

Juicio de cesura

Aportes prácticos y dogmáticos para la determinación de la pena

Por Estefanía Sauli [1]

Introducción [\[arriba\]](#)

El trabajo tiene por finalidad reflejar de alguna manera cuáles son los parámetros, las herramientas que brinda el Derecho Penal y que deben incorporarse a la hora de delinear y determinar el quantum de la pena en cada caso concreto. Ello, con la intención de evitar la discrecionalidad que impera al momento imponer la condena, la cual se ve representada en un número que significa mucho, no solo para el imputado, sino también para la víctima y para la sociedad, ya que todo el trabajo de la investigación en sí, las pruebas recabadas, el delito en el cual se encuadra el hecho, la responsabilidad penal que se logra endilgar al imputado, se plasma en un resultado numérico, al cual hay que darle sustento jurídico, dotarlo de razonabilidad, evitando recaer en la simple remisión del artículo 41[2] del Código Penal, que es lo que generalmente ocurre al momento de determinar la pena.

Al respecto, cabe manifestar que los cambios que se vienen produciendo en los distintos códigos de procedimientos en distintas provincias de la Argentina[3], dan muestra de la importancia que está adquiriendo la fase del proceso relacionada a la determinación de la pena, toda vez que se le da un trato individualizado, y por separado de lo que sería el juicio de responsabilidad. Es decir, por un lado, se discute la responsabilidad penal en donde se trata todo lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado (fase de responsabilidad o culpabilidad) y por el otro lado se analiza la pena a imponer, la individualización de la misma (fase de determinación de la pena o de cesura).

En razón de ello, entiendo que con estos cambios el legislador ha querido que se analice con mayor profundidad no solo lo que respecta a la responsabilidad del imputado, sino también y especialmente lo relacionado a la pena, dándole un tratamiento particularizado, un debate específico.

En la normativa de procedimiento local (es decir, el Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén), incluso se puede ofrecer prueba relacionada puntualmente a acreditar o desvirtuar la pena a imponer[4], ya sea para atenuarla o agravarla. Por lo tanto, en la fase de determinación de la pena o de cesura, en donde corresponde determinar el quantum con relación al caso concreto, las distintas partes ya sea Defensa, Querrela o Ministerio Público Fiscal, deberán dar no solo sus argumentos respecto a la pena que se pretende, sino que también y en razón de ella se deberá ofrecer la prueba y producirla. Asimismo, los jueces en la sentencia le deben dedicar un capítulo especial a ello, evitando recaer en la arbitrariedad por falta de fundamentos o discrecionalidad.

Cabe aclarar que se entiende por determinación judicial “el acto jurídico mediante el cual el juez establece la cantidad de pena que le corresponde a un sujeto cuya acción se encuentra subsumida en un tipo de la parte especial. Con esta (primera) subsunción el juez cuenta ya con un marco dentro del cual puede variar la pena y su tarea consiste en establecer, dentro de ese marco, la cantidad de pena correspondiente al caso”[5]. Esto es, a través de ella se

procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso.

Por ello, el propósito del presente trabajo, es realizar un breve aporte, que permita otorgar herramientas a tener en cuenta para determinar esa pena, para lo cual considero que deben tomarse aspectos dogmáticos (sistema cerrado) de la parte general, teoría del delito y principios del derecho penal que permitan argumentar el quantum de la misma. Es decir que, así como se utiliza la teoría del delito para argumentar la primera fase del juicio de responsabilidad, la idea es realizar un paralelismo de esa fase y por ende de la teoría del delito desarrollada en el caso, con la segunda fase del juicio en donde se determina la pena, sin incurrir en reiteraciones o en una doble valoración que pueda afectar el principio de culpabilidad.

El fin de las penas [\[arriba\]](#)

El esquema del trabajo consiste en una breve reseña de las teorías de las penas (retribución, prevención general y especial, etc.) al solo fin de entender cual es el fundamento de la pena, y dar mi postura al respecto. Ya que a la hora de imponer una pena no debe perderse de vista su finalidad, lo cual repercute no solo en la especie, sino también en la cantidad de años, toda vez que ello variará en función de la teoría en la que uno se posiciona.

La pena tiene distintas acepciones, en principio es la facultad que tiene el Estado para evitar que se infrinjan las normas que contemplan conductas delictivas. La pena puede conllevar a la restricción o pérdida de derechos personales. Por ello, la pena es sinónimo de castigo.

Teoría de la Retribución: la pena no tiene o no persigue una finalidad socialmente útil, sino que, mediante la imposición de un mal, (Ley Talión) por un hecho que se le carga al imputado, se retribuye, equilibra o compensa ese mal provocado. El fin de la pena es independiente de su efecto social. Sin embargo, ello termina siendo una crítica para esta teoría, ya que la pena no puede prescindir de esa finalidad. Justamente no puede aislarse de lo social ya que el derecho penal se encarga de regular las actividades de los hombres que viven en sociedad. Esta teoría realiza aportes en lo que respecta a la determinación de la pena, incorporando el principio de culpabilidad y la entidad del bien jurídico afectado, cuestiones ambas que deben ser valoradas a la hora de imponer la pena. También la proporcionalidad.

En síntesis, el aporte de la teoría de la retribución se expresa en que la culpabilidad del autor es la base para la imposición de la pena, y si esta se debe corresponder con la magnitud de la culpabilidad, no puede aplicarse una pena por encima de ella. Debe existir una compensación por el mal injusto que se ha causado, es decir proporcionalidad y racionalidad entre el hecho, la culpa del autor y la lesión producida, lo que de alguna manera marca un límite al ius puniendi del Estado.

Esta teoría realiza aportes en lo que respecta a la determinación de la pena, incorporando el principio de culpabilidad y la entidad del bien jurídico afectado, cuestiones ambas que deben ser valoradas a la hora de imponer la pena. Pero surge un inconveniente, ya que no se puede comparar materialmente el resultado o el producto del ilícito con la pena que por ello se imponga, ya que algunos bienes no pueden ser devueltos en la misma especie (ej. vida, libertad), lo cual implica realizar un análisis entre el valor del bien jurídico lesionado por el

quebrantamiento de la norma y el bien jurídico que se limita, priva o disminuye por el mal realizado.

Teoría de la Prevención: la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. El fin de la pena es, de acuerdo con esto, la prevención, dirigida al autor individual (especial). La prevención especial (positiva), está dirigida al autor en forma individual, y busca repercutir de manera tal que la pena consista en hacer desistir al individuo de cometer futuros ilícitos, el fin de la pena apunta a la prevención de delitos, su principal exponente es Von Liszt[6]. La teoría de la prevención especial tiene raigambre en la resocialización, pero la crítica es que justamente no pone un límite a la pena a imponer (principio dignidad humana). Y en lo que respecta a la prevención especial (negativa), la misma se dirige al individuo que infringió la ley, pero no para mejorarlo (resocializarlo), sino para neutralizar sus efectos.

La prevención general (negativa) visualiza la pena como factor influyente sobre la sociedad, cumpliendo una función intimidatoria frente a posibles autores de delitos. Su desarrollador fue Feuerbach a través de la Teoría Psicológica de la Coacción en donde se ve “el fin de la pena no en la retribución ni en el actuar sobre el autor, sino en la influencia sobre la generalidad, a la cual se le debe enseñar a través de las amenazas penales y de la ejecución de las penas lo relativo a las prohibiciones legales”[7]. La condena que se imponga resulta ser un ejemplo a la sociedad, por ello resulta importante que sean coherentes, que no sean discrecionales. En cuanto la prevención general (positiva) o de integración, no atiende a la coacción, sino a la búsqueda de reafirmar los valores jurídicos, como forma de reestablecer el orden social quebrantado por el delito.

Teorías mixtas o de la Unión: en fracaso de las teorías puras, se toma un poco de cada teoría, teniendo en cuenta el individuo, la sociedad y el bien lesionado.

“Estas teorías de la unión son dominantes en el derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que dan cuenta de la imposibilidad de para justificar el ius puniendi estatal. Por lo general las teorías mixtas le asignan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad.

Se sostiene que el criterio unificador se concreta en la afirmación de que cada concepción tiene influencia diversa según el momento del proceso en la que se la considere”.[8]

Aportes de cada teoría: A modo de síntesis entiendo que los elementos que aportan cada teoría son: en lo que respecta a la teoría de la retribución, que el monto de la pena debe estar asociado al mal causado, lo que surge incluso del mismo código penal, ya que en función del bien lesionado estipula los parámetros de las penas a imponer; de la prevención especial positiva la resocialización del individuo infractor, y esa resocialización debe ser en un transcurso de un tiempo determinado, es decir durante el tiempo que se cumple la condena; por otra parte la pena debe cumplir la doble función de aplicarse concretamente al autor del hecho pero a su vez servir de ejemplo a la sociedad, para que otros no delinca; y de esa manera reafirmar la vigencia de la norma.

En definitiva, al momento de determinar la pena se toma un poco de cada una de estas teorías, ya que no solo se tienen en cuenta los fines preventivos especiales y generales, y de tal forma que la persona sancionada no incurra nuevamente en un delito, lo que se puede

lograr a través de la ejecución de la pena, la cual se ocupa de reintegrar al autor a la sociedad, es decir, de su resocialización; sino que al mismo tiempo, la pena debe tener influencia en la sociedad para que el derecho sea reconocido por los ciudadanos y que éstos tengan presentes las consecuencias de cometer acciones punibles.

En resumen, la pena, más allá de ser considerada un castigo, que genera la privación de bienes constitucionales importantes para quien la padece, no tiene una única finalidad, sino que debe abarcar un poco de cada una de las teorías expuestas, y la teoría de la determinación de la pena debe absorber estas finalidades y canalizarlas por vías dogmáticas, es decir buscar establecer estándares, reglas o estamentos como los tiene la teoría del delito.

La teoría de la determinación de la pena, como correlato de la teoría del delito, implica poder establecer un resultado aritmético de esa necesidad y merecimiento de pena que se analiza en la culpabilidad, hay que cuantificar la culpabilidad. Por lo que la determinación y en efecto el fin de la pena debe ser una continuidad del análisis efectuado en la teoría del delito.

El punto de ingreso en la escala penal [\[arriba\]](#)

Asimismo, se debe realizar una breve observación de aquellas teorías que interpretan por donde se debe comenzar a analizar el quantum de la pena, su punto de ingreso. Siendo que no es lo mismo la valoración que se realiza si uno comienza del mínimo o del medio de la escala penal prevista para cada delito. Esas escalas penales reflejan la importancia de los valores sociales, y son fijadas en un primer momento por el legislador, los cuales dan un marco dentro del cual el juez decidirá (política criminal).

En la doctrina penal no se discute que las escalas penales cumplen, al menos, una función de orientación para determinar el valor de los diversos bienes jurídicos. En la medida en que se amenaza con más pena al delito de homicidio que al de daño, puede concluirse, en principio, que la vida tiene más valor que la propiedad[9]. Es decir, las escalas penales reflejan la importancia de los valores sociales, siendo que conforme nuestro ordenamiento penal, éste busca reflejar la gravedad o afectación de los bienes jurídicos al momento de establecer las escalas penales.

Sin perjuicio de ello, también puede darse el supuesto de que “Una cierta modalidad de acción concreta, por el peligro que implica, puede hacer que un hecho típico sea merecedor, dentro de una escala penal determinada, de una pena más cercana al máximo; mientras que otra forma de acción, por su falta de gravedad, puede transformar a otro hecho, aún subsumible dentro del mismo tipo y, con ello, sometible a la misma escala penal, en merecedor de una pena cercana al mínimo. Así, se podría incluso invertir el orden indicado prima facie por las escalas penales. Si bien, por ejemplo, se puede afirmar el valor integridad física tiene más peso que el de la propiedad, riesgos mínimos sobre la integridad pueden hacer que prevalezca el valor propiedad, si este último resulta expuesto a un gran riesgo. Quien, para evitar el incendio sobre su vivienda, conduce el auto violando las normas de tránsito y lesiona a un transeúnte, puede considerar su conducta justificada más allá de las penas establecidas para cada delito. En este sentido, se puede decir que, conforme a las modalidades de ataque a veces hay que dejar de lado las escalas penales.”[10]

Teoría de la Pena Exacta o Puntual: exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto. Se trata de una posición retribucionista. Es posible determinar el punto exacto de la pena que corresponde a lo merecido por el delincuente. No hay fines preventivos. La crítica es la imposibilidad de una medida exacta de culpabilidad, de pena.

“Esta teoría en principio busca la pena exacta que se corresponda con la culpabilidad. La culpabilidad resulta una magnitud fija y, por ende, la pena podría sólo ser una, esto es, fija”[11]. Niega un espacio de juego por razones preventivas.

Teoría del Espacio de Juego: mayor equilibrio entre la función preventiva de la pena y la necesidad de limitarla en base a la proporcionalidad con la gravedad del injusto y la culpabilidad de su autor. Comprende un marco determinado entre un máximo y mínimo, siendo esto para el juez un espacio de juego para graduar la pena.

La crítica consiste en que en la medida en que hay un espacio de juego las categorías valorativas derivadas de la dogmática pierden un poco su valor, y por ello se admite que ante hechos iguales se sancione de manera diferente.

“Según la teoría del espacio de juego elaborada por la jurisprudencia alemana, la pena ajustada a la culpabilidad, entendida en sentido amplio, no es una pena exacta, sino que comprende un marco determinado entre un máximo y mínimo, en un mismo marco habría de constituir para el juez un espacio de juego dentro del cual podría moverse para graduar la pena más precisamente según las necesidades preventivas”.[12]

Teoría de la Culpabilidad por la vulnerabilidad: Zaffaroni, “con la teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad propicia una reducción y contención de la medida de pena para la persona que encuadra en una imagen generalizada y negativa que es el estereotipo del criminal. La medida de la pena deberá tener en cuenta el esfuerzo que hizo dicha persona a partir de su estado de vulnerabilidad para alcanzar la situación concreta”[13].

Punto de partida para determinar la sanción al momento de determinar la pena. Jurisprudencia: La Corte Suprema de Justicia de la Nación, no se ha pronunciado mucho en la materia, ya que la mayoría de los reclamos llevados a esa sede son descartados por tratarse de cuestiones vinculadas con la interpretación y aplicación de la ley de fondo -que compete en exclusiva a los tribunales locales- o invocando la regla que indicaba que la determinación de la pena era una cuestión que concernía en exclusiva a los jueces de la instancia.

En concreto y con expresa referencia a la aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal, ha dicho el alto tribunal, que: “6) ...no se trata de un mero cálculo matemático o una estimación dogmática, sino de la apreciación de los aspectos objetivos del hecho mismo y de las calidades del autor, que permitirá arribar a un resultado probable sobre la factibilidad de que el sujeto vuelva o no a cometer un injusto penal. No es una limitación a la facultad del juez para analizar y decidir sobre aquellos aspectos que les han sido sometidos a su conocimiento, sino de ajustar la elaboración judicial a pautas ordenadoras a tener en cuenta al momento de fallar.”[14]

Cuando se impone una sanción penal se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto y que, en consecuencia, debe medirse la lesión a un bien jurídico determinado (cons. 17); segundo, que la pena no puede ser cruel, en el sentido que no debe

ser desproporcionada respecto del “contenido injusto del hecho”, precisando que ella debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado. (Fallo Gramajo CSJN 2006[15]).

Como ya fuera manifestado, las escalas penales dan un margen máximo y mínimo dentro del cual el juzgador debe moverse, no existe un precepto determinado respecto a donde ubicarse el punto de ingreso a esa escala[16]. Siendo este uno de los problemas a la hora de determinar la individualización de la pena.

En derecho positivo argentino, el punto de ingreso está contemplado de alguna manera en el art. 40 del CP, donde se refiere que siempre con relación a las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, el monto se debe calcular de acuerdo a circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del art. 41 CP.

Del art. 40 CP se desprende, entonces, un punto, esto es, a partir de un monto de punición, operan atenuantes y agravantes, y si ello es correcto, entonces ya la ley argentina estaría indicando que existe un punto de ingreso a la escala penal, pero sin especificar cuál es ese punto, a saber: medio o mínimo, sin embargo, da la pauta que el juez debe graduar la pena, teniendo en cuenta tales agravantes y atenuantes.

En virtud de lo expuesto, entiendo que el punto de ingreso debe realizarse desde la mitad de la escala penal prevista para cada delito, ya que desde allí se permite analizar las circunstancias atenuantes o agravantes. Considerando que no prospera el ingreso por el mínimo, toda vez que no queda margen para aplicar atenuantes, no las podría haber y por ende carecerían de sentido.

Por ello, la mensuración de la pena debe realizarse teniendo en cuenta, no solo los fines de la misma, los principios rectores del derecho penal, sino que también debe analizarse la escala de manera gradual, ya sea disminuyendo o aumentando el monto conforme cada caso, es decir conforme las características del hecho[17], no perdiendo de vista al imputado y a la víctima.

El juez debe valorar pautas que permitan establecer montos punitivos con relación explícita a elementos observables y mensurables. Ya que hay aspectos objetivos o subjetivos que deben ser valorados a la hora de determinar la pena, estando dichos aspectos relacionados con la peligrosidad, poder ofensivo o intimidación que se utiliza para cometer el delito (atenuantes y agravantes). Ello obviamente sin entrar en una doble valoración, ya que hay delitos que contemplan en su letra la violencia, la intimidación, como ser el robo, el abuso sexual, entre otros.

Se debe ubicar cada caso dentro del segmento de la escala penal que corresponda, toda vez que a lo largo de esta, se situarán casos de distinta gravedad, que van desde lo más leve normalmente posible hasta lo más grave posible[18]. Por ello el juez deberá efectuar un ejercicio de comparación entre el caso que juzga y los otros posibles para poder establecer qué características del caso que analiza deben ser consideradas como agravantes, que separen del tope mínimo, y asimismo cuáles son atenuantes que tiendan a compensar

cualquier agravación. Esta noción se revela, de algún modo contra la de discrecionalidad, ya que de alguna manera establece parámetros a tener en cuenta, limitando el libre albedrío.

Ahora bien, quienes entienden que se debe comenzar por el mínimo fundan sus argumentos en que se coloca al imputado en una situación desfavorable, ya que se concede un margen de sanción (la mitad de la pena) sin justificación a priori, pero lo cierto es que como se manifestó anteriormente, para quienes apoyan dicha postura no deberían existir las atenuantes o en su defecto deberían también avalar la perforación de los mínimos para poder aplicar atenuantes, lo cual entiendo es inconstitucional, ya que el juez no puede aplicar una pena por debajo del mínimo estipulado por el legislador.

Sin perjuicio de lo expuesto y entrando tal vez al análisis del núcleo central del presente trabajo, a la hora de determinar la pena hay que tener también en cuenta consideraciones dogmáticas, ya que justamente esa determinación de la pena es como una dimensión cuantitativa o de grado de la teoría del delito[19], y por ello entiendo, como luego será analizado, que debe existir un correlato entre ambas teorías, debe existir un reflejo, un paralelismo entre lo que se analiza en la teoría del delito (responsabilidad penal) y lo que luego es analizado en la determinación de la pena (el quantum que se impone por esa responsabilidad).

Ello por cuanto la determinación de la pena no solo se relaciona con la teoría de las penas (retribución, prevención especial o general), sino también con la teoría del delito (responsabilidad por el hecho), así como por otros aspectos del derecho penal como son los principios (igualdad, proporcionalidad, culpabilidad, legalidad).

En ese sentido, para concretar lo anteriormente señalado, es necesario establecer cuáles son los factores específicos que se deben tener en cuenta a la hora de establecer la entidad del injusto, o la gravedad del hecho, como punto de partida para realizar un juicio de proporcionalidad con la pena a aplicar.

Por ello, la existencia de criterios de valoración permite al juez ponderar con mejor racionalidad la justa medida de la pena, teniendo en cuenta, que siempre habrá un espacio de juego donde la pena impuesta puede considerarse adecuada al caso concreto. Por lo cual, entiendo en lo que respecta al punto de ingreso, que el mismo debe darse a través de la Teoría del Espacio del Juego, ingresando por el medio, pudiendo conservar cierta movilidad que permita elevar la pena o disminuirla de acuerdo al caso concreto, aplicando los criterios de proporcionalidad y culpabilidad.

Principios del Derecho Penal [\[arriba\]](#)

En cuanto a los principios (culpabilidad, proporcionalidad, igualdad, legalidad) rectores del derecho penal deben ser tenidos en cuenta, ya que van a permitir dar fundamentos concretos para determinar la pena. Incorporando aspectos de la parte general del derecho penal al juicio de cesura o de pena, otorgando una herramienta más a tener en cuenta para fundamentar la misma.

La búsqueda de un sistema que permita al juez imponer la pena justa al responsable de un delito ha sido una constante en la ciencia del Derecho Penal. Para que la individualización de la pena pueda llevar a una pena justa, es necesario la previa fijación por el legislador del

marco de pena que corresponde a cada delito (la escala penal). Ya que al fin y al cabo el marco penal genérico representa “la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario atribuir a la comisión de la conducta descrita, es decir, como decisión político-criminal en la que se refleja la gravedad que se atribuye a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de que se trate en un momento histórico determinado”[20].

Sin embargo, en un Estado de Derecho, la labor legislativa en este ámbito también está sometida a principios jurídicos de naturaleza constitucional. Es cierto que, en esta tarea de fijación de los marcos penales, el legislador tiene un amplio margen de libertad, libertad que deriva de su legitimidad democrática. Al legislador corresponde seleccionar los bienes jurídicos que merecen protección penal dentro de un determinado modelo de convivencia social y fijar las sanciones penales necesarias para preservar dicho modelo. A él le corresponde establecer las penas, atendiendo a los distintos fines legítimos que aquéllas pueden cumplir.

“Pero el legislador penal no es absolutamente libre en la fijación de marcos penales, toda vez que en un Estado de Derecho existen ciertos principios constitucionales que vinculan al legislador a la hora de fijar la pena de un delito y que limitan su arbitrio. No se trata sólo de principios rectores de la política criminal sino de auténticos mandatos constitucionales de obligado respeto por el legislador penal, pertenecientes a lo que se denomina Derecho Penal constitucional”. [21]

La determinación de la pena constituye el momento principal en el cual el juez precisamente la determina, ahí se resume el por qué y para qué de la pena, para lo cual deben observarse las garantías establecidas con relación a ese momento.

Por ello en el proceso de determinación de esa pena no debe perderse de vista que la ley Penal y la Constitución, determinan los principios delimitadores, conjugando una sede de elementos imprescindibles para definir el ámbito de la aplicación legítima del derecho penal; establecen los derechos y libertades fundamentales que limitan el poder punitivo del Estado.

No obstante, y pese a los esfuerzos por racionalizar el ius puniendi del Estado, ya sea a través del derecho penal de ultima ratio, criterios de oportunidad, es reticente el reclamo de la sociedad que exige todo lo contrario, es decir, mayor expansión y rigurosidad por parte del derecho penal, mediante la proclamación de penas más duras y drásticas para quienes delinquen y se apartan de la norma.

Principio de Legalidad: El principio de legalidad está reconocido por la doctrina y respetado por los ordenamientos jurídicos, como la suprema garantía del derecho penal, y su expresión clásica es *nulla poena sine lege previae* (no existe pena sin ley previa). El fundamento del principio de legalidad es la seguridad jurídica absoluta.

“En relación al hecho objeto de la individualización de la pena, el principio de legalidad, en tanto garantiza la previsibilidad de la reacción estatal, presupone que sólo se tomen en cuenta factores que surjan de una valoración coherente de normas jurídicas. Con esto quedarían fuera, por ejemplo, las consideraciones morales acerca de los motivos del autor. En verdad, la eliminación de valoraciones morales parece ser la solución más adecuada también respecto del principio del hecho, con lo cual cabe preguntarse qué es lo que ocurre

cuando la ley es la que introduce circunstancias que sólo podrían valorarse desde un punto de vista ético”.[22]

De tal manera que este principio se fundamenta en la obligación de aquella autoridad de parte del Estado de administrar justicia conforme al Derecho y excluye la acción contraria a la ley por parte del Estado reconociendo el respeto del derecho, siendo para esto necesario que el Juez al administrar la justicia está obligado a examinar la legalidad de aquella ley que en un momento determinado se está aplicando.

Principio de Culpabilidad: El principio de culpabilidad se vincula de manera decisiva con el respeto a la dignidad de las personas, es decir hay responsabilidad penal, si hay culpabilidad por un hecho. El principio de culpabilidad sirve para dimensionar la pena en forma proporcional al acto cometido. Al sujeto no se le reprocha como ha escogido vivir, sino un acto concreto que es un injusto y conlleva sanción penal.

“El principio de culpabilidad debe actuar como límite que restringe la aplicación de la pena a aquellos casos en que pueda formularse un reproche al autor. Además de constituir fundamento y parámetro para la aplicación de la pena... Desde el momento que comienza a juzgarse la culpabilidad no ya según criterios de posibilidades reales del individuo, comprobables empíricamente, sino a través de generalizaciones de situaciones promedio, comienzan a introducirse consideraciones de política criminal en el concepto de culpabilidad...”.[23]

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

Llevando el análisis del principio de culpabilidad a las teorías para determinar las penas, “según la teoría del espacio de juego, sostenida en jurisprudencia reiterada por el Tribunal Supremo Alemán, los fines preventivos sólo pueden jugar en el interior del marco determinado por las fronteras superior e inferior de penas adecuadas a la culpabilidad, marco esencialmente más estrecho que el marco penal típico. Lo importante ahora es destacar que, conforme a esta teoría, las fronteras de dicho marco no pueden sobrepasarse ni hacia arriba ni hacia abajo por motivos preventivos. Esto significa, por otra parte, que la prevención general puede conducir teóricamente a una agravación o atenuación de la pena en este marco, aunque en la práctica sólo en muy raras ocasiones, debido a los estrictos requisitos que el propio Tribunal Supremo ha establecido para ello.”[24]

Todas las discusiones existentes en materia del último estamento de la teoría del delito, tales como su relación directa con la determinación de la pena en el caso concreto, la necesidad de trabajar con una culpabilidad distinta, han sido cuestiones problemáticas que la dogmática busca solucionar, y que forma parte del abordaje del presente trabajo.

Principio de Proporcionalidad: “El derecho penal de nuestros días no puede desarrollarse como ciencia y tampoco como aplicación judicial de las normas punitivas sin la utilización de los principios. Dentro de estos principios de fuerte influencia en la justicia penal, el principio de proporcionalidad tiene un rol fundamental. Por lo general, el principio de proporcionalidad o razonabilidad está implícito o explícitamente integrado a los textos constitucionales pues constituye como tal un valor esencial del estado de derecho”[25].

La proporcionalidad es la base por excelencia para la determinación de pena, no solo se extrae del bloque constitucional nacional, sino del derecho internacional, donde también se encuentra consagrada, se reconoce la proporcionalidad como la llave para la determinación de la pena en el caso particular.

La razonabilidad de la pena requiere que esta guarde una cierta culpabilidad con la magnitud del delito, logrando esta proporcionalidad la flexibilidad necesaria para adaptar o adecuar las escalas penales a los casos concretos.

Principio de Igualdad: Otra premisa esencial es que el castigo sea distribuido también de manera equitativa, de tal manera que no se viole el principio de igualdad, condición esencial de la justicia del trato que reciben los individuos por parte del Estado.

Los individuos tienen el derecho a ser tratados todos por igual y la violación a estos principios les permite elevar un reproche en contra de la autoridad que no lo respeta.[26]

Ello en algún punto resulta contradictorio, ya que existen provincias que tienen regulados los criterios de oportunidad y otras no, por ende, ante el mismo hecho se puede ser sancionado en una provincia y no en otra. Por ello tal cuestión debe ser tratada a nivel nacional, a fin de dar cabal cumplimiento al principio desarrollado en este punto.

Es decir, la pena será moralmente aceptable sólo si se puede afirmar que se ha respetado a los sujetos que la padecen tratándolos a todos por igual.

Ziffer también resalta que, “la prohibición de la doble valoración circunscribe la obligación del juez de fundar la sentencia utilizando argumentos propios del caso y no aquellos que, en forma general, fueron tenidos en cuenta por el legislador para crear la prohibición.”[27]

Cabe advertir, que todos los principios tratados en el presente capítulo, se relacionan entre sí, y constituyen columnas vertebrales en la tarea de medición de la pena.

Juicio de cesura [\[arriba\]](#)

En cuanto a la culpabilidad en el juicio de cesura, se parte de un individuo que es culpable como presupuesto de la teoría del delito (juicio de responsabilidad). Es decir que se comienza el juicio de determinación de la pena con una culpabilidad plena pero neutra, esto es, sin aristas especiales ni de atenuación ni de agravación, salvo que la figura penal por la cual se lo considero responsable en la primera fase del juicio, contemple en sí mismo alguna de estas circunstancias[28]. Salvo estos casos reseñados, se estaría entonces ante una culpabilidad aún no graduada. Y esa graduación de la culpabilidad, a fin de la medición de la pena, deberá delimitarse teniendo en cuenta los motivos que determinaron al imputado a delinquir, el daño causado, la víctima, y demás circunstancias establecidas en el art. 41 del CP. Y para ello indefectiblemente se tendrán en cuenta otros principios como por ejemplo el de proporcionalidad o legalidad.

El juzgador al momento de la medición de la pena deberá dar los fundamentos de cual entiende que es el fin de la misma, porque de ello dependerá también el quantum y la modalidad. Ello por cuanto “si bien la determinación de la pena está relacionada con la teoría

de la pena, no puede desvincularse de la gravedad de su principal, presupuesto, el delito, y esa gravedad ha de poder explicarse según el esquema de la teoría del delito”[29].

A la hora de analizar la pena a imponer se parte de la base de que el sujeto es autor del hecho, es culpable, ya que así se ha resuelto en la primera fase del proceso, llamada fase de juicio de responsabilidad penal.

Por ello, como ya fuera manifestado, en la segunda fase se realiza la valoración de agravantes y de atenuantes, conformándose así un monto determinado, exacto, de pena a imponer al imputado. Tal como se dijo, se incluye dentro de las agravantes y atenuantes consideraciones de culpabilidad por el hecho concreto y de prevención ya sea especial o general.

Al comenzar el juicio de cesura ya se cuenta con la atribución de la responsabilidad penal, ello denota que se ingresa en la segunda fase con cierto margen de culpabilidad ya acreditada, y a esa culpabilidad se le debe agregar las atenuantes y agravantes, siempre que no se encuentren ya contempladas dentro del tipo penal por el cual fue responsabilizado, lo que llevará en su defecto a descontar o aumentar el monto de pena a imponer.

En razón de lo expuesto, entiendo que el punto de ingreso debe ser el medio, ya que se comienza con la atribución de la responsabilidad por el hecho, lo que implica asignársele a esa responsabilidad, un monto de pena. Generándose un ámbito de juego, de movilidad dentro del marco punitivo establecido para el delito, en donde el juez deberá realizar la correspondiente valoración para determinar la pena. Es decir, realizar una valoración de las atenuantes y agravantes a aplicar en el caso concreto, lo que llevará a fijar un monto punitivo determinado valorando tales circunstancias.

“En principio es importante destacar que de lo dispuesto por los artículos 40 y 41 del Código Penal se desprende que el legislador ha adoptado un sistema de determinación de la pena mediante el cual describe circunstancias en forma no taxativa y sin fijar su contenido valorativo, es decir el mismo no establece si se tratan de atenuantes o agravantes, de lo que se desprende que estamos frente a un sistema flexible salvo cuando aquellas estuvieran insertas en el tipo propiamente dicho.

Asimismo, las agravantes y las atenuantes consideradas por el Juez se relacionan en el caso con el contenido del injusto, es decir la magnitud de la infracción jurídica que depende, además, de su forma de ejecución, y con el contenido de la culpabilidad, por lo que de ellas se partirá para establecer el quantum de pena a aplicar”.[30]

“El control social más duro es el que se ejerce a través de la pena. Esta constituye el eje evidente del derecho penal y el eventual objetivo del derecho procesal. Por eso la decisión que afirma la responsabilidad punible y subsume el caso con arreglo a las reglas sustantivas, tiene que completarse con una justificación suficiente de la consecuencia que se sigue de todo ello: la pena.”[31]

Las escalas penales son el primer criterio para la determinación de la pena, pues su función no es sólo la mera fijación de un límite a la discrecionalidad judicial, sino que éstas, también, fijan un esquema interpretativo del valor relativo de cada figura penal, permitiendo

establecer la importancia o valoración que realiza el legislador de cada bien jurídico protegido dentro del sistema.

Es resumen, el escenario de la determinación judicial de la pena, es poder llevar adelante un juicio (cesura), que implica en gran medida definir de modo cualitativo y cuantitativo e incluso bajo ciertos presupuestos, la sanción que corresponde aplicar al autor o partícipe culpable de un hecho punible.

Y para llegar a esa sanción penal, el órgano jurisdiccional debe definir de modo cualitativo y cuantitativo la misma, pero no solamente teniendo en cuenta una determinación formal, sino que se debe responder a un razonamiento lógico, que permita justificar de manera interna, pero también de manera externa la decisión adoptada. La sanción tiene que explicarse técnicamente y lógicamente por el operador jurídico, y aquí es donde las cosas se colocan en un punto neurálgico, donde comienzan las dificultades para la representación social del resultado obtenido por el quehacer judicial.

Teoría de la determinación de la pena y del delito. Su correlato al momento de imponer la pena [\[arriba\]](#)

Otro punto a tratar es el paralelismo con la teoría del delito (injusto-culpabilidad), es decir como juega el bien jurídico protegido, el tipo subjetivo (dolo-culpa), objetivo (resultado), tipos de autoría, el hecho típico en sí, en cuanto a modalidad, motivos, daños producidos, todo ello a la luz de establecer el castigo. Sin perder de vista que algunas de estas cuestiones pueden verse reflejadas en el tipo penal en sí, en el cual se va a encuadrar la conducta del imputado, o en el artículo 41 del Código Penal; pero la idea es incorporar contenido dogmático (sistemático) a la estructura de la determinación de la pena sin reiterar o analizar dos veces las agravantes o atenuantes ya contempladas.

“La determinación de la pena debe seguir los lineamientos de la teoría del delito. Esto surge bajo la idea de que en la individualización de la pena también se debe respetar el principio de culpabilidad entendido como aquel que exige que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. La imposibilidad de escindir los argumentos relativos al quantum de la pena de los relevantes para su admisión absoluta (para su sí o no) conduce directamente a indagar si aquellos factores que de ningún modo, por sí solos, podrían justificar la admisión de pena, pueden, no obstante ser relevantes para su mensuración”[32].

La cuestión principal de la medición de la pena no es otra cosa que el hecho punible mismo, con las categorías que le son propias (disvalor de acción, disvalor de resultado, imputación, posibilidad de evitación del quebrantamiento de la norma, etc.). Pero mientras que para la teoría de la imputación lo que importa es si estas categorías están dadas o no, en el campo de la medición de la pena lo que interesa es la dimensión concreta de estas categorías[33].

Asimismo, la dogmática cumple la importantísima función de otorgar previsibilidad y uniformidad a las decisiones judiciales (descartar ambigüedad). Esto se logra a raíz de su fuerte carácter sistemático, que tiene como fondo indubitable el respeto a la igualdad, en la medida en que procura distinguir con precisión distintos tipos de problemas para darle a cada uno el tratamiento que corresponde, sin caer en la casuística.

Para comenzar a analizar la determinación de la pena, debe existir un injusto (acción, típica, antijurídica) y culpabilidad, es decir haberse analizado todos los estamentos de la teoría del delito. Y comenzar una graduación del último estamento, es decir de la culpabilidad, demarcando la gravedad mínima y máxima según cada caso a fin de determinar la pena.

En palabras de Silva Sánchez, “la determinación de la pena se manifiesta como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito, en donde injusto, culpabilidad [...] constituyen magnitudes materiales graduables. En este sentido, el marco penal abstracto puede verse como la unión de un conjunto de conminaciones penales más detalladas (submarcos) que asignarían medidas diversas de pena a las distintas subclases de realización (subtipos), más o menos graves, del injusto culpable y punible expresado. De esta forma, la escala penal no cumple ya simplemente la función de fijar límites al juez, sino que constituye una escala continua en la que el juez debe encontrar la pena correcta”[34].

A grandes rasgos, el injusto o ilícito penal, que hace referencia a la dañosidad social de la acción, se divide en dos partes la objetiva y la subjetiva.

Aspectos Objetivos: Dos elementos. El primero es la imputación objetiva de la conducta. Ésta consta de la creación de un riesgo no permitido para el bien jurídico y de la realización del mismo en el resultado. El primer factor relevante para la determinación de la pena será el grado de riesgo que la conducta del autor implica para el bien jurídico. Evaluar cuánta incidencia tuvo ese peligro en el resultado finalmente producido. El segundo elemento objetivo es el resultado en sí mismo, cuya ausencia total o parcial puede repercutir a favor el imputado.

Aspectos subjetivos: La parte subjetiva del injusto consta de dos elementos principales, a saber, el dolo y la imprudencia. En el dolo, a su vez, se considera conocimiento (y voluntad) que haya tenido el sujeto del riesgo generado por su conducta, y la intención. Subjetivamente, sólo se le pueden imputar al autor el riesgo generado y el daño causado en la medida en que eran conocidos o cognoscibles por él. La intención o los motivos abyectos cuentan porque indican una mayor peligrosidad del autor, revelan un mayor cuestionamiento de la norma, más conmoción social o cuestiones por el estilo.

“La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculados a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político-criminales generales)”[35].

Por ello, y tal como viene siendo sostenido a lo largo del presente trabajo, a la hora de determinar la pena, de establecer el quantum, debe efectuarse un análisis de las teorías de las penas, de los principios del derecho penal y de la teoría del delito.

“La determinación de la pena constituye, pues, la continuación cuantitativa de la teoría del delito. Como señala Frisch, “la búsqueda de la pena ajustada a la culpabilidad (...) no es sino una prosecución de la cualificación del hecho como delito”. Depende pues, básicamente, de las categorías del injusto objetivo (de la acción y “del resultado”), del injusto subjetivo y de la culpabilidad.”[36].

Esto tiene correlato con la valoración global del hecho, en el sentido de que la culpabilidad está compuesta en mayor medida por reprochabilidad, es decir la decisión del autor de actuar de tal o cual manera, lo cual compone la antijuricidad, la acción antijurídica de conocer la norma y apartarse de ella. Y este reproche culpabilístico ocupa junto con la medida del injusto cometido (acción-típica-antijurídica), relevancia a la hora de individualizar la pena.

En función de lo expuesto, una posible sistematización de la individualización judicial de la pena, una teoría propia de esa instancia debería surgir del análisis de los siguientes esferas o estamentos:

- 1) determinar el fin de la pena según el operador jurídico a cargo de analizar el caso,
- 2) determinar el punto de ingreso en el marco de la escala penal que prevé el delito,
- 3) determinar los aspectos objetivos y subjetivos analizados en la teoría del delito, a la luz de la pena a imponer (resultado, dolo, culpa),
- 4) determinar distintas gravedades (disvalor hecho, disvalor resultado), dentro del mismo tipo penal en función de la escala penal que contempla.

Conclusión [\[arriba\]](#)

El complejo proceso de determinación de la pena, ha llevado a la discrecionalidad o falta de argumentos a la hora de la medición de la pena, de aplicar un quantum por el hecho cometido por el autor. Ello devino en el menoscabo de la confianza de la comunidad hacia la administración de justicia, en razón que el eje del derecho penal y procesal penal radica en la pena, que en definitiva afecta directa y concretamente al ciudadano (víctima) y a la sociedad en su conjunto, por lo que resulta necesario este tema adquiera la significación e importancia que merece.

Seleccionar y calibrar la pena adecuada a las circunstancias del hecho y del sujeto responsable, tanto las concomitantes al hecho como las posteriores que inciden en la necesidad de la pena, constituye el principal desafío del sistema penal.

Por ello, en el presente trabajo, se analizaron distintas herramientas que brinda el derecho a fin de lograr un esquema a tener en cuenta a la hora de aplicar una pena. Dicho esquema o diseño comienza por entender cual es el fin de la pena para el sentenciante, explicar el punto de ingreso en el marco penal, analizar los principios rectores del derecho penal a la luz del hecho cometido por el autor, y por ultimo realizar un correlato de lo examinado en la teoría del delito al momento de establecer el quantum.

“La profundización en el análisis dogmático de esta parcela del ordenamiento es imprescindible para dotar a los jueces de herramientas adecuadas y precisas para realizar esta tarea que reviste tanta importancia como la de determinar la responsabilidad penal de un individuo y que ha sido notablemente relegada por los teóricos del derecho penal”[37].

La teoría del delito y la teoría de la pena forman para la determinación de la pena un conjunto inseparable, que el juez deberá tener presente al momento de fallar, a fin de respetar una coherencia dogmática dentro del marco constitucional. Se hace preciso, pues, desarrollar en

paralelo las líneas fundamentales de la teoría jurídica del delito y de la teoría de la determinación de la pena en la medida en la que ésta no es más que una diferenciación gradual de los diversos aspectos relevantes de aquélla”[38].

En el presente trabajo, se ha intentado realizar un aporte para lograr un acercamiento a través del estudio integral del ordenamiento, y de la interpretación de los principios y normas del derecho penal, de un sistema que permita establecer bases, o estamentos para una administración de justicia justa, igualitaria; ya que con la comprensión de los temas tratados aquí, que conectan distintos aspectos del derecho penal en lo que respecta a la pena, se busca apartar la arbitrariedad y discrecionalidad, generando un modo de pensar racional, sistémico del quantum de la pena.

Bibliografía [\[arriba\]](#)

BERTONI, Eduardo Andrés “Cesura del Juicio Penal” publicado en “Determinación Judicial de la pena”, Editores del Puerto SRL, Bs. As., 1993.

CASCIO, Alejandro, “Las circunstancias extraordinarias de atenuación en el homicidio calificado por el vínculo”, Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 2012.

CRESPO, Eduardo Demetrio, “Notas sobre la Dogmática de la Individualización de la Pena”, publicado en Internet en <https://dialnet.unirioja.es/desCarga/articulo/5312212.pdf>

ENNIS, José Luis, “Aportes para una dogmática de la determinación de la pena”, ANALES N° 42 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.n.l.p. 2012, publicado Internet http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27013/Documento_completo.pdf

FIGUEROA NAVARRO, Aldo, “La reforma penal de la determinación judicial de la pena”, publicado en Internet en https://www.unifr.ch/ddp1/der echo penal/articulos/a_20080521_07.pdf

FLEMING, Abel, LÓPEZ VIÑALS, Pablo, “Las Penas”, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2009.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena” Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid publicado en Internet <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extra?codigo=73543>.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, “Tratado de derecho penal. Parte General”, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, 5° ed., Comares, Granada, 2002.

MAGARIÑOS, Mario, “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”, publicado en “Determinación Judicial de la Pena”, Editores Del Puerto SRL Bs. As. 1993.

MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal”. Parte General, Euros Editores, Bs. As, 2004.

MOREIRA, Bibiana Marys Birriel en “Una aplicación dialéctica de las finalidades sin fin y las determinaciones indeterminadas de la pena”, Ed. Fabián Di Palacio, Bs. As. 2012.

PERALTA, José Milton, “Acerca de la función de las escalas penales, las consecuencias de una contradicción normativa y la responsabilidad en virtud de la actio illicita in causa”, Revista Discusiones N° 9-131, Bahía Blanca (2010) ISSN:1515-7326 publicada en Internet, [www. http://www .conic et.gov.ar](http://www.conicet.gov.ar).

PERALTA, José Milton, “Dogmática del hecho punible, Principio de Igualdad y justificación de segmentos de pena”, Conicet Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008) ISSN: 0214-8676 pág. 600, publicado en Internet [http://www.con icet.gov.ar](http://www.conicet.gov.ar)

PERALTA, José, “Elementos subjetivos del ilícito en la Determinación de la pena” publicado en [www https://dialnet.u nirioja .es/descar ga/articu lo/384289 3.pdf](https://dialnet.uirioja.es/descarga/articulo/3842893.pdf)

ROXIN, Claus, “Fin y Justificación de la pena y de las medidas de seguridad” publicado en “Determinación Judicial de la Pena”, Editores del Puerto SRL Bs. As. 1993.

ROXIN, Claus, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, 2da. Ed., Civitas, Madrid, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La Teoría de la Determinación de la Pena como Sistema (Dogmático): un primer esbozo.”, Barcelona, abril de 2007, publicada en Internet en [http://www.indr et.com](http://www.indret.com)

TAMIRIT, Josep “Sistema de sanciones y política criminal” Un estudio de Derecho comparado europeo. M. Sumilla Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Lleida RECPC 09-06 (2007) [http://crimin et.ugr.es/rec pc](http://criminologia.es/recpc) ISSN 1695-0194.

YACOBUCCI, Guillermo, “El Sentido de los Principios Penales”, Ed. B de F, 2014

ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal”. Parte General, Ediar, Bs. As. 2000.

ZIFFER Patricia, “Lineamientos de la determinación de la pena”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1999.

ZIFFER, Patricia, “Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena”, publicado en “Determinación Judicial de la Pena” Editores del Puerto SRL, Bs. As., 1993.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego “Sistemas penales comparados y determinación de la pena en Europa”. Este artículo reelabora un texto publicado como parte de la obra Sociología del Castigo. Genealogía de la determinación de la pena, Bs. As., Didot, 2012, publicado en Internet [http://www.saij.gob .ar/doctrina/ dacf14006 5-zysman_qu iros-temas_ penale s_compa rados_determ inacion.htm](http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf140065-zysman_quiros-temas_penales_compados_determinacion.htm).

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magister en Derecho Penal de la Universidad Austral. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue. Actualmente, Jueza Penal del Colegio de Jueces de Neuquén.

[2] Artículo 40.- 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.

Artículo 41.- 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.

[3] Artículo 178 (Código Procesal Penal Neuquén) “Realización del juicio en dos (2) fases. La realización del juicio será dividida en dos (2) partes. En la primera se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado, y en la segunda lo relativo a la individualización de la pena...”. Artículo 304 (Código Procesal Penal Chubut) “División del juicio en dos etapas- En los casos de tribunal colegiado o de jurados el juicio se realizará en dos (2) etapas. En la primera, se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado. Finalizada esta etapa, el tribunal deberá determinar si se han probado los hechos materia de acusación y si la persona juzgada es culpable o inocente. Cuando haya veredicto de culpabilidad, en la segunda etapa y con la exclusiva intervención del juez profesional para el caso del juicio por jurados, se determinará la calificación jurídica y las consecuencias de dicho veredicto. Las partes podrán solicitar al tribunal un máximo de cinco (5) días luego del veredicto, para ofrecer nuevas pruebas a fin de fijar la pena. En este acto se fijarán la fecha y la hora para la culminación del juicio. El juicio se dividirá también en dos (2) etapas en los casos de tribunal unipersonal si así lo solicitare el acusado por razones de su mejor defensa...”. Ley N° 14543 de la Provincia de Buenos Aires. “Artículo 372: Cesura del juicio. El Tribunal podrá diferir el pronunciamiento respecto a la sanción imponible, por resolución fundada y de acuerdo a las circunstancias del caso, lo cual tratará en debate ulterior independiente sobre la pena o la medida de seguridad aplicable, la restitución, reparación o indemnización demandadas y la imposición total de las costas, pudiéndolo postergar hasta por el término de un (1) mes desde la fecha de notificación de la resolución. Asimismo, durante ese lapso resolverá respecto de las medidas y observaciones que propongan las partes. En los casos de veredicto de culpabilidad o de no culpabilidad por razones de inimputabilidad del Tribunal de jurados, la audiencia de cesura del juicio será obligatoria y, con la exclusiva intervención del juez que presidió el debate, se determinará la calificación jurídica y las consecuencias de dicho veredicto. Las partes podrán solicitar al juez un máximo de cinco (5) días luego del veredicto, para ofrecer nuevas pruebas a fin de fijar la pena o la medida de seguridad. En este acto se fijarán la fecha y la hora para la culminación del juicio”. Entre otros ejemplos y proyectos de modificación que van en ese sentido.

[4] Artículo 178 (Código Procesal Penal Neuquén) “Realización del juicio en dos (2) fases... Al finalizar la primera parte del juicio el tribunal absolverá o declarará culpable al imputado y otorgará cinco (5) días a las partes para que ofrezcan nuevas pruebas a fin de fijar la pena. Si media oposición con respecto a las nuevas pruebas, la admisión o rechazo será resuelta a través de otro juez del Colegio de Jueces. De no mediar oposición el tribunal fijará nueva audiencia señalando día y hora para la culminación.”

[5] Peralta, José Milton “Dogmática del hecho punible, Principio de Igualdad y justificación de segmentos de pena”, Conicet Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008) ISSN: 0214-8676, pág. 600, publicado en Internet <http://www.conicet.gov.ar>, 25/08/2016.

[6] “para quién la prevención especial puede actuar de tres formas: asegurando la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de estos últimos; intimidando al autor, mediante la pena, para que no se comenten delitos futuros; y preservando de la reincidencia mediante la coerción”. Cascio, Alejandro, “Las circunstancias extraordinarias de atenuación en el homicidio calificado por el vínculo”, Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 2012, pág. 77.

[7] “Cfr.” Roxin, Claus, “Fin y Justificación de la pena y de las medidas de seguridad” en Determinación Judicial de la Pena” en Determinación Judicial de la Pena, Editores del Puerto SRL Bs. As. 1993. Pág. 25

[8] Idem, pág. 18.

[9] “Cfr.” Roxin, Claus, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, 2da. Ed., Civitas, Madrid, 1997, pág. 16/23.

[10] Peralta, José Milton, “Acerca de la función de las escalas penales, las consecuencias de una contradicción normativa y la responsabilidad en virtud de la actio illicita in causa”, Revista Discusiones N° 9-131, Bahía Blanca (2010) ISSN:1515-7326 publicada en Internet, [www. http://www. conicet.g ov.ar](http://www.conicet.gov.ar), 25/08/2016.

[11] Ziffer Patricia, “Lineamientos de la determinación de la pena”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1999, pág. 51.

[12] Idem, pág. 49.

[13] Zaffaroni, Raúl Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, “Derecho Penal”. Parte General, Ediar, Bs. As. 2000, pág. 67

[14] CSJN, 15/07/1997, M. 303. XXXII. RHE “Miara, Samuel y Castillo de Miara, Beatriz s/ suposición de estado civil”, Fallos 320:1463

[15] CSJN, 5/09/2006, G.560. XL. En el precedente citado se dijo, en primer lugar y en lo que aquí interesa destacar, que cuando se impone una sanción penal se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto y que, en consecuencia, debe medirse la lesión a un bien jurídico determinado (cons. 17); segundo, que la pena no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del “contenido injusto del hecho”, precisando que ella debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho (cons. 19); por último, que la peligrosidad no es un criterio que pueda ser computado para individualizar una sanción de este tipo pues, cuando es considerada como pronóstico de conducta siempre es injusta o irracional en el caso concreto y cuando no tiene por base una investigación empírica carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor (cons. 24).

[16] “Para dar solución a este problema se ha recurrido en Alemania al llamado “caso-regla”, denominación con la cual se designa el grupo de casos que, según la experiencia, siempre se repiten, la “criminalidad de todos los días”. Teniendo en cuenta que la mayoría de los delitos que se cometen habitualmente manifiestan sólo un bajo grado de gravedad, sería posible ubicar la magnitud del disvalor característico del caso-regla en el tercio inferior de la escala penal”. Ziffer, Patricia, “Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena”, publicado en “Determinación Judicial de la Pena” Editores

del Puerto SRL, Bs. As., 1993, pág. 108.

[17] “La teoría de la determinación de la pena no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto. Puntualmente Hörnle, con su teoría de la proporcionalidad al hecho, establece una orientación de la determinación de la pena a la teoría del delito o al injusto culpable, considerando que la determinación de la pena debe hacerse depender sólo de la gravedad del hecho, es decir, de la dimensión del desvalor del hecho”. silva sanchez, Jesús María, “La Teoría de la Determinación de la Pena como Sistema (Dogmático): un primer esbozo.”, Barcelona, abril de 2007, publicada en Internet en <http://www.indret.com>.

[18] “La escala penal cubre tanto el caso más grave como el caso más leve concebibles para el delito de que se trate. Esto no significa que las penas mínimas o máximas sólo puedan ser impuestas cuando no sea posible pensar un caso más grave o más leve que el que se está juzgando... La ubicación de un caso en las penas mínimas o máximas presupone que el ilícito, valorado en su totalidad se encuentre en el ámbito inmediatamente cercano a estos límites. La fórmula, aunque no resulta demasiado precisa, toma como base el ilícito, con respecto al cual el ordenamiento jurídico ofrece pautas más concretas para su valoración.” ziffer, Patricia, “Consideraciones acerca...”, pág. 107.

[19] Cfr. silva Sánchez, “La Teoría de la Determinación de la Pena...”

[20] yacobucci, Guillermo Jorge “El principio de proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal” 2004, publicada en Internet http://www.saij.gob.ar/doctype/contrinaprint/dacfo40067-yacobucci-principio_proporcionalidad_como_regla.htm. 27/07/2016.

[21] Idem.

[22] ziffer, “Consideraciones acerca...”, pág. 103.

[23] Cascio, “Las circunstancias extraordinarias...”, pág. 81.

[24] “Cfr.” Crespo, Eduardo Demetrio, “Notas sobre la Dogmática de la Individualización de la Pena”, publicado en Internet en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5312212.pdf>., 27/07/2016.

[25] yacobucci, “El principio de proporcionalidad...”

[26] “El hecho es que no sólo cuando se castiga por encima de la culpabilidad, sino también cuando se sanciona por debajo de ella se está atentando contra un principio moral que legitima el castigo. “Precisamente conforme al principio de igualdad, [se justifica] -dice FERRAJOLI- la graduación equitativa de la medida de la pena, para cada hecho singular...”. Es decir, no sólo se debe respetar la proporcionalidad cardinal, contenida en el principio de culpabilidad, sino también la proporcionalidad ordinal, contenida en el principio de igualdad”. Peralta, “Dogmática del hecho punible...”.

[27] Ziffer, Patricia, “Comentario a los artículos 40 y 41, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, tomo II, pág. 81, y en Ziffer, Patricia “Lineamientos para la determinación de la pena”, pág. 111.

[28] Como por ejemplo el art. 80 del CP Homicidio, arts. 164, 166 del CP Robo, arts. 163, 167 Hurto, art. 189 bis, entre otros, donde el mismo tipo penal prevé atenuantes o agravantes.

[29] Mir Puig, Santiago “Derecho Penal. Parte General” 7° ed., Bde F, Montevideo, 2005 pág. 603 citado en.” Cascio, “Las circunstancias extraordinarias...”, pág. 86.

[30] aranda, Abel Osvaldo “Validez de considerar los antecedentes penales como pauta agravante. Un análisis del caso “Lemes” Voto Dr. El juez de Cámara, Dr. Vázquez.” publicado en Internet http://www.justiniano.com/revista_doctrina/Fallo_Lemes.htm., 22/07/2016.

[31] STP Chubut; Expte. 18751 S 2002, por Sent. 02/03 del 30.01.03, del voto del Ministro doctor José Luis Pasutti.

[32] peralta, José, “Elementos subjetivos del ilícito en la Determinación de la pena” publicado en [www https://dialnet.uirioja.es/descarga/articulo/3842893.pdf](https://dialnet.uirioja.es/descarga/articulo/3842893.pdf)., 22/07/2016.

[33] Cfr. Ziffer, “Consideraciones acerca de...”, pág. 109.

[34] SILVA SANCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena...”

[35] Silva Sánchez, “La teoría de la determinación de la pena...”

[36] Idem

[37] ennis, “Aportes para una dogmática...”

[38] Feijoo Sánchez, Bernardo “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena” Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid publicado en Internet https://dialnet.unirioja.es/servlet/ex_taut?codigo=73543., 25/08/2016.