

**Revista Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2011. N°4. Pgs.3-29. ISSN 1852-2971
Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS.UNLP**

Criterios utilizados por los jueces al cuantificar el tiempo de condena. El delito de robo calificado .*

Carlos A. Lista, Fernando M. Bertone, Ana Laura Mera Salguero, Noelia Azcona y
Romina Soria García**

Resumen:

El objeto de investigación del presente trabajo es el proceso de “individualización judicial de la pena”, regulado en los artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino, a través del cual el juez concreta y personaliza la sanción legal fijando el *quantum* de la misma. Si bien los magistrados están limitados por la legislación que enuncia los aspectos a tener en cuenta en tal proceso (relativos a la persona condenada y al hecho delictivo), como actores sociales están influenciados por aspectos extra-legales lo que afecta su actividad jurisdiccional y los resultados de ella. Presentamos datos de una investigación realizada en el año 2009 en la que analizamos sentencias judiciales condenatorias dictadas, durante el año 2008, en el fuero penal de la primera circunscripción judicial de la Provincia de Córdoba. En la presentación, partimos de los contenidos legales, para detenernos brevemente sobre algunos debates doctrinarios y jurisprudenciales en torno a la normativa. Ponemos énfasis en el análisis de los resultados de la praxis judicial concreta, esto es en lo que los jueces deciden al momento de individualizar la pena y los fundamentos de tales decisiones, con el propósito de observar tendencias en función de algunos debates doctrinarios.

* El presente trabajo es resultado de una investigación realizada por los autores durante el año 2009. Una versión más extensa, que contiene datos cuantitativos pormenorizados, fue publicada como informe bajo el título. “La individualización judicial de la pena” por el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, Tomo 4, pp. 313-340. En su versión actual fue presentado en el XI Congreso Nacional y I Internacional de Sociología Jurídica, Buenos Aires, 7-9 de noviembre de 2010.

** Carlos A. Lista es Profesor Titular Plenario de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, clista.argentina@gmail.com ; Fernando M. Bertone es abogado especialista en Derecho Penal, Fiscal de Instrucción de Cruz del Eje, 7ma Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba y docente de Metodología de la Investigación del Crimen, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, bertonemartin@hotmail.com ; Ana L. Mera Salguero es abogada, ana1985lms@hotmail.com ; Noelia Azcona es abogada, Meritorio del Poder Judicial, Juzgado de Control, Menores y Faltas de Río Segundo, 1era Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba, Profesor Ayudante B cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo, Facultad de Ciencias Económicas, UNC, noelia.azcona@gmail.com y Romina Soria García es abogada, rommisg@hotmail.com.

Abstract:

The aim of this paper is to analyze how judges come to a decision as regards the term of sentence to be imposed on a specific guilty defendant in accordance to the provisions of sections Numbers 40 and 41 of Argentina's Criminal Code. The judges, as social agents, determine how long the penalty would be in each case and whether there are merits for reducing or increasing the term. Although judges, are restricted by the legal provisions which state the aspects to be considered in such process (the characteristics and circumstances of the criminal offender and the nature of the crime committed), they are also influenced by other aspects which go beyond the legal one, and therefore these aspects affect their jurisdictional activity and their results.

The data presented is the outcome of a research done in the year 2009, based on the study of judicial sentences imposed on criminal convicts during 2008 in the 1st Circuit Criminal Law Court of the province of Córdoba. The starting point of the work is an in depth-reading of the legal content of the Criminal Code, plus a brief revision of doctrinal and jurisprudential debates on the issue. Finally, the focus of the research is on the analysis of the results of concrete judicial practice: The description of the judges' assessment of the length of the term to be imposed on a criminal convict and which are the grounds for each individual decision so as to discover the tendencies taking into account doctrinal points of view.

Criterios utilizados por los jueces al cuantificar el tiempo de condena. El delito de robo calificado .

Carlos A. Lista, Fernando M. Bertone, Ana Laura Mera Salguero, Noelia Azcona y
Romina Soria García

1. Introducción.

La discrecionalidad judicial en material penal, suele ser objeto de controversias, tanto por parte de expertos, como de la ciudadanía en general. Los debates tienden a centrarse, entre otras cosas, en las sentencias, haciéndose hincapié fundamentalmente en las tendencias hacia la absolución o condena de los delitos y el tipo y cantidad de pena que se fijan en los casos concretos.

Algunos críticos sostienen que los jueces son benévoloos ante el delito y los delincuentes, mientras que otros opinan que castigan demasiado y que al juzgar discriminan, en particular, en perjuicio de sectores sociales no privilegiados. Las actividades y decisiones de los operadores de la justicia penal parecen estar siempre sometidas al escrutinio y presión de diferentes demandas. Si por un lado se les exige regulación y control del delito, por el otro se les requiere neutralidad, certeza y previsibilidad (Lista, 1993: 270). Dicho de otro modo, “la legitimidad de las decisiones judiciales parece depender de que sean efectivas en sus consecuencias, no discriminatorias en sus contenidos y además, en alguna medida, uniformes y predecibles” (idem). La discrecionalidad de los jueces puede ser ubicada, entonces, en la confluencia de tales expectativas, pues a través del uso de esta facultad los magistrados pueden hacer que la regulación jurídica del delito se torne -en distinto grado- ineficaz, imprevisible y discriminatoria. Esto es así, pues la mirada y las críticas tienden a destacar las debilidades más que las fortalezas, por ser el delito y su condena una materia política y socialmente sensible.

En otros países, tales preocupaciones han dado lugar a políticas orientadas a regular la discrecionalidad judicial. Es el caso de los EEUU, donde la actividad de dictar sentencia ha sido sometida a controles formales a través de distintas propuestas de “sentencias reguladas”. Mientras desde el sector conservador se atribuía a los jueces penales parte de la responsabilidad por el incremento de las tasas de criminalidad, desde el sector progresista se argumentaba en contra de la injusticia de sus decisiones, por discriminar

principalmente en términos raciales y étnicos (Lista, 1993: 270)¹. Como consecuencia de la convergencia de ambas críticas se generó una suerte de “movimiento nacional”, que dio lugar a la adopción de reformas judiciales en varios estados y, a partir de 1987, en la justicia federal.

En Argentina, la fijación judicial de la sanción penal se da a través del proceso de “individualización judicial de la pena”, que consiste en “la adaptación de la pena legal al caso concreto” (Núñez, 1965: 452), que realiza el juez, por medio de un procedimiento de adecuación de las abstracciones legales a delitos y sujetos determinados (Creus, 1996:447). Conforme nuestro sistema penal vigente, la regla general es la aplicación de penas establecidas en escalas penales con un mínimo y un máximo². Dentro de este amplio rango el juez debe determinar de manera efectiva la cantidad de pena, atendiendo a las características de cada hecho delictivo concreto y a las calidades personales, sociales y culturales de aquel a quien se sindicó como responsable.

Sin pretender disminuir la relevancia de otras actividades y responsabilidades jurisdiccionales de los jueces, podemos afirmar que la individualización de la pena y la fijación del *quantum* de la misma son parte de una instancia clave, cuya ejecución resulta difícil y compleja, a lo que se agrega la variedad e importancia de las funciones que cumple.

Es una actividad clave pues establece un nexo a través del cual el derecho penal se personaliza y al concretarse en una decisión, se vincula íntimamente con la sociedad, a

¹ El sistema de sentencia regulada en el estado de Minnesota es un caso paradigmático. Al respecto ver Lista, 1993. Tanto el proceso de elaboración de las pautas de regulación de la discrecionalidad judicial, como algunos de los resultados de la aplicación en dicho estado y en otros están documentados en diversos trabajos. Entre ellos, Casper, et. al. (1982), Cohen and Tonry (1983), Knapp (1982, 1984), Martín (1983), Moore and Miethe (1985 y 1986), Rich et al., 1981), Von Hirsch (1982 y Von Hirsch and Hanrahan, 1981). Una reciente evaluación de los resultados de la aplicación de la sentencia regulada a nivel federal fue realizada por Max Schazenbach y Emerson H. Tiller (2007).

² Por ejemplo, el artículo 166 del CP establece que “*se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años:*

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91 .

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo. **(de seis años y seis meses a veinte años de reclusión o prisión)**

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de **tres a diez años de reclusión o prisión.**”

El paréntesis y negrita nos pertenecen. Nótese la amplitud entre mínimo y máximo de la escala autorizada; si se toma el mínimo como unidad, aumenta dos y tres veces más la cantidad de encierro. Nótese que en los hechos, cada día de encierro es muy importante.

la vez que representa “el término y remate de la teoría de la pena” (Fontán Balestra, 1995: 553/555).

Su ejecución es difícil y compleja porque requiere compatibilizar la cuantificación del hecho ilícito con la culpabilidad, los fines de la pena, la seguridad jurídica y la protección y vigencia de las garantías individuales (Ziffer, 2005:25). Este procedimiento, teóricamente sencillo, en los hechos resulta complejo, ya que exige un conocimiento acabado del delincuente, de su personalidad y de su capacidad delictiva (Marchiori, 1995: 25 y ss). Además, en torno a la fijación de la pena entran en pugna diversos intereses sociales, como los derechos de la víctima el reclamo social de justicia, los derechos del condenado, la posibilidad de resocialización y la eficacia del sistema de sanciones vigente.

Entre sus funciones se destaca, por un lado, el control del delito y por el otro, el control del poder punitivo irracional, por constituir, como lo expresa Zaffaroni (2002:734), un mecanismo de garantía para los ciudadanos. La cantidad de pena que se fija, en combinación con la teoría del delito y la noción de culpabilidad, actúa como contención del poder de represión.

Por todo lo expuesto es que el tratamiento y análisis de la individualización judicial de la pena suscita el interés de muchos especialistas. Sin embargo, lejos de ser un tema agotado, presenta numerosos aspectos pendientes de ser estudiados.

En este trabajo pretendemos abordar el estudio de la actividad de individualización de la pena, centrándonos en las prácticas judiciales concretas, en particular, en los argumentos legales que los jueces utilizan para fundar sus sentencias. A fin de dar consistencia a nuestra investigación hemos focalizado la atención en aquellas referidas a un delito en particular, el robo calificado por arma, por considerar que cada figura penal y el proceso de su juzgamiento posee ribetes particulares que es necesario tener en cuenta y diferenciar.

2. ¿Que dice la ley?

Dada la significación jurídica, social y política que tiene la discrecionalidad judicial en la fijación de la pena, es importante considerar el tratamiento legal que recibe en la legislación argentina. Únicamente dos preceptos del Código Penal se ocupan de sentar pautas para el ejercicio de esta actividad: los artículos 40 y 41 del CP.

El artículo 40 del C.P. 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”.

Por su parte, el artículo 41 del C.P determina que:

“A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1- La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2- La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y “de visu” del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

El artículo 41 del C.P., es la norma clave para el desarrollo de la tarea de individualización judicial de la pena. En él se enumera una serie de elementos que los magistrados tendrán en cuenta en cada caso concreto. Los aspectos que menciona dicha norma pueden entenderse como “pautas generales de apreciación” (Creus, 1996: 447).

Los juristas más destacados de la dogmática penal coinciden en señalar que las circunstancias enunciadas en el artículo 41 del C.P. admiten ser clasificadas o agrupadas en dos grandes conjuntos. Por una parte se encuentran aquellos componentes de la norma que se refieren al hecho delictivo en sí mismo, a los que se suele denominar como circunstancias objetivas. Por la otra, están aquellos elementos que aluden a características personales del sujeto sindicado como responsable, normalmente llamados circunstancias subjetivas³.

El procedimiento de individualización judicial de la pena se concreta entonces cuando el juez, a partir de la escala penal impuesta en abstracto por el legislador, la cuantifica de manera específica. Para hacerlo es menester que evalúe las distintas circunstancias,

³ Ver Núñez, Ricardo, op. cit.: 452 y ss; Soler, Sebastián, op. cit.: 420 y ss; Creus, Carlos, op. cit.: 477 y ss.

objetivas y subjetivas, que contiene el artículo 41 C.P., pudiendo también valorar otros aspectos no mencionados allí de manera expresa⁴. Esa estimación implica sopesar cuáles de las circunstancias enunciadas en la norma son relevantes en ese caso en particular, y luego asignar a cada una de ellas un sentido atenuante (disminuyendo la pena), o agravante (aumentando la cantidad de sanción).

A tal fin, es menester que el magistrado compruebe las distintas circunstancias que rodean al hecho delictivo y al autor, a través de un conocimiento directo y *de visu* de esos aspectos. De lo contrario, y conforme cierta doctrina, la sentencia se vería afectada de nulidad por falta de fundamentación (Núñez, 1965:452 y ss).

3. ¿Qué interpreta la doctrina? Debates en torno a la regulación de la individualización judicial de la pena.

Los juristas discuten sobre diversas cuestiones atinentes a la individualización judicial de la pena y su regulación. Entre los principales debates encontramos los siguientes:

3.1 La valoración de los elementos del art. 41 del CP: ¿derecho penal de acto, o de autor?

Por un lado, están quienes sostienen que se trata de un sistema de individualización personal de la sanción, el cual posee un importante fundamento subjetivista. Las circunstancias objetivas sólo servirían como datos para conocer la faz subjetiva, siendo la base de la medición de la pena la dualidad culpabilidad-peligrosidad (Núñez, 1965:452). Dentro de este grupo de autores, el doctrinario Carlos Creus, señala que si bien las circunstancias enunciadas en el inciso 1 del artículo 41 C.P., no aluden de manera directa a la peligrosidad del autor del hecho, no puede tampoco calificarse a las mismas como estrictamente objetivas, puesto que hay en ellas una referencia, mayor o menor, a la culpabilidad del sujeto (Creus, 1996: 447). Dicho autor coincide con Ricardo Núñez en erigir la dupla culpabilidad-peligrosidad como la pauta definitoria de relevancia y sentido.

Es interesante, a los fines de una mayor comprensión de este tema, tener presente el concepto de peligrosidad que brinda Hilda Marchiori, al cual dota de un contenido novedoso y diferente. Esta especialista no asocia de manera directa y exclusiva la peligrosidad con las posibilidades delictivas futuras -doctrina mayoritaria-; entiende que la misma se refiere a “la impunidad en el accionar del individuo y la indefensión y vulnerabilidad de la víctima” (Marchiori, 1995: 25).

⁴ Ver Núñez Ricardo, op. cit.: 452 y ss.

Por otro lado, algunos doctrinarios sostienen que el sistema establecido el art. 41 C.P. no es estrictamente subjetivista. Afirman que la fijación de la cantidad de pena es el resultado de un doble proceso; por un lado el magistrado ha de apreciar las circunstancias objetivas, y luego, por otro, las calidades del autor. Ambos aspectos se encontrarían enumerados en la norma en un plano de igualdad. Desde esta perspectiva, generalizar el principio de peligrosidad no se ajustaría a los rasgos característicos del sistema penal vigente. La peligrosidad sería sólo un criterio más a tener en cuenta al tiempo de determinar la sanción, pero no sería el único, ni debería primar sobre los demás⁵.

Es posible, entonces, distinguir dos posturas principales en torno a la determinación de la individualización judicial de la pena: una, integrada por quienes sostienen que es de carácter subjetivo (basado en las nociones de peligrosidad y culpabilidad); y la otra, por quienes entienden que no es estrictamente subjetivo, puesto que las circunstancias objetivas y subjetivas se encuentran a un mismo nivel de importancia.

Siguiendo a Mezger, Fontán Balestra señala que, el artículo 41 del C.P. ensambla lo que podría denominarse como postulado del acto y postulado del autor, debiendo el magistrado, al tiempo de efectuar la fijación del *quantum* de la sanción, buscar el equilibrio más perfecto posible entre estos dos aspectos. El postulado del acto atañe a la acción delictiva aislada cometida por el agente; el postulado del autor, supone que la pena no sólo tiene que ser adecuada en función del acto aislado, sino que también debe tenerse en cuenta la personalidad del condenado (Fontán Balestra, 1995: 553/555).

El legislador, a través de las leyes, regula las conductas (*nullum crimen sine lege*) y prevé sanciones para quienes incumplan con dichas conductas normadas (*nullum crimen sine conducta*). Esto se basa en la acción humana como presupuesto para aplicación de la pena, denominándolo “derecho penal de acto” (*nulla poena sine crimen*). La pena es una sanción por la acción del delito. Por otro lado, está la concepción contrapuesta, llamada “derecho penal de autor”, en la cual el delito es tomado como signo de inferioridad moral, biológica o psicológica del autor (Zaffaroni, Aliaga y Alokár, 2002: 63). El derecho penal de autor, además de considerar los elementos subjetivos con preferencia sobre los objetivos, agrega la desvalorización de la persona del autor (Ferrajoli, 1995: 42).

⁵ Ver Soler Sebastián, 1973: 420 y ss.; Fontán Balestra Carlos, 1995. (www.onl.abeledoperrot.com).

Ahora bien, más allá de las opiniones de los doctrinarios ¿qué sucede a nivel de la praxis judicial?, ¿cuáles son los elementos enumerados por el artículo 41 que los jueces utilizan para fundamentar la asignación de la pena?, ¿qué “sentido” agravante o atenuante les adjudican?, ¿parten de criterios objetivos o subjetivos del hecho delictivo?, ¿estos criterios se vinculan con un derecho penal de autor o con un derecho penal de acto? ¿esa utilización aparece suficientemente justificada?

3.2 La normativa en materia de individualización judicial de la pena ¿es enunciativa o taxativa?, ¿obligatoria o indicativa?

Parte de la doctrina sostiene que la enumeración es de carácter enunciativo, y que las circunstancias allí contenidas deben ser valoradas por el juez en cada caso concreto, asignándole a las mismas un sentido atenuante, agravante o irrelevante (De la Rúa, 1997: 698). Dicho tenor meramente enunciativo no impediría, entonces, que el magistrado pueda considerar otros elementos no consignados expresamente en la norma⁶.

El precepto en estudio, presenta una particularidad que genera debate. Por un lado, el texto de la norma no resulta claro en cuanto a si los jueces tienen el deber de examinar exhaustivamente cada uno de los aspectos allí contenidos, o si tal evaluación no resulta necesaria. Por el otro, la flexibilidad e indeterminación de la norma en cuestión han sido objeto de numerosas críticas.

Gran parte de la doctrina coincide en señalar que, al tiempo de resolver cada caso concreto, el sistema legal vigente deja casi por completo en manos del juzgador, la fijación del *quantum* de la sanción, así como también la decisión de aplicar o no penas accesorias y otras medidas⁷.

En este sentido, y tal como se indicó precedentemente, el artículo 41 C.P. no aclara si existe obligación de los magistrados de examinar exhaustivamente cada aspecto allí enumerado (Marchiori, 1995: 25).

Para Patricia Ziffer (2005: 25) existe un trasfondo cultural en torno al artículo 41 C.P., que pone el acento en las ventajas de la indeterminación y ductilidad de la norma. La autora critica esta situación considerando que hay una flexibilidad excesiva, puesto que se admite que los magistrados decidan sin una fundamentación completa, y recurran a fórmulas vacías al individualizar la pena.

⁶ Ver Núñez Ricardo, op. cit.: 452 y ss.

⁷ Ver Fontán Balestra Carlos, op. cit. (www.onl.abeledoperrot.com).

Por su parte, Marchiori, recalca que muchos magistrados no utilizan adecuadamente los dos incisos del artículo 41 del C.P, ya que al condenar lo hacen fijando la cantidad de pena sobre la base de una o dos de las circunstancias allí consignadas. Ello resultaría reprochable puesto que la individualización de la sanción debe ser personalizada; esto no ocurre en tanto se condena desconociendo al delinciente, su historia personal, su capacidad delictiva, etc. (Marchiori, 1995:25).

En lo que hace al tema de este debate la legislación específica no es clara y resulta insuficiente, sobre todo en lo atinente a su obligatoriedad. Al respecto nos planteamos como interrogante ¿las sentencias revelan que los jueces utilizan la norma con carácter taxativo o lo hacen con carácter meramente enunciativo?

3.3 La llamada doble valoración: en la configuración del tipo penal y en la individualización judicial de la pena.

Por un lado, hay autores que entienden que no existe ningún supuesto en el cual pueda aceptarse la doble valoración de las pautas establecidas por el artículo 41 del C.P. En este sentido, Fontán Balestra señala que “la aplicabilidad de las circunstancias enumeradas por el artículo 41 no tiene un carácter ilimitado. Se halla regida por el principio ‘non bis in ídem’. Cuando dichas circunstancias han sido valoradas previamente por la ley para estructurar la figura delictiva o básica, o la forma cualificada, su nuevo cómputo por el juez en la individualización de la pena importaría la violación de aquel principio” (Fontán Balestra, 1995: 553-555).

En la misma tesitura, Patricia Ziffer (2005: 25) indica que la doble valoración está prohibida. El legislador habría plasmado en el tipo penal todas las valoraciones reprochables y las circunstancias que fundan el ilícito, las cuales no pueden volver a ser consideradas al fijar la pena. Cita como ejemplos que no se puede agravar el castigo en el homicidio por la producción de una muerte lamentable, ni el robo por la violencia ejercida en el apoderamiento.

Por otro lado, algunos autores consideran que existen excepciones a esta regla, si bien las mismas son discutibles. La misma Ziffer acepta la posibilidad de valorar dos veces una misma circunstancia, dando como fundamento la regla de la especificidad. Ilustra su posición a partir del artículo 125 del C.P., el cual agrava la corrupción de menores, cuando el sujeto activo es una persona encargada de la educación o guarda de la víctima. Opina que es correcto volver a valorar esto en la determinación de la pena, si el autor es el padre biológico, dado que éste se trata de un rol y una investidura específicas

dentro del conjunto de guardadores genéricos posible (Ziffer, 2005:25). La opinión jurisprudencial en el tema se ve reflejada en una gama amplia de fallos⁸.

Cada uno de los debates doctrinarios genera la inquietud de conocer cuán reales son los comentarios e interpretaciones expuestas, más allá de los fundamentos esbozados. Resulta de gran utilidad comprender las prácticas judiciales y sus tendencias, para analizar una parte del campo jurídico que aunque limitada sirve como punto de partida para generar una visión más concreta y cercana a la realidad.

4. ¿Qué hacen los jueces?

Con la intención de ver más allá de lo establecido por las normas del C.P. y de las interpretaciones doctrinarias, nos preguntamos, ¿qué ocurre a nivel de las prácticas judiciales concretas?

En los hechos son los jueces quienes efectivamente fijan la cantidad de pena, sopesando las diferentes circunstancias del art. 41 C.P. De allí surge nuestro interés por trabajar sobre las mismas, para observar sus variaciones en la praxis judicial, el cual se resume en dos interrogantes concretos: ¿en sus sentencias, los jueces tienen en cuenta la totalidad de los elementos del artículo 41 C.P. al individualizar la pena? y a partir de allí ¿qué valor, agravante-atenuante le asignan a cada uno de los elementos?

Centramos nuestra investigación en sentencias judiciales condenatorias de robo calificado por el uso de arma de fuego operativa (art. 166, inc. 2º, párrafo 2º del C.P.) o cuya operatividad no ha sido acreditada (art. 166, inc. 2º, párrafo 3º del C.P.).

⁸ Por ejemplo la Cámara Nacional de Casación Penal, sala 4º, en autos “B., J. A. y otros”, resolvió con fecha 03/06/2010 que “la asistencia técnica del condenado indicó que al efectuar un análisis de las circunstancias agravantes, el sentenciante ha puesto énfasis en el resultado muerte de la víctima extremo que ya se encuentra valorado en el tipo penal agravado seleccionado (art. 170, tercer párrafo del C.P.), afectándose en este caso el principio conocido en doctrina como “prohibición de la doble valoración de los hechos de cuantificación de pena” derivado de la garantía del *non bis in idem*” (Ver: www.lexisnexis.com.ar N° 70061710). Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sala Penal, en autos “Romero, Marcelo”, sentenció con fecha 28/07/2009 en relación al tema que “se afirmó que la crítica expuesta en orden a la vulneración a la prohibición de doble valoración no resulta de recibo, pues la norma cuestionada no valora dos veces la acción de “robar utilizando un arma”, sino que formula una única desvaloración, y lo hace al tipificar la conducta prevista en el art. 166, inc. 2, la cual contiene una agravante -para el caso que el arma fuera de fuego (y un atenuante -para el caso de armas de utilería o cuya aptitud no pueda ser probada). Entonces, al prever una pena mayor para el robo cometido con un arma de fuego cuya operatividad ha sido comprobada, la ley no hace más que profundizar el juicio de desvalor, no derivándose con su aplicación lesión alguna a la garantía constitucional del *non bis in idem*, como pretende el impugnante, pues nos encontramos ante una especial modalidad comisiva del tipo, que por su intensidad permite ser evaluada ulteriormente sin afectar la prohibición de doble valoración.(...) Debe desecharse, en consecuencia, el argumento basado en la doble valoración de una misma circunstancia, pues ha quedado debidamente explicitado que el peligro que ya entraña el empleo de cualquier arma recrudece significativamente cuando ésta es de fuego, razonablemente considerada por la norma puesta en crisis como un instrumento de elevada potencialidad lesiva, en su comparación con las restantes” (Ver www.lexisnexis.com.ar N° 70056183).

Delimitamos el campo de investigación, analizando las sentencias dictadas por las Cámaras del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba. Se trabajó con el universo de sentencias dictadas en el año 2008 (171 piezas judiciales). Los resultados obtenidos a partir de nuestros datos sobre las sentencias permiten afirmar la existencia de tendencias específicas observables generadas en el seno de la organización judicial.

4.1. ¿Con qué frecuencia los jueces utilizan los elementos del artículo 41 del C.P.?

A fin de facilitar la lectura y comprensión de los datos expuestos en el cuadro siguiente subdividimos los elementos en cuatro secciones en orden decreciente de importancia.

Cuadro N° 1: Elementos del art. 41 del C. P. valorados por los jueces en la aplicación de la pena por robo calificado por uso de arma. I Circunscripción judicial de Córdoba, 2008.

Sección	Elementos considerados	F	%	Subjetivo (S)/ Objetivo (O)
A	Reincidencia /Antecedentes	145	84,79	S
	Edad	145	84,79	S
B	Naturaleza de la acción	92	54,10	O
	Educación	87	50,87	S
	Extensión del daño	86	50,30	O
C	Miseria/ Ingresos semanales	80	46,78	S
	Medios Empleados	75	43,85	O
	Peligro causado	64	37,42	O
D	Participación	42	24,59	O
	Peligro en razón del tiempo	30	17,54	O
	Conducta precedente	26	15,20	O
	Peligro en razón de la ocasión	22	12,86	O
	Peligro en razón del lugar	16	9,35	O
	Vínculos personales	6	3,50	S

FUENTE: *sentencias condenatorias por robo calificado por uso de arma (art. 166 inc. 2 C.P). N= 171*

En el segmento “A” podemos apreciar como dos elementos son tenidos en cuenta al fijar la cantidad de pena: la reincidencia/antecedentes y la edad, los que son referidos en la amplia mayoría de las sentencias (casi el 85%).

En lo que hace a “la reincidencia y los antecedentes penales”, la valoración que hacen los jueces se centraría en la existencia o ausencia de condenas previas, sin incluir los antecedentes a título de imputaciones sin condena. Es común que se estime como elemento atenuante la ausencia de antecedentes penales. Hilda Marchiori (1995:25)

resalta la importancia de este aspecto, puesto que en los casos en que existe reincidencia, la situación debería alertar a la sociedad en general ya que se está poniendo de manifiesto el fracaso del sistema. Por ello insiste en la necesidad de un análisis pormenorizado de este punto, debiendo el juez tomar conocimiento de la sentencia anterior, del tipo de delito cometido, del bien jurídico afectado por ese hecho delictivo, del tiempo de la condena anterior y del período en que el responsable efectivamente permaneció en la institución, etc.

En cuanto a la “edad” del imputado, el juez ha de sopesar la incidencia que tiene en la acción delictiva y en particular, las posibilidades de reinserción del mismo en la sociedad. Señala De la Rúa, que durante una primera etapa se tendía a considerar a la edad como un elemento atenuante de manera unánime, circunstancia que a partir del siglo XX se modificó. Desde entonces, los períodos etarios valorados como atenuantes serían los correspondientes a infancia, adolescencia, juventud y vejez; mientras que se valoraría de manera diversa la adultez, por entenderse que se trata de una faz en la cual la peligrosidad aumenta (De la Rúa, 1997:698).

La “naturaleza de la acción” alude al tipo concreto de acto dentro de un tipo genérico, a partir del cual se lleva a cabo el delito, representando una mayor peligrosidad. Así por ejemplo, el apoderamiento ilegítimo ejerciendo violencia en las cosas o personas con el uso de un arma, resulta ser más grave por la magnitud del daño o peligro provocado, que el previsto en el tipo. Si bien la intensidad de la acción depende de cada autor, este elemento es objetivo, ya que gira en torno al hecho en sí, y más del 50% de los jueces lo tiene en cuenta a la hora de cuantificar la condena.

Por su parte, la “extensión del daño” supone una valoración de la magnitud del perjuicio ocasionado a partir de ese hecho delictivo. La regla general implica que a mayor entidad del daño mayor será la sanción penal y viceversa. Sin embargo, algunos autores indican que es menester tener en cuenta la previsibilidad, es decir, si el agente pudo o no evitar o disminuir la extensión de la lesión, así como también conjugar este aspecto con la conducta posterior adoptada por el condenado (por ejemplo si restituye los bienes robados). Estos factores pueden distorsionar la exacta aplicación de la máxima de que a mayor daño, corresponde mayor sanción (De la Rúa, 1997:698).

La extensión del daño alude directamente al bien jurídico protegido por este delito: la propiedad. Por ello, el daño a la propiedad, debería de ser siempre un elemento a ser considerado, sin embargo no es así, sólo en la mitad de los casos (50,30%) es sopesado

por los jueces.

Tanto la naturaleza de la acción como la extensión del daño forman parte de la configuración del hecho, es decir del tipo penal seleccionado en nuestra investigación. No se podría imaginar un robo calificado por uso de arma sin la producción de un daño, o sin la manifestación de una acción concreta que denote mayor o menor peligrosidad (*idem*). Estos elementos han sido previamente apreciados por el legislador. Sin embargo, las cifras muestran que más del 50% de las veces los jueces valoran tales elementos a la hora de fijar el *quantum* de la condena.

Por “educación” se entiende el nivel de instrucción del sujeto condenado. No existe acuerdo a nivel doctrinario acerca de la repercusión que puede tener la carencia de instrucción respecto de la cantidad de la pena. De la Rúa (*ibid.*) sostiene que la educación debe valorarse como atenuante o agravante, en directa y estricta relación con el delito. Respecto de la falta de instrucción, señala que, desde el punto de vista de la peligrosidad, la ignorancia de la ley penal puede operar como elemento que agrave la sanción penal. Por lo pronto, este elemento es tomado en cuenta en el 50,87% de las sentencias y se ubica entre los tres de carácter subjetivo más considerado. Más adelante veremos su utilización como agravante o atenuante.

El segmento “C” comprende tres elementos o aspectos cuya presencia en las sentencias judiciales se da aproximadamente en el rango cercano al 40-45%. Incluye un elemento o aspecto considerado subjetivo (miseria/ingresos semanales) y dos objetivos referidos al acto (la naturaleza de los medios empleados y el peligro causado).

El artículo 41 del C.P. estipula que, al momento de cuantificar la pena, el juez habrá de tener en cuenta un factor económico relacionado con el autor del hecho delictivo, “la miseria o dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”, atinente a la posibilidad del imputado de satisfacer sus necesidades básicas y las de las personas a su cargo, el cual en líneas generales es considerado como atenuante⁹.

Por “medios empleados”, De la Rúa (1997: 698) considera que se hace referencia al instrumento utilizado para delinquir y su mayor o menor poder lesivo. Por su parte, Hilda Marchiori, entiende que la noción medios empleados comprende no sólo objetos concretos (arma de fuego, cuchillo, palo, etc.), sino también los medios subjetivos de que puede valerse el sujeto que delinque (como por ejemplo seducción, amenaza, simulación). Sostiene, además, que este aspecto es un factor revelador de la

⁹ Ver en este sentido De la Rúa, Jorge, *op. cit.*: 700 y ss.

personalidad del condenado, puesto que los medios empleados resultan sintomáticos de su modo de vida, su personalidad, sus antecedentes, y se relacionan de manera directa con el tipo de delito y el daño a la víctima (Marchiori, 1995: 25).

El “peligro causado” atañe al riesgo que genera el hecho delictivo sobre bienes considerados valiosos. En cuanto a su extensión, resulta aplicable la misma regla que en materia del daño: a mayor peligro causado, más grave resultará la sanción penal (De la Rúa, 1997: 698). Para una mejor comprensión de este elemento, y su significado habrá que tener presente que los bienes puestos en peligro son variados, y se observan en más de un tercio de las condenas (37,42 %), así encontramos: “hacer desnudar a las jóvenes, vulneración de su pudor, les creó un justificado temor a la inminencia de un abuso sexual por parte del intruso”, “gran peligro para la sociedad”, “en presencia de varias personas”, “había clientes indefensos”, “poniendo en peligro inclusive a otras personas”, “poniendo en peligro la integridad física de otras personas”, “la peligrosidad demostrada con su accionar, disparos de arma de fuego pudieron ocasionar consecuencias gravísimas”, “implica un gran peligro para terceros”, “personalidad peligrosa para terceros y sus bienes”¹⁰.

En los segmentos B y C observamos una mayor presencia de elementos objetivos con relación al predominio de los subjetivos en el segmento A.

Finalmente, en el segmento D se agrupan los elementos menos utilizados por los jueces, los que en su casi totalidad son objetivos. La excepción está dada por los vínculos personales, que se refieren a “la relación del autor y la víctima, el conocimiento del grado de vulnerabilidad, la conciencia de la impunidad para el hecho, etc.” (Marchiori, 1995: 25). Según esta autora habría tres tipos de vinculación: relación familiar, relación de conocimiento previo (como amistad, vecindad), y relación de desconocimiento total. Este sería un aspecto subjetivo que es muy poco considerado por los jueces en las sentencias sobre el robo agravado. Ello permite inferir que es un elemento poco relevante en relación a esta figura delictiva.

Por “participación” se entendería la concreta entidad de la intervención del sujeto en el hecho delictivo. Sería una valoración complementaria a la estatuida por el C.P. en materia de participación criminal (De la Rúa, 1997: 698). El C.P. prevé en el título VII las reglas de participación criminal, estableciendo para los autores, partícipes necesarios

¹⁰ Las frases transcritas corresponden a extracciones textuales de las sentencias recabadas y utilizadas para la realización de la presente investigación.

e instigadores la misma pena; brinda asimismo una situación más privilegiada/beneficiosa para aquellos que resulten a los ojos del órgano acusador como partícipes no necesarios. Ello demuestra que, previamente y de manera general, las escalas penales pueden verse modificadas, sin embargo la concreta entidad de la intervención que menciona De la Rúa, tiene que ver con el mayor o menor protagonismo del sujeto en la dirección de las acciones. En este sentido encontramos expresiones en las sentencias referidas tales como: “siempre a favor del acusado, su participación específica en el hecho cometido fue mucho menos violenta que la del coimputado prófugo”, “como circunstancias agravantes particularmente la participación plural de cinco sujetos lo que requiere organización previa para delinquir”, “su mayor rol protagónico por cuanto fue él el ejecutor material del asalto”, “de acuerdo a lo señalado por el damnificado no era el jefe y hacia de hombre bueno”, “participe necesaria, con su aporte el hecho pudo realizarse del modo en que ocurrió”¹¹. Si bien está dentro del segmento “D”, es decir de los menos considerados, no deja de tener importancia, toda vez que un cuarto (24,59 %) de las sentencias se ocupan de este elemento.

La “peligrosidad en razón del tiempo, del lugar y de la ocasión” está referida al mayor o menor peligro que genera el hecho delictivo y el sujeto que delinque, de acuerdo a diversas circunstancias. El tiempo alude al momento cronológico en que se lleva a cabo el delito; así la nocturnidad suele ser considerada como agravante si se trata de un delito doloso, mientras que suele valorarse como atenuante si se trata de un hecho culposo (De la Rúa, 1997:698). El lugar se vincula al espacio físico en el que se desarrolla la acción delictiva; en la actualidad, es común estimar como de mayor peligrosidad la comisión de hechos criminales en la vía pública. Finalmente, la ocasión implica observar si el delincuente tomó o no provecho de una circunstancia sobrevenida accidental o excepcionalmente. Cuando ésta se presenta de manera casual no suele operar como agravante, sin embargo, si es generada por el propio autor del hecho, actuaría como tal (ídem).

Las “costumbres y conducta precedente” incluyen, por un lado, los hábitos del condenado, y por otro, el modo de conducirse antes del hecho delictivo. “Se toma conocimiento de los comportamientos más habituales del penalmente responsable. La

¹¹ Las frases transcritas corresponden a extracciones textuales de las sentencias recabadas y utilizadas para la realización de la presente investigación.

habitualidad se examina en las conductas cotidianas, actitud hacia la familia, el trabajo, vecinos, amistades, religión, deporte, etc.” (Marchiori, 1995.: 25). Por su parte, Jorge De la Rúa (1997:698), quien en este punto sigue a Ricardo Núñez, efectúa una valoración negativa de estos aspectos, en función de la cual se tienen en cuenta circunstancias tales como la violencia, la impulsividad, la perversión, la vinculación con criminales, la embriaguez, etc., como aspectos relevantes al fijar el *quantum* de la sanción penal. Para Marchiori (1995:25), la conducta precedente alude a los actos preparatorios del delito, no sólo de índole material, sino también de índole psicológica-emocional, que operan en ese individuo como factores desencadenantes de la actividad delictiva.

**4.2 ¿Cómo consideran los jueces a los elementos del art. 41 del C.P?:
¿atenuantes o agravantes?**

Más allá de la frecuencia con que los jueces utilizan los elementos enumerados en la norma penal, resulta relevante que nos interroguemos sobre el modo en que son valorados, conforme lo establece el art. 40 del CP, es decir como agravante o atenuante. El cuadro siguiente expone sintéticamente los resultados obtenidos en nuestro estudio.

Cuadro N° 2: Elementos del art. 41 del C. P. valorados como agravantes/atenuantes por los jueces en sus sentencias. Robo calificado por uso de arma. Primera Circunscripción judicial de la Provincia de Córdoba, 2008.

Sección	Elementos considerados	f	% Agravantes	% Atenuantes
A	Peligro en razón de la ocasión	22	100	-
	Peligro en razón del lugar	16	100	-
	Vínculos personales	6	100	-
	Peligro en razón del tiempo	30	96,66	3,33
	Medios empleados	75	96,00	4,00
	Naturaleza de la acción	92	95,65	4,34
	Peligro causado	64	92,20	4,80
	Participación	42	90,47	9,52
B	Conducta precedente	26	76,92	23,07
C	Extensión del daño	86	55,80	44,20
	Reincidencia/antecedentes	145	55,17	38,62
D	Miseria ingresos	80	13,75	86,25
	Educación	84	8,33	91,66
	Edad	145	7,58	92,41

FUENTE: sentencias condenatorias por robo calificado por uso de arma (art. 166 inc. 2 C.P). N= 171

A partir de la distribución de los datos del cuadro anterior, podemos realizar dos observaciones generales. La primera es una marcada polarización entre elementos que siempre o casi siempre (entre el 90% y 100% de los casos) son valorados como agravantes (sección A: ocho elementos, más de la mitad de los incluidos en el artículo 41 del CP) y otros que en la mayoría de los casos (entre el 86% y el 92% de los casos) son considerados atenuantes (sección D: 3 elementos).

La segunda observación se refiere al carácter de los elementos que agravan o atenúan: con excepción de los vínculos personales, todos los elementos de la sección A son rasgos que caracterizan al acto y que, por lo tanto, son considerados objetivos, mientras que los más frecuentemente utilizados como atenuantes, corresponden a características propias del sujeto, como son su edad, nivel educativo y aspectos económico-laborales.

En lo que hace a los vínculos personales, en sólo seis casos de nuestra muestra fueron valorados por los jueces, siempre como agravante y todos constituían una relación de vecindad¹².

Entre ambos polos se observan otras dos tendencias: por un lado, detectamos que la conducta precedente es valorada como agravante más o menos un tercio de las veces en que es utilizada (segmento B); por el otro, se detecta la presencia de elementos que tienden a ser considerados como agravantes o atenuantes en la misma proporción, según sea el caso (segmento C: extensión del daño¹³ y reincidencia/antecedentes¹⁴). Son agravantes en aproximadamente el 55% de las veces en que son utilizados.

De los elementos de la sección A que siempre o casi siempre son considerados agravantes al momento de individualizar y fijar la pena, tres se refieren explícitamente a distintas razones de peligro (ocasión, lugar y tiempo). Aun cuando no son tan

¹² Entendemos que los vínculos personales agravan porque permiten al sujeto activo mayores posibilidades de especulación, ya que la víctima es de su fuero cotidiano o íntimo y ello da conocimientos en cuanto a sus movimientos, horarios, etc.

¹³ De acuerdo a los argumentos que los jueces explicitan en las sentencias, la extensión del daño es considerada atenuante, por ejemplo, cuando los bienes objetos del apoderamiento o sustracción han sido recuperados por la víctima, o cuando lo sustraído es de escaso valor; en cambio se consideraría agravante, no sólo cuando ha sido vulnerado el bien jurídico propiedad, sino también en relación a lesiones físicas, psicológicas o bien, ofensas a múltiples bienes jurídicos. En las sentencias analizadas se encuentra con mucha frecuencia frases que justifican la atenuación como tales como “que el perjuicio económico ocasionado es mínimo atento a que los damnificados han recuperado la totalidad de los objetos” o la agravación: “el daño moral y la fuerte impresión en la mayoría de las víctimas”, “las secuelas psicológicas a la fecha no superadas por el momento vivido”.

¹⁴ En cuanto a los antecedentes personales o reincidencia, podemos destacar dos aspectos: uno de ellos es la alta frecuencia con que se los considera, el otro se refiere a la valoración que se hace de la ausencia de antecedentes. Es atenuante cuando el autor no registra condena anterior y agravante, sin excepción, cuando posee condena previa.

frecuentemente referidos por los jueces, cuando lo son, siempre agravan, nunca o en muy pocos casos atenúan la pena.

Refuerzan nuestra afirmación anterior sobre el carácter agravante de los elementos objetivos, la frecuente mención y la valoración que los jueces hacen de los medios empleados, la naturaleza de la acción y el peligro causado por el delito. Como lo expresamos en el punto anterior, “el medio empleado” está referido al mayor o menor poder lesivo del instrumento utilizado para delinquir, “la naturaleza de la acción” a la peligrosidad del acto y el “peligro causado” al riesgo provocado por el hecho delictivo sobre bienes considerados valiosos.

Con relación a los “medios empleados”, es interesante resaltar que la mayoría de los jueces los consideran como agravante, aumentando el tiempo de condena. Aquí retomamos el tema de la llamada doble valoración. En los casos de robo calificado por uso de armas, fuera de casos aislados en que se valora, por ejemplo, la utilización de un vehículo para la fuga, o el uniforme de un policía, los jueces tienen especialmente en cuenta la forma en que se utilizó el arma, ya sea disparando, golpeando, apuntando, apoyándola en la cabeza, en la boca, en hijos de la víctima, etc. Cabe concluir que la utilización del arma es valorada como agravante por la gran mayoría de los jueces. A esto se refiere Patricia Ziffer (2005: 25) cuando admite la doble valoración con fundamento en la regla de especificidad.

Cuando la “naturaleza de la acción” es considerada (alrededor de la mitad de las sentencias condenatorias analizadas), en la mayoría de los casos es como agravante, pues por lo general incorpora algún grado de violencia, lo cual aumentaría la peligrosidad del delito. Las frases siguientes ejemplifican lo afirmado: “despliegue excesivo de violencia armada”, “una mayor audacia”, “tomar como escudo armado la nieta de la víctima”, “con mucha violencia, lo que representa su peligrosidad”, “ferocidad del ataque”, “la agresividad que demostró”¹⁵.

Por su parte, la “participación” se refiere a la división del trabajo, a la idea de organización y planificación que trasunta ese esquema de acción. Agrava pues implica un convenio previo de distribución de tareas y una voluntad delictiva común.

De la lectura transversal de la amplia mayoría de los elementos considerados agravantes se puede inferir que el peligro del acto delictivo constituiría el elemento genérico

¹⁵ Las frases transcritas corresponden a extracciones textuales de las sentencias recabadas y utilizadas para la realización de la presente investigación.

fundamental, que aparece de modo manifiesto o subyacente, directo o indirecto, en las valoraciones que los jueces hacen de los elementos particulares, especialmente de los considerados objetivos.

En cuanto a la valoración de la edad, educación y situación económica/laboral del imputado, que en orden decreciente son tenidos en cuenta, mayoritariamente como atenuantes, se detecta, asimismo, algunos aspectos dignos de resaltar.

De nuestros datos surge que la mayoría de los condenados se encuentran en una edad que oscila entre los 18 y 30 años, atributo que es visto como atenuante, en referencia explícita de los jueces. El principal argumento es que tendrían posibilidades de reinserción social¹⁶.

Una particularidad de la “educación” y los “ingresos semanales” es que la gran mayoría de jueces valora estos factores en forma atenuante y tienden así a beneficiar al condenado al disminuirle la pena. De nuestras observaciones empíricas surge que un número elevado de procesados no terminaron los primeros años del secundario (C.B.U.). Los órganos judiciales sólo mencionan que su escaso nivel cultural es a su favor, pero en los pocos casos en que es agravante consideraran que debido a su nivel sociocultural puede comprender la criminalidad de los hechos, siendo esto representativo de su mayor peligrosidad. Asimismo, los magistrados se muestran favorables a atenuar la condena por motivos económicos, pues la amplia mayoría de los acusados son personas de escasos recursos, con trabajo precario que, en consecuencia, no tienen facilidades para el sustento propio y los lleva a vivir en un estado de miseria¹⁷. Otra particularidad que se visualiza en las sentencias, con respecto a la educación y al nivel socioeconómico, es que los jueces tienden a fundamentar su valoración, siendo ello destacable, pues la mayoría de las veces simplemente nombran el o los elementos del artículo 41 del C.P., bien sea a favor o en contra, sin ofrecer mayor explicación sobre los fundamentos.

5. Conclusiones e implicaciones.

¹⁶ Por ejemplo: “por su edad tiene posibilidades de reinsertarse en actividad laboral lícita”, “persona joven que puede reencauzar su vida”, “se trata de un hombre aún joven lo que posibilitaría en el futuro una eventual reinserción social”. Frases extraídas de las sentencias analizadas en esta investigación.

¹⁷ Por ejemplo: “ambiente familiar de extrema pobreza y precariedad, tanto económica como social y cultural, es indicativo de una falta de contención, lo que seguramente contribuyó a que transitara desde corta edad por la senda incorrecta”, “proviene de un hogar con muchas carencias económicas y culturales”, “se ha desenvuelto en un medio humilde, precario, donde las posibilidades de superación con que conto no fueron grandes, además de que no ha gozado de facilidades para procurarse el sustento propio y de los suyos”. Frases extraídas de las sentencias analizadas en esta investigación.

El análisis doctrinario y la investigación de campo dan lugar a la posibilidad de observar de una manera diferente el desarrollo de la actividad de individualización judicial de la pena.

Independientemente de lo que se discuta a nivel doctrinario acerca del carácter del sistema de fijación del *quantum* de la pena, del valor de las circunstancias enunciadas en el art. 41 C.P. y del sentido agravante o atenuante que las mismas poseen, lo cierto es que los órganos judiciales, demuestran a partir de su praxis concreta cierto grado de autonomía que se manifiesta a través de la utilización de criterios de fijación del *quantum* de la pena que no necesariamente coinciden con las opiniones de los doctrinarios, ni se ajustan totalmente a los prescripto por la ley. Por ello, creemos que no resulta prudente centrarnos exclusivamente en construcciones teóricas coherentes y armoniosas e ignorar los desarrollos prácticos y alejar la mirada del mundo real.

En consecuencia, a partir del análisis de los datos obtenidos, nos parece oportuno retornar a nuestras preguntas iniciales, vinculadas con debates doctrinarios. ¿Qué conclusiones podemos formular al respecto, considerando los resultados de nuestra investigación?

¿Derecho penal de autor o de acto?

Resulta plausible afirmar que, en la individualización de la pena, los jueces aplican un sistema mixto (objetivo-subjetivo), en el que prevalece una orientación subjetivista.

Ahora bien, ¿la alta frecuencia de referencias a elementos vinculados al autor es suficiente para afirmar que entre los jueces predomina la concepción identificada con “el derecho penal de autor”? Si comparamos los datos sobre la frecuencia de utilización de los elementos del art. 41 del C.P. por parte de los jueces, con la valoración que hacen de ellos observamos dos tipos de combinaciones. Por un lado, los elementos subjetivos aparecen entre los más frecuentes pero, por lo general, como atenuantes. Por el otro, observamos que los elementos objetivos, en su mayoría, son referidos con menor frecuencia (salvo la naturaleza de la acción y la extensión del daño), pero cuando se los usa son, por lo general, agravantes (extensión del daño, constituye una excepción).

Si bien es cierto que los jueces aprecian tanto las características del hecho como las del autor, la peligrosidad aparece como un elemento genérico que los magistrados toman en cuenta de manera privilegiada. Lo hacen de modo directo e indirecto al evaluar los distintos elementos. La peligrosidad a la que hacemos referencia no es la que se deriva del acto, sino del actor; la peligrosidad delictiva futura del delincuente. Los aspectos

objetivos parecen servir para conocer la faz subjetiva del autor, especialmente los rasgos psicológicos y actitudinales de su personalidad. Cuando de la combinación de elementos se infiere peligrosidad, ello contribuye a desvalorizar la persona del autor, aspecto señalado por Ferrajoli (1995:42), como constitutivo de la postura del “derecho penal de autor”.

Por otra parte, resulta interesante observar el tratamiento que dan a los rasgos propios del autor, cuyo carácter es social -no individual o psicológico- como la educación y la situación económica, o la edad, rasgo individual adscripto e independiente de su voluntad. Ellos, no sólo son frecuentemente utilizados, sino que, además, son casi siempre atenuantes de la pena. Esto nos permite interpretar que los jueces tienen en cuenta la posibilidad de la rehabilitación. Asimismo, que de algún modo limitan la penalización por razones sociales estructurales como lo son la pobreza y la carencia de recursos materiales y culturales.

¿Enunciativo o taxativo?

De las sentencias analizadas surge que los jueces utilizan las prescripciones del art. 41 del CP, incisos 1° y 2° como una enumeración no obligatoria ni taxativa. En tal sentido coinciden con la doctrina mayoritaria.

No utilizan de modo explícito todos los elementos fijados en dicha norma para justificar la sanción penal, ni lo hacen con suficiente justificación. A ello se suma que, además, utilizan otros elementos para ese fin, cuyo tratamiento no es posible en el presente trabajo.

Por un lado, nuestro estudio permite, pese a tratarse de un universo de análisis limitado, esbozar algunos planteos en torno a la problemática de la justificación de la sanción. En sus sentencias, algunos jueces recurren a frases breves y aun vacías de contenido, sin hacer explícitos los fundamentos de la fijación de la cantidad de pena. Si bien no se trata de una práctica que pueda considerarse como generalizada, en muchas sentencias se detecta la ausencia de un examen completo de la totalidad de las circunstancias del artículo 41 del C.P.

Por otro lado, a partir de las opiniones de los doctrinarios y de lo observado en las prácticas judiciales podemos concluir que las discusiones sobre la obligatoriedad y el carácter taxativo del artículo 41 del C.P. constituyen debates abiertos, cuyas implicaciones prácticas son muy relevantes. Si, por una parte, las “pautas generales de apreciación” de dicho artículo, según las denomina Creus, fuesen obligatorias y además

taxativas, los jueces deberían considerarlas a todas al individualizar la pena, sin contemplar otros aspectos. De ser así, lo enunciado por dicha norma resultaría insuficiente para abarcar la amplia diversidad que ofrece la realidad respecto a los elementos vinculados tanto al acto delictivo como al autor. En consecuencia, ello resultaría demasiado restrictivo en la tarea de individualización de la pena.

Si por el contrario, su carácter es enunciativo, algún autor puede argumentar que el artículo citado no estaría brindando herramientas suficientes para que el juez funde sus decisiones de manera coherente con los hechos y procesos concretos, o que estaría dando demasiado espacio para el uso de la discrecionalidad judicial al establecer el *quantum* de la pena.

En suma, estos temas y sus implicaciones no son menores, por lo que resulta relevante ampliar y profundizar su discusión, incorporando no sólo criterios normativos, sino también pragmáticos, con la finalidad de que las normas operen como un instrumento útil y eficiente para la acción judicial.

¿Doble valoración?

Nos preguntamos si hay una violación al principio *non bis in ídem*, como lo entiende parte de la doctrina¹⁸, sin perder de vista que la valoración en análisis tiene un fin totalmente distinto a la de juzgar el hecho delictivo en sí. El juez, una vez que llega a la certeza de que existió el hecho y condena a su autor, entra en otro momento decisivo, ya no valorando si el hecho delictivo existió o si fue cometido por la persona acusada, sino, sopesando los distintos elementos para asignar la cantidad de la pena dentro de la escala penal establecida a esa persona cuya suerte ya está echada.

Si atendemos al debate en torno a la doble valoración observamos que tanto la naturaleza de la acción como la extensión del daño forman parte de la configuración del hecho, es decir del tipo penal seleccionado en nuestra investigación. No se podría imaginar un robo calificado por uso de arma, sin la producción de un daño, o sin la manifestación de una acción concreta que denote mayor o menor peligrosidad (De la Rúa, 1997: 698). Estos elementos han sido previamente apreciados por el legislador. Sin embargo, las cifras muestran que más de la mitad de las veces los jueces valoran tales elementos a la hora de fijar el *quantum* de la condena.

En lo que hace a la naturaleza de la acción, los propios términos utilizados por los magistrados nos permite interpretar que la violencia, ya sea en las cosas o en las

¹⁸ Ver Fontán Balestra, Op. Cit. (www.abeledoperrot.com).

personas, es requisito de tipificación, ya que si no está presente se configura otro delito, el hurto, de modo que esta agravación de la figura ya está prevista por el legislador, y otra vez la realidad demostraría que hay doble valoración.

Implicaciones

La propensión de los jueces a sólo tener en cuenta ciertos elementos del artículo 41 C.P. y a considerar irrelevantes a otros y el hecho de que ciertas circunstancias de las enunciadas en la norma se estimen como atenuantes o agravantes de manera general permite sostener que existe cierta coherencia en el obrar de los magistrados, independiente de las opiniones doctrinarias, e incluso de la norma. Se trata del ejercicio de la discrecionalidad guiada por una especie de lógica interna, propia de quienes realizan esta labor y cuyo resultado es una acción social relevante con impacto inmediato en la sociedad.

Resulta oportuno retomar los planteos respecto a la discrecionalidad judicial con los que comenzamos este trabajo ¿es ella excesiva y debería limitarse? Si es así ¿cuánto y cómo? O por el contrario, ¿la flexibilidad e indeterminación legales en la individualización de la pena deberían favorecerse? Los objetivos y extensión del presente trabajo nos impiden avanzar en el tratamiento de estos temas, pero sí mencionar algunos criterios generales para guiar la indagación de los mismos.

La ley es obligatoria para el juez, quien se encuentra compelido a respetarla. No obstante ello, es plausible considerar que no tiene el deber de apegarse ritualmente a su contenido, sino que es menester que sea capaz de utilizar la legislación vigente de manera racional y crítica. De lo contrario no se estaría llevando adelante la función de control que posee el poder judicial y con ello se acabarían vulnerando las garantías constitucionales de los individuos. Las normas pueden y deben ser revisadas, ya que de nada sirve un precepto que no cumple con la finalidad para la cual fue creado o no atiende a la realidad en la cual se aplica.

En cuanto a la doctrina, su función consiste en aportar explicaciones coherentes y proponer soluciones sobre diversas problemáticas, coadyuvando de este modo a la realización de la labor jurisdiccional. Tales construcciones teóricas no obligan a la judicatura, sino que sirven para orientar y cooperar en su labor.

Como fruto de nuestra investigación, utilizando sentencias judiciales, hemos observado magistrado desde otro ángulo, no sólo en relación a su tarea en materia de fijación de la

cantidad de pena. El juez es un actor social y como tal, no puede dejarse de lado que es un sujeto contextualizado social y organizacionalmente.

Como toda persona que se desenvuelve en el seno de una determinada estructura social, el magistrado se ve influido por ésta dando “una imagen de juez como administrador de tensiones y conflictos derivados de la coexistencia de distintos tipos de racionalidad que confluyen, frecuentemente de manera conflictiva, sobre el ejercicio de tareas y funciones que el juez realiza y cumple” (Lista, 1999: 390/395). A ello se suma, la particular impronta que una organización determinada, como es el caso del poder judicial, le aporta a cada uno de los individuos que la componen y funcionan conforme sus reglas, tanto explícitas, como implícitas.

El hecho es que el modo en que se seleccionan las circunstancias del art. 41 C.P., y el valor atenuante o agravante que se les asigna, no resulta librado únicamente a criterios jurídico-formales, sino que también se encuentra estrechamente ligado a las influencias sociales y organizacionales que reciben los jueces en su carácter de actores sociales.

Es por ello que consideramos que la clave para promover cambios positivos a nivel social e institucional estriba en la producción de análisis integrales de cada problemática, a partir de marcos teóricos y estrategias metodológicas que incorporen y articulen aportes y perspectivas de distintas disciplinas. Para ser comprendidos en su complejidad, los procesos socio-jurídicos deben ser observados en su conjunto, conjugando las construcciones discursivas que se generan a nivel legislativo y doctrinario con las prácticas judiciales, a fin de favorecer el enriquecimiento recíproco entre quienes elaboran las leyes, quienes las interpretan teóricamente, y quienes las aplican al caso concreto.

La teoría y práctica de la individualización judicial de la pena constituye un ámbito en el que este proceso de articulación merece ser intentado, para lograr que las sanciones penales resulten más eficaces y justas en atención al reclamo social de una mejor justicia, y a la protección tanto de los derechos de los condenados como de los de las víctimas de los delitos.

Bibliografía

Casper, J. D.; Brereton D. and Neal, D. (1982). *The implementation of the California determinate sentencing law*. United States Department of Justice, Washington D.C.

Cohen, J. y Tonry, M. H. (1983). “Sentencing reforms and their impacts”. Blumstein, A. et al. (eds.). *Research on sentencing: The search for reform*, vol. 2.: National Academy Press, Washington D.C.

- Creus, C. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Astrea, Buenos Aires.
- De la Rúa, J. (1997). *Código Penal Argentino-Parte General*. Ed. Depalma, Buenos Aires.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trota, Madrid.
- Fontán Balestra, C. (1995). *Tratado de Derecho Penal-Tomo III-Parte General*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Knapp, K. A. (1984). "What sentencing reform in Minnesota has and has not accomplished", 68 *Judicature* 181.
- Knapp, K. A. (1982). "Impact of the Minnesota sentencing guidelines on sentencing practices", 5 *Hamline Law Review* 237.
- Lista, C. A. (1993). "¿Administración de justicia penal sin discrecionalidad judicial? El caso del estado de Minnesota, EEUU", *Actas del VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*, Córdoba.p.269-288.
- Lista, C. A. (1999). "¿Administración de Justicia o Administración de Tensiones?: un enfoque multidimensional", en Agulla, J. C. (comp.). *Ciencias Sociales. Presencia y Continuidades*. Academia Nacional de Ciencias, Instituto de Derecho Público, Ciencia Política y Sociología, Buenos Aires. p. 369-397.
- Lista C., Bertone F., Azcona N., Mera Salguero A., Soria García E. (2009). "Capítulo II: La individualización judicial de la pena". Colección investigaciones y ensayos, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez. *Violencia familiar y análisis de sentencias en el fuero civil, penal y laboral*. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Córdoba.
- Marchiori, H. (1995). *Determinación judicial de la pena*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba.
- Martin, S E. (1983). "The politics of sentencing reform: sentencing guidelines in Pennsylvania and Minnesota", A. Blumstein, et al, (eds.), *Research on Sentencing: The Research for Reform*, vol. 2,, National Academy Press. Washington D.C
- Moore, Ch. A. y Miethe, T. D. (1986). "Regulated and unregulated sentencing decisions: an Analysis of first year practices under Minnesota's felony sentencing guidelines", *Law & Society Review*, vol. 20, N° 2.
- Moore, Ch. A. y Miethe, T. D. (1985). "Socioeconomic disparities under determinate sentencing systems: A comparison of preguideline and postguideline practices in Minnesota", 23 *Criminology* 337.
- Núñez, R. (1999). *Manual de derecho pena. Parte general*: Ed. Marcos Lerner, Córdoba .
- Núñez, R. (1988). *Derecho Penal Argentino-Tomo II*. Editorial Omeba, Buenos Aires.
- Rich, W.; Sutton, L; Clear, T. y Saks, M. (1981). *Sentencing Guidelines: Their operation and impact on the courts*. Williamsburg, VA: National Center for State Courts.
- Scanzenbach, M. M. y Tiller, E. H. (2007). "Reviewing the Sentencing Guidelines: Judicial Politics, Empirical Evidence, and Reform". *Northwestern Public Law Research Paper* N° 07-17, June 2007. Disponible: <http://ssrn.com/abstract=995299>
- Soler, S. (1973). *Derecho Penal Argentino-Tomo II*. Ed. Tipográfica Argentina, Buenos Aires.

Von Hirsch, A. (1982). "Constructing Guidelines for sentencing: The critical choice for the Minnesota Sentencing Guidelines Comisión", 5 *Hamline Law Review* 164.

Von Hirsch, A. y Hanrahan, K. (1981). "Determinate penalty systems in America: An overview", 27 *Crime and Delinquency*, 289.

Zaffaroni, E.R. (1993). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Ed.Monte Avila, Caracas.

Zaffaroni, E.R., Alagia, A., Slokar, A. (2002). *Manual de Derecho Penal*. Ed. Ediar S.A. Buenos Aires.

Ziffer, P S. (2005). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Ed. Ad-hoc, Buenos Aires.