



Modelo de individualización judicial de la pena

Especificidades para el fuero penal del joven

Raúl Elhart¹

SUMARIO: I. La cuestión. II. Generalidades, lineamientos y limitaciones a las posibilidades de avance y concreción en la materia. III. La culpabilidad en la teoría del delito y la culpabilidad para la medida de la pena. IV. Prevención y medida de la pena. V. La tradición de la discrecionalidad. VI. Pautas concretas sobre la construcción de la pena en el concurso real de delitos. VII. Pautas concretas sobre la construcción de la pena en el concurso ideal de delitos. VIII. Pautas sobre la construcción de la pena en el Fuero Penal Juvenil. IX. Fijación del esquema e implicancias. X. Conclusiones.

I. La cuestión

El asunto consiste en fijar pautas y conceptos que, sistematizada y coherentemente, permitan establecer las magnitudes de penas en casos judiciales concretos, a partir de la legislación nacional y supranacional que rige nuestro derecho. De ello se desprende una base y un límite dados por el derecho positivo. Más claro: el modelo parte y tiene sus límites en el derecho positivo, en la ley, en el ordenamiento jurídico argentino todo. Es un modelo que emerge de una interpretación intralegal. No se trata de una formulación sobre cómo debería ser la ley, o cómo debería ser regulado determinado sector del ordenamiento jurídico. Y a su vez se trata de un proyecto de aplicación de caras a un futuro a mediano plazo.

La cuestión tiene importancia no sólo académica sino práctica, en atención, en primer lugar, a que resulta parte trascendente del proceso judicial la determinación por parte del juez o tribunal, no sólo de la materialidad del hecho, autoría y culpabilidad, sino de la cantidad de pena que se dispone infligir al inculpado. Luego, en segundo lugar, porque cada vez son más cuestionadas por las partes del proceso las razones (o su ausencia o

¹ Magistrado. Doctor en Ciencias Jurídicas. Especialista en Derecho Penal y Criminología.



insuficiencia, o por exceso) por las que se decide la imposición de cierta cantidad de pena, con la apertura de la vía casacional que tal materia admite en la hora actual. La fórmula que sostiene que el Tribunal es soberano en aspectos de medición de la pena, cabe ser entendida limitadamente, no de modo absoluto y sin reglas; como que es competencia del Tribunal dicha cuestión, pero que la misma debe ser detalladamente fundamentada y que a su vez puede ser revisable por un tribunal superior, al menos por arbitrariedad, caso contrario se estaría defendiendo la conservación de espacios de discrecionalidad sin contralor, justamente sobre un aspecto medular del sistema punitivo.

Se torna indispensable intentar profundizar en el problema de la medida judicial de la pena, de modo ceñido intentando dar patrones cada vez más rigurosos, accesibles y concretos. En particular, no se observa en las obras consultadas la exposición de pasos a seguir para la graduación de la pena, tal como se ha realizado en la teoría del delito. Poco se expresa sobre si hay un punto de ingreso a la escala penal, si este punto de ingreso se encuentra en el medio o en el mínimo, y qué pasos a partir de allí cabría seguir para graduar pena. Tampoco suele expresar la jurisprudencia ni doctrina qué montos punitivos cabe sumar o restar a partir del punto de ingreso con relación a cada agravante o atenuante que se mentan en las sentencias, entre otras cuestiones. En efecto, sin llegar a una formulación matemática, no parece suficiente la práctica que consiste en que se amontonen una serie de agravantes y una serie de atenuantes y que se concluya en un monto final.

II. Generalidades, lineamientos y limitaciones a las posibilidades de avance y concreción en la materia

Con referencia a la regulación del CP sobre medición de la pena, el sistema argentino de derecho prevé penas relativas y absolutas² ³. Las relativas están conformadas según mínimos y máximos. Como pena absoluta, se encuentra la prisión o reclusión⁴ perpetua.

² Referencia detallada sobre clasificación de penas en: BALCARCE, Fabián, La antijuridicidad penal, Argentina, Editorial Mediterránea, 2001, p. 129/138.

³ ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, Argentina, Ad-Hoc, 1999, § 11.

⁴ La reclusión sigue existiendo y rigiendo, por sus consecuencias (así, Creus), diferenciadamente de la prisión en derecho positivo argentino.



De especial consideración resulta la determinación de la pena con respecto a las penas relativas, donde la actividad del juez es más compleja.

El esquema, para la medida de penas relativas de privación de la libertad, graduables, que entiendo corresponde aplicar es el que surge básicamente de la interpretación de los arts. 40 y 41 CP, complementado por el art. 34 en lo que refiere a criterios de graduación de la culpabilidad, art. 1° de la Ley Nacional de Ejecución Penal en lo referido a la finalidad de prevención especial positiva, y criterio legal de pena suficiente⁵ del juicio abreviado como criterio extensible a la graduación de pena en juicio oral como concepto de prevención general positiva contenido en el derecho penal argentino. De modo general se graduará pena conforme tales normas. En el fuero del joven se añadirá, básicamente, de modo sistemático en su consideración, la ley 22.278, la Convención de los Derechos del Niño, Las Reglas de Beijing, y, en particular, en la Provincia de Buenos Aires, la ley 13.634, receptora de los principios y paradigmas de las mentadas normas internacionales.

De modo sintético, el modo de calcular la pena, consiste en que partir de un punto de ingreso, que será el mínimo de la escala penal, se identificarán y precisarán los agravantes y atenuantes del caso concreto, y se les asignará a cada uno de ellos un monto de punición (a sumar o a descontar), alcanzándose un monto fijo, al cual cabrá aplicar correctivos⁶ por prevención especial positiva (socialización como disminuyente), prevención general positiva (como disminuyente, en el sentido de innecesariedad y tolerancia de una pena de menor magnitud) y culpabilidad (casos de culpabilidad disminuida, entre otros), arrojándose así un monto o magnitud final que será la pena a aplicar⁷. Cada paso deberá

⁵ Para Provincia de Buenos Aires, conforme art. 395 CPP.

⁶ No es admisible aplicar aumentos por prevención general negativa, al respecto no hay normas que así lo admitan, además del principio general de humanidad que impide utilizar al hombre como un medio (formulado oportunamente por Kant).

⁷ Con similar norte se ha dicho que "La determinación judicial de la pena no sólo exige la fundamentación inherente a todo pronunciamiento condenatorio (arts. 123 y 404 inc. 2 CPPN.) sino que además se encuentra sujeta al análisis de los arts. 40 y 41 CPen., doctrina ésta que se ha sostenido reiteradamente en esta Cámara. Dicha tarea requiere que el tribunal de mérito indique en qué medida las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 CPen. trascienden al juicio sobre la mayor o menor peligrosidad del condenado y que, en definitiva, incidirán en la graduación de la pena. De adverso, tal exigencia no se satisface si la sentencia sólo contiene una afirmación de que se han tomado en consideración las circunstancias previstas por el legislador, sin siquiera detenerse en precisar por qué deben ser consideradas, cómo han incidido en la decisión y menos aún en qué medida. El a quo -en el caso- sólo efectuó apreciaciones genéricas acerca de las circunstancias consideradas atenuantes y soslayó la consideración de aquellas que lo llevaron a apartarse de los mínimos previstos en las diferentes figuras imputadas. Y si bien el monto de la pena impuesta ha sido aplicado dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por la ley para los delitos por los



hallarse fundamentado, explicado directa, clara y sinceramente. Además en los casos de concurso real procederá el modo de composición, para el cual más adelante propicio un modelo de composición (porque hasta la fecha se desconoce de qué modo se realiza la composición, salvo los casos en que vía casatoria, se absuelve por uno de los delitos, y, entonces, recién ahí el Tribunal superior explicita una magnitud a reducir por ese hecho delictivo absuelto), el cual deberá ser por los operadores explicitado; lo mismo para los casos de concurso ideal. Siempre, al final, operarán, o mejor dicho se tendrán en cuenta de ser procedentes, como dije los correctivos que enuncié, acerca de los cuales insoslayablemente deberá hacerse explícita referencia y fundamentación de su aplicación.

Tales agravantes o atenuantes serán en principio regulados por las pautas de los incisos primero y segundo del art. 41. Además en supuestos de que el caso concreto presente una circunstancia o aspecto que no cuadre en pauta del art. 41, igualmente computará de acuerdo a la previsión el art. 40 conforme la cual los atenuantes y agravantes serán los del caso concreto.

¿Hasta dónde se puede avanzar? Actualmente se fundamenta sobre la admisión o rechazo de agravantes y atenuantes determinadas, y, una vez efectuado el filtro, y quedando plasmadas las admitidas en base a la fundamentación que se haya efectuado sobre tal admisibilidad, se meten todas ellas (agravantes y atenuantes) en un mismo saco, y, dentro de la escala penal aplicable, se dice una magnitud penal. Si bien lo dicho es exageradamente sintético, tiene mucha proximidad con lo que en reglas generales sucede. Ello tiene un gran campo de discrecionalidad. Si hay concurso real no se explica prácticamente nunca cuánto corresponde a un hecho y cuánto a los restantes. Lo mismo sucede acerca de un concurso ideal. Tampoco prácticamente nunca se dice cuánta pena incrementa cada agravante ni cuánta pena resta cada atenuante, ni lógicamente las razones de tales aumentos e incrementos.

Arriesgo a decir que con el transcurso de algún tiempo (cabría hablar de décadas), se pasará de la actual a la siguiente fase: la de asignar a cada agravante y atenuante

que se condenó al imputado, aquélla no se encuentra precedida de argumentación suficiente, es decir se desconoce el iter lógico seguido por los sentenciantes a la sazón" (Voto del Dr. Mitchell, adhiere el Dr. Fégoli, Dr. David en disidencia parcial). Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 2ª. Fecha: 10/07/2006. Partes: Cáceres, Diego A. o Cáceres, Javier E. s/recurso de casación. Lexis N° 22/10397. Magistrados: Fégoli, David, Mitchell. Número: 6529. Expediente: 8837.2.



admitidas, una magnitud de pena, fundándose las razones por las cuales se asigna a cada agravante y cada atenuante determinada cantidad de pena. También habrá explicaciones finales sobre disminuciones en razones de culpabilidad o prevención general positiva o especial positiva. Lo mismo sobre los supuestos de concurso real e ideal como he mencionado ya. En igual sentido creo que se procederá a fijar límites (máximos y mínimos) a la conformación de la pena en el concurso real e ideal: esto significa que para cada hecho se establecerá un monto, primero para el más grave y luego para cada uno de los restantes del concurso, instaurándose en ese proceso un criterio general limitante, que estaría dado por una escala de un mínimo y un máximo (escala reducida) dentro de la cual se fijará cada pena que corresponda a cada hecho que se añade a la pena del más grave. Esto es, en el marco de la pena compositiva para el concurso real, las penas de los restantes delitos luego de fijada la pena del principal, podrían dilucidarse explícita y acabadamente dentro de una escala reducida (siguiéndose criterios semejantes a los de reducción en las formas de la tentativa).

De esta manera abierta se logrará un cierto emparejamiento de las medidas de pena a imponer porque las Casaciones u órganos competentes de cada zona de las Provincias y de la Nación irán fijando estándares, que tenderán a evitar diferencias significantes entre los pareceres de unos y otros jueces o tribunales.

Sobre la posibilidad de imponer un límite de magnitud penal para cada agravante o atenuante, la cuestión es absolutamente problemática. Desde ya que todo intento de fijar un límite a tal regulación (pena para cada agravante, magnitud penal para cada atenuante) es loable. No obstante la cuestión es por demás difícil. De cualquier manera, unos criterios que vayan construyéndose a partir de las bases de los tribunales y juzgados y perfeccionados o moderados por los superiores, creo, es la manera más aconsejable. Ello porque hay agravantes de relevancia que deben ser sopesadas y con seguridad superarían un límite porcentual preestablecido. En otras palabras: en lo que respecta a fórmulas matemáticas acerca de agravantes o atenuantes no veo una perspectiva favorable, sin perjuicio reitero de lo loable del intento de quienes ya han establecido o de quienes buscan perfeccionar algunos modelos en ese sentido ya que es innegable el poder limitante de discrecionalidad que se logra. El obstáculo se halla en que surge del elenco de los tipos penales topes máximos, en las escalas penales respectivas, que, como en el caso del robo (art. 164 CP), representan más de cincuenta veces que sus mínimos (de un



mes a seis años), y, surgen otros topes máximos, como el del homicidio (art. 79 CP) en el cual el máximo aproximadamente apenas triplica el mínimo (ocho a veinticinco años de prisión). De allí que fijar que una agravante no pueda superar determinado porcentual del máximo de la escala penal (o del medio de la misma, o de la suma de ambos) genera una situación problemática, capaz de arrojar resultados impensados. Algo semejante ocurre con las mensuras previstas para las lesiones graves del art. 90 (uno a seis años de prisión), que se sitúa en un punto intermedio entre aquellas dos figuras. Otra vez: un porcentaje fijo limitante para cada agravante o atenuante, el que fuese, no permitiría un acierto en la regulación de la pena, sino solo y arbitrariamente una reducción de discrecionalidad, a mi ver. Pero de allí no debe rechazarse la posibilidad de lograr un avance en esta materia. La exposición y explicación de cuánta pena se asigna a cada agravante o atenuante en el caso concreto, en relación al delito y cuadratura concreta, y las razones de tal asignación, permitirá ir fijando el cuerpo de criterios que revisados, en su caso, por los Tribunales Superiores, conformará una cierta estabilidad tendiente a la igualdad de respuestas punitivas (quizás lograda la estabilidad se pueda, mediante ese proceso inverso, conseguir establecer parámetros que funcionen correctamente). Ello, por supuesto, además que permitirá a los imputados y sus Defensas ejercer sus derechos conociendo abiertamente las razones de las penas que se decida imponer a los encausados. Como he señalado, en este sentido hay un camino por andar, aún no transitado, un camino nuevo, y a él se añade la posibilidad de plasmar unas pautas sobre la regulación de pena en los tantos casos de concursos reales, en los cuales es necesario realizar la composición, aspecto sobre el cual hasta ahora tampoco hay criterios afianzados. Sobre este tópico me expediré más adelante realizando propuestas concretas.

III. La culpabilidad en la teoría del delito y la culpabilidad para la medida de la pena

En cuanto a la culpabilidad: se parte en la medición de la pena de un individuo que es culpable como presupuesto de la teoría del delito. Se parte de una culpabilidad plena pero neutra, esto es, sin aristas especiales ni de atenuación ni de agravación. Se trata todavía de una culpabilidad no graduada. La graduación de la culpabilidad, a fin de la medición de la pena, surge de dos fuentes: una, de los motivos que determinaron al imputado a delinquir, especialmente la situación de miseria, la cual se desprende del inc. 2° del art.



41 CP. La segunda, de los criterios del art. 34 CP. Cabe puntualizar que de modo medular no me refiero a imputabilidad disminuida, no obstante que pueden darse situaciones en que haya mermas de pena por imputabilidad disminuida (que entiendo deberán ser computadas), aunque cabe indicarlo se ha sostenido de modo general que su admisión no está contemplada por el derecho positivo argentino⁸, o al menos no es admitida para quebrar los mínimos de las escalas penales. Sino me refiero fundamentalmente a mermas de reprochabilidad, por ejemplo por situaciones fácticas externas al sujeto, disminuyentes de su grado de autodeterminación, situaciones lindantes con el estado de necesidad por ejemplo. Estas mermas o aumentos, al igual que el resto de las agravantes o atenuantes, deben ser expresamente mentados y fundamentados, identificándose si se trata de atenuante o agravante, y debe referirse qué magnitud de pena se les asigna a cada uno y la razón por la que se estima tal magnitud. Aclaración: resultará muy difícil esgrimir los argumentos por los que a una determinada agravante se le asigna determinado monto. Pero vale decirlo: ya asignarle un monto explícito a una agravante o atenuante, resultaría un gran avance sobre la discrecionalidad; y segundo, necesariamente se deberá procurar expresar la razón por la que se arribó a tal magnitud, a pesar de las dificultades que tal dilucidación pueda acarrear. Nos encontramos en ese aspecto, fundamentar la razón de la fijación de una magnitud para una agravante, en los límites de las posibilidades de avance sobre la materia.

IV. Prevención y medida de la pena

Operarán aspectos de prevención. Pero cabe aclarar: no es prevención la peligrosidad mostrada en el hecho. Si hubo mayor peligrosidad en el hecho se computará como agravante y si mostró ausencia de peligrosidad en el hecho se computará como atenuante, pero ninguno de estos aspectos cabe que sean mentados como prevención⁹. Estos dos

⁸ “El sistema penal vigente no reconoce el instituto conocido como ‘imputabilidad disminuida’, debiendo precisarse la respuesta punitiva dentro de la escala aplicable al sujeto plenamente capaz de culpabilidad si nos hallamos frente a una persona que, más allá de ciertos trastornos en su personalidad, tiene aptitud para comprender la criminalidad de su acto y dirigir sus actividad final en función de esa comprensión” (Trib. Casación Penal, Buenos Aires, Sala 1º, 11/03/2008 - Sorensen, Carlos A.).

⁹ “Si el encausado ha cometido el suceso ilícito que le es enrostrado, en la zona donde vivía y en perjuicio de sus vecinos de barrio revela, por cierto, una mayor peligrosidad que debe ser considerada en la operación de mensura punitiva, toda vez que tal circunstancia encuentra expreso



aspectos cuadran en las circunstancias de tiempo, modo y lugar del inc. 2° art. 41. No son prevención tal como han sido expresados porque no operan hacia el futuro, es decir como pauta que explícita y diferenciadamente del resto haga aumentar o disminuir la pena para prevenir la comisión de futuros delitos. Aumentan o disminuyen la pena igual que el resto de las agravantes o atenuantes del art. 41 CP. Ahora bien, como indiqué pueden ingresar aspectos que disminuyan la pena por necesidades de prevención. Más claro: por prevención sólo pueden ingresar atenuantes, caso contrario se vulnera el derecho penal de acto. Y en tal sentido, pueden ingresar sólo consideraciones de prevención especial positiva y general positiva. De modo sintético, puede decirse que es admisible computar como atenuante la conveniencia de reducir la cantidad de pena en favor del imputado, por ejemplo para su más pronta o inmediata reinserción en la comunidad (prevención especial positiva) y porque lo propicia la ausencia de necesidad de estabilizar la norma jurídico penal vulnerada (prevención general positiva).

V. La tradición de la discrecionalidad

Por tanto, a cada agravante se corresponderá un monto punitivo de agravación que debe ser explicitado. Lo mismo para las atenuantes. Así se alcanza un monto exacto (exacto como fruto del pensamiento expresado por el operador). El modo de agrupar las agravantes y atenuantes es por ende acumulativo. Pero lo más propicio sería dejar para el final la graduación de los correctivos por necesidades de prevención especial positiva y general positiva (y también por mermas o aumentos en culpabilidad), lógicamente, en caso de tener lugar éstos. Si bien el modelo no es matemático, pauta pasos a seguir y montos concretos a asignar a cada circunstancia, ello partiendo de un punto de ingreso por el mínimo. Pero de ninguna manera se propone un modelo matemático ni tarifado. Se opone la propuesta (que se vislumbra en su realización en décadas) a la tradición firmemente establecida por la práctica de los tribunales nacionales o provinciales de mencionar las

sustento en lo dispuesto en el artículo 41 inciso 2° del Código Penal, según el cual deben tomarse en cuenta para la fijación de la pena aquellas 'circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad'. (Trib. Casación Penal, Buenos Aires, Sala 2°, 6/03/2008 - Díaz Ramírez, Gerardo M.).



atenuantes y las agravantes, en su caso fundamentar su mera corroboración fáctica, y luego apuntar un monto final.

VI. Pautas concretas sobre la construcción de la pena en el concurso real de delitos

Sobre el concurso real de delitos: no hay mayor discusión acerca de que habiendo concurso real la pena, por regla al menos, se agrava. Pero la cuestión, se refiere a la manera en que debe agravarse, en qué medida. Entiendo que la manera de computar la pena en el concurso real está en relación directa con el concepto de composición (rechazo de la posición de suma aritmética). Habiendo comprobación de varios hechos concursados realmente entre sí, establecida la escala penal conforme el art. 55 CP, la solución admitiendo como regla la composición, viene por el lado de principiar la medición por el delito más grave; criterio que emerge de modo amplio a partir de que es lógico -razonable- aplicar en principio la cuadratura de mayor gravedad –desplazante en origen de las otras como punto de partida- y de allí la pena que a ella corresponde, derivándose de ese modo de pensar en consecuencia el fijar una pena por el hecho más grave del modo y mediante la sistemática propiciada. Ello implica con atenuantes y agravantes para ese hecho en particular (y en su caso correctivos propios del caso por prevención especial y general positiva y culpabilidad, dejando los correctivos de estas naturalezas que sean generales, esto es ajenos al caso en particular, para el final una vez incluidos todos los montos de los hechos), y luego proceder con cada hecho del concurso real (estos ahora los de menor gravedad) de la siguiente manera. Por cada hecho, a fin a adunar a aquella primera magnitud penal, cabe propiciar la creación momentánea de una escala penal al mero efecto de identificación, precisamente, de la pena a añadir. Esta escala, propicio, debe tener la reducción de las formas de la tentativa, y, si se trata de delitos tentados se aplicará la doble reducción en igual forma, ello a fin de evitar la aplicación aritmética de sumatoria de penas. Ejemplo: si el hecho a concursar realmente (con el de mayor gravedad) es un robo en poblado y en banda (consumado) el máximo de punición a añadir será de ochenta meses (siete años y ocho meses), y el mínimo de un año y medio, porque esa es la escala que emerge de las reducciones en la forma de la tentativa. Escoger este criterio –formas de la tentativa-, es una manera de moderar la pena en el sistema composicional sin llegar a la disminución a cero, y sin caer en una vaguedad sin límites. Me explico: no parece



lógico como regla sostener que en el concurso real los hechos que deban ser computados (añadidos en su punición) al más grave no computen en forma alguna (al menos como regla, y salvo excepciones). En efecto, claro está, salvo casos excepcionales o de insignificancia u otras cuestiones, ora humanitarias ora de prevención general positiva o especial positiva y obren en favor del encausado y que determinen el quebrantamiento de esta escala. Fijada la escala reducida, se procede con la sistemática general ya mentada: valorar agravantes y atenuantes y fijar los montos para cada uno, fundamentar y realizar el cálculo explicativamente (y sus correctivos específicos del hecho). El resultante se añade a la pena originaria. Y así, de tal manera, una vez fijada la pena dentro de este sistema de penas reducido, como indiqué, se añade la pena a la magnitud primera fijada, siempre ello con los límites, o dentro, de la escala resultante de la aplicación del art. 55 CP. En ese orden, vale reiterarlo, dentro de esta escala separada (reducida para el delito segundo o precisándolo de menor cuantía –igual procedimiento con idénticas reducciones procede si existen más delitos, verbigracia, un concurso real de siete hechos), a fin de fijar el añadido, se partirá del mínimo (en el ejemplo, de un año y medio de prisión), y se llevará adelante la práctica de cómputo de agravantes y atenuantes y correctivos del caso. El resultante será añadido a la pena primigenia u originaria del hecho más grave. El indicado es un modo argumentado y racional de conformación de pena, que intenta superar los conceptos hasta ahora expresados de lineamientos o directamente de discrecionalidad, para alcanzar una propuesta de pautas algo más concretas. Nótese que lo que se añada, con su fijación y fundamentación por cada agravante y atenuante, podrá ser objeto de casación. Me refiero en el concurso real (así como en el caso de hecho único, y aún en el del concurso ideal como se verá), de modo tal que la intervención casacional no solo por falta de fundamentación de pena sino por exorbitancias o disminuciones irracionales de pena (cuando en estos casos lo permita el ritual), harán que el órgano casacional vaya regulando y expidiéndose sobre las magnitudes (correspondientes a agravantes, atenuantes, y correctivos, en relación a cada delito y a cada escala penal derivada o reducida), constituyéndose un cuerpo a futuro y a largo plazo de paridad (estabilidad/igualdad) que tendría como objetivo una nivelación en la graduación de la pena entre los distintos órganos de instancias inferiores intervinientes. Se completa siempre la composición, con una eventual aplicación de correctivos generales, ya no referidos a cada hecho, sino ajenos a la peculiaridad de cada suceso, pero circunscritos a los conceptos de prevención especial positiva, prevención general positiva (en estos dos



supuestos ya expresé mi posición de que solo pueden operar como disminuyentes), y culpabilidad.

VII. Pautas concretas sobre la construcción de la pena en el concurso ideal de delitos

Acerca de la conformación de la pena en el concurso ideal, por ejemplo, el que usa un documento privado que ha falsificado para perpetrar una estafa, con el mismo hecho adecua su conducta a dos tipos que se aplican conjuntamente: el del art. 292 y el del art. 172 CP (ejemplo brindado por Creus). La solución en cuanto a la escala a considerar, es la que establece el art. 54 CP, “cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor”. En este sentido, la parte del suceso remanente, es decir, la facticidad ajena a la cuadratura de esa escala penal mayor y dominante (que halle encuadre en el otro tipo, que concursa idealmente) -quizá, mejor sería hablar de que no habría obstáculos- debe ser valorada como agravante, fijándose la magnitud correspondiente. Pretendiendo mantener una coherencia, cabría fijarse como parámetros –límites máximo y mínimo- a esta agravante correspondiente a la cuadratura remanente, la de una doble reducción (de la escala penal respectiva al encaje legal de la facticidad remanente) en las formas de la tentativa (así distinguiéndola en magnitud de la reducción para el concurso real, que es la reducción simple en las formas de la tentativa).

VIII. Pautas sobre la construcción de la pena en el Fuero Penal Juvenil

Con relación al fuero penal del joven: la escala correspondiente a la cuadratura legal, al momento de aplicar pena (en el caso de que no se hubiese decidido la ausencia de necesidad de imponer pena), en principio se reduce conforme las formas de la tentativa. Es decir, para los delitos consumados en la mitad del mínimo, y un tercio del máximo, y para los tentados de igual manera (la denominada doble reducción). Esto se deriva del art. 4º de la ley 22.278. La reducción es obligatoria como modo de análisis y de conformación de la pena, y sólo es posible apartarse de tal forma reducida cuando haya fundamentos y razones expresadas y suficientes que así lo permitan. La reducción para los casos de



tentativa, como dije, es admisible conforme la redacción del art. 4º de la ley 22.278, no obstante que usualmente las reducciones y aumentos de pena, según las fórmulas ordinarias del legislador, remiten a magnitudes por porcentajes explícitamente detallados en la norma. Me explico: tanto, verbigracia, en los arts. 41 bis, ter y quater del CP, como en el resto del ordenamiento jurídico, se refieren a magnitudes a reducir en forma directa, no por remisión indirecta a las formas de la tentativa. De allí que en el caso del art. 4º de la ley 22.278 se discuta si es admisible la doble reducción; esto es, en caso de los delitos tentados cometidos por menores imputables, se plantea si es aplicable la reducción, a su vez, de la mitad del mínimo (ya aplicada la reducción por resultar en grado de conato). Ejemplo: en el caso del robo en poblado y banda en grado de conato la escala inicial principia en un año y medio de prisión, y a ella se le debe aplicar entonces, al momento de imponerse la pena, y para formar la escala penal (esto es, en la etapa de juicio del art. 4º ley 22.278) la reducción en las formas de la tentativa, es decir, la mitad de ese mínimo de un año y medio, resultando entonces el inicio de la escala en nueve meses de prisión. Y respecto del máximo, también la reducción en el caso de un tercio. Prima que según la redacción del artículo 4º de la ley 22.278, su literalidad, permite tal interpretación, por una parte, y por la otra, que se ha establecido como un paradigma sólido que la culpabilidad de los menores imputables es menor por regla que la de los mayores en iguales circunstancias, por lo cual también talla tal cuestión para admitir la reducción en caso de los delitos tentados. Respecto del resto de las cuestiones referidas al monto de la pena a establecer, estimo es aplicable el esquema indicado al principio de este trabajo, teniendo siempre en cuenta las pautas de reducción ya establecidas y referidas. Podría añadirse como punto específico los supuestos en que la pena se impone al menor porque no ha logrado por completo el umbral necesario de resultado en el tratamiento aplicado, pero se ha visto claramente evidenciado un avance o mejor dicho un grado de avance. En tal caso, estimo tal grado de avance debe computar como atenuante. Acerca de la posibilidad de perforar los mínimos legales (ya aplicadas las reducciones referidas del art. 4º) ello es posible pero solo por excepción (la regla es la negativa), en razón de computar situaciones de importancia manifiesta, como una pena natural relevante o penas ilícitas que no sean nimias, mas no como un método ordinario ante una atenuante ordinaria y sin entidad para derribar el valladar del mínimo legal de la escala finalmente compuesta. No estimo admisible la teoría que se desprende de una interpretación no literal del art. 4º de la ley 22.278, en cuanto a que pueda aplicarse una pena que corra desde cero hasta el máximo



de la escala reducida, teoría que suele sostenerse sobre el fundamento de que si el juez de menores se halla autorizado a no aplicar pena entonces puede aplicar por tal razón una por debajo del mínimo legal, es decir, una pena cuya magnitud corra desde el monto cero. El sistema del art. 4º en este respecto es claro: primero se establece si corresponde o no aplicar pena. Si no corresponde se absuelve. Si corresponde se pasa a una segunda etapa de análisis donde se fija la pena sobre la base de las escalas correspondientes, tal es así que el propio art. 4º es el que fija la existencia y operatividad de escalas las cuales determina en su reducción, en el mínimo y máximo, pero claramente de ello desprendiéndose la imposibilidad como regla de perforar hacia abajo el mínimo, salvo situaciones especiales, de entidad inconcusa, perforación que no tendrá como fundamento la teoría mentada (de que si se puede no imponer pena entonces se puede imponer desde cero hasta el máximo), sino justamente la situación excepcional a contemplar. Como he expuesto, el esquema de medición de pena en términos generales desarrollado en este trabajo, con las salvedades aquí expresadas y las propias del fuero penal juvenil, es de aplicación a la justicia de menores en oportunidad del art. 4º de la ley 22.278. Ahora bien, ¿qué ocurre en los casos de varios hechos independientes? ¿Esto es, en los casos de concurso real? Vale lo expresado más arriba sobre el sistema de mayores (como propuesta), con las siguientes salvedades: se conforma la escala penal de acuerdo al art. 55 CP, pero ya reducida en las formas de la tentativa. Y respecto del hecho más grave se fija así la pena. Luego, acerca de los restantes hechos, y en razón del sistema de composición jurídica, se procede a las reducciones correspondientes. En otras palabras, obra o funge –con relación a los restantes hechos del concurso real- otra instancia más de reducción que en el caso de mayores, alcanzándose en el caso de delitos tentados a una triple reducción (una por el hecho tentado, la segunda por el sistema propio de menores, y la tercera para el hecho o hechos concursados realmente que no resulten de mayor gravedad). Para el concurso ideal: la parte del suceso remanente, es decir, la facticidad ajena a la cuadratura de esa escala penal mayor y dominante (que halle encuadre en el otro tipo, que concurra idealmente), debe ser valorada como agravante, fijándose la magnitud correspondiente. En lo tocante a este tópico, (lógicamente, previamente efectuada la reducción propia que instaura el art. 4º de la ley 22.278) intentando conservar la coherencia, cabría fijarse como parámetros –límites máximo y mínimo- a esta agravante correspondiente a la cuadratura remanente, la de una doble reducción (de la escala penal respectiva al encaje legal de la facticidad remanente) en las formas de la tentativa (así



distinguiéndola en magnitud de la reducción única para el concurso real, que es la reducción simple en las formas de la tentativa). Más claro: efectuada acerca de la cuadratura correspondiente a la facticidad remanente del concurso (la que no queda conformadora de la escala principal conforme el art. 54 CP), se produce previamente una reducción tal como lo dispone el art. 4º de la ley 22.278 (en las formas de la tentativa), y luego de ella, se realiza a su vez una doble reducción asimismo en las formas de la tentativa, obteniéndose en definitiva una triple reducción desde la escala originaria correspondiente al encaje legal del hecho que ha quedado como remanente, y, dentro de esa escala final reducida, se principia del mínimo, y, mediante agravantes y atenuantes, fundamentados en su comprobación, admisión y asignación de magnitudes penales por cada uno de ellos, se conforma un monto punitivo (luego con los correctivos del hecho mentados para mayores), que se aduna al que corresponde por la cuadratura mayor, siempre ello dentro de los límites de la escala fijada de acuerdo a la cuadratura mayor en los términos citados del art. 54 del CP. Finalmente, del mismo modo que con los mayores, se practican los correctivos de orden general (ajenos o diferenciables de los correctivos considerados para la especificidad de cada hecho) de prevención especial positiva, prevención general positiva (en estos dos casos, solo a modo de disminuyentes), y culpabilidad (que pueden ser disminuyentes o agravantes).

IX. Fijación del esquema e implicancias

Entonces, ahora a modo de síntesis y precisando más el esquema y sin perjuicio del posterior examen de procedencia del grado de culpabilidad y de las necesidades de prevención, para la fijación del monto de pena: (1) dentro de la escala penal y a partir del punto de ingreso (mínimo de la escala penal), reconociendo la escala penal como una progresión continua de aumento de gravedad (teoría de la escala continua, a la cual cabe adherir en contraposición a una noción de discrecionalidad sostenida tradicionalmente), se fijará un monto punitivo valorando agravantes y atenuantes, (2) obrando como correctivos, que asimismo serán pautas agravantes o atenuantes, (i) el grado de culpabilidad por el hecho concreto, corrección que, en caso de tener lugar (porque puede resultar neutra, en el sentido de una culpabilidad por el hecho sin mermas ni excesos), tanto puede ser atenuante en caso de mermas del grado de culpabilidad (por ejemplo,



disminución del grado de autodeterminación), como agravante (ej.: motivos que lo condujeron a cometer el hecho, o según el tipo penal: situación de elevada cultura y posición económica y/o cargo público), y (ii) –también obrando como correctivos, que serán asimismo insertados como atenuantes junto al resto- las necesidades de prevención (que a continuación consideraré), siendo que estas últimas sólo podrán actuar, como expuse, como atenuantes, porque de otro modo superarían el monto que corresponda por la culpabilidad por el hecho, evitando de este modo vulnerarse el principio rector de respeto por la dignidad humana y la noción kantiana del hombre como fin en sí mismo que rechaza su instrumentación para otros fines. En otras palabras: las necesidades de prevención sólo pueden operar hacia abajo en el monto de la pena, indicándoselas como atenuante. Este esquema implica adherir a una teoría de punto exacto en lo relativo a la medición de la pena¹⁰ (punto exacto en el sentido de que es insoslayable que el operador determine mediante tales individualizaciones una magnitud definida y exacta, expresada sinceramente y fundamentada en todos sus sentidos).

Para evitar confusiones cabe distinguir la peligrosidad evaluada como aspecto puntual mostrado en el hecho por el autor, quien en tal situación produjo -o no- un comportamiento peligroso efectivamente, aspecto que debe cargar como agravante o atenuante (según haya habido una exhibición de peligrosidad intensa, o según, por el contrario, haya habido una exhibición patente de no peligrosidad), en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren su mayor o menor peligrosidad del inc. 2º del art. 41, de los aspectos de prevención. La peligrosidad mira el pasado, concretamente la peligrosidad del hecho efectuado y por eso se atenúa o agrava el monto de pena. Otra cosa es la atenuación del monto de pena por consideraciones del futuro, a ello se refiere la prevención. Prevención especial positiva o general positiva, en virtud de las cuales puede con fundamentación mediante y comprobación de los extremos invocados determinarse una pauta disminuyente (correctivo final).

¹⁰ Roxin, entre otros, en cambio propicia que la medida de la pena debe realizarse dentro de un marco determinado por la culpabilidad del imputado. Pero además sostiene que dentro de ese espacio de libertad la pena se fijará por necesidades de prevención especial y general (ROXIN, Claus, Culpabilidad y prevención en derecho penal, España, Instituto Editorial Reus, 1981, págs. 93 y siguientes.)



Habiendo asumido anticipatoriamente una adhesión a las teorías de punto exacto de medición de la pena y por ende a que se puede establecer también un punto exacto de culpabilidad que corresponda a un monto determinado de punición, es lógico que las necesidades de prevención sólo puedan actuar como disminuyentes del monto de pena, porque si actuaran como agravantes se superaría el castigo que corresponda a la responsabilidad por el acto, cuestión que vulneraría el principio de derecho penal de acto¹¹. De otro modo, quienes rechazan la fijación de un punto exacto de culpabilidad al cual corresponda un punto exacto de cantidad de pena, pueden dentro de ese marco de culpabilidad amplio^{12 13}, trabajar con las necesidades preventivas con libertad¹⁴ (aunque esa indeterminabilidad ha tenido objeciones¹⁵). Pero aquí no es admitida esa posibilidad, tal como lo sustento adhiriendo a una teoría de medición de la pena en un punto exacto.

X. Conclusiones

- (1) Establecida la culpabilidad del imputado por determinado delito o delitos, se forma la escala penal aplicable de acuerdo al art. 55 CP.
- (2) Luego, para graduar pena, se concluye en la existencia insoslayable de un punto de ingreso, lo cual emerge de la interpretación de los arts. 40 y 41 del CP.
- (3) Que ese punto de ingreso debe ser por el mínimo de la escala penal conformada, por deducción del art. 40 CP (el cual no está vaciado de contenido) y por principios de racionalidad y respeto de la necesaria imputación penal de agravantes para apartarse del mínimo legal de la escala.

¹¹ Ver sobre ello, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Arentina, Ediar, 2006., p. 18.

¹² De ese modo ve el problema Roxin (ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, España, Civitas, 2000, T. I., § 3, punto 5).

¹³ ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, España, Instituto Editorial Reus, 1981, p. 100/101.

¹⁴ Roxin es tal vez el doctrinario del derecho penal más importante de los últimos tiempos. En lo que respecta al funcionalismo penal sin lugar a dudas es quien ha sostenido con más énfasis que la conformación y aplicación al derecho penal está basado en gran medida sobre los fines de la pena.

¹⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, España, Marcial Pons, 1991, Apartado 1, § 49.



- (4) Se debe fundamentar la comprobación de la existencia de las agravantes y atenuantes del hecho (por ahora referimos a un solo hecho).
 - (5) Se realiza una valoración, ponderación (sopesar como diferencia de contar) de cada agravante y atenuante.
 - (6) Se atribuye a cada agravante y atenuante una magnitud punitiva, esto es una cantidad de pena a sumar o restar (por mi parte prefiero excluir las calificaciones, por ejemplo, de modelo matemático o tarifado).
 - (7) Se explican las razones que conducen a atribuir a cada agravante y atenuante la cantidad de pena que se propicia aumentar o disminuir respecto de cada uno de ellos.
 - (8) Se fija el resultado hasta ahora de magnitud de pena obtenido, y se valoran como correctivos de existir cuestiones de prevención especial positiva y prevención general positiva (en ambos casos solo como disminuyentes), y además cuestiones de culpabilidad (que pueden agravar o atenuar) para la medida de la pena (no ya -la culpabilidad- como aspecto de la teoría del delito).
 - (9) De tratarse de concurso real de delitos, hechos independientes, se realizará la determinación de pena por sistema de composición (se excluye el sistema aritmético).
 - (10) La composición para el concurso real deberá ser explicada por el operador jurídico, esto es, cómo compone la pena.
 - (11) Se rechaza el sistema de discrecionalidad dominante que consiste en tener por comprobadas agravantes y atenuantes, y sin más arribar a un monto final, sin que se explique qué magnitudes corresponde a cada agravante, a cada atenuante, a la composición, etc.
 - (12) La composición para el concurso real podría realizarse mediante la manera expuesta más arriba para el hecho principal, y luego para el resto de los hechos proceder de igual forma pero sobre la base de una escala reducida creada a los solos fines de establecer la pena a añadir por cada uno de ellos (es decir, de cada hecho). Esa escala reducida podría ser la de las formas de la tentativa (y si el delito es tentado, se realiza una doble reducción).
-



Dentro de esa escala reducida, se calcula la pena correspondiente a cada uno de esos otros hechos que conforman el concurso real más allá del principal de mayor magnitud.

(13) En supuestos de concurso ideal, se fija pena para la facticidad de la cuadratura más grave del modo indicado, y para el remanente (facticidad y cuadratura remanente del concurso ideal), se procede como en la composición del concurso real, solo que tratándose de un solo hecho, la reducción de la escala paralela a crear para graduar la pena por ese remanente, será de doble reducción en las formas de la tentativa.

(14) Se trata de un modelo basado en la creencia de que la escala penal es una escala de magnitudes continuas que va sin solución de continuidad desde el mínimo hasta el máximo.

(15) El modelo proyectado es un concepto a fin de cuentas a mediano plazo, que propicia mejorar el actualmente vigente sistema de discrecionalidad, al dogma instaurado de que el juez es soberano en la imposición de la pena y de que no debe dar razones de su decisión. El modelo propugna que se den razones de toda la conformación de la pena, de cualquier agravante, atenuante, correctivo, formas de composición, asignándose una magnitud a cada concepto y dándose las razones por las que se le asigna esa magnitud y no otra.

(16) El modelo proyectado es intralegal, intradogmático, no se trata de un proyecto de legislación, sino de la interpretación de cómo debe regularse y fundarse la pena a imponer conforme la ley argentina actualmente vigente (ordenamiento jurídico en su completitud).

(17) La interpretación efectuada permitiría que por las vías recursivas, tanto en fueros nacionales como en cada provincia, se alcance vía casación un nivel o franja de igualdad en las penas a imponer en situaciones o circunstancias similares, logrando mediante las resoluciones de los Tribunales de base y especialmente de los Tribunales superiores un cuerpo de jurisprudencia sobre las valoraciones y magnitudes de pena por agravantes, atenuantes, correctivos, modos de composición, todo ello de acuerdo al delito o delitos de que se trate, lo cual derivaría en la mentada finalidad de igualdad ante la ley, en concreto, igualdad de respuesta punitiva.

(18) Se admiten correctivos por prevención especial positiva y prevención general positiva (solo de orden disminuyente) por existir normas jurídicas que dan sostén a tales posibilidades. Lo mismo para la admisión de correctivos por medidas de culpabilidad (que



pueden ser disminuyentes o agravantes) para la graduación de la pena en el caso concreto (incluida la posibilidad en ciertos casos excepcionales de disminuciones por culpabilidad disminuida).

(19) Se instaura el rechazo de asignaciones, en la individualización judicial de la pena, de magnitudes penales por criterios de prevención especial negativa y prevención general negativa, por ausencia de normas jurídicas que así lo permitan y en razón del principio de humanidad.

(20) Es una interpretación asimétrica en el sentido de que el punto de ingreso siempre deberá ser por el mínimo, del mismo modo que la teoría del delito principia por la conducta siguiendo diferentes estratos de análisis.

(21) El fuero penal del joven tiene particularidades que deben ser tenidas en cuenta, tales como la reducción de la escala penal en las formas de la tentativa (la doble reducción si el delito es tentado), siempre que sea insoslayable la imposición de la pena. Obra como particularidad, en los supuestos en que no se logró por escaso margen el umbral mínimo de socialización para la no imposición de pena, la consideración de tal ítem como atenuante, y en casos excepcionalísimos, por tal razón, la perforación del mínimo de la escala penal.

(22) En el fuero penal del joven no es admisible la perforación del mínimo de la escala penal bajo la construcción o elucubración que sostiene que si el juez puede absolver entonces puede imponer pena por debajo del mínimo legal. Sí, interpreto posible en casos excepcionalísimos perforar el mínimo legal, al igual que para el caso de mayores, por situaciones especiales de pena natural o penas ilícitas.

(23) En el fuero penal del joven la escala reducida en las formas de la tentativa es obligatoria como principio de examen, solo pudiéndose apartar de ella en casos que revistan particularidades especiales que sean expuestas y explicadas y fundamentas debidamente. Ello, no obstante, que quepa entonces la misma escala penal que para el mayor, no implicando ello que deba imponerse la misma pena a mayores que a menores en igualdad de condiciones y aún dentro de la misma escala penal. Misma escala penal no implica igual pena.



(24) La presente interpretación del ordenamiento jurídico argentino vigente en la actualidad, en lo relativo a individualización judicial de la pena, de ninguna manera pretende descalificar la labor y las opiniones de los juristas, jueces y abogados de la matrícula y operadores jurídicos en general, que han tallado, con sus esfuerzos e intelectos, durante décadas una evolución difícil en la materia, sin perjuicio de que las conclusiones y labor aquí desarrollada se diferencie o incluso se oponga a la de aquellos. Por el contrario, sin aquellas expresiones y trabajos esforzados, sería imposible implementar y exponer la “opinión” de quien desarrolló la presente labranza.