

“Algunas reflexiones críticas sobre la determinación judicial de la sanción penal”¹

Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, abril 2020

La pena es una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos²

Sumario: I Presentación. II Las normas. III El comentario IV El tratamiento de la cuestión en el ACPA V El comentario VI Algunas notas sobre la equidad y el perdón VII El carácter meramente indicativo de los mínimos en las escalas penales VIII Epílogo

I Presentación

I.1 El maestro Luigi Ferrajoli escribió lo siguiente: “... *“La historia de las penas es sin dudas más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos; porque más despiadadas, y quizás más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superiores al producido por la suma de todos los delitos”*”.

También nos enseña que la pena debe ser **necesaria y la mínima de las posibles** si se comparte su fin de prevención de nuevos delitos y **que el valor de la persona humana comporta una limitación fundamental a la calidad y cantidad de pena por sobre cualquier argumento de naturaleza utilitaria³**.

Creo que a análoga conclusión se llega si se parte de una visión agnóstica de la pena, que afirma la naturaleza irracional del poder punitivo y reivindica al saber penal como dique de contención de esa irracionalidad, cuyo menester es reducir a su mínima y necesaria expresión dicho poder. Desde esta perspectiva también resulta correcto afirmar que la sanción penal a imponer a una persona responsable de la realización de un injusto penal debe cumplir tales exigencias.

De todos modos y tal como lo veremos más adelante, el ejercicio del poder punitivo en lo que creo es su punto culminante: determinar el tipo y la intensidad del castigo a aplicar a una concreta persona, encuentra sus límites ciertos y precisos en los principios contenidos en nuestra Constitución Nacional⁴ y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con expresa jerarquía constitucional (art.75 inciso 22 CN).

¹ Julio Isaac Arriola, Abogado, Profesor Adjunto de Derecho Penal, Parte General en la Cátedra del Profesor Marcelo Alfredo Riquert, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Ex Secretario de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires; Ex Juez de la Cámara en lo Penal y de Garantías del Departamento Judicial de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires

² Reflexión de penalistas alemanes de mediados del siglo XX

³ Ferrajoli Luigi “Derecho y Razón Teoría del garantismo penal”, Editorial Trotta, 1995, ps 394/395.

⁴⁴ En adelante **CN**

I.2 Es mi propósito el de efectuar una mirada crítica de las normas penales contenidas en nuestro código penal⁵, confrontarlas con las que se propician desde el anteproyecto de dicho código elaborado por una Comisión presidida por el Profesor Zaffaroni⁶, expresar mis puntos de vista sobre algunos tópicos y realizar una reflexión sobre el acto de imposición de una sanción penal a una persona de carne y hueso.

En este último aspecto habré de traer al ruedo consideraciones relativas a la equidad como elemento integrante del delicado y trascendente menester de imponer un castigo a alguien en sede penal. Todo esto con especial referencia a la pena más intensa: **la privación de la libertad**.

Finalmente, haré una breve consideración sobre los mínimos de las escalas penales.

I.3 La tarea consistente en determinar la sanción penal se caracteriza como el acto a través del cual el juez penal fija la pena de un delito en un caso concreto y respecto del o de los sujetos activos que intervinieron en su realización. Como bien lo apunta Patricia S. Ziffer⁷, tal cometido no se agota en la selección de la clase y cuantía de la sanción, sino que también abarca cuestiones vinculadas con el modo de su ejecución, el resarcimiento del daño, el pago de las costas del proceso, etc. Se trata pues de un acto complejo que reclama la satisfacción de un conjunto de requisitos o exigencias que orientan la decisión y precisan las circunstancias a tener en cuenta para dicha determinación, así como el descarte de aquellas otras que no proceden en el caso concreto. Ese conjunto de requisitos y circunstancias resultan ser amplias y las más de las veces de difícil composición. Este crucial dato permite afirmar que el juez no es un aplicador ciego de la norma penal sancionada por el legislador, sino que, en rigor, cuando emite el juicio o sentencia crea derecho, ya que diseña una norma individual para el caso en juzgamiento. Se suele sostener que en este delicado menester rige la discrecionalidad del juez. Por mi parte defendiendo la idea de que en la cuantificación penal el juez debe aplicar el derecho, razonando con claridad de fundamento y criterio jurídico; estos límites son los que “le marcan la cancha” a su discrecionalidad en un estado de derecho. Zaffaroni, Aliaga y Slokar⁸ precisan que la determinación judicial de la pena resulta “...la coronación del esfuerzo del derecho penal por contener el poder punitivo ...”.

II Las normas

El CPA, en el Libro I, Título V, arts.40/41 quinquies, se ocupa de la cuestión y prescribe que:

“Artículo 40.- En las penas divisibles por razón del tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Artículo 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

⁵ En adelante **CPA**

⁶ “Anteproyecto de Código Penal de la Nación”, Infojus, 1ra. Edición, 2014; en adelante **ACPN**

⁷ “Lineamientos de la Determinación de la Pena”, 2da. Edición, reimpresión, Buenos Aires, Ad*Hoc, 2013, ps 24/5

⁸ “Manual de Derecho Penal Parte General”, EDIAR, 2005, 1ra. Edición, p737

1° La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2° 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 hubiere 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 peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Artículo 41bis.⁹ Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

Esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

Artículo 41 ter.¹⁰ Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos:

- i) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.337 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiamiento de dichos delitos;
- ii) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero;
- iii) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal;
- iv) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;
- v) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;
- vi) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal;
- vii) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal;
- viii) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174 del Código Penal;

⁹ Norma incorporada en el año 2000 por ley 25.297

¹⁰ Norma incorporada en el año 2016 por ley 27.304

) *Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal.*

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados, proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión.

La reducción de la pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

Artículo 41 quarter.⁻¹¹ *Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.*

Artículo 41 quinquies.⁻¹² *Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.*

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en el ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

III El comentario

III.1 Como se sabe, la clausura¹³ del proceso penal en sede propiamente jurisdiccional consiste en el dictado de una sentencia que puede ser absolutoria o condenatoria. En este último caso se completa un ciclo trágico sobre una persona de carne y hueso¹⁴, que será destinatario de una sanción penal cuya naturaleza aflictiva resulta innegable. Reitero, como lo apunté en el inicio del presente, una elocuente reflexión de los penalistas alemanes de mediados del

¹¹ Norma incorporada en el año 2003 por ley 25.767

¹² Norma incorporada en el año 2011 por ley 26.734

¹³ El proceso penal posee otros modos de finalizar sin el dictado de una sentencia propiamente dicha, como son el sobreseimiento, la suspensión del proceso a prueba, etc.

¹⁴ Más allá de la justicia o injusticia del fallo, cuestión ésta cuyo planteamiento y discusión excede con holgura el objeto de este trabajo.

siglo XX al señalar que -palabras más, palabras menos- **la sanción penal es una amarga necesidad en una sociedad compuesta por hombres imperfectos.**

Desde esta perspectiva, que compartimos, debe tenerse bien en claro que a la hora de determinar o cuantificar la sanción penal en una sentencia -que de esto tratan las normas bajo comentario- le corresponde a la agencia judicial como expresión cabal de un estado de derecho la delicada tarea de contener el poder punitivo a su mínimo necesario como único camino respetuoso de los estándares constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que gobiernan el tema y que, en lo fundamental, se hallan plasmados en los arts. 18, 19 y 75 inciso 22 de la CN y los arts. 9 CADH y 15 PIDCyP. Bien apunta Adrián N. Martín¹⁵ que tales normas superiores mandan que la sanción penal sólo procede frente a acciones u omisiones descriptas previamente como tales en la ley, que lesionen o pongan en peligro aquellos bienes jurídicos considerados valiosos sin que en ello tengan incidencia las características personales del autor, aun cuando las mismas guarden vinculación, como veremos en seguida, con el injusto propiamente dicho¹⁶ y con la culpabilidad por el hecho. Es que **injusto penal** y **culpabilidad** constituyen las piedras angulares desde la cuales debe construirse la respuesta punitiva en un estado derecho que sostiene a rajatabla un derecho penal del acto¹⁷.

Viene a cuento transcribir una sugestiva reflexión del filósofo Tzvetan Todorov¹⁸, al señalar que *“El trabajo del historiador, como todo trabajo con el pasado, no consiste exclusivamente en establecer una serie de hechos, sino también en señalar algunos de ellos como destacados o más significativos que otros, en ponerlos en relación entre ellos; ahora bien, ese trabajo de selección y de combinación está necesariamente orientado por la búsqueda no sólo de la verdad, sino también del bien. La ciencia no se confunde, cierto, con la política o con la moral; sin embargo, las propias ciencias humanas tienen finalidades ligadas con los valores y éstos pueden ser aceptables o inaceptables para nosotros”* (el resaltado me pertenece).

Ahora bien, desde un punto de vista técnico/descriptivo nos parece claro lo expresado por Marcelo A. Riquert cuando sostiene que la pena o sanción penal es entendida como una privación de bienes jurídicos que el Estado, como titular monopólico del poder punitivo y guiado por parámetros de legalidad y culpabilidad, impone a una persona por ser autor responsable de un delito, respetando los principios de proporcionalidad, intervención mínima y humanidad, cuyo objeto es la readaptación social del condenado para evitar futuros ataques a bienes jurídicos penalmente protegidos¹⁹.

¹⁵ “Algo más sobre la determinación judicial de la pena Notas sobre la necesaria disminución de habilitación del poder punitivo” en “Derecho Penal” Año II Número 6, p 88 párr 2; Infojus, diciembre de 2013.

¹⁶ Recuérdese que el injusto es **toda acción típica y antijurídica**.

¹⁷ Conforme al cual el castigo penal está exclusivamente relacionado con lo que la persona hizo o dejó de hacer y no por lo que es; es decir, por sus condiciones, conducción de vida, pronósticos de peligrosidad futura, etc.

¹⁸ Conferencia magistral dictada en la Cátedra Latinoamericana Julio Cortázar de la Universidad de Guadalajara, circa 2016; fuente diario Perfil del 12/2/2017, suplemento “Domingo”, contratapa.

¹⁹ “Teoría de la Pena” en el blog catedrariquert,blogspot.com.ar, noviembre de 2007

Por su lado, Zaffaroni, Aliaga y Slokar afirman que la pena abarca toda imposición de dolor o privación de derechos estatalmente impuesta como castigo a una persona considerada agente de un delito, sin que ello importe la búsqueda de un fin reparador ni de neutralización de un daño en curso o de un peligro inminente²⁰.

Ello sentado, nos inclinamos por sostener, en línea con autores como Zaffaroni y otros, que en el acto de penar, es **decir de fijar el tipo y cuantía de sanción que corresponde aplicar**, el juez debe construir su respuesta contenedora del poder punitivo a partir de una doble valoración del principio de culpabilidad: **a)** reprochabilidad por el acto como límite máximo del monto de la sanción, espacio en el que se impone considerar el grado de autodeterminación²¹ que tuvo la persona para conducirse como lo hizo y **b)** reprochabilidad del esfuerzo de la persona por alcanzar una situación concreta de vulnerabilidad a ese poder²².

Hemos señalado en otra oportunidad²³ que este tema de la determinación judicial de la pena posee en la dogmática jurídica y, con mayor énfasis, en la enseñanza del derecho penal, un tratamiento sino marginal, cuando menos incidental con relación a los restantes tópicos que hacen a la teoría general del delito y a su fundamentación.

Indicadores elocuentes, entre otros, de esta afirmación resulta ser la poca bibliografía específica existente sobre la cuestión y, en rigor de verdad, el escaso tiempo (de franciscana austeridad) que se le dedica a su enseñanza en los claustros universitarios.

El poder punitivo estatal en su expresión manifiesta adquiere su plena dimensión a la hora de decidir qué sanción y con qué intensidad corresponde aplicar a la persona juzgada de haber sido responsable en la realización de un injusto penal o, para supuestos especiales, si corresponde imponerle una determinada medida de seguridad y bajo qué condiciones. Ello, cualquiera sea la posición que se tenga en orden a la legitimación del poder punitivo y, por ende, de la pena, cuyo principal titular es el Estado.

Ahora bien, la imposición de una sanción penal en un caso concreto, en un estado de derecho como el nuestro, reclama el respeto y observancia de un conjunto de principios y reglas (CPA, arts.40/1 y cons.) que reconocen necesariamente un determinado anclaje constitucional (CN, art.18). Por otro lado, la construcción una sanción penal para un caso específico conlleva la necesidad de echar mano a una metodología determinada para su determinación

III.2 Análisis concreto de los arts. 40 y 41 CPA

III.2.1 La norma contenida en el art. 40 CPA es de naturaleza indicativa, pues se limita a señalar que en las penas divisibles por razón de tiempo o cantidad, la condena será establecida conforme las circunstancias atenuantes y agravantes propias de cada caso concreto y con ajuste a las reglas estipuladas en el artículo siguiente.

²⁰ *“Manual de Derecho Penal Parte General” de Zaffaroni, Aliaga y Slokar, 1ra edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, capítulos 28, p 693.*

²¹ Esto es, de libertad para actuar

²² Sobre el concepto de culpabilidad y su estructura como principio limitador del poder punitivo ver Zaffaroni, Aliaga y Slokar, ob.cit., capítulos 20 íntegro y 30 ps 757/762.

²³ Al fundamentar brevemente la realización de un seminario de grado sobre la determinación judicial de la pena para la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, año 2017.

III.2.2 A su vez el art.41 CPA, dividido en dos incisos, señala un conjunto de circunstancias de carácter tanto objetivo, como subjetivo que valora como estándares necesarios a la hora de cuantificar la sanción penal, **sin aclarar cuáles deben ser tenidos como atenuantes y cuáles como agravantes**²⁴.

No sin razón se ha dicho que su texto resulta -sobre todo el del inciso 2º- confuso y contiene, como veremos, expresiones poco o nada felices, que pueden abrir la puerta a un *derecho penal de autor* incompatible con el diseño y los límites del poder punitivo consagrados en nuestra Constitución Nacional y los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos de igual jerarquía normativa²⁵.

Sin perder de vista el carácter de esta colaboración, ceñido a un comentario de las normas mencionadas, se impone efectuar algunas consideraciones que estimamos de singular trascendencia en orden a una inteligencia de las mismas acorde con un estado de derecho.

III.2.3 El inciso 1) del art.41 CP describe pautas de naturaleza objetiva a los efectos de la dosificación de la sanción penal que, por un lado se refieren al injusto en sí mismo considerado: "*naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla*" y, por el otro a las consecuencias disvaliosas derivadas de aquél: "*la extensión del daño y del peligro causados*". Cabe añadir que en el inciso 2) existe otra pauta también de naturaleza objetiva propia del injusto, cual es: "*la participación que haya tomado en el hecho*".

La mayoría de los tipos penales contenidos en la parte especial de nuestro código penal tienen una redacción cuya textura abierta que permite que la conducta delictiva (activa u omisiva) pueda ser realizada de diversas maneras y éstas, a su vez, pueden revestir una mayor o una menor gravedad en el modo de afectar al bien jurídico implicado. Ejemplo paradigmático de lo apuntado lo constituye el delito de homicidio simple o básico, previsto en el art. 79 CPA, que penaliza "*al que matare a otro*" sin aclaración o especificación alguna. Ahora bien, no es lo mismo matar por estrangulamiento, que por un disparo. Pareciera poco discutible que el primer medio revela una mayor gravedad del injusto sin llegar a constituir la agravante de ensañamiento que contempla el art.80 inciso 2º CPA y ello autorizaría la imposición de una sanción mayor dentro de la escala prevista en el art.79 ídem que la aplicable para el segundo supuesto.

En la misma dirección cabe valorar la mayor o menor desprotección del bien jurídico afectado, la mayor o menor indefensión de la víctima, el grado de violación del deber de cuidado en los delitos imprudentes²⁶, etc.

Las circunstancias del hecho (tiempo, modo, lugar, etc.) y su contexto resultan índices útiles y necesarios para la dosificación de la sanción y su ponderación, salvo que el legislador las haya relevado expresamente al describir el tipo penal (robo con armas; art. 166 inciso 2º CPA) en cuyo caso su doble valoración aparejaría un agravio

²⁴ Al contrario de la buena técnica empleada por algunos códigos modernos y recibida prolija y expresamente por el Anteproyecto de Código Penal de 2014, en sus arts.18/20 (ver asimismo sus fundamentos; ps 82/99)

²⁵ Cuyo sistema adscribe claramente a un derecho penal de acto.

²⁶ En proyectos y códigos penales modernos se distingue la culpa simple de la culpa temeraria con la consecuencia de escalas penales distintas para la primera (más leve) que para la segunda

constitucional al principio de culpabilidad desde la perspectiva de la exigencia de proporcionalidad (ver el art.41 bis último párrafo CPA).

Con acierto señala Ziffer²⁷ que resultaría inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia sobre la víctima, ya que esa circunstancia constituye el núcleo de ese ilícito en su aspecto objetivo (ver art.164 CPA), pero sí podría tomarse en cuenta el **grado de violencia empleado en el hecho** a los efectos de la cuantificación de la pena.

Con relación a la extensión del daño o del peligro causado por el injusto cometido soy de la opinión que la consideración de estas pautas encuentra su límite en las consecuencias inmediatas o directamente ligadas con el bien jurídico afectado. Parece elocuente el ejemplo del hurto de un portafolio que además de plata, contiene documentos indispensables para el trabajo de la víctima, cuya desaparición determina que pierda aquél. Esto último, por lamentable que sea, escapa al ámbito de protección de la norma implícita en el art.162 CPA que cubre exclusivamente al bien jurídico propiedad y, por tanto, debe descartarse como agravante de la sanción a imponer.

¿Tal circunstancia podría evaluarse en el ámbito de la intensidad del daño?²⁸

Coincidimos con Zaffaroni, Aliaga y Slokar²⁹ en sostener que ciertos supuestos el acuerdo entre el sujeto activo³⁰ con la víctima (patrimoniales o de otro orden) posteriores a la comisión del injusto deben operar como atenuantes en orden a la cuantificación de la pena porque limitan la extensión del daño, salvo que se contemplen como solución o composición del conflicto mismo.

Lo mismo ocurre, de acuerdo con los citados autores³¹, con el llamado *derecho a la verdad en delitos de lesa humanidad*, cuando el acusado voluntariamente con su sincera narración de lo sucedido contribuye a la satisfacción cuando menos moral de las víctimas o de sus deudos.

Asimismo corresponde computar como atenuante el rol activo de la víctima en la realización del hecho, tal como su voluntaria auto puesta en peligro o una actitud desaprensiva en el resguardo del bien jurídico afectado por el delito.

III.2.4 En lo referente a la participación que el sujeto activo haya tomado en el hecho punible, si bien los arts.45 y 46 CPA diferencian por un lado a los autores, partícipes primarios e instigadores y, por el otro, a los cómplices secundarios castigando más duramente a los primeros que a los segundos, una racional cuantificación de la sanción reclama que en ciertos casos la pena del autor sea mayor que la del partícipe o cómplice primario aun cuando la escala aplicable sea la misma. En este orden resulta necesario precisar cuál ha sido el concreto rol de cada uno en la realización del injusto. Desde esta óptica no es racional ni proporcional acorde con el principio de culpabilidad por el hecho imponer una misma pena a quien se limitó a facilitar las herramientas imprescindibles, que a quien ejecutó el hecho además de haber colaborado en su planificación y preparación.

²⁷Ziffer, Patricia ob. cit.

²⁸ Esto puede ser discutido desde que el dato no estaría abarcado por el dolo del agente

²⁹ Zaffaroni y otros, ob. cit., p 764/765

³⁰ Sujeto activo del delito es toda aquella persona que participa en su realización como autor, coautor, instigador o cómplice

³¹ En posición que comparto

III.2.5 La alusión de la norma del inciso 2° del art.41 CPA a la calidad de los motivos que determinaron a la persona a la comisión del delito revela la necesidad de su valoración a favor o en contra si aquéllos fuesen por ejemplo lindantes con causales de justificación o exculpación sin llegar a su plena configuración o si se acredita un marcado desprecio hacia los bienes jurídicos de terceros. No es lo mismo el punquista que asume esa actividad como modo de vida, que el que actúa antijurídicamente circunstancialmente y por razones, que si bien criticables, pueden ser atendibles. En este sentido la saludable referencia a *“la miseria o dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”* indica que esa circunstancia aun cuando no alcance para configurar un estado de necesidad justificante³² (art. 34 inciso 3° CPA), debe ser valorada como atenuante a la hora de la cuantificación de la pena³³.

III.2.6 Desde una posición que se ajuste al principio de la culpabilidad por el hecho en la cuantificación concreta de la pena y, en consecuencia, prescinda de matizaciones relativas a puntos de vistas de prevención general o especial positivas (la pena como reafirmación de la vigencia de la norma y la pena como herramienta de readaptación social³⁴), el dato de la *“peligrosidad”* debe ser ponderado en el contexto del injusto que se juzga como cualidad que especialmente acentúa lo disvalioso de la conducta enjuiciada. De ahí que su análisis debe efectuarse ligado a la frase que la precede, relativa a *“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 peligrosidad”*. **Es decir peligrosidad en el hecho que se juzga y no como síntoma de una personalidad antisocial y, por lo mismo, proclive a la comisión de futuros delitos**³⁵. Esto último importaría permitir el ingreso por la ventana de un derecho penal de autor, incompatible con el diseño constitucional de nuestro poder punitivo. Esto significa que discrepamos con aquellas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que relevan el dato de la peligrosidad del sujeto activo como signo de una personalidad disvaliosa o inclinada a la posibilidad de comisión de nuevos delitos. Acorde con la CN el sistema penal debe operar siempre frente a acciones u omisiones que afecten por peligro o por lesión bienes jurídicos³⁶ de terceros (art.19 id.) y no ser activado en razón de lo que la persona es, piensa o como se conduce en la vida.

III.2.7 La muy problemática mención del inciso 2° que estamos comentando a *“las reincidencias en que hubiera incurrido”* el enjuiciado ha permitido elaborar toda una fundamentación tanto en doctrina, como en jurisprudencia orientada a considerar el dato como agravante y, por lo mismo, útil para una dosificación alta de la pena privativa de la libertad; a ello ha colaborado el texto del art. 14 CPA en su relación con los arts. 50 y siguientes ídem. Desde estas

³² Que desplazaría la antijuridicidad del acto y, por tanto, no habría injusto penal.

³³ Para un análisis preciso de esta causal de atenuación de la pena ver Zaffaroni, Aliaga y Slokar, ob.cit., p767.

³⁴ Aspecto éste último que sí constituye el objetivo de la ejecución de la pena privativa de la libertad y ello con raigambre constitucional (arts.18 y 75 inc. 22 CN; art.5 numeral 6 CADH).

³⁵ No parece de la misma opinión Ziffer, quien admite que la peligrosidad también opera legitimando puntos de vista de prevención general y especial positivas; ob. cit., especialmente ps 146 y sigtes.

³⁶ Entendemos el concepto de **bien jurídico** como la relación de disponibilidad que media entre una persona y los intereses o cosas que comportan su circunstancia vital

perspectivas, cercanas sino directamente enmarcadas en un derecho penal de autor, se alega que la realización del nuevo delito resulta demostrativa de una personalidad contraria a la paz social y al respeto por los bienes jurídicos ajenos, para quien la cárcel sufrida ha sido en vano.

En la vereda opuesta estamos quienes sostenemos que la reincidencia como agravante resulta inconstitucional pues transgrede sin rodeos la garantía contra la doble persecución al valorar nuevamente en perjuicio de la persona una condena anterior por un hecho diferente al que se está juzgando³⁷ y, además, no respeta el principio de culpabilidad por el hecho al computar una circunstancia extraña -la condena anterior- al injusto objeto de juzgamiento

³⁸Zaffaroni, Aliaga y Slokar enseñan que todas las disposiciones del código penal referidas a la reincidencia son inconstitucionales por varias razones: *“a) violan el máximo de irracionalidad al imponer una pena que excede el marco de la culpabilidad por el acto; b) por afectar la prohibición de doble desvalorización; c) por lesionar el principio de doble punición y d) en el caso del art.52, por imponer una pena que no guarda absolutamente ninguna proporción con el delito cometido”*³⁹.

Por lo demás la realidad nos muestra que la finalidad de resocialización que se le asigna a la cárcel no supera por regla una loable expresión de deseos, aun cuando posea expresa jerarquía constitucional (art. 18 “in fine” CN). Al contrario, la cárcel generalmente funciona como un factor criminógeno y no como una experiencia útil en clave de advertencia o corrección del infractor.

III.2.8 El párrafo final del art.41 inciso 2º CPA impone al juez la obligación de tomar conocimiento directo y personal del imputado, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso. En el lenguaje forense o de los tribunales la audiencia personal del juez o tribunal con la persona que va a ser enjuiciada se la conoce como “audiencia de visu”.

Esta saludable disposición tiende a convertir en realidad el principio de inmediación entre el órgano juzgador con las partes y el conflicto a juzgar. Su utilidad resultaba patente cuando el proceso penal estaba regido por el sistema escrito que, por su propia naturaleza, mediatizaba esa vinculación. La actual consagración en la mayoría de nuestras legislaciones procesales penales de la oralidad relativiza la utilidad práctica de esa norma porque el principio de inmediación entre el juez, las partes y el conflicto constituye una de sus principales características. De todas maneras volveremos sobre esta cuestión más adelante⁴⁰.

³⁷ Nuestro código penal adopta el sistema de la reincidencia real según el cual es reincidente aquél que efectivamente cumplió total o parcialmente una pena privativa de la libertad anterior y es juzgado posteriormente por un delito castigado con esa clase de pena; art.50 CPA

³⁸ Para profundizar en este tema: la obra citada de Ziffer, pp 155/163

³⁹ Zaffaroni y otros, ob. cit., p 771

⁴⁰ Para el desarrollo del comentario a las normas de los arts.40/1 CP he seguido en lo sustancial mi aporte al Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, Tomo I, ERREJUS, 1ra. Edición, 2018, ps 287/294, Director: Marcelo Alfredo Riquert

III.3 Análisis del art. 41 bis

La introducción de esta norma como agravante genérica, ocurrida en el año 2000, además de alterar sin necesidad el sistema consagrado por los arts.40/1 CPA⁴¹, comportó principalmente el resultado de un clamor popular contra la inseguridad, fomentado mediáticamente por los medios de comunicación al compás de una respuesta punitiva de carácter simbólico⁴². Cabe señalar que el aumento de la respuesta punitiva no opera como un factor que disminuya la curva de la delincuencia, ni tampoco funciona como herramienta de disuasión (prevención general)⁴³.

El arma de fuego debe ser eso y apta para el tiro⁴⁴ y utilizarse desde el comienzo de la ejecución hasta su consumación. La agravante opera siempre y cuando medie violencia o intimidación contra una persona concreta, generando un riesgo cierto para la vida o la integridad física del sujeto pasivo⁴⁵. ¿Basta para la configuración de la agravante que el sujeto activo tenga el arma en su cintura a la vista de terceros? Conforme una inteligencia del precepto con ajuste al principio de legalidad y su doctrina me inclino por la respuesta negativa; salvo que se demuestre que esa actitud efectivamente tuvo un efecto intimidante cierto.

Aunque sea una obviedad, apunto que debe tratarse de un injusto doloso⁴⁶. Todas estas exigencias devienen del carácter de “ultima ratio” y estricta legalidad propio de un sistema penal conforme a la CN y normas concordantes.

III.4 El art. 41 ter

Esta norma no guarda vinculación con el tema que nos hemos propuesto tratar; pues se trata de la incorporación a nuestro derecho positivo de una herramienta: **la delación premiada**, que se adscribe en las denominadas técnicas especiales de investigación o medios extraordinarios de prueba.

Sin embargo, haré algunas breves consideraciones sobre la cuestión.

Son **delatores o arrepentidos** aquellos *autores o partícipes* de algunos de los delitos contemplados en la norma (párrafo segundo de la misma) que *aporten información o datos precisos, comprobantes o verosímiles que concurran a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo*. Si se cumplen los recaudos exigidos por

⁴¹ La mención contenida en el art. 41 inciso 1° sobre los medios empleados y el peligro causado por su uso pareciera ser que también abarca esta agravante

⁴² El efecto Blumberg y su desgraciada incidencia en la sanción del art. 41 quarter CPA

⁴³ Así lo corroboran los estudios y estadísticas existentes sobre el particular

⁴⁴ Se descarta así los símiles al arma de fuego, el arma de fuego defectuosa, la munición inservible, etc.

⁴⁵ La víctima

⁴⁶ Injusto=acción típica y antijurídica. Dolo= conocimiento de los elementos del tipo objetivo y voluntad de realización

la ley, el delator o arrepentido se beneficia con las escalas penales reducidas de la tentativa o, en el caso de pena privativa de la libertad indivisible (prisión perpetua) la sanción podrá reducirse hasta los quince (15) años. Existe consenso doctrinario en considerar que esta figura comporta **un supuesto de excusa absolutoria** o, al decir de Zaffaroni, **un caso de cancelación/disminución personal de la punibilidad por razones de política criminal**. Las **excusas absolutorias** son aquellas causas que operan sobre un delito eliminando su pena como consecuencia de razones no vinculadas ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad, sino vinculadas a criterios propios de política criminal; por ejemplo la prevista en el art.185 CPA obedece a la decisión de priorizar los vínculos primarios familiares por encima del ejercicio concreto del poder punitivo para determinados delitos contra el patrimonio. De todos modos, aunque la figura del arrepentido ha sido favorablemente recibida por criterios jurisprudenciales de los más altos tribunales, me inclino, como tanto otros, por considerar que la misma exhibe fallos de naturaleza constitucional que autorizan su descalificación en un estado de derecho. En efecto y como lo afirma Riquert se está ante casos de **dudosa constitucionalidad**, que, por lo mismo, exige la máxima cautela por parte de los operadores al tiempo de decidir su aplicación.

La disminución de pena a cambio de información útil no supone arrepentimiento alguno por parte del delator interesado en obtener el beneficio; **se trata lisa y llanamente de una negociación en la que se troca información por menos pena** y ello conlleva transgresiones al proceso en su doble dimensión (sustantivo y formal).

Ahora bien, siguiendo a Sancinetti⁴⁷, esa primera hipótesis debe ser distinguida de la que también se ofrece una disminución de la escala penal si el informante brinda datos que *“evite o impida el comienzo, la permanencia o la consumación del delito”*. Para el mencionado autor esta hipótesis no presentaría objeción constitucional alguna dado su vinculación con el desistimiento de la tentativa (arts. 42 “a contrario” y 43 CPA).

La norma del art. 41 ter transgrede el principio que prohíbe la auto incriminación (“nemo tenetur”) y el que prescribe que todos somos inocentes hasta que una sentencia pasada en cosa juzgada material establezca lo contrario (principio de inocencia), ambos contenidos en el art.18 CN. Respecto del primero la admisión de haber sido partícipe en un delito para que sea válida debe ser completamente libre y adoptada en pleno uso de las facultades; cualquier de tipo de injerencia o presión la invalida y la promesa de una quita en la respuesta punitiva lo es. El principio de inocencia constituye un pilar de un sistema penal conforme al estado de derecho y de filiación humanista. La posibilidad de menoscabarlo porque no media una sentencia firme que lo neutralice declarando la culpabilidad de la persona resulta incompatible con su naturaleza, así como, en otro orden, lo es el uso promiscuo (banalización) de la prisión preventiva.

Desde el punto formal el cuestionado instrumento afecta el principio del debido proceso o juicio previo (otra vez, el sabio art.18 CN), ya que se priva al sujeto activo, aunque sea “voluntariamente” de gozar como todo ciudadano de un

⁴⁷ Sancinetti, Marcelo “Dictamen sobre proyecto de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y de “Extinción de Dominio”, Buenos Aires, 2016, Revista Pensamiento Penal

proceso pleno en el que pueda ofrecer prueba de descargo, refutar la del acusador, descalificar sus alegaciones y además de poder brindar ante un tribunal su versión del hecho en juzgamiento. **La culpabilidad en sede penal debe ser obligada derivación de un juicio previo y de una sentencia que se funde en las constancias del mismo.**

Desde otra perspectiva, la triste figura del delator pone en crisis el principio de igualdad (art.16 CN) con relación a aquel consorte de causa que carece de información especial para suministrar en los términos del meneado art.41 ter CPA y por tanto se ve privado injustamente del beneficio que la ley consagra para el delator.

III.5 El art.41 quarter

El artículo, incorporado en el año 2003, agrava las escalas penales en un tercio del mínimo y del máximo de algunos de los delitos previstos en el CPA para los sujetos activos mayores de edad cuando en los hechos hayan participado uno o más personas menores de dieciocho (18) años.

La norma es un ejemplo del modo de legislar asistemáticamente y poco coherente, en respuesta simbólica a un reclamo social por la inseguridad, fomentado irresponsablemente por los medios masivos de comunicación. Esta agravante genérica de **muy dudosa constitucionalidad** fue incorporada al calor del efecto Blumberg⁴⁸ y de la falsa e impuesta creencia que el problema de la delincuencia se combate con el endurecimiento de penas e incremento exponencial del poder punitivo.

Desde la óptica de una correcta política criminal, comparto en un todo las reflexiones del Profesor Gustavo Vitale, cuando señala que en un estado constitucional y democrático de derecho una real política de protección a los niños y jóvenes debe consistir en el logro de mayores y mejores posibilidades para ellos de efectiva integración social, sobre todo respecto del colectivo más vulnerable por su marginación. Me refiero a la atención de su salud integral, educación, recreación, participación adecuada en clave laboral, etc. Y todo esto resulta, en mi opinión, mucho mejor que criminalizar a los mayores por la mera presencia de menores en el delito. Una vez más se acude a la perversa vía de una violencia estatal del todo inconducente y tristemente relevante como factor criminógeno. Todo en franco olvido de la naturaleza de “ultima ratio” propia de un sistema penal de un estado de derecho acorde con nuestro estándares constitucionales y con los tratados y convenios internacionales sobre la cuestión penal que nos obligan (arts.18,19 75 inciso 22 y concordantes CN).

El citado autor y otros más postulan la inconstitucionalidad del art. 41quarter CPA por violentar el principio de proporcionalidad de la respuesta punitiva, lo que afecta la garantía de culpabilidad por el hecho y la exigencia de racionalidad en los actos de gobierno (arts.1, 18/9 y concordantes CN)⁴⁹.

⁴⁸ El lamentable secuestro extorsivo del hijo de Blumberg y su posterior homicidio con la intervención de menores fue la bandera usada para obtener su sanción

⁴⁹ Para más información ver el comentario de Vitale al mencionado artículo en *“Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”* Baigún y Zaffaroni directores, tomo 2º, Hammurabi, Buenos Aires, 2007

Ahora bien, más allá de compartir dicha postura, **lo cierto es que se trata de derecho vigente** y que, por tanto, se impone abogar por una interpretación y aplicación restrictiva de la misma en aras del principio de legalidad (art.18 CN) y la cualidad esencial de “ultima ratio” del poder punitivo en su injerencia en la vida de las personas o, por el contrario, declarar derechamente su inconstitucionalidad en el caso concreto.

Hay entonces cuestiones de importancia a considerar: a) la agravante opera sólo si la persona mayor de edad **utiliza como instrumento al menor de edad para la comisión del delito**; es decir, si se comporta como autor mediato o instigador respecto del menor, no bastando la mera presencia del menor como partícipe del injusto; b) la agravante sólo es aplicable con relación a los tipos básicos y no a los agravados, pues en esta hipótesis se daría un supuesto prohibido de doble valoración; y c) la frase “*alguno de los delitos previstos en este Código*” desplaza la posibilidad de aplicarla para los delitos contenidos en las leyes penales especiales o en leyes con contenido penal aunque estén referidas a otras materias; ello, para respetar la prohibición de analogía “in malam parte” también derivación natural del principio de legalidad (art.18 CN y su doctrina).

III.6 El art. 41 quinquies

De las reformas que venimos comentando ésta quizás sea la más polémica y la que queda claramente expuesta a objeciones de corte constitucional. La norma introduce en el CPA **el tema del terrorismo** merced a la presión del GAFI⁵⁰ a nuestro país para que cuente con una respuesta punitiva expresa y dura sobre esta cuestión. Ya de por sí resulta harto problemático definir **el terrorismo** en términos de un estado de derecho. Su caracterización teñida de modo congénito por intereses políticos y económicos permite afirmar que la norma se adscribe a un derecho penal de emergencia, más en concreto a lo que en doctrina se conoce como **derecho penal del enemigo** en el que el otro es el enemigo porque es disidente, crítico del sistema imperante, etc. La historia nos enseña que quienes fueron una vez calificados de terroristas y denostados por sus luchas libertarias, luego fueron los dirigentes y patriotas de su tierra. En síntesis, estamos en presencia de un derecho penal de autor donde, como es sabido, el poder punitivo se aplica a las personas por lo que son, por lo que piensan, por su conducta de vida, por sus opciones políticas, etc. y no por lo que han hecho o dejado de hacer en perjuicio de terceros (afectación de bienes jurídicos de terceros por peligro o por lesión).

La vaguedad y lo ambiguo del artículo resiente el principio de legalidad (arts.18/19 CN) desde la exigencia de ley cierta y precisa⁵¹. En primer lugar la finalidad de aterrorizar posee una textura semántica equívoca y abierta que impide precisar su significado y alcance, lo queda librado al arbitrio judicial y, en consecuencia, funcional para su aplicación a casos no queridos o deseados, vinculados con el legítimo derecho al disenso aun cuando el mismo se manifieste de manera molesta y ruidosa (art. 14 CN y su doctrina). En segundo lugar, el concepto de **terrorismo** adolece de una caracterización racional y contenido concreto tanto en el orden nacional, como en el internacional. En

⁵⁰ Grupo de Acción Financiera Internacional

⁵¹ Bombini, Gabriel en la obra colectiva “Código Penal Argentino Anotado y Comentado” Marcelo Alfredo Riquert Director, ERREJUS, 2018, pp 316/18

tercer término, la expresión **“para que las autoridades hagan algo o se abstenga de hacerlo”** además de su textura abierta e imprecisa, se superpone con otros delitos ya existentes en el CPA, tales como la extorsión, el secuestro extorsivo y la coacción. El modo de caracterizar a los sujetos pasivos es peligrosamente extensivo y carece de referencia o definición legal alguna que permita cerrar su alcance. Finalmente el incremento punitivo puede en los casos concretos transgredir el principio de culpabilidad desde la exigencia de proporcionalidad entre injusto y castigo. Asimismo, la referencia contenida en el último párrafo es innecesaria y sobreabundante dada los parámetros contenidos en la CN (art. 14) y en los Tratados y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos de igual jerarquía (art. 75 inciso 22 id. y, entre otros, art. 13 CADH⁵²).

IV.- El tratamiento de la cuestión en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación⁵³

En este trabajo, que he elegido para su confronte con el CPA vigente, en adelante mencionado como AZ (Anteproyecto Zaffaroni), se ocupa de las pautas para la mensuración de la sanción penal en el **Libro Primero, Título III “De las penas y medidas”, Capítulo I “De las penas y su determinación”, arts. 17/20.**

Los textos legales:

ARTÍCULO 17°

De las penas

Las penas de este Código son prisión, multa e inhabilitación y, en su caso, las alternativas.

ARTÍCULO 18°

Fundamentos para la determinación de la pena

1. La pena se determinará conforme a la culpabilidad por el ilícito, para lo cual se tendrá en cuenta:

a) La naturaleza y gravedad del hecho, así como la magnitud del daño o peligro causados.

b) La mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho, la capacidad de decisión en la situación concreta y la calidad de los motivos que impulsaron al responsable a delinquir.

2. Por regla general, serán circunstancias atenuantes:

a) Ser menor de veintiún años o mayor de setenta al momento de la ejecución del hecho.

b) Cualquier padecimiento que disminuya considerablemente las expectativas de vida.

c) Las circunstancias personales, económicas, sociales y culturales que limiten el ámbito de autodeterminación, en especial la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos.

d) Actuar por motivos valiosos que no eximan de responsabilidad.

⁵² Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁵³ Proyecto elaborado por una Comisión presidida por Raúl E. Zaffaroni (autor de sus fundamentos) e integrada por León Carlos Arslanian, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo; Julián Álvarez Secretario y Roberto Manuel Carlés Coordinador. Publicado en Infojus, 1ra. Edición, Marzo de 2014

e) *Las consecuencias lesivas considerables que hubiere sufrido el autor o partícipe como resultado de la ejecución del hecho.*

f) *Haberse esforzado por desistir o evitar la consumación del delito.*

g) *El comportamiento espontáneo posterior al delito, que revele su disposición a mitigar o reparar el daño o a resolver el conflicto.*

h) *La cooperación en el esclarecimiento del hecho.*

i) *Las previstas en los incisos 2º y 3º del artículo 19º, cuando no se verificaren suficientemente los requisitos para la aplicación de aquéllas disposiciones.*

3. *Por regla general, serán circunstancias de mayor gravedad⁵⁴:*

a) *La pluralidad de agentes.*

b) *La alta organización.*

c) *La indefensión de la persona o del bien jurídico afectados.*

d) *Valerse de la condición de autoridad pública o de una relación de superioridad o confianza.*

e) *Actuar por motivos fútiles, abyectos, o por razones discriminatorias.*

f) *Actuar con crueldad o inferir grave dolor físico o moral a la víctima.*

g) *Provocar daños o perjuicios innecesarios en la ejecución del hecho.*

h) *Valerse de un menor de catorce años o de una persona incapaz.*

4. *En todos los casos serán circunstancias de máxima gravedad⁵⁵:*

a) *Valerse de un alto grado de conocimiento técnico, idóneo para producir destrucción o peligro masivo para la vida o la integridad física.*

b) *La inusitada crueldad del medio utilizado o del modo de comisión, o la vulnerabilidad de la víctima, en hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual.*

c) *Valerse de una función relevante en una asociación ilícita de alta organización y complejidad o de una función de mando en empleo público, en la comisión de hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual.*

5. *No se considerarán circunstancias agravantes las constitutivas de la descripción legal del hecho.*

6. *El juez deberá fundar la pena en forma precisa y circunstanciada conforme a los criterios señalados en este artículo, bajo pena de nulidad.*

ARTÍCULO 20°

Recursos y límites

1. La determinación de la pena conforme a las pautas de los dos artículos precedentes, será susceptible de revisión en todas las instancias ordinarias y extraordinarias habilitadas respecto de la condenación, de acuerdo con lo que regulen las leyes pertinentes.

2. Los límites máximos señalados en el inciso 1° del artículo 21°, en el inciso 2° del artículo 34° y en el inciso 1° del artículo 36°, lo son a todo efecto, sin que ninguna interpretación de otra disposición de este Código habilite la imposición de una pena que los exceda.”

V El Comentario

V.1 Introito

Legislar como “pena” a las alternativas previstas respecto de la de prisión y su regulación (vid. arts. 17 y 22/28 del ACPA) importan a mi juicio un sustancial avance de política criminal en la eliminación de la sanción más rigurosa e inútil de la privación de la libertad de una persona que es **la prisión estatal**⁵⁶, ya que erosiona su calidad de “prima donna” en el sistema de sanciones penales.

En cuanto a este último aspecto, la norma del art. 18 inciso 6to. del anteproyecto lejos de ser innecesaria o sobreabundante viene a reafirmar la obligatoriedad de fundamentación explícita de ese menester bajo sanción de nulidad y se ve complementado con la disposición del art.20 inciso 1 idem. Sobre la cuestión Zaffaroni, en los fundamentos del anteproyecto, denuncia la escasa jurisprudencia y la renuencia de los tribunales superiores en revisar las sentencias en cuanto al monto de la sanción, habilitando su instancia sólo en supuestos de extrema y evidente arbitrariedad⁵⁷.

El nombrado Profesor postula con razón la necesidad de construir desde el saber penal una **“dogmática jurídico-penal de la cuantificación de la pena”**.

V.2 Algunas precisiones

Me detendré en considerar algunas de las circunstancias tenidas en cuenta en el AZ como atenuantes y agravantes que considero de especial relevancia, aun cuando todas ellas aparecen como pautas necesarias y procedentes⁵⁸.

V.2.1 Cabe señalar que las mismas están precedidas por una premisa general de suma importancia para la dosificación de la sanción penal y, por tanto, de insoslayable observancia: **la naturaleza y gravedad del hecho y la intensidad del daño o peligro ocasionado**.

⁵⁶ Cuya alegada condición de resocializadora, pese a su andadura constitucional (art.18 último párrafo CN y su doctrina; art.5 numeral 6 de la CADH, entre otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos) carece de sustento en la cruda realidad carcelaria, hoy considerada más bien como gravitante factor criminógeno

⁵⁷ Volveré sobre este tema más adelante

⁵⁸ Confr. fundamentos del ACPA, en ob. cit., ps 82/98

Esto es la culpabilidad por el suceso: el reproche del injusto que se le atribuye y no de otro. En otras palabras, **el injusto concreto es lo que denota la intensidad del reproche o de la culpabilidad**. A esto se le suma la ponderación acerca del *grado de daño o de peligro causado*.

Respetuoso del principio de lesividad prescripto en el art.19 CN queda claro que no hay conducta delictiva si la misma no produce afectación de uno o más bienes jurídicos de terceros, sea por lesión o por peligro **concreto**⁵⁹. El modo en que esa afectación se produce en cada caso comporta un dato a evaluar para la dosificación de la sanción. Ello sin perjuicio de anotar que en algunos delitos la modalidad de su comisión se encuentra prevista como agravante o atenuante⁶⁰

V.2.2 El art. 18 inciso 2do. apartado c) del ACPA prevé como atenuantes “... *Las circunstancias personales, económicas, sociales y culturales que limiten el ámbito de autodeterminación, en especial la miseria o dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos ...*”.

No existe el hombre medio o el buen padre de familia, ni todos somos iguales ante la ley; nos separan distancias a veces abismales desde lo social, lo cultural, lo económico, la geografía, etc. Y esto también debe influir a la hora de decidir el castigo penal a una persona concreta, pues su libertad de acción aparece fatalmente condicionada por estos factores y, mayoritariamente, en contextos de manifiesta injusticia social. Algo de esto en la idea de la culpabilidad por vulnerabilidad que auspicia Zaffaroni y por cuya virtud el reproche a las personas que viven en esa situación debe ser menor. Ello, acorde con tal circunstancia cuya existencia no le es atribuible a la misma, sino a la sociedad toda que tolera la injusticia plasmada en la pobreza, el descarte de los que sobran, la falta de trabajo digno, una salud pública escuálida, etc. Todas estas circunstancias deben influir a favor del enjuiciado a la hora de castigarlo por el hecho cometido. El juez debe preguntarse sobre cuál fue el ámbito de libertad real en el que la persona actuó y así sancionar. No existe un espacio de libertad ideal e igual para todos; cada uno actúa en su propio espacio que, según sus circunstancias vitales, será más o menos amplio. Como enseña Zaffaroni, el ámbito de libertad del que no pudo disponer la persona con relación a los demás constituye una coculpabilidad del conjunto que, por lo mismo, resulta injusto cargársela a su exclusiva cuenta.

El inciso cierra con una referencia ya contenida en el CPA sobre la miseria o dificultad para poder afrontar la vida diaria, la que estimo valedera como específica circunstancia de morigeración, sobre todo en los tiempos que corren.

V.2.3 El apartado e) del inciso 2do. del art.18 ACPA contempla como atenuante las lesiones considerables que haya sufrido el autor o el partícipe a raíz del hecho ejecutado. Se trata de morigerar la sanción por lo que con acierto Zaffaroni caracteriza como “*pena natural parcial*”. El fundamento que sustenta esta atenuante consiste en partir de la base que si la pena por el dolor que inflige al sujeto activo procura provocar una contra motivación, la lesión que sufre concurre a formar ese dolor y su finalidad y así debe ser ponderada.

⁵⁹ Dejo así expuesta mi posición crítica respecto de los llamados delitos de peligro abstracto, cuyo cuño constitucional resulta harto discutible

⁶⁰ Por ejemplo el robo con armas (art. 166 inciso 2 CPA)

Sin entrar aquí en el duro debate doctrinario, siempre vigente, acerca de la naturaleza y de los fines de la sanción penal, estimo que para la procedencia de ésta atenuante debe establecerse que esas lesiones sufridas por el sujeto activo no hayan sido previstas como consecuencias casi seguras del modo en que se planeó y ejecutó el delito. De ser así, media en mi opinión una asunción del riesgo por parte del sujeto que debe computarse a su exclusiva cuenta. En otras palabras, las lesiones de consideración que pueda sufrir el sujeto activo deben haber sido imprevisibles.

V.2.4 El apartado g) del inciso 2do., art.18 ACPA se ocupa de la actitud posterior del sujeto activo en punto a su voluntad por disminuir las consecuencias dañosas de su conducta delictiva. No se trata de exigir un arrepentimiento ni que el mismo funcione como puente de oro para la impunidad; lo que se evalúa como atenuante o morigeración de la sanción es el comportamiento posterior al hecho que, en la medida de lo posible, intente paliar, aliviar los daños causados por el delito. Muchas veces ello se verá satisfecho asumiendo una actitud frente a la víctima que puede consistir en un sincero pedido de perdón y con ello sumar a la solución del conflicto. Si bien se trata de una conducta posterior al injusto, la misma no afecta el principio de legalidad dado su claro contenido liberador y carente de todo perjuicio para el sujeto activo.

En el plano de las agravantes previstas en el ACPA me interesa destacar las siguientes:

V.2.5 El apartado b) del inciso 3ro., art.18 señala a la alta organización del sujeto activo en la realización del injusto penal como circunstancia que intensifica el injusto. Este dato debe vincularse con la pluralidad de personas que hayan participado en el hecho de modo previamente planificado y con ejecución coordinada, a lo que puede sumársele el contar con tecnología facilitadora del éxito del plan delictivo; no se trata de la simple pluralidad de agentes que actúan inorgánicamente o en forma espontánea. Además, las apuntadas circunstancias, para ser consideradas agravantes en el sentido de este inciso, deben guardar relación directa con el grado de indefensión o vulnerabilidad de la víctima; concurrir a su provocación o aumento de la misma.

V.2.6 El apartado h) del inciso 3ro., art.18 considera agravamiento al valimiento de un menor de 14 años o persona incapaz. La procedencia de esta agravante opera sólo si el sujeto activo asume el rol de autor mediato; se comporta como el hombre de atrás que maneja los hilos del suceso de modo exclusivo y excluyente con relación al menor o al incapaz del que se vale. Según Zaffaroni se compromete la solidaridad social al exponer a una persona especialmente vulnerable a los riesgos y consecuencia perjudiciales derivados de la comisión del injusto.

V.2.7 En el universo de los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual el art. 18 inciso 4to. apartado b) contempla en modo imperativo como circunstancias agravantes de máxima gravedad a la inusitada crueldad en el medio utilizado o en el modo de comisión o la especial vulnerabilidad de la víctima. En este tipo de ilícitos ya existe una cuota de crueldad, pero lo que aquí se exige es una crueldad inusitada, excepcional, intensa en los medios usados o en cómo se planea y ejecuta el delito o, finalmente, en la selección de víctimas especialmente vulnerables (ancianos con falencias físicas o de otro orden, niños de corta edad, etc.). El mayor reproche no se funda en la personalidad del sujeto activo o en sus antecedentes (derecho penal de autor

incompatible con nuestro sistema constitucional y con el estado de derecho), sino en el mayor peligro propio del hecho en sí, dado la crueldad empleada o la mayor vulnerabilidad del sujeto pasivo.

V.3 La obligación de fundamentar la decisión

El último inciso del art.19 del ACPA prescribe la obligación del juez de fundar en forma precisa y circunstanciada la imposición de la sanción con arreglo a los parámetros plasmados en los incisos precedentes; todo ello bajo pena de nulidad.

En la explicación de los motivos Zaffaroni expresa *“El inciso 6° parece innecesario, pues resulta bastante obvio que el juez debe fundar toda la sentencia, pero en razón de lo antes expuesto, hemos creído imprescindible prescribirlo expresamente en el texto, bajo pena de nulidad. Esta disposición no invade facultades legislativas procesales, pues no se refiere a ninguna condición de forma sino a un requisito de fondo: si una sentencia condenatoria sin pena no es sentencia, una sentencia condenatoria que no fundamenta la pena no tiene fundamento y, por lo tanto es arbitraria y, por ende, debe ser anulada”*.

V.4 La cuestión de la fundamentación a la luz de los modernos sistemas procesales de enjuiciamiento penal

Como es sabido hoy predomina en el proceso penal el sistema acusatorio, cuya columna vertebral está dada por la diferenciación en órganos diversos entre la acusación, la defensa y el juez, unipersonal o colegiado (principios del contradictorio y del tercero imparcial), y que se rige, entre otras pautas, por la oralidad y **la inmediación** de las partes con el juez. En lo que hace al tema en tratamiento resulta de especial interés detenerse en el instituto de **la cesura del proceso**, que consiste en la división del debate penal en **dos etapas**:

La primera que versa sobre el conocimiento y tratamiento de la imputación objeto de acusación y de la culpabilidad del acusado como destinatario del reproche, que culmina con el veredicto de culpabilidad.

La segunda en la que se debate y decide qué sanción aplicar y en qué intensidad o medida, con lo que la fundamentación de la cuantificación de la pena adquiere la importancia y trascendencia que le corresponde pues el contradictorio que la precede obliga con especial énfasis al órgano juzgador en hacer explícita su fundamentación. El proyecto del profesor Maier sobre el código procesal penal en su art. 287 prescribía que *“El tribunal podrá disponer, cuando resultare conveniente para resolver adecuadamente sobre la pena y para una mejor defensa del acusado, dividir un debate único, tratando primero la cuestión acerca de la culpabilidad del acusado y, posteriormente, la cuestión acerca de la determinación de la pena o medida de seguridad o corrección que corresponda. ... El debate sobre la pena comenzará con la recepción de la prueba que se hubiere ofrecido para individualizarla, prosiguiendo, de allí en adelante, según las normas comunes. La sentencia se integrará, después del debate sobre la pena, con el interlocutorio sobre la culpabilidad y la resolución sobre la pena o medida de seguridad y corrección aplicable ...”*⁶¹.

⁶¹ “El proceso penal en la Provincia de Buenos Aires”, Ad-Hoc, 3ra edición actualizada y ampliada, Roberto A Falcone y Marcelo A Medina, ps 625/626 y su nota 133

Por su parte el código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, en su art.372 dispone que *"Cesura del juicio. El Tribunal podrá diferir el pronunciamiento respecto a la sanción imponible, por resolución fundada y de acuerdo a las circunstancias del caso, lo cual tratará en debate ulterior independiente sobre la pena o la medida de seguridad aplicable, la restitución, reparación o indemnización demandadas y la imposición total de las costas, pudiéndolo postergar hasta por el término de un (1) mes desde la fecha de notificación de la resolución. Asimismo, durante ese lapso resolverá respecto de las medidas y observaciones que propongan las partes. En los casos de veredicto de culpabilidad o de no culpabilidad por razones de inimputabilidad del Tribunal de jurados, la audiencia de cesura del juicio será obligatoria y, con la exclusiva intervención del juez que presidió el debate, se determinará la calificación jurídica y las consecuencias de dicho veredicto. Las partes podrán solicitar al juez un máximo de cinco (5) días luego del veredicto, para ofrecer nuevas pruebas a fin de fijar la pena o la medida de seguridad. En este acto se fijarán la fecha y la hora para la culminación del juicio"*.

Como se observa en ambos modelos la cesura se establece de modo facultativo, salvo en el caso de Buenos Aires, si el veredicto de culpabilidad o de inimputabilidad es emitido por el Tribunal de jurados, en cuyo caso la cesura deviene obligatoria.

VI Algunas notas sobre la equidad y el perdón

La equidad se entiende como una virtud de la justicia del caso en concreto; refuerza o corrige la justicia del fallo condenatorio.

El perdón constituye una renuncia a la aplicación o a la ejecución total o parcial de un castigo merecido por alguien, aplicado por la autoridad competente para eso.

Ambas posibilidades deben formar parte del acto de juzgar a una persona como responsable de un injusto penal. Claro está que la realización de éste opera como presupuesto necesario del perdón. En este contexto, el perdón jurídico estatal resulta un instrumento de corrección, de salida frente a leyes compatibles con el diseño constitucional del "ius puniendi", pero que son injustas para el caso en concreto⁶².

Puede entonces suceder que un castigo sea merecido conforme la ley no injusta en general pero que, en paralelo, se muestra como no equitativo para el supuesto singular. Vale al caso recordar que conforme Aristóteles la equidad *"siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal"*⁶³.

Desde otra perspectiva pero en similar sintonía, Ferrajoli destaca que toda pena, tanto en calidad como en cantidad, no debe superar el límite de aflicción suficiente para impedir reacciones informales de la comunidad más graves para

⁶² Ver "Malus Passionis. Mitigar el dolor del derecho penal", Atelier libro jurídicos, Jesús-María Silva Sánchez, Cap. IV, ps 183 y sigtes

⁶³ Ética a Nicómaco, Libro V, Capítulo X, De la equidad, citado por Silva Sánchez, ob.cit., p 200 nota 529

con el reo, porque ello conlleva lesión a la dignidad de la persona⁶⁴. Agrega asimismo este autor que la indulgencia o la equidad debe formar parte de la sentencia condenatoria como motivación de la misma a fin hacer realidad el mencionado principio de la dignidad de la persona humana⁶⁵.

En clave de una mirada radicalmente crítica del poder punitivo y de la pena en concreto⁶⁶ se afirma que el conflicto que el tipo legal atrapa y fija reviste no obstante un carácter dinámico como toda realidad social, que posee un continuo existencial y evoluciona y que este dato debe ser relevado al momento de la respuesta punitiva a fin de limitar su irracionalidad al mínimo. Es que el conflicto después de sucedido puede haberse resuelto totalmente o en parte, así como también se pueden haber modificado las condiciones personales del sujeto activo y del medio en el cual existe. Estos cambios deben ser ponderados a favor del agente a la hora de la cuantificación penal como correctores imperativos en el contexto de un estado constitucional de derecho⁶⁷.

En nuestro derecho positivo de fondo aparece regulado el perdón como causal extintiva de la acción penal en los delitos de acción privada. En el ACPA están reguladas una serie de circunstancias cuya aplicación supone una “*dichosa rectificación*” a lo justo legal (art.18 inciso 2° del anteproyecto).

VII El carácter meramente indicativo de los mínimos en las escalas penales

El ACPA en su art. 19 inciso 3° regula tres supuestos en los que el juez puede fijar el monto de la pena por debajo del mínimo legal previsto. Ellos son los casos de **a)** poca significación en la afectación del bien jurídico, **b)** de pena natural en hechos dolosos y **c)** cuando el penado haya sufrido lesiones ilícitas por parte de funcionarios encargados de su custodia o un grave daño en su salud debido a la inseguridad del lugar de su detención o del transporte usado para su traslado. La justificación de estas hipótesis se encuentra en los fundamentos del anteproyecto (ver ob. cit. pp 95/97), cuyos términos comparto.

A la hora de establecer desde donde partir para la concreta mensuración de la sanción penal creo pertinente adoptar el criterio sostenido por Gabriel Bombini⁶⁸ respecto de tomar en consideración el mínimo legal de pena previsto para el delito atribuido al sujeto activo y de ahí poder incluso decidir la imposición de una sanción incluso por debajo del mismo. Con lo que aún conforme el CPA vigente, que no trae disposición expresa al respecto, ello es factible si se analiza el tema desde la óptica constitucional, como debe ser siempre. De esta suerte, creo con el nombrado profesor que es la única vía para respetar los principios constitucionales **de estricta necesidad del castigo, “última ratio” e intervención mínima del poder punitivo, trascendencia mínima de la pena, humanidad de la misma o**

⁶⁴ Ferrajoli, Luigi “Derecho y Razón teoría del garantismo penal”, editoria Trotta 1995, p 396

⁶⁵ Ferrajoli, ob. cit., ps 402/406

⁶⁶ Teoría agnóstica o negativa de la pena que la considera como un acto de poder carente de legitimación alguna. Postura defendida por Zaffaroni, Aliaga y Slokar “Derecho Penal Parte General”, EDIAR

⁶⁷ Al tratar “infra” el ACPA se verán ejemplos de estas circunstancias como atenuantes

⁶⁸ “Límites constitucionales en la determinación judicial de la pena – La función referencial del mínimo de la pena dentro del marco legal”

prohibición de la crueldad y, en dimensión procesal, los principios **acusatorio** e **“in dubio pro reo”**. En pocas palabras: los mínimos legales revisten **carácter indicativo y no imperativo**.

Quiero cerrar este apartado con la mirada de Bombini, quien señala en el mencionado trabajo que *“...un modelo constitucional basado en la conjunción conglobada de los principios enunciados precedentemente, sólo puede solventarse en la adopción como punto de partida en el mínimo de la escala penal. Ello así, porque a la vez que el reproche guarda el sentido de la **proporcionalidad mínima**, permite garantizar de mejor modo **la seguridad jurídica y la aplicación igualitaria de la legalidad**, siendo que, por otro lado, se acopla perfectamente a un modelo de derecho penal **humanista**, que se orienta según las pautas de la **estricta necesidad de la intervención y del carácter de última ratio del derecho penal.**”*

VIII Epílogo

La cuantificación de la sanción penal en clave de la criminalidad secundaria necesita de un mayor desarrollo de dogmática jurídico penal. La doctrina y la jurisprudencia al respecto exhiben notorias falencias y, por tanto, permiten la introducción de criterios y prejuicios personales del juzgador que escapan a la posibilidad de un control republicano y que exorbitan la discrecionalidad constitucionalmente tolerable del juez en esa competencia.

La discusión en torno a estas cuestiones está siempre abierta y necesitada de nuevos aportes y puntos de vista. Esto también vale, según entiendo, para quienes defendemos la sustitución de la pena privativa de la libertad por alternativas desde ya menos gravosas, pero eficaces y compatibles por entero con un estado constitucional, democrático y social de derecho, en el que la persona humana y su dignidad comporten su central referencia.

Quiero agradecer muy especialmente a mi hijo Javier Arriola, abogado y MgDP y docente de Derecho Penal Parte Espacial de nuestra querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, quien no sólo hizo sugerencias pertinentes al trabajo, sino que también me planteó ciertas cuestiones e interrogantes que le provocaron la lectura del mismo. Ellos son:

¿Puede haber un problema de legitimidad democrática en el Juez para operar con criterios como el perdón?

¿Cuál es el carácter normativo de estos? ¿Son principios que se infieren de una interpretación del orden jurídico?

¿Están positivados?

¿Es posible la idea triangular del perdón? Es decir, el perdón en la estructura Infractor, Estado y Víctima. Y, en todo caso, en qué lugar queda la víctima y como se armoniza con las normas (también insertas en los tratados) que garantizan el acceso a la justicia pero también el castigo de los responsables.

La idea (muy interesante) de la dinámica del conflicto que va hacia adelante. ¿No sería como utilizar el derecho penal del autor a la inversa? Es decir, en vez de mirar la vida del sujeto hacia el pasado como parámetro para establecer su

pena se mira hacia el futuro desde una valoración positiva. ¿En qué medida ello no es alejarse de un derecho penal de acto?

¿Qué relación tiene esta idea con los institutos del indulto y la amnistía, propias del PE?

Estas cuestiones que dejo aquí abiertas me obligan felizmente a efectuar una vuelta de tuerca en una futura ampliación de la temática objeto del trabajo. Pero ello, por ahora, es harina de otro costal.

MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES Mayo 2020

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

“Anteproyecto de Código Penal de la Nación”, INFOJUS, 1ra edición, 2014

Aristóteles, “Ética a Nicómaco, Libro V, Capítulo X, De la equidad”, citado por Silva Sánchez, ob.cit., p 200 nota 529

Bombini, Gabriel en la obra colectiva “Código Penal Argentino Anotado y Comentado” Marcelo Alfredo Riquert Director, ERREJUS, 2018, pp 316/18

“Código Penal de la Nación Comentado y Anotado”, Tomo I, ERREJUS, 1ra. Edición, 2018, pp 287/294, Director: Marcelo Alfredo Riquert

Conferencia magistral dictada en la Cátedra Latinoamericana Julio Cortázar de la Universidad de Guadalajara, circa 2016; fuente diario Perfil del 12/2/2017, suplemento “Domingo”, contratapa

Falcone, Roberto A. y Madina, Marcelo A., “El proceso penal en la Provincia de Buenos Aires”, AD HOC, 3ra edición actualizada y ampliada, pp 625/626 y su nota 133

Ferrajoli, Luigi “Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal”, editorial TROTTA, 1995

Nieto Martín, Adrián “Algo más sobre la determinación judicial de la pena Notas sobre la necesaria disminución de habilitación del poder punitivo” en “Derecho Penal” Año II Número 6, p 88 párr 2; Infojus, diciembre de 2013

Sancinetti, Marcelo “Dictamen sobre proyecto de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y de “Extinción de Dominio”, Buenos Aires, 2016, Revista Pensamiento Penal

Silva Sánchez, Jesús-María, “Malus Passionis. Mitigar el dolor del derecho penal”, ATELIER libro jurídicos, Cap. IV, pp 183 y sigtes

“Teoría de la Pena” en el blog catedrariquert.blogspot.com.ar, noviembre de 2007

Vitale, Gustavo su comentario al artículo 41 quarter CPA en la obra “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*” Baigún y Zaffaroni directores, tomo 2ª, Hammurabi, Buenos Aires, 2007

Zaffaroni, Aliaga y Slokar “Manual de Derecho Penal Parte General”, EDIAR, 1ra edición, 2005

Ziffer, Patricia “Lineamientos de la Determinación de la Pena”, AD HOC, 2da edición, 2013

ABREVIATURAS

ACPA Anteproyecto Código Penal Argentino

CADH Convención Americana sobre Derechos Humanos

CN Constitución Nacional

CPA Código Penal Argentino