiva. Del análisis de algunos tipos contravencionales podría decirse en primer lugar que resulta habitual que ante penas alternativas propuestas por el legislador los mínimos de ellas resultan asimilables, conforme a los criterios de sustitución establecidos en el art. 22, pro lo que cierta relación refleja podría barajarse como pauta interpretativa. No obstante ello, es necesario destacar que en tipos contravencionales que se han considerado particularmente graves, o bien en cercanías de los máximos legalmente previstos estas paridades se desvirtúan totalmente, por lo que no resulta posible aquí efectuar un análisis sistemático e integrado del sistema de penas previsto en el futuro código, requiriendo en consecuencia un estudio más profundo.

En estos términos habremos entonces de valorar las pautas referidas y, para ello será necesario escuchar en cada caso a la persona condenada o en su caso a la defensa.

## **2. El acusador establece el máximo de la escala sancionatoria para esa pena**

Por los mismos argumentos referidos, es el acusador el que pone el límite al juez en lo que hace al máximo de la pena plausible de ser aplicada. Ahora bien, teniendo en consideración la posibilidad del juez de disminuir la pena en esa escala y también de pasar a una especie de pena más benigna, no descarto que en su caso el fiscal pudiera establecer los topes punitivos para las demás penas menos gravosas, conforme la fundamentación que especificaré más adelante.

Ante ello la única línea interpretativa básica es que la pena solicitada por el fiscal es el límite que tiene el órgano jurisdiccional para pronunciarse. Esto ha sido ya receptado en algunas legislaciones en lo que hace al procedimiento conocido como juicio abreviado. En este sentido, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley de Procedimiento Contravencional (ley 12), en sus arts. 43 y 60 (incorporado éste mediante ley n° 1287, para el juzgamiento de los delitos transferidos), establecen que los jueces no pueden aplicar una sanción más grave a la requerida por la acusación y acordada con la defensa.

Asimismo y en concordancia con ello, el art. 59, inc. 1°, último párrafo (incorporado pro ley 1287) reafirma el criterio sustentado por el TSJ en el fallo “Pariasca”, en cuanto que “el pedido de absolución del Ministerio Público Fiscal durante el debate o en la etapa de alegatos es vinculante para el juez”.

Así las cosas, el tribunal de juicio no puede ir más allá de la pretensión requerida por el órgano que tiene a su cargo la acusación, tal como afirma, por ejemplo Alberto Binder cuando señala que “...además del límite fijado por el legislador el juez tiene otro límite: aquel fijado por el acusador, sea éste oficial o privado”<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> *Introducción al derecho penal*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p.297

Ángela Ledesma, en su voto dictado al resolver la causa “Luján” de la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal dijo, luego de la cita referida de Alberto Binder que “el principio del *ne procedat iudex ex officio* constituye un límite al ejercicio de la función jurisdiccional en razón de que supone que el proceso puede ser iniciado únicamente si hay acusación del fiscal extraña al tribunal de juicio (cfr., en tal sentido, Fallos 325:2005 voto del Dr. Fayt). Como consecuencia de ello, el tribunal no puede expedirse más allá de lo pedido. La sentencia no puede ser “*plus petita*”, ni tampoco está facultado para fallar fuera de la pedido “*extra petita*”. Ello es así, en razón de que la acusación es la que fija el límite de su conocimiento”.

### **3. El acusador fija las agravantes que pueden ser consideradas (base fáctica de la pretensión punitiva)**

En base a lo dicho, la determinación de la pena debe estar sujeta a las reglas de juego propias del resto de las cuestiones sometidas a debate. Es el fiscal quien debe acusar por la comisión de un hecho y fijar el requerimiento de pena que estima adecuado, fundamentando en los elementos del tipo y en criterios objetivables, que luego deberá llenar de significado conforme a las pruebas que en el juicio se han realizado<sup>20</sup>.

No basta en consecuencia, que el acusador solicite un monto de pena “en base a las circunstancias del hecho, a la personalidad del autor y demás pautas del artículo aplicable”, según el código de fondo utilizado, puesto que esa fundamentación es tan arbitraria e irracional como si dijera que solicita una condena “en base a los tipos legales que se estimen aplicables, a la culpabilidad del autor y demás pruebas del debate”, por lo que en términos de política judicial es extender como representante de la acusación, un cheque en blanco para que el juez lo llene a su discreción, y en términos de garantías procesales implica privarle a la defensa de contradecir la acusación y de controlar la congruencia y proporcionalidad de la decisión.

En palabras de Maier se puede decir que el sistema acusatorio “tiene fundamental importancia para el ejercicio eficaz de la defensa de la persona perseguida penalmente: limita el objeto del procedimiento y de la decisión. ... impide que quien decide afirme la hipótesis sobre la que luego deberá resolver.”<sup>21</sup>

Nuevamente en este punto es adecuado la cita del voto de la jueza Ledesma en la causa “Luján”. Allí afirmó con cita del Prof. Julio Maier que “el tribunal puede, en la sentencia y de oficio, introducir circunstancias que eliminan o aminoran la imputación, esto es, que benefician al imputado. Es posible, así, que la sentencia incorpore, de oficio, *si resultara del debate*, una causa de justificación, o una de inculpabilidad, o una excusa absolutoria e, incluso, alguna que aminore la culpabilidad”, añadiendo que “ello es posible mientras se realice en beneficio del imputado; estándoles vedada dicha facultad si se trata de una cuestión que será valorada en su contra ya que ello implicaría violar el derecho de defensa en juicio (artículo 18 y 75 inciso 22 CN, 8.1 y 2 CADH, 14.1 PIDCyP, XXVI DADDH y 10 DUDH)”

De ello se deduce que no se trata solamente de una cuestión de máximos o de límites, sino también, y especialmente una cuestión de motivos. Ante ello, la introducción sorpresiva y extem-

---

<sup>20</sup> Sin embargo, son muchos los jueces de los Tribunales Orales en lo Criminal de la Justicia Nacional y Federal, que es el marco de la parcial investigación realizada, que entienden que el acusador no los limita en cuanto al monto de pena. Ello genera además de una lesión al principio de contradicción y de defensa, una insalvable incongruencia con el carácter vinculante que posee el pedido de absolución del acusador en el juicio (comprendido en forma unánime desde los fallos de la CSJN “Tarifeño”, “Cattonar”, “García”, “Cáceres”, Mostaccio”). En el ámbito de la Ciudad Autónoma, el principio acusatorio en este punto se encuentra más claro Cfr. TSJ “Pariasca” y aún con más claridad: “Melillo”)

<sup>21</sup> Maier, Julio B. J.; “La ordenanza procesal penal alemana”; Depalma, Bs. As., 1978, p 65.

poránea para la efectiva discusión, de razones no pedidas por las partes, y en consecuencia, no contradichas, afecta el principio de contradicción y, el consiguiente derecho de defensa.

Así, teniendo en cuenta que en un sistema acusatorio es precisamente el acusador el que fija el límite de la pretensión punitiva, y que la defensa ejerce su actividad buscando refutar la hipótesis acusatoria o intentando dejar subsistentes hipótesis alternativas más favorables, no podrá el tribunal sobrepasar el límite de la pretensión ni cambiar sus bases (fácticas o jurídicas).

#### **4. El acusador fija la proporción base fáctica - pena correspondiente**

Lógica deducción de las pautas anteriores es que el juez no puede imponer una pena mayor que la pretensión acusatoria, dado que posee jurisdicción en la medida de la pretensión de las partes, y que en el proceso penal la medida máxima la da en abstracto el legislador a través de la escala penal, y en el caso en concreto el acusador (público o privado) al momento de fijar la pretensión (alegato).

Pero además, si el juez no puede incluir otros criterios agravantes, ni sobrepasar el monto de pena pretendido, tampoco podrá condenar al *quantum* requerido si no mantiene todas las agravantes por las que el imputado fue acusado, de otra forma existiría una violación al principio proporcionalidad entre la base fáctica acusado y la pena solicitada, por un lado, y la base fáctica por la que se lo condena y la pena definitivamente impuesta, por el otro.

Este no es un criterio novedoso en la practica judicial, sino que en definitiva no es más que una adaptación a las reglas del nuevo código procesal, del principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*, es decir la imposibilidad de que un tribunal de control de la decisión modifique la resolución del que intervino en primera oportunidad más allá de lo pretendido por la parte que habilitó esa segunda instancia.

En suma, el acusador al formular la imputación y el correspondiente pedido de pena, construye además una proporción entre ambas circunstancias, que en tanto límite máximo, también forma parte del límite del juez. Es verdad que resulta de excesiva dificultad explicitar la proporción, pero la “punta de iceberg” que sí se puede observar es que la totalidad de las agravantes corresponden a la totalidad del monto de la pena peticionada, por lo que una merma en el primero de los ítems deviene una obligatoria disminución en el *quantum* de la pena, o bien en su especie.

#### **5. La defensa ejerce su función sólo en función de lo acusado**

Defenderse implica necesariamente un ataque, y ello en el marco de un juicio penal es una acusación. El sistema de enjuiciamiento acusatorio constitucionalmente impuesto tiene como pilar la división estatal entre las funciones de acusación y decisión, por lo que el límite de la pretensión y los presupuestos de ella los da el acusador. De ello se deduce lógicamente que la defensa sólo estará obligada -en la medida de su estrategia-:

- a) a discutir la existencia de los presupuestos que el acusador, con las formalidades requeridas, haya incluido como base del pedido de pena;
- b) a cuestionar el sentido agravante de esos presupuestos y la fuerza como que pauta agravante se materializa en el *quantum* pretendido; y
- c) a disconformarse con la proporción agravantes - cuantía de la pena, elegida por el acusador.

Más allá de ello, nada impide, que el imputado incluya en el debate sobre el monto de pena otros aspectos del hecho o de su vida, pero al no resultar sistémicamente obligatorio, de su no realización no puede permitirse un perjuicio a su posición.

Caso contrario, la afirmación de la jueza Ledesma en el caso citado es inevitable. Así concluyó en ese caso que “ha existido afectación del contradictorio debido a que las circunstancias in-

dicadas por los jueces para agravar la pena no han sido introducidas durante el debate ni valoradas y, por lo tanto, la defensa no ha podido defenderse correctamente”

## **6. El juez imparcial decide en la medida de lo pedido, fundamentándolo.**

Al momento de la decisión judicial, el juez no puede apartarse de la medida de lo peticionado, en esa brecha entre lo pedido por el acusador y la absolución ha quedado circunscripto el conflicto procesal. Por otra parte y derivado de su deber de fundamentar la imputación, el acusador también ha delimitado los motivos del agravio, en nuestro caso las circunstancias valoradas como agravantes y atenuantes, lo que también limita al juez quien no es todopoderoso sino simplemente un servidor público destinado a resolver la medida más adecuada en relación a dos pretensiones en tensión.

De su deber de fundamentación se deduce que deberá indicar claramente el sentido (atenuante o agravante que ha primado para una misma circunstancia)<sup>22</sup>

Zaffaroni refiere que la agencia judicial debe presionar a la agencia legislativa para que ésta no trate de desembarazarse de los conflictos con aparentes soluciones, y que como se ha dicho ya, nunca la reacción punitiva soluciona el conflicto. Por ello, la decisión de imponer una sanción debe ir acompañada de la fundamentación de por qué ello es imprescindible, y las razones de la cuantía escogida, explicando por qué no puede disminuirse más allá de lo decidido.

Sin perjuicio de lo referido, el juez además de su rol decisorio, mantiene el control de legalidad de los actos realizados durante el juicio por lo cual la existencia de una defensa que por su deficiencia coloque en indefensión a acusado, o un desempeño de la acusación pública que adolezca de graves defectos legales, permiten al juez anular los actos en cuestión y los producidos en consecuencia.

### **-II-**

## **Pena a adoptar y punto de ingreso en la escala**

Históricamente la cultura judicial respecto de esta cuestión, o para decirlo con otras palabras, la cotidianeidad de establecer montos de penas, ha dado cuenta de una doctrina fuertemente inquisitiva. Ella ha afirmado que la actividad jurisdiccional en ese ámbito es absolutamente discrecional y propia del arbitrio judicial.

Ello se ha visto agravado por la fuerte impronta con que el positivismo criminológico ha impactado en la cultura jurídica de nuestro país, coadyuvando a considerar al imputado como un objeto de estudio sobre el cual el juez tiene disposición completa, máxime cuando sobre él media una condena.

Hoy, a nivel legal y, por sobre todo a nivel constitucional, resulta inaceptable que al momento de aplicar la consecuencia del ilícito pueda afirmarse sin más que habrá de prescindirse de la estructura de enjuiciamiento que ha sido utilizada para determinar la responsabilidad del imputado en el hecho atribuido. Consentir ello importa sin más que aceptar que nos estaríamos manejando en un espacio signado por lo arbitrario y en consecuencia, por lo imprevisible.

---

<sup>22</sup> En el marco de las pautas propuestas ello debería aclararse sólo en el caso de que tanto el acusador como la defensa utilizaran la misma pauta otorgándole sentido diverso. Sin embargo, en nuestra práctica judicial, en la que la mayoría de los jueces se consideran provistos de potestad para fijar las pautas agravantes y atenuantes independientemente del pedido de las partes, este requisito de fundamentación del sentido es aún más importante.

En lo que hace al punto de ingreso en la escala penal, los modelos de códigos penales con más impronta no han definido la situación en forma expresa. Sin embargo si existen casos especiales que lo hacen, como por ejemplo el código colombiano del año 2000 o el español de 1995, pero ello no es la regla<sup>23</sup>. Por lo demás, como fue dicho, la legislación sancionatoria aplicable en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, no adopta ningún parámetro expreso.

En efecto, el sistema de penas adoptado por el Código Penal es similar al del Código Contravencional en cuanto contempla penas principales, (fijándose en algunos tipos más de una especie en forma alternativa) y penas accesorias, la forma en que se ha legislado y la tradición judicial hacen que en el ámbito de la legislación contravencional la cuestión presente complejidades adicionales.

En efecto, no sólo la inexistencia de una pauta legal respecto del punto de ingreso en la escala, sino también la alternatividad de especies de penas principales en determinados casos, imponen la obligación de la aplicación del principio de la interpretación restrictiva de toda norma que implique coartar o privar de un derecho (art. 2° del Código Procesal Penal de la Nación de aplicación supletoria en el fuero contravencional, que en definitiva no es más que la recepción legal de pautas de rango constitucional).

---

<sup>23</sup> El Código Penal colombiano (ley n° 599 del 24-07-2000), establece en el art. 61 que “el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo”. Seguidamente añade la forma en que realizará tal tarea, especificando que “sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva. Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.” Por su parte el Código Penal español, (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, (B.O.E. 24-11-1995) en su capítulo II “De la aplicación de las penas”, sección 1ª, “Reglas generales para la aplicación de las penas”, establecen criterios generales de determinación de las penas. En efecto, en su art. 66 establece que “1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1ª. Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito. 2ª. Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes. 3ª. Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito. 4ª. Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior. 5ª. Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, se aplicará la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. 6ª. Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. 7ª. Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación aplicarán la pena en su mitad superior. 8ª. Cuando los Jueces o Tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión. 2. En los delitos imprudentes, los Jueces o Tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.



Esa línea ha sido adoptada por algunos jueces comprometidos con estos análisis de estricta legalidad<sup>24</sup>, lo que procuran abrir una senda constitucional en el olvidado rincón de la determinación de la pena.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Sin pretender hacer una nómina exhaustiva es posible mencionar los votos del juez Benjamín Sal Llangués, integrante de la sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (causa n° 514, “Rodríguez, Saúl Antonio”, rta el 22-06-00), de la jueza Ángela Ledesma, integrante de la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (causa n° 4833, “Luján, Marcos Antonio”, rta el 3 de mayo de 2004 de la jueza María Cristina Camiña, integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 18 de la Capital Federal; y de los jueces Gustavo Garibaldi, María del Carmen Castro y Aníbal Bellagio, integrantes los tres del Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 de San Martín (causas n° 1984/524 “C.A.Aguirre”, rta el 22 de septiembre de 2000; n° 2086/1257, “M. A. Boccalandro”, rta. el 9 de septiembre de 2003; n° 3916/776, “J.D. Chamorro”, rta el 30 de abril de 2002, entre otras). Algunos pasajes trascendentes de estos votos son los siguientes: *"De todos los sistemas que se han desarrollado para la aplicación de la pena, ... el único que resulta bendecido por los principios constitucionales que fundan el Debido Proceso y la Legalidad Penal es el que parte de que la pena aplicable, no mediando circunstancias de agravación (del injusto o del reproche) debe ser el mínimo legal(...) Aún sin poner en duda que el mínimo legal de la pena sea el menor grado de afectación posible de los bienes del infractor (ello porque fuertes razones indican que la legalidad de la pena se limita a los máximos en el sistema de escalas) es evidente que el legislador ha considerado que un hecho que afecte un determinado Bien Jurídico -en el mejor de los casos- debe sancionarse con la pena que estima mínima".. "sólo me apartaré del menor grado de afectación de los bienes jurídicos del infractor cuando este haya dado motivos para que la imputación sea cualitativa y cuantitativamente mayor(...) Todo el sistema de la amenaza penal, de la amenaza de la pena penal, versa sobre cuál es la consecuencia derivada de esa acción amenazada, cuántos, cuáles y en qué medida habrán de afectarse los bienes jurídicos del infractor. Y la consecuencia -para todos los casos en nuestro sistema de escalas- se estima en un mínimo y un máximo. El primero destinado a los casos en que no haya ninguna razón para apartarse de él, y el segundo el límite al que se enfrenta el Juez cualesquiera que hayan sido las razones de la agravación que hayan concurrido.... "Cualquier otra propuesta resulta arbitraria. Máxime si se considera que -en materia penal- rige en plenitud el criterio de mayor restrictividad como uno de los medios de interpretación de la ley. La interpretación más restrictiva de penalidad en materia de individualización de la sanción impone afirmar que -no mediando circunstancias agravantes de las que enumera el art. 41 del Código Penal-, la pena a aplicar es el mínimo de la escala penal amenazada. (del voto del juez Benjamín Sal Llangués) Asimismo reafirmó este magistrado en la conferencia dictada en el XII Encuentro de Magistrados y Funcionarios de las Defensorías Oficiales de la Provincia de Bs. As., Bahía Blanca, 17/18 de noviembre de 2000, que. "toda otra posición me resulta arbitraria por operación del principio recientemente aludido de mayor restrictividad de penalidad. Ese criterio obliga a que, no mediando las razones de agravación que el legislador ha tasado, la pena a aplicar sea el mínimo legal. En ello advierto presente la razonabilidad republicana a la que también me he referido. Al contrario, mediando razones de agravación, podrá el juez apartarse del mínimo acercándose correlativamente al máximo, también razonablemente. Resulta además elemental que esta cuestión, como se reitera, merece que oponga la tesis del requirente a la antítesis del requerido en busca de la síntesis que es la sentencia y que va a cristalizar en la pena concreta a aplicar. En ese mismo sentido se expidió en numerosas oportunidades la jueza Camiña, afirmando por ejemplo que: "Al momento de determinar judicialmente la pena a imponer considero que el sentenciante debe partir, en razón del principio de restrictividad en la interpretación de la ley penal, del mínimo legal y apartarse de él sólo en tanto se verifiquen agravantes. Por otra parte, ese apartamiento podrá llevarlo a cabo hasta el límite de lo solicitado por la acusación, sea ella pública o privada. Ello es así toda vez que por imperativo constitucional el sistema de enjuiciamiento debe adoptar la forma más cercana a una de tipo acusatoria, con división de roles entre el juzgador y el acusador." concluyendo que. "...no resulta posible al Tribunal aplicar una condena a un monto de pena superior a la requerida en la o las acusaciones, ya que el juez penal en el estado democrático de derecho no es parte en el proceso, y es su función analizar las pruebas de las partes y decidir en base a las pretensiones de las partes sustentadas en aquellas, en tanto cumplan con los requisitos de logicidad y no sean pasibles de nulidad."*

<sup>25</sup> La CACyF, sala I, en la causa n° 072-00-CC/2004, “Prescava, David Daniel s/art. 189bis del C.P.”, rta. el 23 días de agosto de 2004, fue tentada a resolver al situación en lo que hace al punto de ingreso en la escala,

**Capítulo IV.**  
**De una breve conclusión acerca de las implicancias profundas**  
**que se hallan tras la pretendida aplicación de aquellos principios constitucionales**  
**a la determinación de la pena**

Ha dicho Robert Castel que “el método genealógico busca filiaciones ... estos efectos de novedad no excluyen, a otro nivel, las permanencias”, agregando luego que “aprender un suceso histórico partiendo de un enfoque genealógico consiste, pues, tanto en evitar convertirlo en un suceso radicalmente nuevo, como en una simple repetición del pasado; se trata de comprenderlo inserto en una encrucijada de efectos heredados y de innovación, tratando de reconocer, precisamente en aquello que el presente propone como inédito, el lastre de lo que lo ata a su propio pasado”.<sup>26</sup>

En este trabajo, sin pretender realizar un análisis genealógico, he pretendido presentar la incoherencia que sustentamos día a día cuando afinamos el lápiz con una voluntad rayana terquedad si de teoría de la imputación se trata, y dejamos librada a la suerte lo que en definitiva produce mil veces más impacto en la vida de las personas: el monto y especie de pena que se aplicará a un ilícito comprobado. La incógnita podría ser dilucidada en múltiples sentidos, mas considero que el análisis relacionado a una tradición jurídica con fuertes puntos de contacto con razones propias de sistemas de enjuiciamiento inquisitivos, y por ende, arbitrarios y antidemocráticos, está muy presente.

---

y a mi criterio, desaprovechó la situación. En ella el sentenciante en primera instancia expresamente indicó que partía de la media de la escala y fijó la pena a imponer en un año y siete meses de prisión, siendo la escala de seis meses a tres años.

26 Castel, Robert, prólogo a Álvarez-Uría, Fernando; “Miserables y locos. Medicina mental y orden social en la España del siglo XIX”, Tusquets Editores, Barcelona, 1983