

# **La justificación de la sanción penal y la discrecionalidad de derecho de los jueces: un enfoque filosófico-jurídico**

**Por Claudio Ricardo Silvestri<sup>1</sup>**

## **I. Introducción**

Todo sistema social necesita de instrumentos de control para evitar que los abusos de unos afecten o frustren las expectativas o los derechos de otros.

El Derecho Penal es un medio de control social que emplea la violencia sometida a ciertas normas jurídicas y constitucionales.

La palabra “pena” proviene del latín “poena”, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento. Para el desarrollo de este ensayo, la pena es la sanción jurídica aplicable a la persona que viola una norma alcanzada por el Derecho Penal, consistente en la privación de un bien jurídico (ej libertad, valores patrimoniales, posibilidad de ejercer un cargo o actividad, etc.) a quien, tras un debido proceso, ha sido declarado culpable de una infracción calificada como delito con anterioridad al hecho.

Este principio es el pilar del Derecho Penal y está representado por el apotegma latino: *nullum crime, nulla poena sine lege*.

Como señala Nino, las sanciones penales se distinguen de otras sanciones y medidas coactivas aplicadas por el Estado por implicar la finalidad (no necesariamente última) de poner a sus destinatarios en una situación desagradable, de infligirles sufrimiento. Si ese sufrimiento desapareciera, la pena no sólo perdería su razón de ser, sino que dejaría de ser llamada tal (sería, por ejemplo, una medida de seguridad o de rehabilitación). Es este sufrimiento implícito en la pena lo que ha movido a filósofos y juristas a buscar una justificación moral de ella que sea suficientemente convincente. Siendo la pena, y la coacción

---

<sup>1</sup> Fiscal subrogante por concurso de la CABA. Especialista en la Función Judicial Penal y Doctorando en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón. Docente del Instituto Superior de Seguridad Pública y del Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de la CABA.

en general, un elemento esencial del Derecho, la justificación moral de la pena es una condición necesaria de la justificación moral del derecho.<sup>2</sup>

Asimismo, los jueces penales tienen un ámbito importante de *discreción* al momento de determinar la pena a la persona condenada.

Según el autor citado, se trata de una discreción “de derecho”, es decir, otorgada por las reglas del sistema. El juez está facultado para elegir, por supuesto que no arbitrariamente, una pena, entre un máximo y un mínimo fijados por la ley. Una de las cuestiones más acuciantes de la filosofía del derecho es la pregunta acerca de cómo los jueces deben ejercer la discreción.<sup>3</sup>

## II. La justificación de la sanción penal

Aquí expondré las tres grandes corrientes del pensamiento, distinguiéndose las teorías: A) *absolutas o retributivas*, B) *relativas o preventivas* y C) *mixtas, eclécticas o de la unión*.

### A. Las teorías absolutas o retributivas:

El *retribucionismo* tiene como sus máximos representantes a Kant y Hegel. Para ellos, la pena tiene su justificación y fundamento en la mera retribución. Es la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota la función y fin de la pena. A través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito.

La pena no se justifica como medio para minimizar los males sociales futuros, sino como respuesta a un mal pasado, cualesquiera que sean las consecuencias que esa pena pueda tener. Esta justificación exige: a) el destinatario de la pena sea responsable por el mal que la pena retribuye y b) el mal implícito de la pena sea proporcional al mal que ella retribuye (de allí la ley del talión) y al grado de responsabilidad del agente.<sup>4</sup>

En esta corriente, Kant postula que la pena jurídica que “si todos los miembros de una comunidad acordaran disolverla, antes que ello se llevara a cabo, debería ejecutarse al último

---

<sup>2</sup> NINO, Carlos Santiago, “La valoración moral del derecho”, en *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2ª edición ampliada y revisada, 12ª reimpresión, p. 427.

<sup>3</sup> *Ibíd*, p. 432.

<sup>4</sup> *Ibid*, p. 429.

asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merecen sus hechos”.<sup>5</sup>

Hegel, basándose en la dialéctica, concibe al delito como *negación del derecho* y a la pena como la *negación de la negación*. Afirma que la pena según el ordenamiento jurídico representa la voluntad general y niega con la pena la voluntad especial del delincuente expresada en la lesión jurídica que queda anulada por la superioridad moral de la comunidad, descalificando la persecución de fines distintos a la mera retribución del derecho lesionado mediante la pena.<sup>6</sup>

Entiendo que las teorías *retribucionistas* hoy ya no son sostenibles científicamente. La idea de la retribución de algún modo aún tiene fuerte arraigo en la sociedad argentina, que reacciona frente a cualquier delito exigiendo el castigo del acusado, sin considerar soluciones alternativas a la pena (suspensión del proceso a prueba, mediación entre víctima e imputado, etc.) y, para delitos más graves o crímenes resonantes, es habitual que se alcen voces en los medios requiriendo la aplicación de la pena de muerte, contraria a normativa internacional en materia de derechos humanos. También las ideas de venganza y castigo se basan en una concepción retributiva de la penal.

Sin embargo, la misión del Derecho Penal es la protección de determinados bienes jurídicos y para cumplir esta tarea no puede concebir la pena como un instituto que prescinda de toda finalidad social.

De ahí que considero acertada la norma contenida en el art. 1° de la Ley 24.660 de ejecución penal: “*La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada*”.

### **B. Las teorías relativas o preventivas:**

Atienden al fin que se persigue con la pena. Se oponen completamente a las teorías *absolutas*. Para ellas la pena no tiene que realizar la justicia en el mundo, sino proteger a la sociedad. La pena no es un fin en sí misma sino un medio de *prevención*. Estas teorías

---

<sup>5</sup> KANT, *Metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 165.

<sup>6</sup> HEGEL, George, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Claridad, 1937, p.202.

también son denominadas *relativas*, pues encuentran fundamento y fin en la disuasión futura de una infracción penal.

En esta línea de pensamiento encontramos a Platón: *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccet* (ningún hombre prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque).<sup>7</sup>

Tenemos también la concepción moral *utilitarista*, para la cual, a diferencia de la *kantiana*, la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien la recibe haya hecho alguno malo en el pasado (eso ya no se puede evitar), sino para promover la felicidad general, haciendo que mediante las distintas funciones de la pena (desanimar a otros y al propio penado a volver a delinquir, incapacitar físicamente a éste para hacerlo, reeducarlo, etc.), en el futuro se cometan menos delitos, lo que constituye un beneficio social que puede compensar el sufrimiento implícito de la pena.

O sea que, para el utilitarismo, la pena está justificada si y sólo si: a) ella es un medio eficaz para evitar la ocurrencia de ciertos males sociales; b) ella es un medio necesario, en el sentido de que no hay otra forma menos perjudicial para evitar esos males; y c) el perjuicio que ella acarrea para su destinatario (y por ser éste un miembro de la sociedad, para ésta en su conjunto) es menor que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena no se aplicara.<sup>8</sup>

En este sentido, para Bentham, si la pena “debe ser del todo admitida, sólo debe serlo en la medida en que ella promete evitar un mal mayor”.<sup>9</sup>

Como variantes de las teorías de la prevención hallamos teorías de la prevención *general* y teorías de la prevención *especial*.

Las *teorías de la prevención general* ven a la pena como instrumento de intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para disuadir la comisión de delitos. Su principal representante fue Feuerbach, para quien la finalidad de la imposición de una pena reside en la

---

<sup>7</sup> RAYNAUD, Philippe y Stephane RIALS (coords.), *Diccionario Akal de filosofía política*, Madrid, Akal, 2001, p. 179, en <http://books.google.com.ar>

<sup>8</sup> NINO, op. cit., p. 428.

<sup>9</sup> DE LA MATA AMAYA, José, José Miguel SANCHEZ TOMAS, Rafael ALCACER GUIRAO *et al.*, *Teoría del delito*, Escuela Nacional de la Judicatura de República Dominicana, Santo Domingo, 2007, pp. 52-53, en <http://books.google.com.ar>

fundamentación de la efectividad de la amenaza penal. La pena es como una *coacción psicológica* ejercida en todos los ciudadanos para que no delincan.<sup>10</sup>

Para las *teorías de la prevención especial* la pena procura apartar al que ya ha delinquir de la comisión de futuros delitos, a través de su corrección o intimidación, o a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad.

Su principal representante es Franz Von Liszt. Para esta postura, para que el delincuente no vuelva a delinquir es necesaria una triple dimensión de la pena: 1º) intimidación: dirigida al delincuente como un aviso de la sanción que puede ser objeto al cometer un acto previsto como delito; 2º) resocialización: el delincuente es susceptible de corrección mediante la educación durante el tiempo que cumple sanción; 3º) inoquización: dirigida a la anulación del delincuente habitual, con una sanción penal por tiempo indeterminado e incluso la pena de muerte.<sup>11</sup>

Con relación a estas teorías, entiendo que es incorrecto y peligroso para la seguridad jurídica pensar que la justificación y fundamento de la pena es prevención general o prevención especial, de modo excluyente. No se impone una pena sólo porque es necesario disuadir a las personas de la comisión de delitos, o porque se estime que es necesario someter a tratamiento al condenado.

También se le aplica pena porque ha cometido una infracción penal, dolosa o culposa, por acción u omisión y su *quantum* no debe sobrepasar en intensidad los límites de la culpabilidad y proporcionalidad entre la conducta reprochada y la respuesta punitiva. La legitimación de la pena de muerte es otra cuestión que merece mi cuestionamiento.

### **C. Las teorías mixtas, eclécticas o de la unión:**

Tratan de mediar entre las teorías absolutas y relativas como una solución en el debate entre las diversas escuelas.

---

<sup>10</sup> CASABAN MOYA, Enric (ed.), *XVI Congrés Valencia Filosofia*, Generalitat Valenciana, Societat de Filosofia del País Valencia, 2006, p.288, en <http://books.google.com.ar>

<sup>11</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis, Ulfrid NEUMANN y Adán NIETO MARTIN (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Estudios nro. 91, 1ra. edición, Henares, 2003, p. 209, en <http://books.google.com.ar>

Lo fundamental para ellas sigue siendo la pura retribución del delito cometido y sólo dentro de ese marco retributivo, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos.

Tras constatar que apenas se formula la pregunta acerca de la justificación de la pena aparecen dos concepciones contrapuestas, la retribucionista y la utilitarista, Rawls sugiere que uno y otro principio aparecen comprometidos en niveles distintos: mientras que el principio de utilidad es pertinente para la justificación de la práctica del castigo, el principio de retribución es pertinente para la justificación de actos particulares de punición efectuados al interior de esa práctica justificada de modo utilitarista.<sup>12</sup>

Roxin expresa que la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un efecto preventivo general en la comunidad. En este sentido habla más de prevención general positiva que de intimidación general y persigue reforzar la confianza social en el Derecho.<sup>13</sup>

Nino ve posible combinar aspectos positivos del utilitarismo y retribucionismo en una *justificación coherente de la pena*. La imposición a un individuo de una carga o sacrificio socialmente útil está justificada si es consentida por éste. Es razonable decir que una persona consiente lo que sabe que son consecuencias necesarias de su conducta voluntaria. Si alguien ejecuta libre y conscientemente un acto sabiendo que éste tiene como consecuencia normativa necesaria la pérdida de la inmunidad contra la pena de que los ciudadanos normalmente gozan, él consiente en perder tal inmunidad, o sea en contraer responsabilidad penal.

Como esta teoría consensual de la pena requiere conocimiento de que la responsabilidad penal es una consecuencia necesaria de una acción voluntaria, de ella se infiere la ilegitimidad de penar a un inocente, la exclusión de leyes retroactivas y la exigencia de conocimiento de los hechos y del derecho.<sup>14</sup>

A mi modo de ver, como la retribución mira al pasado (al delito cometido) y la prevención al futuro (a evitar que se vuelva a delinquir), las teorías *mixtas* tienen el mérito de

---

<sup>12</sup> RAWLS, John, "Two concepts of rules", *The philosophical review*, 1955, en <http://filosofia.dafist.unige.it/dot/filosofiaXXI/rawls.pdf>

<sup>13</sup> ROXIN, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos de Derecho Penal*, traducido por Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, p. 19 y ss.

<sup>14</sup> NINO, op. cit., p. 431.

haber superado la parcialidad de aquéllas, que sólo fijan su atención en partes del fenómeno de la pena.

Sin embargo, pueden resultar insuficientes. En efecto, no existe una justificación, función y fin únicos de la pena. Esta constituye un fenómeno pluridimensional con diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece.

En este punto, cuando el legislador prohíbe una conducta tipificándola como delito y amenazándola con una pena, existe una idea de prevención general negativa, porque pretende disuadir a los miembros de la comunidad de que delincan.

Si a pesar de esa amenaza punitiva se llega a cometer el delito, entonces corresponde aplicar al responsable la pena por ese hecho. Allí predomina en la aplicación de la pena una idea de retribución o prevención general positiva, más aspectos preventivos especiales.

Por último, en la etapa de ejecución de la pena predomina la idea de prevención especial, sobre todo en los supuestos de penas privativas de libertad. Ello lo entiendo así porque, en consonancia con el art. 1° de la Ley 24.660 citado, el condenado que se halla en prisión debe recibir la educación y socialización suficiente para lograr su rehabilitación y regresar a la vida en comunidad sin reincidir en el delito.

### **III. La discrecionalidad de derecho de los jueces penales**

Para algunos autores, los jueces no disponen de poder discrecional. En este sentido, para la concepción tradicional sobre la actividad judicial, originada en la escuela de la exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos alemana, que caracteriza la tarea de los jueces como consistente en la aplicación mecánica de ciertas reglas a determinados casos, sin que los jueces tengan la posibilidad ni la función de efectuar una reelaboración de tales reglas. Tal concepción clásica considera el razonamiento judicial como un *silogismo*, cuya premisa mayor es la norma jurídica aplicable, la premisa menor es el hecho que se juzga, y la conclusión es la solución del caso.<sup>15</sup>

Kelsen rechaza la distinción entre creación y aplicación del derecho; sostiene que los jueces crean normas (sentencias) y las leyes con frecuencia dejan un margen de apreciación importante (por ejemplo, cuando en Derecho Penal le permiten escoger entre una pena máxima o una pena mínima), pero el juez no crea normas generales, no hay jurisprudencia,

---

<sup>15</sup> NINO, op. cit., “Intepretación de las normas jurídicas”, p. 295.

salvo que la ley autorice la creación de normas generales por vía judicial. En una variante de esta teoría, Dworkin postula la “respuesta correcta” (*one right answer*) y señala que el juez descubre la solución a partir del conjunto del sistema jurídico y no ejerce poder creador.<sup>16</sup>

En *Taking Rights Seriously*, Dworkin ha desarrollado su pensamiento acerca de cómo los jueces deben ejercer su discreción en una sociedad democrática.

Para él, las restricciones a que deben someterse están dadas por: 1) La “*doctrina de la responsabilidad política*”, que estipula que los jueces, como los demás funcionarios públicos, deben adoptar sólo aquellas decisiones que puedan justificar sobre la base de una teoría general que permita justificar también las otras decisiones que se propone adoptar. 2) Distinción entre *principios que establecen derechos y políticas que fijan objetivos sociales colectivos*; los jueces deben atenerse a juzgar de acuerdo con principios, dejando las consideraciones referidas a políticas a los otros poderes del Estado. 3) Deben justificar todas las normas institucionalmente reconocidas, de origen legislativo o jurisprudencial (*consistencia articulada*).<sup>17</sup>

Nino opina que no hay nada malo en considerar el razonamiento judicial como un silogismo. Lo incorrecto es pensar que las premisas de ese razonamiento (las normas jurídicas relevantes y la descripción de los hechos decisivos) se obtengan por procedimientos mecánicos. No es que los jueces no realicen un razonamiento deductivo al fundamentar una decisión, sino que la elección de las premisas y las reglas de inferencia de su razonamiento exigen una verdadera labor creativa.<sup>18</sup>

En este mismo orden de ideas, Tropper expresa que no se puede considerar que los jueces puedan ser limitados a la producción de silogismos, puesto que estos jueces disponen de un margen de poder discrecional y, sobre todo, del poder de elegir la ley aplicable y de determinar su significado.<sup>19</sup>

Para Bordieu, la regla obtenida de un caso precedente no puede jamás ser pura y simplemente aplicada a un nuevo caso, porque no hay jamás dos casos perfectamente

---

<sup>16</sup> TROPER, Michel, “El Poder Judicial y la democracia”. Traducción del original en francés por Rolando Tamayo y Salmorán, p. 68, en

<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/dvj/jyd01/jyd01-poder.pdf>

<sup>17</sup> NINO, op. cit., “La valoración moral del derecho”, p. 434.

<sup>18</sup> NINO, op. cit., “La interpretación de las normas jurídicas”, pp. 295/296.

<sup>19</sup> TROPER, op cit., p. 71.

idénticos y el juez debe determinar si la regla aplicada al primer caso puede o no puede ser extendida de manera que incluya el nuevo caso. Dispone de una autonomía parcial que constituye ciertamente la mejor medida de su posición dentro de la estructura de la distribución del capital específico de autoridad jurídica. Sus decisiones, que se inspiran en una lógica y en valores muy próximos a aquellos contenidos en los textos sometidos a su interpretación, tienen una verdadera función de *invención*.<sup>20</sup>

Gargarella sostiene que los jueces son concedores del derecho que reciben, en términos de demandas judiciales, las quejas de aquéllos que se consideran maltratados por el poder político. Es por eso, y no porque se trate de un cuerpo de sabios, que esos jueces quedan en condiciones de marcarle a los legisladores aspectos que aquéllos pudieron olvidar o indebidamente descuidar. Finalmente, conviene señalarlo, son los propios ciudadanos de a pie los que alertan a los jueces sobre posibles faltas, errores, “olvidos” o imprecisiones de la ley.<sup>21</sup>

En mi opinión, los jueces penales, a los efectos de determinar la pena del condenado, ejercen una discrecionalidad guiada por una lógica interna y cuyo resultado es una acción social relevante con impacto inmediato en la sociedad.

Coincido con Nino en que se trata de una discreción “de derecho”, en que el juez está facultado para elegir una pena, entre un máximo y un mínimo fijados por la ley para el tipo penal correspondiente.

Pero dicha facultad discrecional no puede ser arbitraria. La propia ley brinda al juez pautas a tener en cuenta: circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso; la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor

---

<sup>20</sup> BORDIEU, Pierre, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Desclée de Bouver, [1986] 2000, pp. 176-177.

<sup>21</sup> GARGARELLA, Roberto, Réplica a ‘Las paradojas de la democracia deliberativa’ de Andrés Palacios Lleras”, en *Revista Jurídicas*, vol. 3, nro. 2, julio-diciembre 2006, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia, p. 188.

peligrosidad. El juez debe tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso (arts. 40 y 41 del Código Penal).

En este sentido, vemos cómo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Cámara Federal de Casación Penal y otros tribunales penales se involucraron de manera activa en cuestiones de gran trascendencia social, por ejemplo en materia de estupefacientes.

En efecto, en el caso *ARRIOLA*, el Alto Tribunal estableció que es inconstitucional castigar a un adulto por consumir estupefacientes si no pone en riesgo a terceros. El fallo estableció que dicha conducta está protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Asimismo exhortó a los otros poderes a fijar políticas contra el tráfico ilícito de estupefacientes.<sup>22</sup>

De este modo, la Corte dio claras señales de previsiones legales o medidas contrarias a derecho. Las reglas interpretativas que surgen de la sentencia mencionada no sólo se limitaron al caso en que fueron dictadas, sino que, a partir de allí, son aplicadas por los tribunales inferiores a un universo de causas de estupefacientes en todo nuestro país.

La Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, en el voto mayoritario del caso *RIOS*, Mauricio David, en que el imputado había sido condenado a cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo por comercialización de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en concurso real (pena mínima prevista por *art. 5° inc. "c" de la ley 23.737*), señaló que: *"...teniendo en cuenta las particularísimas circunstancias verificadas en el caso, especialmente la escasa afectación al bien jurídico tutelado por la norma, el tope mínimo indicado, excede la medida de culpabilidad, en franca violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes..."*.

Destacó que: *"...el encartado Ríos no pertenece a una organización dedicada al tráfico de narcóticos con gran capacidad operativa, sino que comercializaba estupefacientes en forma solitaria y en pequeñas cantidades...se trataba de marihuana y no de otra substancia de mayor poder adictivo y lesivo para la salud...la cantidad de droga secuestrada no sólo es extremadamente escasa, sino que su concentración de THC no superaba el 3%..."*

---

<sup>22</sup> CSJN, "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° □9080", 25 de agosto de 2009, en <http://www.cij.gov.ar/nota-2156-La-Corte-no-orden--la-despenalizaci-n-general-del-consumo-de-marihuana.html>

Además valoró la falta de antecedentes penales de la persona juzgada, su estrecha situación económica y que tenía cinco hijos menores de edad a su cargo.

Por tales razones y en línea con lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal, sostuvo que: “...la sanción a imponer, no debe superar los tres años de prisión...Los límites mínimos de las escalas legislativas penales...”, “tienen valor de regla general...no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía...señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos...”<sup>23</sup>

Lo expuesto hasta aquí me conduce a disentir con la escuela de la exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos alemana, según las cuales los jueces no dispondrían de poder discrecional y el razonamiento judicial constituiría un mero silogismo; con Kelsen, en cuanto a que no habría jurisprudencia; y con el no ejercicio de poder creador por los jueces que plantea Dworkin.

Critico la distinción entre principios y políticas que sustenta este último autor en su teoría. Opino que en la práctica tal distinción no es tan clara y los jueces no pueden ignorar objetivos sociales colectivos legitimados por órganos democráticos, ni renunciar a decidir en base a principios que consideran válidos.

La consideración, por parte del juez penal, de atenuantes y agravantes para determinar la pena dentro de una escala establecida por la ley y el activismo de la Corte Suprema y la Cámara Federal de Casación Penal en los casos ARRIOLA y RIOS, respectivamente, citados como ejemplo, son demostraciones de la existencia de un poder discrecional reglado y de un poder creador en los jueces.

Estoy de acuerdo entonces con Nino, en cuanto a que las normas jurídicas relevantes y la descripción de los hechos decisivos no se obtienen meramente por procedimientos mecánicos, sino que en el razonamiento deductivo de los jueces al fundamentar una decisión,

---

<sup>23</sup> CFCP, Sala II, Causa n° 6261 “Ríos, Mauricio David s/recurso de casación”, 16 de abril de 2013, en <http://www.cij.gov.ar/nota-11192-Fijan-la-relatividad-de-los-l-mites-m-nimos-legales-penales-frente-al-compromiso-de-principios-de-orden-superior.html>

la elección de las premisas y las reglas de inferencia exigen una verdadera labor creativa; con el margen de poder discrecional, del poder de elegir la ley aplicable y de determinar su significado, que destaca Troper; con la afirmación de Bordieu, en el sentido que los jueces deben determinar si la regla aplicada al primer caso puede o no puede ser extendida de manera que incluya el nuevo caso, disponen de una autonomía parcial y tienen una verdadera función de invención; y con Gargarella, en cuanto a que los jueces quedan en condiciones de marcarle a los legisladores aspectos que aquéllos pudieron olvidar o indebidamente descuidar y sobre posibles faltas, errores, “olvidos” o imprecisiones de la ley.

La ley es obligatoria para los jueces, quienes están obligados a respetarla. No obstante ello, corresponde considerar que no tienen el deber de apegarse ritualmente a su contenido, sino que es necesario que sean capaces de utilizar la legislación vigente de manera racional y crítica.

De lo contrario, no cumplirían la función de control que posee el Poder Judicial y se verificarían violaciones de derechos individuales.

Las normas pueden y deben ser revisadas. De nada sirve un precepto que no cumple con la finalidad para la cual fue creado o no atiende a la realidad a la cual se aplica.

En definitiva, la individualización judicial de la pena y los controles de legalidad que efectúan los jueces en el marco de su discrecionalidad de derecho y su labor creativa, permiten producir análisis integrales de cada problemática, favoreciendo un enriquecimiento recíproco entre quienes redactan las leyes, quienes las interpretan teóricamente y quienes las aplican al caso concreto.