



PERSPECTIVA CIENTÍFICA DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

MARIANA E. PRUNOTTO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

“Delito y pena, binomio substancial de derecho penal, son medios socialmente necesarios de control social del mal por el mal, y reducirlos al mínimo absoluto es lo menos malo que con ellos se puede hacer”¹. Dr. Elio Covicchi.

INTRODUCCION

El Derecho como objeto de estudio es parte del saber científico, y como tal todo lo que en él se estudie o se investigue o se trabaje, cae en los parámetros de la investigación científica, como así sus resultados son un producto científico. La investigación científica es la puesta en acción de las facultades del investigador que persigue un fin, que busca obtener cierto producto. El trabajo que realiza el juez, que se materializa a través de las sentencias, es una investigación científica y, en virtud de ello lo que él resuelva, en su fallo, es el producto de un proceso de investigación.

La importancia del Derecho Penal en un Estado de Derecho es fundamental. El *ius puniendi* es la expresión máxima de fuerza del estado, pero este derecho que tanto poder le otorga al estado también es quien más se lo limita. La pena es objeto de grandes debates doctrinarios de donde han surgido diferentes teorías, que pasan, desde su justificación hasta su abolición. *“La función del derecho penal no es legitimar el poder punitivo, sino contenerlo y reducirlo, elemento indispensable para que el estado de derecho subsista y no sea reem-*

¹ En PRUNOTTO LABORDE y FARSACI, Temas Penales, P. 13.

*plazado brutalmente por un estado totalitario*².

En el presente trabajo se trata de señalar las pautas generales del proceso de investigación en la determinación de la pena que realiza el juez. El objeto del presente trabajo es el análisis del que se vale el juez para determinar una pena y, también, de qué manera esto llega a ser una investigación científica. Junto con la teoría del delito y la teoría de la pena, la determinación de la pena juega un papel fundamental, en razón de que es la materialización, la plasmación en la realidad de todo el Derecho Penal, pues la pena es lo que modifica concretamente la realidad de las personas.

1. DETERMINACIÓN DE LA PENA

En principio, para el correcto abordaje del tema, es menester precisar terminológicamente qué es lo que estamos tratando, a fin de no caer en lo que Goldschmidt llama multivocidad doble de todos los vocablos³. Es así que al enmarcar nuestro objeto de estudio, lograremos una mejor comprensión del mismo.

En tal sentido el citado autor nos presenta a la cuantificación de la pena dentro del tema Funcionamiento de la Norma al tratar las funciones de determinación y aplicación de la norma⁴. Es así que ambas van de la mano, en el sentido del que Juez en la primera etapa fija o selecciona una pena de la norma general que le asigna al caso correspondiente, dictando una norma particular que refleja esa determinación al momento de aplicar la norma que se verá manifestada en la sentencia.

Es el juez el encargado de realizar la determinación de la pena, en el sentido más amplio del término; como en el lenguaje especializado internacional que este acto de determinación judicial de las consecuencias del delito lo llama “*sentencig*”⁵, abarcando el mismo tanto la fijación de la calidad de la pena como su cantidad. Siguen en este mismo sentido el Derecho internacional, los

² ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General, P.5.

³ GOLDSCHMIDT, Introducción Filosófica al Derecho, p. 1/ss.

⁴ Puede v., GOLDSCHMIDT, Introducción Filosófica al Derecho, p. 251/ss.

⁵ ASHWORTH, Principles of Criminal Law, p. 29.

autores Jescheck⁶ y Mir Puig⁷.

Zaffaroni⁸ nos adiciona un plus en esta definición, entendiendo que la determinación de la pena es la coronación del esfuerzo del derecho penal por contener el poder punitivo del Estado, en razón de que es la cantidad de pena que el juez debe permitir que se ejerza en cada caso de condena.

Debemos recordar que la determinación siempre está acompañada por su paso previo que es la interpretación de la norma, función también importante para la determinación y la aplicación de toda norma. Como Carrara explica *“la norma es un marco abierto a varias posibilidades: La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma a interpretar... La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia... Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del Derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al Derecho Positivo”*⁹.

2. PROCEDIMIENTOS POSIBLES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

Existen distintos procedimientos posibles de determinación de la pena. Un

⁶ *“La individualización de la pena no comprende únicamente, como el nombre parece indicar, la fijación misma de la pena, sino también la suspensión condicional de la pena, con las tares y reglas de conductas, la advertencia con reserva de pena, la renuncia a la pena, la exención de pena, la imposición de medidas de corrección y aseguramiento, y el pronunciamiento de la pérdida de ganancia y del comiso, así como la imposición de consecuencias accesorias”*. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal. Parte General, p. 785.

⁷ Que entiende por *“determinación de la pena la fijación de la pena que corresponde al delito”* MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 700.

⁸ ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo V, p. 737.

⁹ CARRARA, Programa de Derecho Criminal, Parte General, Vol. II, Sección Segunda: de la pena, Capítulo IV, parágrafo 654. en BARBARÁ, La sentencia penal y la cuantificación del reproche, 866.

legalismo extremo confiaría por completo a la ley la fijación de la pena de cada delito concreto. Un sistema de libre arbitrio judicial podría llegar, por el contrario, a ceder totalmente al juez dicha misión, no limitando legalmente ni la clase ni la medida de la pena a imponer.

Las legislaciones actuales no acogen ni uno ni otro extremo, sino que combinan, por distintas vías y en diferente medida, una cierta dosis de legalismo y un determinado margen de arbitrio judicial.

La función judicial de determinación de la pena ha acostumbrado siempre a partir de ciertas condiciones legales, aunque en la Antigüedad el arbitrio judicial era muy amplio. *“Los jueces podían no sólo aumentar y disminuir las penas señaladas por la ley, sino incluso imponer otras distintas”*¹⁰.

La filosofía penal liberal quiso acabar con dichas facultades en nombre del principio de legalidad. *“El ideal de una época, en nombre de un principio retributivo formalmente entendido y que apuntaba a la prevención general de las infracciones, era el de convertir al juez en esclavo del legislador, en el sentido de negarle toda facultad discrecional en el momento de aplicar la pena,...el juez comprobado el delito, debía aplicar automáticamente la pena”*¹¹.

El Código penal francés de 1791 llevó a su extremo el planteamiento legalista y asignó a cada delito una pena absolutamente determinada, no susceptible de ser modificada por el juzgador. Como se puede obviamente concluir esta imposición impedía tener en cuenta las peculiaridades de cada caso concreto, rompiendo con el principio de igualdad. Expresaba Bettiol que *“se advierte que la eliminación de todo poder discrecional lleva necesariamente a un régimen de penas fijas, rígidas, inmóviles que conducen a realizar el **summum jus**, pero también la **summa injuria**”*¹².

“Aquí la ley pretende medir -con la exactitud de un mecanismo de precisión- la cantidad de dolor o de privación que corresponde a un injusto culpable. Semejante aspiración legislativa no hace más que agravar la irracionalidad

¹⁰ MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, p. 701.

¹¹ BETTIOL, Diritto Penale. Parte Generale, p. 691.

¹² BETTIOL, Diritto Penale. Parte Generale, p. 691.

del fenómeno punitivo al imponerle al juez una tarea inhumana”¹³.

El reflejo de la irracionalidad del sistema puramente legalista se aprecia en el cambio de criterio realizado en el Código Penal francés de 1810¹⁴ que confirió a los jueces un cierto arbitrio para que determinasen la pena dentro de un límite máximo y un límite mínimo.

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

Mezger¹⁵ enseña que la ley ofrece un marco penal dentro del cual el juez fija exactamente la pena correspondiente al caso particular. Se puede elegir, dentro de dicho marco penal, una pluralidad de penas (ejemplo: reclusión, prisión, multa y/o inhabilitación) y asimismo el marco penal deja al juez un espacio libre entre un mínimo y un máximo, llamando dicho autor el marco penal normal.

Dentro de este marco, hay algunos que consagran una mayor amplitud de decisión en manos del juez y preveen criterios para la determinación de la pena, sea que se enuncien agravantes y atenuantes con pretensión de exhaustividad, que sólo se mencionen pautas de orientación ejemplificativas –como ocurre en nuestro Código¹⁶- o bien que no se diga nada.

3. ETAPAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA.

La doctrina penal¹⁷ coincide en su mayoría en que hay tres etapas en la determinación de la pena. En el esquema de esta determinación encontramos la determinación legal, la determinación judicial y la determinación penitencia-

¹³ ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General, p. 738

¹⁴ MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, p. 701.

¹⁵ MEZGER, Derecho Penal. Parte General, p. 359

¹⁶ ZIFFER, Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, p. 58/59.

¹⁷ Puede v. MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, p. 701. BETTIOL, Diritto Penale. Parte Generale, p. 693. NUÑEZ, Derecho Penal Argentino. Parte General, tomo II, p. 453.

ria (o administrativa) de la pena.

La primera determinación nos enseña Nuñez, consta de dos momentos: “*el primer y fundamental se realiza cuando el legislador adecua la pena a cada figura delictiva básica, guiándose por el valor del derecho ofendido y el modo particular de ofenderlo que especifica la figura. El segundo momento corresponde cuando el legislador mitiga o agrava la pena con el arreglo a las circunstancias particulares que especifica en figuras accesorias de las básicas. Así es como resultan las penalidades legales básicas, atenuadas y agravadas*”¹⁸.

La labor judicial consiste, no sólo en la determinación de la clase de pena (cuando se trata de conminaciones alternativas o facultativamente conjuntas), sino también en determinar las cuantías de ellas dentro de los límites legales (cuando se trata de penas que admiten grados) y de la forma de imposición (cuando se puede elegir entre la imposición efectiva o la condenación condicional) o de cumplimiento (como en el caso de la multa)¹⁹.

Cuando la pena fijada no sea directamente ejecutable por los tribunales de justicia, encontramos la tercera etapa que está a cargo de la administración, la determinación ejecutiva se da en los períodos penitenciarios de observación al fijar el tratamiento que recibirá el interno para el cumplimiento de la pena fijada²⁰. En lo referente al tema del trabajo se tratarán las dos primeras determinaciones, dejando para un próximo estudio la determinación ejecutiva de la pena.

4. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA ES UNA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Basados en la teoría del Modelo Ternario de Samaja²¹, la cual se justificará

¹⁸ Puede verse. NUÑEZ, Derecho Penal Argentino, Parte General, Tomo II, p. 452.

¹⁹ ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo V, p. 274

²⁰ Ley de Ejecución Penitenciaria - Ley N° 24.660.

²¹ Puede v. SAMAJA, El lado oscuro de la razón.; SAMAJA, Epistemología y Metodología. Elementos para una teoría de la Investigación Científica.; SAMAJA, Proceso, Diseño y Proyecto en Investigación Científica.

en el desarrollo del presente punto, comenzaremos explicando el paso del Modelo Binario al Modelo Ternario. Modelo se llama al molde que construye el investigador -el Juez- para llegar al producto de la investigación, que en este caso es la pena.

La primera teoría para la investigación científica se basaba en el Modelo Binario (teoría/observación), el modelo presenta al objeto aislado de toda connotación que pueda hacerle el entorno y el investigador. Con esta concepción se crea un derecho supuestamente “objetivo” de aplicación pura, el cual no necesitaría interpretación alguna.

La interpretación es una parte fundamental del derecho, es ella la que permite la articulación de las normas al caso concreto teniendo en cuenta las aristas que él presenta. Es una función importantísima en todas las Teorías Generales del Derecho, y resulta por demás desarrollar este punto en el presente trabajo. Pero es por esta razón que el Modelo Binario no se presenta como el correcto para desarrollar la investigación en el derecho.

El Modelo Ternario coloca un tercer elemento entre los dos componentes del Modelo Binario (teoría/ observación), que es el “objeto modelo” quedando: teoría/objeto modelo/observación. Este objeto modelo recoge la realidad que rodea tanto al objeto de la investigación, como al investigador y permite la interpretación del derecho para su aplicación al caso concreto. Como explica Samaja, el primer gran presupuesto, en una concepción ternaria, de todo proceso de investigación es la vida misma. El derecho está impregnado de vida y la vida esta impregnada por el derecho.

4.1 ¿De donde partimos para determinar la pena? Partimos del objeto de estudio. El Hecho

El objeto de estudio del Juez, en la determinación de la pena, es el hecho ilícito. La interpretación de la conducta, típica, antijurídica y culpable como base de la determinación de la pena²² resulta obligatoria para respetar los

²² El delito, no es solo el objeto de estudio del Derecho Penal, sino que representa un reparto como explica Goldschmidt, que es el objeto de estudio del Derecho, puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, p. 49/ss. ZIFFER, Patricia S., *Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, p. 61.

Principios Constitucionales y los principios del Derecho Penal. Se habla de Derecho Penal de acto cuando las normas punitivas se dirigen hacia lo que el hombre hace y no hacia lo que es, es decir, a su conducta social y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, su afectividad o sus hábitos de vida²³.

Al aplicar el Modelo Ternario el objeto de estudio está rodeado de una realidad que lo acompaña, que también acompaña a quien lo estudia – como ya se tratará -, completando el objeto, realidad que no puede ser omitida en la investigación.

Es así que al objeto de investigación, el hecho, debe adjuntarse la realidad que lo rodea, y ésta es la realidad del sujeto que cometió el delito. Se debe tener la precaución de no caer en el derecho penal de autor, no se debe bajo ningún concepto salir del principio de acto, el juez solo tendrá en cuenta la realidad vivida por el sujeto que cometió el ilícito porque es su realidad la que rodea el hecho, y no porque sea el objeto de investigación.

La importancia de este factor que completa el modelo de investigación, que es la vida, se ve plasmada en la norma que regula la determinación de la pena, en los artículos 40 y 41 del Código Penal. El primero expresa que “... *los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares de cada caso...*”, el legislador impone la obligación para el investigador – juez de que el objeto no se estudie aisladamente, remarcando la idea en el artículo 41 Código Penal, enumerando, no de forma taxativa, las pautas de la realidad a tener en cuenta por el investigador – juez para determinar la pena, hasta obliga al mismo a tomar conocimiento directo con el sujeto.

4.2 ¿Quién determina la pena? El investigador. El Juez

Para una mejor comprensión científica de la determinación de la pena es importante el aporte que realiza el Modelo Ternario, porque rompe un enfoque de la ciencia que presentaba la falacia de que el sujeto investigador – los jueces- era absolutamente objetivo al momento de desarrollar el conocimiento

²³ PRUNOTTO LABORDE y FARSACI, Temas Penales, p. 15.

científico – es decir de determinar la pena-. El sistema intermedio entre legalismo y discrecionalidad judicial, es el más conveniente para la determinación de la pena en virtud de que no deja todo al arbitrio judicial.

Como expresa Zaffaroni, *“si históricamente la política se ha encargado de sostener el mito de la pena, no es raro que el legislador histórico haya procurado fijarle al juez una tabla legal cuyo seguimiento determina una pena exacta para el caso. Aquí la ley pretende medir – con la exactitud de un mecanismo de precisión- la cantidad de dolor o de privación que corresponde a un injusto culpable. Semejante aspiración legislativa no hace más que agravar la irracionalidad del fenómeno al imponerle al juez una tarea inhumana.”*²⁴.

El Modelo Ternario, a diferencia del modelo anterior, coloca un tercer elemento el “objeto modelo”²⁵, introduciendo así la realidad que rodea al objeto y la subjetividad del investigador. Es fundamental dado que, como explica Samaja²⁶, todo lo que sabemos del mundo, incluido el del científico, lo sabemos a partir de una perspectiva subjetiva de cada quien, que hunde sus raíces en una biografía personal, social y profesional.

*“El juez, como toda persona, es el resultado único del proceso de interacción entre su herencia biológica y su ambiente social, y en ese sentido aun su más objetiva concepción del caso estará teñida de cierta subjetividad. Sin embargo, deberá determinarse en qué medida sus estereotipos y prejuicios, junto con cierta deformación profesional, influyen en el momento de su decisión”*²⁷.

Por esta razón, se puede sostener que la construcción de una pena requiere la firmeza de los puntos de partida conceptuales, de la teoría de la pena y de la sistemática elaboración de filtros dogmáticos en la teoría del delito²⁸.

Como “ut supra” se ha explicado a fin de evitar la pura discrecionalidad del

²⁴ ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General, p. 738.

²⁵ Recordemos que al objeto modelo lo rodea la realidad del objeto y del investigador.

²⁶ Puede v. SAMAJA, Proceso, Diseño y Proyecto en Investigación Científica.

²⁷ BARBARÁ, La sentencia penal y la cuantificación del reproche, 866.

²⁸ ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General, p. 757.

juez, se han creado los marcos legales y en ellos se cuenta con dos herramientas, que el derecho –su reflejo en la investigación científica- nos aportan. La primera es el marco legal – o marco de la investigación- dentro de ésta, el primer marco está en el principio de legalidad y el segundo en las pautas fijadas para la determinación de la pena.

La segunda herramienta es la fundamentación de la sentencia que en la investigación científica es el proyecto de investigación porque es lo que plasma de forma material el producto de la investigación, ambos son el continente del contenido. *“El deber de motivación exige que todas las razones que el juez pone en juego al estimar la sanción cuando condena sean claramente manifestadas. La decisión judicial no responde únicamente a razones de justificación jurídica, sino también a las llamadas razones explicativas vinculadas a las ideas, creencias y valores culturales de quien decide, y pese a que es posible que el Juez decida, al menos en parte, mediante un proceso mental inverso en el que plantea primero la conclusión y luego las premisas e incluso que su decisión sea, sobre todo, producto de prejuicios, no se halla exento de brindar las debidas justificaciones”*²⁹. Se le suma a esta herramienta el derecho de la segunda³⁰ instancia obligatoria fijada por el Pacto de San José de Costa Rica.

Si se plantea el tema de la determinación de la pena desde una visión científica, el investigador – juez – pasa a ser consciente de que, aunque de buena fe, intente la objetividad al momento de fallar, ésta es imposible por el simple hecho de ser humano. No hay computadora o máquina que pueda realizar este trabajo, porque la misma subjetividad que hace vulnerable al juez, como a todo hombre, es la que hace que pueda tener en cuenta al momento de sentenciar el hecho, la persona y su realidad, a los fines de determinar la pena, en razón de que es el sindicado tan humano como él –el juez- y esa valoración solo la puede realizar otra persona, que comprende y despliega su actuar cotidiana-

²⁹ LÓPEZ VIÑALS, Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria, 849.

³⁰ *“La individualización de la pena no puede ser excluida del control casatorio, cuando existe falta de fundamentación”*. (Del voto de la Dra. Ledesma) Cámara Nacional de Casación Penal, sala III • 04/06/2008 • Lugones, Ignacio Ezequiel • Sup. Penal 2008 (julio), 42 - LA LEY 2008-D, 580

mente en la realidad circundante.

El juez – investigador está íntimamente relacionado con “*el diseño de la investigación*”³¹ que es la parte del proceso que el sujeto de investigación pretende planificar de manera consciente. Supone una actividad destinada a establecer el mayor grado de coherencia posible entre el producto que se quiere obtener – la determinación de la pena-, con las actividades que se deberían realizar, y los fines que se espera alcanzar.

Una vez que el juez tome conciencia que, como investigador científico, su subjetividad entra en la investigación, podrá aplicar a esa determinación una interpretación abierta *in bonam partem*³², respetando los principios fijados en el Bloque Constitucional, aparte de su diseño de investigación científica. Es así como se insertan los mecanismos necesarios para que el juez-investigador pueda continuar el camino de la investigación científica hacia la determinación de la pena.

4.3 ¿Cuáles son las pautas para la determinación de la pena? El marco de la investigación científica. El marco legal

El marco de la investigación científica debe entenderse, en relación con el marco legal que forma la determinación legal de la pena, como la programación o el diseño de la acción que es caracterizado por sistema de conceptos³³ – ordenamiento normativo-.

4.3.1 Bloque constitucional

Como primer marco regulatorio encontramos el Bloque de Constitucionalidad³⁴, es así que Bidart Campos nos explica que el encargado de la política criminal es el legislador, pero como toda actividad del poder, debe respetarse la regla de la razonabilidad en la norma penal, “*la inconstitucionalidad puede*

³¹ Puede v. SAMAJA, Proceso, Diseño y Proyecto en Investigación Científica.

³² Puede v. PRUNOTTO, La Analogía in bonam partem en el derecho penal, Tomo 77, J-50. ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General, p. 735

³³ Puede v. SAMAJA, Proceso, Diseño y Proyecto en Investigación Científica. p. 49.

³⁴ El Bloque de Constitucionalidad esta formado por la Constitución Nacional y los Tratado de Derechos Humanos incorporados a la Constitución.

asimismo provenir de la sanción cuando la pena no guarda proporción razonable con la conducta tipificada como delito”³⁵.

También, al momento de sancionar las pautas para la determinación de la pena el legislador deberá respetar las prohibiciones en materia penal, encontramos así que en nuestra Constitución enriquecida se encuentran abolidos los tormentos, los azotes³⁶, las torturas y las penas o tratos crueles inhumanos o degradantes³⁷, la pena de muerte³⁸ y la confiscación de bienes³⁹.

Asimismo deberán respetar los principios y garantías también establecidos en la Ley Fundamental, encontramos así el principio de legalidad⁴⁰ - *nullum crimen nulla pena sine lege* -, principio de acto, principio de reserva, principio de la antijuridicidad material y concepto de bien jurídico, principio de culpabilidad, principio de prohibición de la analogía, principio de igualdad, *indubio pro reo*, principio de la cosa juzgada y *no bis in idem*, el principio de juez natural y de debido proceso⁴¹.

Zaffaroni⁴² expone, sin perjuicio de todos los principios constitucionales, cuatro principios específicos para la construcción jurídica de la teoría de la coerción penal, ellos son el principio de la legalidad de la pena, de la racionalidad de la pena, de humanidad de la pena y de personalidad de la pena. Estas limitaciones juegan tanto para la determinación legal del marco penal como para la determinación judicial y administrativa de la pena.

³⁵ BIDART CAMPOS, Manual de la Constitución reformada, p. 312

³⁶ Artículo 18 C. N.

³⁷ Pacto de San José de Costa Rica, artículo 5.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7 y 10.1; Convención sobre Derecho del Niño, artículo 37. a y c y 40.1; Convención contra la tortura y otros tratados o penas crueles, inhumanas o degradantes.

³⁸ Artículo 18 C. N. y Pacto de San José de Costa Rica artículo 4.4.

³⁹ Artículo 17 C. N.

⁴⁰ Puede v. PRUNOTTO LABORDE, Adolfo B. J., Principio de legalidad. Alcances y precisiones, págs. 359 y ss.

⁴¹ PRUNOTTO LABORDE y FARSACI, Temas Penales, P. 15.

⁴² Puede v. ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo V, p. 113 y 332.

4.3.2 Determinación legal

El código parte, como es tradicional, de la determinación de un marco penal para cada uno de sus delitos. Tales marcos penales se prevén, en principio, para los hechos consumados cometidos por sus autores. La determinación del marco penal correspondiente a la tentativa y la complicidad se efectúan mediante reglas contenidas en otros artículos. También se fijan reglas para el concurso de delitos. Todo ello constituye la estructura de la determinación legal de la pena.

“La función de los marcos legales no es la mera fijación de un límite a la discrecionalidad judicial. No se trata simplemente de ámbitos dentro de los cuales el juez puede decidir con libertad y si dar mayores cuentas de su elección, sino que a través de la interrelación de las diferentes escalas penales queda estructurado un esquema interpretativo acerca de cuál es el valor relativo de la norma dentro del sistema. Al establecer los marcos, el legislador indica el valor proporcionalidad de la norma dentro del sistema, indicando la importancia y el rango de la respectiva prohibición”⁴³.

El marco específico se encuentra en el Código Penal argentino en su artículo 40 establece que *“en las penas divisibles por razón de 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”* y el artículo 41 del CP señala criterios generales.

5. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Una vez determinado el marco legal por el Código Penal corresponde al juez -investigador, como hemos expresado, la determinación de la pena para un autor concreto por el delito cometido.

Las escalas penales son el primer criterio para la determinación de la pena, pues su función no es sólo la mera fijación de un límite a la discrecionalidad judicial. Sino que éstas, también, fijan un esquema interpretativo del valor re-

⁴³ ZIFFER, Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, p. 59/60.

lativo de cada figura penal, permitiendo establecer la importancia o valoración que realiza el legislador de cada bien jurídico protegido dentro del sistema.

Estas, por otro lado, establecen un parámetro para la individualización de la pena, que *"sólo puede ser fijada teniendo en cuenta cuál es el mínimo y cuál es el máximo, pues sólo en esa relación puede continuar reflejando la importancia de la contrariedad al derecho que ha implicado el hecho"*⁴⁴.

Zaffaroni sostiene que los mínimos de las escalas penales tienen un valor meramente indicativo, resultando factible -por ende- imponer sanciones por debajo de aquéllos si las circunstancias del caso los tornan irracionales⁴⁵.

Siguiendo el sentido de que estas reglas orientadoras son guías para la decisión judicial, también implican un deber de fundamentación explícita que haga posible el control crítico-racional del proceso de individualización de la pena, es decir, que en la sentencia se deberá exponer el método de inferencia y la valoración que ha realizado el juez para llegar a la determinación de la pena – el producto-. Ziffer explica que resulta *"imprescindible que se haga explícito si se valora a favor o en contra, y en segundo lugar, por qué, teniendo en cuenta que sólo resultarán argumentos válidos aquellos que estén apoyados en valoraciones normativas, antes que en la eventual reprochabilidad moral de ese aspecto de la conducta"*⁴⁶.

Estos artículos constituyen "la base legal infraconstitucional más importante del derecho de cuantificación penal argentino"⁴⁷.

Como se aprecia nos encontramos en la etapa del diseño dentro de la investigación científica, en razón de que implica la parte del proceso que el investigador –juez- pretende planificar de manera consciente. "Supone una actividad destinada a establecer el mayor grado de coherencia posible entre el producto que se quiere obtener, con las actividades que se deberán realizar, y los fines

⁴⁴ ZIFFER, Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, p. 60/61.

⁴⁵ Puede v. ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General.

⁴⁶ ZIFFER, Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena, p. 107

⁴⁷ CODIGO PENAL COMENTADO LA LEY, en www.laleyonline.com.

que se espera alcanzar”⁴⁸.

6. PAUTAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Desde la antigüedad, la proporcionalidad de la pena, es un tema de estudio, en razón de que se presenta como un límite tanto para el poder punitivo del estado, como para la discrecionalidad del juez.

La proporcionalidad es la base por excelencia para la determinación de pena, no solo se extrae del Bloque Constitucional Argentino, sino que en el derecho internacional⁴⁹, donde también se encuentra consagrada, se reconoce la proporcionalidad como la llave para la determinación de la pena en el caso particular. El criterio político es el que determina la esencialidad tanto del delito como de la pena, su relación es tal que debe ajustarse un criterio al otro.

Carrara⁵⁰ se plantea el problema de la proporción entre el delito y la pena. Se pregunta: ¿Cuál es la proporción entre la injuria y la multa? Es así como se plantea que la proporción entre la pena y el delito no debe ser entendida como una relación material, sino en un sentido totalmente psicológico, “*no se busca una proporción entre hecho material y hecho material, sino entre efecto moral y efecto moral*”⁵¹.

Ferrajoli explica que “el hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro”⁵². El principio de proporcionalidad es la suma de los principios de legalidad y de retributividad, expresados

⁴⁸ SAMAJA, Proceso, Diseño y Proyecto en Investigación Científica, p. 48

⁴⁹ “*The idea of proportionality was recognized as the key determinant of the quantum of sanction in a particular case*”. (La idea de la proporción esta reconocida como la llave determinante para la cuantificación de la sanción en el caso particular- traducción propia) ASHWORTH, Andrew, Principles of Criminal Law, p. 21

⁵⁰ En TERÁN LOMAS, Derecho Penal. Parte General, Tomo 2, p. 380

⁵¹ TERÁN LOMAS, Derecho Penal. Parte General, Tomo 2, p. 380.

⁵² FERRAJOLI, Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal, p. 397/398.

en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto*.

“La razonabilidad de la pena requiere que esta guarde una cierta culpabilidad con la magnitud del delito”⁵³, logrando esta proporcionalidad la flexibilidad necesaria para adaptar o adecuar las escalas penales a los casos concretos; es por ello que Zaffaroni duda de la constitucionalidad de las penas perpetuas y de toda pena fija⁵⁴.

En nuestro ordenamiento, el artículo 41 nos presenta dos pautas a tener en cuenta, la primera: la descripción de circunstancias de carácter objetivo vinculadas con el hecho cometido, y en la segunda pauta las de índole subjetiva, vinculadas con el autor y, específicamente, con su peligrosidad. Ziffer⁵⁵ reflexiona que si bien la ley presenta en forma separada las pautas objetivas y subjetivas, no es posible una separación tajante entre estos criterios, en virtud de que no es posible la graduación del ilícito sin recurrir a los contenidos subjetivos⁵⁶.

Además, se ha señalado que la necesidad de reacción penal puede tener fundamento también en otros principios que no fueron previstos en esta norma, como los vinculados con los fines preventivo-generales de la pena. Así se plantea que la determinación de la pena se establece conforme con el grado del injusto y de la culpabilidad admitiendo el correctivo de la peligrosidad⁵⁷, es decir, también el equilibrio óptimo entre la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial⁵⁸.

6.1 Gravedad del injusto

Como surge claramente del artículo 41 inciso 1, y como se ha expuesto “ut

⁵³ ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo V, p. 113

⁵⁴ Puede v. ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General.

⁵⁵ ZIFFER, Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, p. 62/61

⁵⁶ “...el tribunal inferior fundamentó el aumento de la pena en forma fragmentaria o aislada de las pautas a valorar, pues fundó la decisión sólo en pautas objetivas, sin mencionar las circunstancias subjetivas previstas en la ley, lo que tornaba arbitraria la decisión”. (CS, 1997/07/15, "Miara, S. y otra", JA, 1998-I-474)

⁵⁷ ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo V, p. 291.

⁵⁸ CODIGO PENAL COMENTADO LA LEY, en www.laleyonline.com.

supra”, el ilícito constituye el presupuesto de la punibilidad de la conducta, como también la base para la graduación de su gravedad. Así señala esta norma que “*se tendrá en cuenta para la determinación de la pena la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado*”. “*En estos rubros deben computarse todas las circunstancias que implican un matiz diferencial de ejecución idóneo para poner de relieve un accionar más o menos grave, siempre y cuando no se trate de aspectos del hecho que constituyan el fundamento del tipo penal, pues también a ese respecto rige la ya mentada prohibición de la doble valoración.*”⁵⁹

Pero las referencias al injusto nos se agotan allí en el inciso 2, se menciona la participación que haya tomado en el hecho, que es otro claro indicador de magnitud del injusto. Zaffaroni⁶⁰ explica que no se trata de participación *stricto sensu*, sino *lato sensu*, la referencia abarca a los autores, coautores y partícipes, debiéndose determinar en forma precisa y conforme las particularidades del hecho, cuál es al contribución concreta del agente al conflicto.

Con la referencia de la norma no lleva a valorar el ilícito y todas sus circunstancias, esto quiere decir como se realizó, el grado de aporte, las consecuencias que implicó el delito, que bienes jurídicos de vieron afectados (hay que tener presente que el bien jurídico puede ser del delincuente o íntimamente relacionado a él, verbigracia, los casos de pena natural), esto nos refuerza la concepción del Modelo Ternario de la Ciencia, en razón que la realidad concreta cobra una importancia relevante para la determinación de la pena⁶¹.

En clara relación a la importancia de la realidad para la construcción del producto, se plantea la cuestión si se debe abarcar solo el resultado típico o si también se consideran las consecuencias mediatas del hecho y la medida en que éstas debieron resultar previsibles para el actor.

Una primera solución propuso tratar las consecuencias extratípicas con re-

⁵⁹ LÓPEZ VIÑALS, Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria, 849

⁶⁰ ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo V, p 296.

⁶¹ “*Para graduarse la pena aplicable al autor del delito de homicidio corresponde computar como atenuante la agresión de que fue objeto el victimario antes de cometer el crimen*”. (CSJN-Fallos, 210:414)

glas similares a la de los delitos calificados por el resultado; pero actualmente se prefiere aplicar los principios de la imputación objetiva, en razón de que se tratan de problemas de limitación de causalidad⁶²; y cobran relevancia estas cuestiones cuando las consecuencias son extratípicas negativas, o que el autor produzca algunas consecuencias que de algún modo produzcan un beneficio. Ziffer considera que una solución es la aplicación analógicamente, es decir *in bonam partem*, la solución de la tentativa⁶³.

Zaffaroni plantea en este tema que también, ha de tenerse presente con relación al injusto los supuestos particulares de valoración del mismo, se menciona, el delito continuado y el concurso ideal, como casos específicos del criterio de la extensión del daño o del peligro; las eximentes incompletas, los injustos culposos, los supuestos de composición con víctima y el comportamiento posterior del agente⁶⁴.

6.2 La culpabilidad

La culpabilidad tiene varias funciones dentro del derecho penal, por un lado se utiliza para la establecer la comisión de un delito, y por el otro para determinar la pena a fin de valorar la gravedad del injusto. Resultan relevantes las relaciones entre criterios propios de la teoría del delito, la consideración de todas las situaciones que reducen el ilícito y la intensidad de aquellas que afectan la culpabilidad.

*“La culpabilidad por el injusto penal se manifiesta en la pena porque se le reconoce al agente un mínimo de autodeterminación o, lo que es lo mismo, una motivación dentro del espacio de decisión en la situación concreta del hecho”*⁶⁵. Es así que podemos entender a la culpabilidad como un reclamo di-

⁶² Sobre imputación objetiva puede v. PRUNOTTO LABORDE, *Causalidad e Imputación Objetiva.*; SANCINETTI, *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, págs. 181/99.

⁶³ ZIFFER, Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo II, p. 68/69. ZIFFER, Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena, en Determinación judicial de la pena.

⁶⁴ ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General, p. 765.

⁶⁵ ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General., p. 766

rigido a quien no ha evitado la conducta tipificada penalmente pudiendo hacerlo⁶⁶.

La culpabilidad se funda entonces en la aceptación de la personalidad humana como una realidad de la que emana la libertad de elección, y en que es posible, valiéndose del aporte de ciencias auxiliares, determinar con algún grado de aproximación el nivel de esfuerzo que un sujeto en una determinada circunstancia, debiera haber realizado para comportarse de un modo diferente a como lo hizo⁶⁷.

Surge así la regla de que la reprochabilidad de la conducta será tanto menor cuanto más se acerque la intención del autor a la protección de un bien jurídico⁶⁸. Zaffaroni explica “*que la calidad de los motivos que lo determinan a delinquir impone una consideración que permite reducir poder punitivo en los casos de errores de prohibición vencibles y cualquier otra hipótesis cercana a la inculpabilidad*”^{69,70}.

Al encontrarnos, por lo explicado “*ut supra*”, ante una culpabilidad de acto y el requerimiento de que se tome en cuenta toda la realidad que rodeó el injusto –Modelo Ternario–, la valorización de la personalidad⁷¹ es uno de los datos indicadores del ámbito de autodeterminación del autor, como también cobra relevancia el haber sido impulsado por “*la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario y de los suyos*”⁷²; en relación Zaffaroni

⁶⁶ “*Los jueces, como soberanos en la determinación de la apreciación de la capacidad de culpabilidad, no pueden atarse a la determinación de la existencia o no de una determinada categoría nosológica -como la psicosis- y su deber es determinar si la imputada pudo o no comprender al momento del hecho la criminalidad del acto*”. (Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado -causa N° 29/05-. 08/04/2008. E.D. T. 331, P. 636- Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y E. Raúl Zaffaroni).

⁶⁷ LÓPEZ VIÑALS, Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria, 849

⁶⁸ ZIFFER, Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo II, p. 69.

⁶⁹ Sobre hipótesis de inculpabilidad puede v. RODRIGO, El fallo ‘Arangues’ desde una visión trialista, (Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala Segunda), Zeus, Tomo N° 107.

⁷⁰ ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General, p. 766.

⁷¹ JESCHECK, Tratado de Derecho Penal. Parte General, P. 804.

⁷² Artículo 41 C.P.

afirma que “*el estado no puede formular reproche jurídico ignorando las privaciones que entrañan una sociedad basada en la desigualdad*”⁷³.

Otro de los datos graduables de la culpabilidad se ve reflejado en el texto normativo cuando expresa que se tendrá en cuenta “*los vínculos personales y la calidad de las personas*”⁷⁴, el grado de reproche será mayor cuando exista una relación particular entre autor y víctima o cuando pesaba sobre el autor deberes de garante que aumentarán la gravedad del ilícito⁷⁵.

En conclusión la culpabilidad permitirá ponderar la determinación de la pena por la comisión de un injusto, en base al reproche de la posibilidad de motivarse en la norma.

6.3 La peligrosidad

Soler⁷⁶ llama peligrosidad a la probabilidad de que un sujeto cometa un delito. Es así como la mayor o menor peligrosidad del condenado constituye el fundamento de la medida de la pena, y es entendida así por Nuñez⁷⁷, como la mayor o menor capacidad delictiva, es decir la mayor o menor probabilidad de que el individuo vuelva a delinquir. Al igual que para Jiménez de Asua⁷⁸ el delito cometido o el acto que pone de manifiesto la peligrosidad, es un criterio para determinarla. En nuestro código, la peligrosidad demostrada por el sujeto es sólo uno de los criterios que debe considerar el juez con el objeto de fijar la pena.

La formulación del código impone que la peligrosidad derive de las circuns-

⁷³ ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General, p. 767

⁷⁴ Artículo 41 C.P.

⁷⁵ “*A efectos de la determinación de la pena aplicable a quien fue condenado como autor del delito de homicidio agravado por el vínculo, cometido en perjuicio de su hija, bajo circunstancias extraordinarias de atenuación, deben tomarse como circunstancias favorables al encartado, su avanzada edad, la aflicción que se cierne en su conciencia, lo que se traduce en una pena natural que deberá sobrellevar conjuntamente con la privación de su libertad*”. (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa • 02/12/2008 • Cecotto, Rubén Ismael • , La Ley Online)

⁷⁶ SOLER, Derecho Penal Argentino, Tomo 2, p. 502.

⁷⁷ NUÑEZ, Derecho Penal Argentino. Parte General, p. 458.

⁷⁸ JIMENEZ DE ASUA, El estado peligroso, p. 52.

tancias de “*tiempo, lugar, modo y ocasión*”⁷⁹. La consideración de la peligrosidad como correctivo implica la concepción de la misma como índice de la necesidad de prevención especial en el caso concreto. “*El juez debe comprobar si la pena determinada conforme a la magnitud del delito es suficiente, exigua o excesiva, para los fines resocializadores de la penal*”⁸⁰.

La reincidencia y los antecedentes y condiciones personales, aparecen individualizados como un factor que influye en la medición de la pena en el artículo 41 del Código Penal⁸¹, debido a su recaída en el delito a pesar de la condena anterior, demuestra su mayor rebeldía frente a la ley penal y así su mayor peligrosidad delictiva. Para Zaffaroni es una concepción claramente vulnerante del derecho penal de acto y por ende inconstitucional⁸².

7. LA PROHIBICIÓN DE LA DOBLE VALORACIÓN

El legislador al fijar los límites de la escala penal realiza un valoración de la conducta específica de cada delito, es por ello que se deben diferenciar al momento de determinar la pena de las valoradas en el artículo 41 del Código Penal, en razón de que implicaría agravar dos veces por la misma circunstancia, “*en la subsunción en un tipo y en la fijación de la pena*”⁸³, se encuentra un claro ejemplo en el robo. No sería posible valorar que se recurrió a la violencia puesto que es un carácter del tipo, no quita que se valore como parte del tipo el mayor o menor grado de violencia.

⁷⁹ ZIFFER, Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo II, p. 64.

⁸⁰ ZAFFARONI, Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo V, p. 330.

⁸¹ “*La mayor severidad en el cumplimiento de la sanción por parte de quien ha sido declarado reincidente, no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad a cumplir una pena privativa de la libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena, quien pese a haberla sufrido antes, recae en el delito*”. (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala I de procedimientos constitucionales y penal • 06/06/2008 • Flores, Hugo Ricardo M. • LLLitoral 2008 (noviembre), 1096)

⁸² ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General, p. 770. CODIGO PENAL COMENTADO LA LEY, en www.laleyonline.com.

⁸³ ZIFFER, Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo II, p. 80.

En este caso el juez debe tomar el hecho y valorar la particularidades que el legislador haya establecido a fin de determinar el tipo penal, una vez enmarcado el tipo, por ello al momento de determinar la pena deberá excluir de la valoración las conductas o hechos que pertenezcan al tipo penal, para evitar así una doble valoración, como en el ejemplo anterior, evitar una doble agravación⁸⁴.

Ziffer también resalta que *“la prohibición de la doble valoración circunscribe la obligación del juez de fundar la sentencia utilizando argumentos propios del caso y no aquellos que, en forma general, fueron tenidos en cuenta por el legislador para crear la prohibición.”*⁸⁵

8. LA AUDIENCIA “DE VISU”

La última oración del inciso 2 del artículo 41 reza “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”. Esta obligación que se le impone al juez, es esencial para garantizar el derecho de defensa en juicio, tanto del imputado como de la víctima. Por la razón de que se le brinda un espacio para que el juez lo escuche, para que realicen un descargo propio antes de que el juez decida. En consecuencia el no cumplimiento de esta obligación por parte del juez acarreará la arbitrariedad de la pena impuesta y la nulidad de la sentencia⁸⁶.

A nivel de la investigación científica, también es relevante la toma de contacto real con el imputado y la víctima, por ser partes fundamentales del objeto de la investigación.

⁸⁴ Como expresamente plasma la norma en el artículo 41 bis segundo párrafo del C.P.

⁸⁵ ZIFFER, Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo II, p. 81, ZIFFER, Patricia S., Lineamientos para la determinación de la pena, p. 111.

⁸⁶ La audiencia de visu es una herramienta fundamental del derecho de defensa del imputado, con la reforma realizada en el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, al instaurar el juicio oral se garantiza este importante derecho. Sobre juicio oral puede v. ERBETTA y otros, Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Comentado. Ley 12.734.

9. ARTÍCULOS 41 BIS, 41 TER Y 41 QUATER DEL CÓDIGO PENAL

El legislador ha establecido en la parte genérica dos agravantes de carácter general que son los artículos 41 bis⁸⁷ y 41 quater⁸⁸ del Código Penal y una atenuante del artículo 41 ter⁸⁹, además de las agravantes y atenuantes típicas en la parte especial del código. Ha de recordarse que cuando corresponda un tipo agravado o atenuado específico el juez no deberá aplicar la agravante o atenuante genérica, a los fines de no realizar una doble valoración- como “ut supra” se ha explicado-.

El 41 bis del C. P. agrava cualquier conducta tipificada en la parte especial del código y en las leyes especiales que se cometiera “*con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego*”, con la salvedad hecha de la prohibición de la doble valoración que se encuentra plasmada específicamente en el segundo párrafo del artículo: “*Este 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*”⁹⁰. Lo que el legislador determina, en esta agravante, es el carácter desfavorable de la circunstancia, y se establece como un criterio agravante no ya de la pena dentro de la escala penal sino de la escala misma.

En el artículo 41 ter, se incorporó la figura del arrepentido o partícipe delator para los delitos establecidos en los arts. 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 Código Penal. Este instituto tiene un fundamento utilitarista⁹¹, pues persigue la colaboración del partícipe o encubridor en la investigación de esos delitos a cambio de una reducción de pena. Para que corresponda el atenuante, quien

⁸⁷ Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.297, B.O. 22/9/2000.

⁸⁸ Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.767, B.O. 01/9/2003.

⁸⁹ Artículo incorporado por la Ley N° 25.742, B.O. 20/6/2003; luego esta norma fue sustituida por el artículo 12 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008.

⁹⁰ “Dado que el delito de robo con arma previsto en el art. 166 inciso 2 del Código Penal —texto anterior a la ley 25.882— prevé como elemento calificante la violencia o intimidación desplegada contra la víctima mediante el empleo de armas, la agravante prevista en el art. 41 bis del citado cuerpo legal no rige por estar suficientemente comprendida en tal enunciado normativo” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 11/03/2009 • C., A.D. •, La Ley Online)

⁹¹ Código Penal Comentado La Ley, en www.laleyonline.com.

pretenda beneficiarse con ella debe brindar información útil que permita conocer alternativamente a) la identidad de otros partícipes o encubridores del delito, b) el lugar donde la víctima se encuentra privada de libertad, o c) cualquier otro dato que posibilite el esclarecimiento del hecho.

El artículo 41 quater, establece una agravante para cualquier mayor de edad que hubiere cometido un delito con la intervención de menores de dieciocho años. Lo que ha de establecerse para la correcta interpretación de este artículo es que para fijar la mayoría de edad ha de tenerse en cuenta la Convención de los Derechos del Niño⁹².

En lo referente a las agravantes genéricas, podemos reflexionar como lo ha hecho la jurisprudencia al respecto, que opina que: "*al instituir una escala penal más gravosa para los supuestos en que medien las circunstancias aludidas, la ley traslada aquello que tradicionalmente se había considerado ponderable como pauta aumentativa por el mayor contenido de injusto -en orden a la naturaleza de los medios empleados a que alude el art. 41 para la determinación de la pena- al nivel típico al que incorpora aquella circunstancia como elemento objetivo, operando entonces como una calificante genérica que incorpora a la ley de fondo figuras agravadas respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades*"⁹³.

10. CONCLUSION

Como se ha podido apreciar en el desarrollo precedente, todo estudio de la ciencia del derecho es una investigación científica, puede ser más o menos profunda o compleja, pero se respetan los pasos a seguir y las inferencias⁹⁴ para llegar al producto de la investigación.

La actividad del juez está reglada en la forma de investigación científica, en

⁹² Código Penal Comentado La Ley, en www.laleyonline.com.- y en CNCrim. y Correc., sala I, 2003/12/17, "Barrionuevo, Juan S.", La Ley, Sup. Penal 2004 (octubre), 74.

⁹³ TCasación Penal Buenos Aires, sala II, 2004/07/08, "Chavero, Juan J.", Lexis N° 35. 000513. En igual sentido, TCasación Penal Buenos Aires, sala II, 2003/10/04, "Fernández, Diego M., Lexis N° 30. 01.2497, y TCasación Penal Buenos Aires, sala II, 2004/03/18, "Cabrera, Fabián A.", Lexis N° 70. 01.2174.

⁹⁴ Las inferencias son: la inducción, la deducción y la abducción.

razón de que parte de un objeto-el delito, que debe seguir un proceso específico con formalidades que se deben cumplir, el debido proceso- el proceso de investigación, para poder fijar una pena. Al momento de sentenciar el juez debe seguir un diseño que le permita respetar los marcos legales y poder fundamentar con razonabilidad su decisión. El producto a alcanzar es la determinación de una pena en un caso concreto, que se materializa a través del proyecto, la sentencia.

La determinación de la pena es la máxima expresión del Derecho Penal, el estudio de este tema representa una forma de contribuir a mejorar su aplicación en la realidad. La teoría del delito y la teoría de la pena forman para la determinación de la pena un conjunto inseparable, que el juez deberá tener presente al momento de fallar, a fin de respetar una coherencia dogmática dentro del marco constitucional.

En el desarrollo del trabajo se ha querido hacer hincapié en que no es posible y no es sano, exigir una objetividad absoluta al juez en la aplicación de la pena, es importante que el propio juez tome conciencia de esta situación, así al momento de valorar, no solo valore el hecho, el sujeto y el entorno, sino que también valore sus propias experiencias, prejuicios y valores, a los fines de entender que la mejor herramienta, contra cualquier arbitrariedad interna o externa, es el” *induvio pro reo*”.

No debemos perder de vista el respeto máximo que merece el Derecho Penal, que como explica Zaffaroni su función “*no es legitimar el poder punitivo, sino contenerlo y reducirlo, elemento indispensable para que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por un estado totalitario*”⁹⁵.

⁹⁵ ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal-Parte General, p. 5.

BIBLIOGRAFÍA

ASHWORTH, Andrew, (2003) Principles of Criminal Law. Oxford, Oxford University rd, 4º Edición.

BARBARÁ, Fernando L., La sentencia penal y la cuantificación del reproche, LA LEY 2006-D, 866.

BETTIOL, Giuseppe, Diritto Penale. Parte Generale, 4º edición, G. Priulla Editore, Palermo, 1958.

BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, Tomo II, 1º Reimpresión, EDIAR, Buenos Aires, 1998.

CODIGO PENAL COMENTADO LA LEY, Director: D'Alessio, Andrés José, en www.laleyonline.com.

ERBETTA, Daniel y LURATI, Carina, "Atenuantes específicas en la Parte General del Código", en "Reformas Penales" -Coordinador: Edgardo A. DONNA-, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.

ERBETTA, Daniel, ORSO, Tomás, FRANCESCETTI, Gustavo y CHIARA DIAZ, Carlos, Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe. Comentado. Ley 12.734, Zeus, Rosario, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal, 2º edición, Traducción Andrés Ibáñez y otros, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus horizontes. 6º Edición, Depalma, Buenos Aires, 1978.

JESCHECK, Hans- Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4º Edición, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, El estado peligroso, Madrid, Imprenta de Juan Pueyo, 1922.

LÓPEZ VIÑALS, Pablo, Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria, LLNOA 2006, 849.

MEZGER, Edmundo, Derecho Penal. Parte General, Libro de Estudio, 6º Edición, Traducido por Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina,

Buenos Aires, 1958.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 6º Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.

NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino. Parte General*, Tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960.

PRUNOTTO LABORDE, Adolfo B. J., *Principio de legalidad. Alcances y precisiones*, en *Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales – I*, N° 1, Director: Edgardo Alberto Donna, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.

PRUNOTTO LABORDE, Adolfo B. J. y FARSACI, Ricardo A., *Temas Penales*, UNR Editora, Rosario, 2006.

RODRIGO, Fernando M., *El fallo ‘Arangues’ desde una visión trialista*, (Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala Segunda), Zeus, Tomo N° 107.

ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Reus S.A., Madrid, 1981.

SAMAJA, Juan, *El lado oscuro de la razón*, 2º edición, 2º reimpresión, JVE Ediciones, Buenos Aires, 2004.

SAMAJA, Juan, *Epistemología y Metodología. Elementos para una teoría de la Investigación Científica*, 3º Edición, 6º reimpresión, Eudeba Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005.

SAMAJA, Juan, *Proceso, Diseño y Proyecto en Investigación Científica*, JVE Ediciones, Buenos Aires, 2004.

SANCINETTI, Marcelo A., *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

SLOKAR, Alejandro W., *Comentario a al artículo 41 bis*, en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo II, Dirección: David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo 2, 5º Edición, actualizada por Guillermo J. Fierro, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires,

1989.

TERÁN LOMAS, Roberto A. M., Derecho Penal. Parte General, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio R., Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio R. y otros, Manual de Derecho Penal-Parte General, Segunda Edición, Ediar, Bs. As., 2005.

ZIFFER, Patricia S., Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo II, Dirección: David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

ZIFFER, Patricia S., Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena, en Determinación judicial de la pena, compilador Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

ZIFFER, Patricia S., Lineamientos para la determinación de la pena, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.