

- ◆ AGUIRRE, Lisandro (2020): “¿La humana determinación judicial de la pena es al *tuntún*? Problemas, causas y criterio”, en *Revista de .....*, Año \_\_\_\_ Nº \_\_, TITULO DE LA OBRA, Santa Fe, Editorial..., pp... -....

## ¿La humana determinación judicial de la pena es al *tuntún*? Problemas, causas y criterio \*

Por Dr. y Abog. Lisandro P. Aguirre<sup>i</sup>

«...Carnelutti sostuvo que cuando se condena a una persona a un cierto tiempo “¿Quién puede garantizar que sea esa la medida justa de la pena?”»<sup>1</sup>

**Eugenio R. Zaffaroni**

«Subsiste también sin resolución la temática de la expresión en cifras de la pena. A este respecto, se ha dicho que la principal barrera la constituye la imposibilidad de transformar en cantidades numéricas los juicios de valor.»<sup>2</sup>

**Patricia Ziffer**

«...Ningún juez puede condenar aplicando rigurosamente la ley sin un poco de remordimiento y de mala conciencia, es decir, sin ese fondo de humanidad (nunca agotable en la definición del derecho positivo) y sin el cual toda justicia pasa a ser pura y simple barbarie.»<sup>3</sup>

**Gianni Vattimo**

---

\* Este artículo constituye una síntesis revisada del trabajo de investigación realizado en el marco de la maestría de la Carrera de Maestría en Derecho Penal – Plan 2013 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe - Argentina). Presentación de tesis con el título: “La determinación de la pena en el nuevo sistema penal de Santa Fe. Un análisis de la argumentación judicial en las primeras sentencias del nuevo sistema penal oral santafesino (febrero 2014 – junio 2019)”.

<sup>1</sup> *Cómo se hace un proceso* de Carnelutti citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2002): *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 1065 n135. En un sentido similar, El Tribunal Supremo Federal (BGH) de Alemania expresó en un fallo pionero de 1954 que no es posible determinar con precisión qué pena es proporcional a la culpabilidad del delincuente; a partir de esa fecha no se produjeron cambios en la doctrina de la Corte, según señala Tatjana Hörnle (Cf. HÖRNLE, Tatjana (2003): *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la Teoría de la Determinación de la Pena en Alemania*, Buenos Aires, Editor Fabián J. Di Plácido, p. 23).

<sup>2</sup> ZIFFER, Patricia S. (2005): *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc SRL, p. 29.

<sup>3</sup> VATTIMO, Gianni (2012): “Prólogo” en ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012): *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta, p. 11.

---

**Abstract**

Aunque la expresión “*al tuntún*” resulte una expresión chocante (además de poco académica), que produce como mínimo escozor, nada ilustra tan bien la labor de los jueces al definir qué extensión temporal tendrá la condena que se le aplique en un juicio penal a un acusado de un delito. Del Diccionario de la Real Academia Española se colige que *al tuntún* significa “*sin cálculo ni reflexión o sin conocimiento del asunto*”. No obstante, como se verá, no pretendemos defender la tesis según la cual los jueces, al justificar las penas que imponen, no realizan ningún tipo de cálculos ni reflexiones y que, a la vez, carecen del conocimiento del asunto que tratan; por el contrario, entendemos que, en cuanto práctica, los jueces, por más cálculos y reflexiones que elaboren y formulen, y por más conocimientos que posean del tema, no pueden determinar la pena sino *al buen tuntún*, es decir, como si careciesen de cálculos, reflexión o conocimiento específico. Pero, insisto, no se da esto porque los magistrados adolezcan de la carencia de tales herramientas o recursos, sino porque resultan inaplicables para dar solución a los complejos problemas que entraña la determinación judicial de la pena.

En este trabajo, pretendemos esbozar, en primer lugar, una explicación de los problemas que se generan a raíz de la individualización de la pena; en segundo lugar, profundizar en las causas que contribuyan a un entendimiento de su génesis y, por último, ofrecer a la crítica un criterio general con el fin de orientarnos hacia una solución provisoria del asunto, criterio que basará su fortaleza en los principios generales como *ultima ratio* y *pro homine* del derecho penal como así también en el principio *favor rei* del que deriva el principio conocido bajo la máxima *in dubio pro reo*.

## I. Introducción

En palabras de Bernd Schünemann, la determinación de la pena no es sino “*un campo de la ley hasta ahora controlado por la discrecionalidad y la arbitrariedad del juez*”.<sup>4</sup> ¿Será esto acaso producto de la imposibilidad humana de garantizar la medida justa de pena a la que alude Carnelutti o, más bien, el efecto inevitable de la barrera que detecta perspicazmente Günter Stratenwerth en la imposibilidad de transformar los juicios de valor en cantidades numéricas?<sup>5</sup> Es posible que acaso también pueda persuadirnos una tercera explicación alternativa, no menos plausible que las anteriores. Nos referimos a la situación que pone de relieve Patricia Ziffer en su obra dedicada a la problemática cuando señala que “*una vez que se ha logrado fundamentar la punibilidad de la conducta del imputado, decidir cuál es la pena a aplicar pareciera que ya no merece tanto esfuerzo. No es otra la idea que se encuentra en el trasfondo: discutir demasiado acerca de cuál es la pena a aplicar a quien ha cometido un delito no merece mayor dedicación*”.<sup>6</sup>

Es más, si uno reflexiona en torno al tema bajo estudio, pareciera que el primer argumento –el de Carnelutti– apunta a una conocida y frágil situación *humana* –esto es, la de la propia finitud e imperfección del sujeto humano–, que desemboca en la imposibilidad de acceder a la verdad, en el fracaso del hallazgo de un criterio absoluto o punto de vista objetivo, atemporal e inespacial (el llamado “punto de vista desde ningún lugar”)<sup>7</sup> y, en consecuencia,

---

<sup>4</sup> SCHÜNEMANN, Bernd (2003): “Prólogo” en HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 17. En la misma línea, Ziffer abiertamente indica que existe “*una práctica consolidada en los tribunales en cuanto a la innecesariedad de dedicar mayores esfuerzos a la fundamentación de la pena concreta en la mayoría de los casos. La idea del arbitrio judicial para fijar la pena es la que apoya esta conducta, así como también la concepción de los marcos penales como ‘marcos de libertad’ para el juez*” (ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 28).

<sup>5</sup> En el trabajo cuyo título es *Tatschuld und Strafzumessung*, Tübinga, p. 37, citado en ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 29. Una posible traducción de ese trabajo es *Culpa y castigo reales*. En sentido análogo, añade Ziffer, “[l]a exactitud en materia de determinación de la pena está muy lejos de ser alcanzada. Ninguno de los esfuerzos doctrinales realizados para dotarla de precisión matemática ha logrado avances decisivos en este aspecto.” (ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 30).

<sup>6</sup> ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 184.

<sup>7</sup> Las creencias formuladas desde el punto de vista de ningún lugar tienen como rasgo esencial la pretensión de universalidad y objetividad propias del juicio (véase CABANCHIK, Samuel (1993): *El revés de la filosofía. Lenguaje y escepticismo*, Buenos Aires, Editorial Biblos, pp. 63-88). Quizá pueda útil en el entendimiento de esta cuestión la distinción establecida por el estudioso del escepticismo Michael Frede entre “*creencia en sentido amplio*” y “*creencia en sentido estrecho*”; en efecto, Frede sugiere que dentro del concepto de “*creencia en sentido estrecho*” se incluya toda afirmación acerca de lo que las cosas realmente son en sí mismas. Sólo estas creencias en sentido estricto se pueden considerar “*dogmas*”. Por otra parte, bajo el concepto de

en el forzoso reconocimiento de que hay equivalencia entre las múltiples opiniones.

El segundo argumento –el de Stratenwerth– concentra, en cambio, la problemática en una cuestión de índole más bien epistemológica, por así decirlo, relativa a la especificidad propia de cada área o ámbito del saber humano, en cuanto propugna que no es posible ni legítimo trasladarse de un ámbito a otro diverso sin incurrir en extrapolaciones indebidas, esto es, en nuestro caso: de lo cualitativo a lo cuantitativo, de los juicios cualitativos o de valor a los juicios cuantitativos o de cantidad, trasferencias o traslaciones imposibles (indebidas) que no resulta posible zanjar a través de las reglas de la lógica tradicional ni simbólica ni siquiera por cualquier vía de la reflexión racional u otro conocimiento humano válido.

Por último, el tercer argumento –el de Ziffer– revela, en cambio, un costado peculiar, pero al mismo tiempo representativo de la cuestión, a saber: el lado discriminatorio de la sesgada reflexión humana en sociedad que podría subyacer subconsciente o inconscientemente a la postura de los jueces, que exhiben cierto desdén por argumentar o alguna “apatía racional”, para designarlo de alguna manera, al elaborar los fundamentos de la cuantificación de las penas que imponen a los “reos” en sus condenas.

Ahora bien, sin perjuicio de la plausibilidad de las diferentes hipótesis en juego, que en los dos primeros casos se vinculan acaso más bien con la cuestión cognitiva o cognoscitiva, mientras que el último con una cuestión de valoración, el objetivo de este trabajo consiste en analizar, en primer lugar, la coincidencia y/o unanimidad que existe entre los autores respecto del *raquitismo teórico-dogmático* en torno a la temática de la determinación judicial de la pena o cuantificación penal y, a su vez, en verificar si existe de hecho *una tendencia judicial (de los jueces) en abandonar la elaboración de argumentos* como tarea previa e imprescindible para justificar la mensura de la pena impuesta.

En segundo lugar, nuestro objetivo apunta a indagar sobre las posibles causas o concausas que convergen en la génesis del mencionado raquitismo teórico y que motivan a su vez ese ancestral desdén que se advierte en la labor

---

“*creencia en sentido amplio*” Frede opina que deberían incluirse sólo aquellas afirmaciones acerca de lo que las cosas son según cierto punto de vista, el de cada persona individual en determinada circunstancia. (Cf. FREDE, Michael (1997): “The Sceptic’s Beliefs”, y “The Sceptic’s Two Kinds of Assent and the Question of the Possibility of Knowledge”, en FREDE, Michael y BURNYEAT, Myles, Terence (eds.) (1997): *The original sceptics: A Controversy*, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Co., pp. 8-11).

los magistrados al dar sus escasos y pobres argumentos en las sentencias condenatorias respecto del asunto en cuestión.

Por último, nuestra meta se concentrará en demostrar que ninguno de los puntos de vista indicados al comienzo choca ni son incompatibles entre sí en el abordaje de la causalidad del problema. Tal vez, incluso sea posible analizar simultáneamente la situación dada desde los diversos enfoques propuestos por los estudiosos a fin de enriquecer el análisis y captar así la complejidad del asunto. De todas maneras, suponemos que ninguno de ellos logrará, de manera aislada ni conjunta, por lo menos por ahora, poner un broche final a la discusión reinante en tanto que la elucidación de la pena exactamente justa o equitativa para el caso concreto pareciera estar muy lejos de ser alcanzada, como sugiere Ziffer, entre otros autores. En este sentido, la propuesta que finalmente extraemos como corolario de los análisis precedentes tendrá por objeto buscar una salida provisoria, a saber, la determinación judicial *a través de la instalación del criterio benevolente*, lo cual será, como todo, objeto de elogio y aceptación por algunos y, a la vez, de rechazo y crítica para otros. Como se podrá apreciar, más allá de las múltiples objeciones que puedan efectuarse, dicho criterio tiene un importante sustento teórico en el conocido principio que rige en materia penal, a saber, el principio *favor rei* del que la máxima *in dubio pro reo* es corolario, como insiste Ferrajoli.<sup>8</sup> Por lo demás, la propuesta en cuestión también halla suficiente fundamento en los principios *ultima ratio* y *pro homine* del derecho penal que, por obvias razones, están vinculados como principios generales al principio antes mencionado.

## II. El raquitismo teórico y/o desatención académica respecto de la problemática “individualización de la pena”

La determinación judicial de la pena ha sido un tópico jurídico-penal poco estudiado por los especialistas del derecho. Indagar las razones de tal estado de la cuestión será materia de la Sección V del presente trabajo. No obstante, es preciso dejar en claro ya que son varios los estudiosos que detectan tal anomalía. Así, por ejemplo, Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que, en cuanto al problema de la cuantificación de la pena, “*gran parte de responsabilidad incumbe a las agencias académicas en razón del magro desarrollo dogmático en esta materia, que sólo mereció la atención desde hace escasas décadas. (...) es a todas luces evidente que se ha operado un raquitismo teórico en orden a la cuantificación penal, al*

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, España, Editorial Trotta.

par que el ámbito de la teoría del delito desarrolló una hipertrofia discursiva”.<sup>9</sup> En la misma línea, Schünemann señala que la “ciencia penal alemana (...) ha descuidado por completo durante décadas el campo de la medición de la pena, a pesar de que para el acusado –en muchos casos– la pregunta acerca de la determinación de la pena es la decisión judicial más importante”.<sup>10</sup> Por su parte, Fleming y López Viñals afirman en su vasta obra dedicada a las penas que el “análisis de las reflexiones de la ciencia penal en relación a los criterios de medición de la pena ha quedado proporcionalmente empequeñecido ante la enorme magnitud del debate dogmático desarrollado en el siglo XX en torno a la determinación del concepto de delito y a sus contenidos esenciales.”<sup>11</sup>

Recién en las postrimerías del siglo pasado, con Zaffaroni y Ziffer, la doctrina nacional presentó obras críticas de los criterios adoptados por el legislador argentino en relación con la determinación judicial de la pena, pues antes ha habido, por ejemplo, autores clásicos de la talla de Núñez y Soler que aun señalaba incluso a “la peligrosidad como el factor esencial en la mensura de la pena”.<sup>12</sup>

La desatención doctrinaria parece reflejarse incluso en el ámbito académico y universitario; ello se puede corroborar mediante el cotejo de las escasas menciones del tema de determinación de la pena en algunos programas latinoamericanos de derecho penal.<sup>13</sup> Tal carencia teórico-dogmática e invisibilidad académica en los programas de estudio puede tornarse abiertamente peligrosa, pues –como explica Gimbernat– con la dogmática se logra, “al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución”.<sup>14</sup>

Independientemente de estos riesgos inaceptables a estas alturas de la civilización, cabe indagar acerca del *por qué* se ha generado ese abismo entre un

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 993.

<sup>10</sup> SCHÜNEMANN, Bernd (2003): “Prólogo” en HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 17.

<sup>11</sup> FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009): *Las penas*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, pp. 175-176.

<sup>12</sup> FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 176.

<sup>13</sup> Cf. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto: “Prólogo” en POSADA MAYA, Ricardo y HERNANDEZ BELTRÁN, Harold Mauricio (2003): *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, Bogotá, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, p. 13. De la misma manera se argumenta en TEDESCO, Omar Horacio (1994): “La crisis de la pena. La cesura y el estudio de la personalidad del justiciable” en Revista ZEUS, T. 65 D-123 – D-125.

<sup>14</sup> GIMBERNAT, Ordeig (1976): “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Cívitas, p. 78.

ámbito teórico desarrollado en exceso en contraposición al otro ámbito que ha quedado famélico o anoréxico, máxime si –como indica Schünemann– este último puede tener una relevancia fundamental para el acusado, que es quien padece la aplicación de la pena. De esta manera, las preguntas planteadas al comienzo vuelven a resurgir con contundencia. Más adelante ensayaremos una respuesta a esta compleja cuestión.

### III. Los jueces y el desdén por la argumentación respecto de la individualización judicial de la pena

Si analizásemos la labor de los jueces, concluiríamos que son ellos quienes, con mayor necesidad que los teóricos y académicos, deberían ocuparse de brindar razones concretas y motivos determinantes para justificar la mensura del *quatum* de la sanción que imponen. Mucho más grave y preocupante es el hecho de que los magistrados carezcan de esos motivos para justificar los montos de pena que imponen que el hecho de que los teóricos no se dediquen a profundizar en tal temática, aunque –como veremos– una cuestión no está complementemente desligada de la otra, sino por el contrario están estrechamente vinculadas.

En su obra dedicada a los lineamientos de la determinación de la pena, Ziffer resalta en más de una ocasión una práctica común, que se ha tornado patente en numerosas sentencias que hoy pueden encontrarse en las distintas jurisdicciones del sistema procesal penal de la Provincia de Santa Fe, a la vez que se refleja también en otras provincias de la Argentina, a saber: *“los criterios utilizados para decidir la pena suelen ser descriptos en las sentencias en forma vaga, con escasa referencia al caso concreto, y en algunos casos, se considera suficiente la mera afirmación de haber ‘tomado en cuenta las pautas de los arts. 40 y 41 CP.’ No pocas veces queda sin aclarar cómo influyen algunos de los factores en los que se apoya la pena: de la lectura de la sentencia no sólo no es posible saber cuánta importancia tuvo un factor en la decisión final, sino que ni siquiera se especifica si fue considerado para agravar o atenuar la pena...”*<sup>15</sup>

Ziffer no es la única autora en denunciar esta imperdonable situación; en efecto, hay otros estudiosos que destacan esta lamentable circunstancia, la que parece repetirse como una constante. Así, por ejemplo, Dal Dosso señala que *“la doctrina ha puesto de relieve cómo las sentencias penales de condena ofrecían un desarrollo acabado de las cuestiones dedicadas a la existencia del hecho y presupuestos de punibilidad pero, al ingresar al tratamiento de la cuestión de la pena, el contraste era*

<sup>15</sup> ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 97.

notable, pues se brindaban allí una respuesta automática o carente de justificación racional, con el sencillo expediente de haber tenido en cuenta las circunstancias de cuantificación previstas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, pero sin desarrollo argumental acerca de cómo concurrían al caso en juzgamiento o en qué sentido operaban en la escala penal –atenuante o agravante– generando entonces un defecto estructural de la sentencia que la descalificaba como acto jurisdiccional válido”.<sup>16</sup>

Al decir de Rivacoba, “tanto la determinación e imposición de la pena en cada ocurrencia delictiva por el juez, como, luego, su ejecución” fueron “demasiadas veces una y otra despreciadas por la doctrina y abandonadas a la empiria, al ojo del buen cubero, a la rutina o, en el más afortunado de los casos, a los esfuerzos de un espíritu sensible o de la buena voluntad, pero también, en ocasiones, a prejuicios estereotipados, criterios coyunturales, reacciones de desquite o impulsos de sadismo”.<sup>17</sup>

Es de suyo evidente el consenso entre los autores, por mencionar sólo a unos pocos; en efecto, todos apuntan casi sin disidencia alguna al hecho de que los jueces no fundan adecuada y racionalmente la mensura que hacen de la pena que imponen. Pero, independientemente de las aserciones de los expertos, esta circunstancia es constatable, por lo menos, en más de una oportunidad al examinar las sentencias dictadas en las jurisdicciones del nuevo sistema de justicia penal de Santa Fe, sistema que rige a partir del 10 de febrero de 2014. En efecto, al escudriñar el tema de manera particular, minuciosa y sistemática, pudimos advertir algunos denominadores comunes o tópicos recurrentes, que a continuación detallaré a los fines de abordar luego el tema de la causalidad del fenómeno:

III. a) Se puede observar como un primer aspecto visible *la exigua cantidad* dedicada a la cuestión respecto del total de fojas de las sentencias;

---

<sup>16</sup> DAL DOSSO, Darío Alberto (2015): “Cesura del juicio penal”, en *Revista de Derecho Procesal Penal 2015-2: El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, dirigido por Edgardo Alberto Donna, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 42.

<sup>17</sup> RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de (1993): *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires, Depalma; web: <https://sanasideas.files.wordpress.com/2015/08/rivacoba-funcion-y-aplicacion-de-la-pena.pdf>, p. 8. Tal denuncia encuentra eco en la descripción que hace Erbetta de la cuestión: “...a la hora de motivar la cuantía de respuesta punitiva, el pretendido razonamiento de los jueces de sentencia queda generalmente configurado por una suerte de cliché que reproduce casi literalmente las partes seleccionadas de la formulación normativa contenida en los arts. 40 y 41 del CP. ¿Por qué tres o diez años? El razonamiento luce ausente y la discusión de la pena llega casi mecánicamente, desprovista de garantías mínimas que rigen la determinación del hecho punible y sin fundamento material alguno, consecuencia más de la voluntad (influida más por motivos ideológicos y sociológicos no relevados de quien la impone y hasta por deformaciones de la práctica), que como derivación razonada del derecho aplicable.” (ERBETTA, Daniel (2006): *Proceso formativo de la teoría del delito*, Rosario, UNR, p. 19.)



situación que se conecta directamente con la escasa argumentación, a partir del cual se infiere que existe un desdén evidente en la propuesta y elaboración de argumentos y consideraciones relativos a los factores o pautas legales para la mensuración de la pena. En efecto, la mayoría de los fallos analizados se caracterizan por una acentuada escasez en el ofrecimiento de argumentos, consideración de factores o pautas legales mencionados, como así también, desde un ángulo netamente cuantitativo, por la escasa cantidad de fojas (páginas) dedicadas a la labor de fundamentación en la individualización propia del *quantum* de pena, lo que *per se* supone un tratamiento acotado de la temática. En cuanto este tópico concreto relativo a la cantidad, el porcentaje de fojas (páginas) destinadas a la cuestión de la pena o sanción, oscila entre el 5% y 10% del total de fojas (páginas) de las sentencias. Si bien, como es sabido, la cantidad no hace a la calidad, es preciso reconocer que resulta al menos llamativo y, en este sentido sugerente, que el análisis, la reflexión y los argumentos vertidos en una parte –la del juicio referido a la materialidad del hecho y a la autoría– y otra –la del juicio cuantificador de pena– sean sensiblemente inferiores. En la siguiente sección, ahondaremos en la conjetura acerca del origen causal de la referencia escueta por parte de los jueces a la temática relativa a la determinación de la pena como a la práctica consolidada en no dedicar mayores esfuerzos argumentativos a esa tarea.

III. b) La *ausencia de bases teóricas sólidas* a partir de las cuales se pueda llevar a cabo la determinación del *quantum* de penas es también otra de las constantes que aparece como rasgo distintivo. No hay referencias concretas en las sentencias respecto del modelo o postura teórica desde la cual se elabore la cuantificación o mensura propiamente dicha ni tampoco las unificaciones de penas o condenas. En efecto, constatamos mediante una lectura concienzuda de los fallos la ausencia total de mención y/o referencia a alguno de los modelos de la teoría del delito –ya sea causalismo, ya sea finalismo, ya sea funcionalismo– o algún otro aporte de la dogmática –como por ejemplo: teorías de los fines de la pena, retribucionismo, prevencionismo en sus diversas variantes; o bien, teorías para la determinación de la pena: ámbito del juego (*Spielraumtheorie*), pena puntual (*Punktstrafetheorie*), valor relativo o posición (*Stellenwerttheorie*), entre otros aportes significativos–. No obstante, si bien –como señala Tatjana Hörnle– “las teorías de la determinación de la pena son importantes para el trabajo diario de los jueces y, el resultado de las sentencias son lo más importante para los sometidos a proceso”<sup>18</sup>, el empleo efectivo de las mismas se torna harto dificultoso, pues

<sup>18</sup> Esas palabras son dichas por Hörnle al ironizar previamente respecto de las sofisticadas doctrinas de la ley sustantiva de la literatura alemana que “raramente... sean famosas por tener relevancia práctica” (Cf. HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 35).

resulta materialmente imposible llevar a cabo una tarea de este tipo desde un punto de vista científico estricto.<sup>19</sup>

III. c) El *uso y abuso de fórmulas vacías* que sobreabundan en proposiciones abstractas, vacías y/o genéricas que refieren superficialmente tanto aspectos objetivos como subjetivos, configuran en su totalidad violaciones de principios, derechos y garantías tanto constitucionales como convencionales. En tal sentido, es notoria la falta de profundidad en el análisis del caso concreto: tanto respecto del hecho y sus detalles (aspectos objetivos: acción, medios, daños, extensión, peligros), como así también respecto del autor y sus condiciones personales (aspectos subjetivos: educación, cultura, situación económica, situación familiar, consumo de sustancias, antecedentes, vínculos personales, etc.). Al respecto, también podría agregarse que resulta más que patente la ausencia de un estudio criminológico serio del autor que podría servir como baremo concreto para la mensura de la pena. La cesura en este caso, que configura una parte ineludible del sistema de juicio por jurados, podría llegar a ser una solución concreta a este inconveniente bastante generalizado en el sistema penal adversarial y acusatorio de la provincia de Santa Fe.

III. d) La *violación sistemática del principio con raigambre constitucional non bis in idem (ne bis in idem)* se reitera en multiplicidad de fallos con el objeto casi exclusivo de agravar *quantum* de penas. Así, se torna en una constante invariable el hecho de que en varios fallos los jueces valoren dos veces las mismas circunstancias con el único objetivo de aumentar o justificar el aumento de la pena por encima del mínimo, ya sea por haber estado incluidas como elementos del tipo penal básico escogido, ya sea por haber quedado comprendidas en las circunstancias agravantes asignadas al hecho.

III. e) La *violación del contradictorio entre las partes* también se repite en algunos fallos; en efecto, se ha argumentado y motivado decisiones en función del *iura novit curia* sin respetar el carácter adversarial del proceso, sobre todo en virtud de recalificaciones de oficio cuando no hubo formulaciones de

---

<sup>19</sup> En tal sentido, al referirse al uso que ha hecho el Tribunal Supremo Alemán (BGH) de la teoría del ámbito del juego, Tatjana Hörnle señala, apoyada en los aportes de Hans-Jörg Albrecht, que “[n]ingún involucrado en las prácticas de la justicia penal asume que los jueces verdaderamente escogen entre la prevención general y la prevención especial de forma rutinaria. Los criminólogos están de acuerdo en que es prácticamente imposible decir exactamente que tales penas poseen tales efectos preventivos. Y sería completamente imposible para los jueces realizar dichos juicios de manera científicamente seria. Deberían confiar en intuiciones personales. Además, valorar el entorno personal del delincuente y la necesidad social de disuasión en cada caso, tomaría demasiado tiempo para ser factible en la práctica cotidiana de los tribunales inferiores que se encargan de delitos de menor cuantía”. (HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 25)

acusaciones alternativas por parte de la acusadora. Así, por ejemplo, se ha hecho manifiesta en algunos casos puntuales la violación por parte de los jueces de las nuevas reglas de juego basadas en el carácter adversarial y acusatorio del “debido proceso penal” instaurado por el Código Procesal Penal de Santa Fe (Ley 12734), basado el mismo en los principios de contradicción, bilateralización y oralidad. En este aspecto, han sido elocuentes algunos de los fallos estudiados en los que se observa, por un lado, que la fiscalía solicitó durante todo el desarrollo del debate la imposición de la pena indivisible (la prisión perpetua) y no efectuó una acusación alternativa en virtud de la que solicitara una pena divisible, y, por otro, la imposición de una pena divisible por parte de los jueces del tribunal como consecuencia del cambio de calificación que entendieron justo aplicar al caso, pasando así de una pena indivisible a una pena divisible, lo que daría lugar en el último caso a debatir el monto a imponer conforme las pautas legales correspondientes. En razón de la ausencia de los argumentos que hubiera podido esgrimir la fiscalía en el caso de haber efectuado a la vez una acusación alternativa con el fin de agravar o atemperar la pena, el tribunal no tiene otra chance que la de imponer el mínimo, ya que de lo contrario, esto es, apartarse del mínimo –lo que los jueces hicieron en los casos concretos– implicaría la valoración de circunstancias como agravantes y, por ende, la violación del debido proceso y especialmente el ejercicio del derecho de defensa en juicio, pues se le quita así a la parte acusada y a su defensa técnica la posibilidad de resistir o refutar las circunstancias que valoró el tribunal *in audita parte, inauditus* (sin ser oído).

Estos son, al menos, algunos de los rasgos comunes más destacados, que pueden hallarse diseminados en los fallos del nuevo sistema de justicia penal de Santa Fe. Es posible que, mediante un examen más comprensivo y extendido en el tiempo, puedan obtenerse mejores resultados en cuanto a la calidad y cantidad de datos relativos a otras características tanto positivas como negativas del sistema vigente. Pero lo cierto es que con lo desarrollado hasta aquí no basta para tomar una base más o menos firme que sirva de parámetro para aventurarnos ahora en la indagación acerca de las posibles causas convergentes de lo descripto.

#### **IV. Las causas originadoras del desinterés académico y judicial respecto de la problemática inasible de la determinación de la pena**

El interés humano por el hallazgo de una verdad irrefutable, completa y universal ha sido un antiquísimo anhelo y a la vez una preocupación que ocupó las mentes de todos los tiempos. La multiplicidad de opiniones respecto de los

diversos asuntos humanos ha multiplicado, empero, la conciencia sobre la relatividad de cada opinión o teoría, debilitando así la intensidad de aquel viejo anhelo de la humanidad.<sup>20</sup>

En tal contexto, el problema que hoy nos urge –esto es, el problema de arribar a una justa y razonable determinación de las penas que se imponen a los condenados en los estrados judiciales y, en general, respecto de la búsqueda de la verdad en el marco de un proceso penal–, no es materia ajena a esa aludida relatividad, sino que, por el contrario, se plasma quizá en este ámbito aún con mayor contundencia, si se quiere, que en otras áreas del saber y hacer humanos.<sup>21</sup>

En efecto, se ha podido comprobar que las penas que se han dictado con relación a cierta clase de delitos en situaciones más o menos similares y con intervención de agentes de homogéneas características demuestran en varias ocasiones las diferencias notables de valoración entre los magistrados intervinientes en unos y otros casos. De ahí que Carnelutti se haya formulado con acierto y con alguna vaga desesperanza la pregunta: “¿Quién puede garantizar que sea esa la medida justa de la pena?” En los fallos y resoluciones de los

---

<sup>20</sup> En contraposición a la teoría monista de la verdad que defiende que sólo hay una única verdad, surgen en la contemporaneidad –y aún antes, por supuesto– diversas corrientes o posturas filosóficas que, independientemente de las nominaciones adoptadas (v. gr. teorías pluralistas de la verdad o teorías constructivistas), propugnan la negación de una sola verdad a la vez que afirman la existencia de una pluralidad de verdades y puntos de vistas, construidos desde una subjetividad polimorfa (antropológica, socio-cultural, normativa, etc.). Quizá dentro de esta vía, que se ha conocido como *posmodernidad*, Friedrich Nietzsche haya sido uno de los filósofos más destacados por las implicancias que tuvieron sus célebres ideas, como por ejemplo la sentencia *Dios ha muerto del Zarathustra* y su reclamo lacerante que, en palabras de *Humano, demasiado humano* increpa al hombre común: “Tenías que aprender a percibir el elemento de perspectiva de toda apreciación... la vida misma como condicionada por la perspectiva y su injusticia”. (NIETZSCHE, Friedrich (1984): *Humano, demasiado humano*, Madrid, Biblioteca EDAF, p. 39.)

<sup>21</sup> En lo que respecta a lo jurídico procesal-penal, con el sistema oral, acusatorio y adversarial se puede evocar el concepto de verdad como “verdad procesal o jurídica”, que se contrapone o, al menos, pone un límite a la búsqueda de una “verdad real o histórica”, en tanto que se consagra constitucionalmente la inviolabilidad de los derechos y garantías de los imputados. En tal sentido, como expresa Vazquez Rossi, “(...) [d]esde antiguo la doctrina penal gustó de repetir que una de las finalidades del proceso era la obtención de la verdad real y que la actividad investigativa tendía –como expresamente lo declaran algunas normas procesales– a alcanzar una reconstrucción histórica del objeto procesal. Sin entrar en una discusión epistemológica de esa idea, de indiscutible prosapia inquisitiva y sobre la que muchas objeciones pueden formularse, resulta claro que, aun admitiendo tal finalidad, que se relaciona directamente con la cuestión de la eficacia, la misma se encuentra clara y terminantemente limitada por el sistema de garantías que estructuran, de acuerdo con la Constitución, la realización penal” (VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. (2006): *La defensa penal*, Santa Fe, Editores Rubinzal-Culzoni, p. 118).

recursos que interponen las partes en los procesos judiciales, los magistrados de las instancias superiores, e incluso los de la suprema instancia, dejan, por lo general, a salvo en sus decisiones la resolución, objeto de crítica, respecto de la cual afirman que ha sido fundada o razonada, “*más allá del acierto o error*” que ésta pueda albergar, de modo que con ello se la mantiene en su validez, aunque se reconozca su falibilidad.<sup>22</sup> En consecuencia, se admite casi de modo unánime que una sentencia válida, por estar precisamente racional/razonablemente construida y motivada en cuanto a sus fundamentos, adolece siempre de un cierto margen de error o de injusticia, en fin, de inequidad. Pareciera ser entonces que resulta inevitable una dosis de posible equivocación al llevar a cabo un acto humano, ya sea dictar una resolución, ya sea emitir un dictamen, efectuar una mera apreciación o desarrollar una labor, aunque ésta sea manual o intelectual, todo ello porque se emite desde el insoslayable ámbito de la subjetividad (*finitud*).

En tal sentido, –como se ha afirmado al comienzo– lo señalado por Carnelutti, y por tantos otros autores, no es sino una típica situación *humana, demasiado humana*<sup>23</sup>, que no implica –como también adelanté– otra cosa más que la inaprehensibilidad de la verdad, entendida ésta en términos universales y con pretensión de objetividad y, en consecuencia, el reconocimiento de la equivalencia o *equipolencia* de la multiplicidad de opiniones.<sup>24</sup> Es, en parte, la actitud escéptica –correctamente entendida–<sup>25</sup> la que trae aparejada la

---

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, la Corte Suprema Nacional, al rechazar la arbitrariedad alegada en un caso, lo remarca al indicar que “...en tanto los agravios sólo traducen una discrepancia sobre la forma en que fueron apreciados y fijados los hechos y las pruebas en la causa, aspectos que en la medida que fueron tratados y resueltos, tanto por el magistrado de grado como por el a quo con argumentos de igual naturaleza, **independientemente de su acierto o error**, descartan la tacha de arbitrariedad alegada.” (CSJN Fallos: 331 :477)

<sup>23</sup> Me aprovecho aquí del sugestivo título de la obra del filósofo alemán Friedrich Nietzsche del siglo XIX, que abre el período ilustrado de su pensamiento, publicada bajo el título *Menschliches, Allzumenschliches* de 1878.

<sup>24</sup> La primera fase de la actitud escéptica es la denominada *ισοσθένεια* (*isosthéneia*). Este término griego significa equivalencia o equipolencia de las opiniones (igual o equivalente valor de las posiciones contrapuestas), lo que trae aparejado como efecto la imposibilidad de preferir una entre varias opiniones, ya sean propias o ajenas, sobre un mismo asunto. (SEXTO EMPÍRICO (1993): *Esbozos Pirrónicos*, introducción, traducción y notas de Antonio Gallego Cao y Teresa Muñoz Diego, Madrid, Gredos, I, 10, p. 54). Mas modernamente, en similar sentido, Spinoza nos brinda en su *Ética* una imagen que surge al comparar las mentes con los paladares, a saber: existe tanta diferencia entre las cabezas como entre los paladares. Esto implica que hay tantas verdades como hay tantos gustos (Cf. SPINOZA, Baruch (1980): *Ethica more geometrico demonstrata* [Ética demostrada según el orden geométrico], trad. Oscar Cohan, México, F. C. E.).

<sup>25</sup> En la época helenística, Sexto Empírico, el sistematizador de la corriente escéptica, distinguió a los escépticos de las otras escuelas con estas palabras: “...sobre las cosas que se investigan desde el

conclusión de que, por más que nos esforcemos, es por ahora imposible que podamos justificar o demostrar con pretensiones de universalidad y objetividad la verdadera justicia de un *quantum* de pena, de una precisa cantidad punitiva para el caso particular. Y a ello, seamos o no escépticos, nadie está en condiciones de poder negarlo.

A esta específica situación que es común a varios ámbitos humanos, se suma otra particularidad adicional que torna aún más complejo y arduo el problema de la determinación judicial de la pena. Ya en 1972, aunque en verdad quizá antes<sup>26</sup>, Günter Stratenwerth indicó que la principal barrera que impide la expresión de la pena en cifras la constituye la imposibilidad de transformar en cantidades numéricas los juicios de valor. En efecto, la posición de Stratenwerth, que en este punto resulta ciertamente inatacable, se vincula en forma directa con el obstáculo con que se topa el hombre –al imponer como juez condenas divisibles– en hallar un puente o conexión más o menos serio, lógico y racional o, al menos razonable, entre los argumentos y los números o cantidades, como si fueran dos reinos inconciliables. A esta dificultad no ha podido encontrarse una solución pacífica y convincente.<sup>27</sup> Y ello ha generado probablemente, en un principio, un desinterés académico y, a la vez, cierto desdén recurrente en los jueces por buscar y elaborar argumentos plausibles. En este sentido, el salto de un ámbito a otro de ninguna manera podría justificarse científicamente. Ni siquiera ahora las obras que se ocupan de este complejo problema han podido brindar, pese a los evidentes progresos en la materia, un abordaje consistente y coherente sobre la solución del mismo.<sup>28</sup>

---

*punto de vista filosófico, unos dijeron haber encontrado la verdad, otros declararon que no era posible que eso se hubiera conseguido, y otros aún investigan. / Y creen haberla encontrado los llamados propiamente dogmáticos, como por ejemplo los seguidores de Aristóteles y Epicuro, los estoicos y algunos otros. De la misma manera que se manifestaron por lo inaprehensible los seguidores de Clitónaco y Carnéades y otros académicos. E investigan los escépticos. / De donde, con mucha razón, se considera que los sistemas filosóficos son –en líneas generales– tres: dogmático, académico y escéptico” (SEXTO EMPÍRICO (1993), p. 51).*

<sup>26</sup> Pues, en realidad, la cita corresponde al trabajo *Culpa y castigo reales*, citado al comienzo, trabajo que originalmente fue dado a conocer por su autor como una conferencia ante la Sociedad Jurídica en Berlín el 12 de mayo de 1971.

<sup>27</sup> ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 30.

<sup>28</sup> La extensa y detallada obra titulada *Las penas* de Abel Fleming y Pablo López Viñals del año 2009 es un vasto ejemplo de lo que aquí se propugna. Parece que esta problemática no sólo es privativa del ámbito jurídico penal, sino que es trasladable a otras áreas del derecho. Por ejemplo, para Etcheverry, “resulta bastante dudoso que el juicio determinativo acerca de exactamente cuánto ha de pagar de indemnización quien ha sido juzgado como responsable por un daño causado, o el que determina específicamente el *quantum* de una sanción (dentro de los parámetros legales) a quién ha sido considerado culpable sea estrictamente equivalente y conduzca a un único resultado justo”

Por último, sin quitarle un ápice de importancia a los factores mencionados, debemos advertir que no es menor, a nuestro modo de ver, el lugar que ocupa la valoración estereotipada o preconcepciones de los jueces penales que, pese al hecho loable de haber advertido la importancia de la problemática, no dejan aún traslucir en sus fallos, por lo menos como rasgo general, un esfuerzo argumentativo considerable y concreto en orden a justificar el monto de la condena a la que arriban. Si bien ello puede estar determinado en cierto sentido por la imposibilidad de hallar tanto un criterio absoluto de justicia como un puente lógico entre los argumentos y los números, es preciso reconocer que, de manera inconsciente o subyacente, se puede detectar en las sentencias dictadas cierto carácter o rasgo discriminatorio, tal como lo señala Ziffer.<sup>29</sup> Esa apatía racional en el ámbito judicial, que indicáramos al comienzo de este trabajo, se plasma con nitidez en los escasos desarrollos del tema que se constata en las sentencias<sup>30</sup>, también en el abuso de fórmulas vacías y genéricas que en nada se enlazan con los pormenores del caso concreto, la violación sistemática de principios consagrados constitucionalmente como el *ne bis in idem*, el *in dubio pro reo*, el de contradicción adversarial, entre otros, y la nula invocación de teorías del delito o visiones de la pena en la resolución de los casos particulares.<sup>31</sup>

A modo de conclusión, se puede afirmar que, del escrutinio realizado sobre los múltiples fallos, y pese a las razones dadas que impiden alcanzar una pena exactamente justa, existe, por lo general, en los mismos una suerte de “discrecionalismo judicial, apenas reglado” como un modo frecuente, razonable y aceptable que encuentran los magistrados en su labor al efectuar la determinación del aspecto cuantitativo de las condenas, y sólo como un modo excepcional casos de arbitrariedad pura, lisa y llana. No se puede determinar con exactitud ni precisión científica cuáles de las razones enumeradas más arriba pueden operar sobre la psiquis de los estudiosos y de los magistrados al pensar en estas problemáticas relativas a la individualización judicial de la pena. Estamos seguros, eso sí, que los tres factores enunciados revisten una importancia indudable para entender las causas de aquellas problemáticas, lo que se puede resultar a veces explícito y otras implícito.

---

(ETCHEVERRY, Juan (2016): “Sobre la única respuesta correcta y la discrecionalidad judicial”, en ALFONSO, Santiago y otros (2016): La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales, Buenos Aires, La Ley, p. 164).

<sup>29</sup> ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 184.

<sup>30</sup> Véase al respecto el punto III. a) del apartado anterior.

<sup>31</sup> Respecto de los demás temas, véanse los puntos III. b), c), d) y e) del apartado mencionado.

En la siguiente sección ahondaremos en el tópico relativo al discrecionalismo judicial que será estudiado en contraposición al concepto de arbitrariedad, todo ello en orden a justificar el criterio que se postula en esta contribución como una salida provisoria a la luz de las dificultades destacadas y con la finalidad primordial de hallar o, al menos, construir una justa determinación de la pena.

## **V. La determinación judicial de la pena a través de la discrecionalidad judicial en contraposición a la arbitrariedad**

Más allá de que en el presente la transmutación de argumentos en cifras resulte inviable y que además el hallazgo de una cifra exacta de la pena justa sea hasta ahora una empresa imposible, entiendo que el mero abandono de los argumentos o el desdén por fundamentar no resulta en absoluto una opción viable, ni razonable, ni tampoco siquiera una alternativa conveniente/recomendable. Por el contrario, la tarea de dar cuentas mediante buenas y plausibles razones para justificar por qué se decide lo que se decide configura un aspecto esencial de la justicia republicana sin el cual no se la podría concebir hoy como tal. Además, permite, por otro lado, la posibilidad de revisar por parte de un juez superior la razonabilidad de la decisión de un juez inferior sobre la cantidad de pena impuesta, lo que a su vez torna efectivo el respeto a las garantías convencionales previstas en los arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP, que exigen a los Estados suscriptores de los Tratados que todo lo relativo a la pena (especie, duración, modalidad, etc.) sea susceptible de revisión a través de un tribunal superior.<sup>32</sup>

En esta última sección, profundizaremos el análisis sobre la discrecionalidad que hemos hallado en las resoluciones e intentaremos dar respuesta a las dificultades aludidas anteriormente mediante la búsqueda de un criterio general que permita identificar, al menos, una dirección u orientación que nos aproxime a lo justo en el caso concreto, aunque sea desde ya inevitable referirse mediante argumentos (y no con números) a los parámetros legales y a las particularidades circunstanciales (de tiempo, espacio y modo), propias del contexto del hecho y su autor.

---

<sup>32</sup> Esto significa ir contra una tesis muy difundida en la dogmática tradicional que entendía que la decisión que determina la pena es irrevisable, pues la ponderación de los factores relevantes para determinar pena, así como su expresión en un monto concreto, quedaba por ser una cuestión de hecho en manos del juez del hecho y por tanto excluida del recurso de casación. “Actualmente –dice Ziffer– ya nadie lo ve de este modo” (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 183).



En primer lugar, debe advertirse que el discrecionalismo judicial debe distinguirse nítidamente de lo que significa la arbitrariedad judicial.<sup>33</sup> En tal sentido, es dable remarcar que, por lo general, los fallos estudiados no desembocan en la falta absoluta de motivos ni en la existencia de argumentos puramente aparentes o insuficientes. Tampoco resuelven cuestiones “*contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto del caso, o de pruebas fehacientes regularmente presentadas en juicio, o que se haga remisión a las que no constan en él*” y en tal sentido no resultan arbitrarios los decisorios, pues –como afirma la Corte Suprema– “[e]l error en la interpretación de las leyes o en la estimación de las pruebas, sea cual sea su gravedad, no hace arbitraria a una sentencia.” (CSJN Fallo 207:72)

Si bien las referencias genéricas y abstractas en las que han abundado no pocos jueces pueden generar en el observador imparcial cierta incomodidad por la orfandad de motivos concretos y auténticos, la Corte Suprema de la Nación ha distinguido claramente estos supuestos de lo que se concibe como arbitrarios, ya que ha dejado en claro que “[dicha] doctrina [arbitrariedad] (...) atiende sólo a supuestos de extrema gravedad, en los que se evidencie que las resoluciones recurridas prescindan inequívocamente de la solución prevista en la ley, o adolezcan de una manifiesta falta de fundamentación” (Fallos: 310:1707) En palabras de Etcheverry, “*las decisiones discrecionales no son consideradas como actuaciones arbitrarias. Dicho de otro modo, en tanto decisión judicial, la decisión discrecional también ha de estar justificada; es decir, siempre ha de basarse en razones.*”<sup>34</sup> Aunque pulule cierta confusión (o sinonimia inadecuada) entre ambas categorías o conceptos<sup>35</sup>, la distinción entre la discrecionalidad y la arbitrariedad se torna

---

<sup>33</sup> Es preciso recordar que parte de la doctrina entiende que la determinación judicial de la pena es un acto de discrecionalidad técnica del juez. Ziffer incluye en esta línea de pensamiento a Nuñez, Baigún, Jimenez Asúa y Chichizola. Separa a Zaffaroni, a quien le reconoce haber señalado que al cuantificar pena el juez debe aplicar derecho y proceder con razonamiento claro y criterio jurídico (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 26-27).

<sup>34</sup> ETCHEVERRY, Juan (2016): “Sobre la única respuesta correcta y la discrecionalidad judicial”, en ALFONSO, Santiago y otros (2016), p. 176.

<sup>35</sup> Ziffer menciona “la discrecionalidad judicial” para señalar que los marcos penales operan no sólo como límite sino como un modo de descalificar a aquélla (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 36-37) e, incluso, contrapone la “discrecionalidad del juez” a la “aplicación del derecho” para describir la estructura misma de la individualización de la pena (Cf. ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 96-97). Por su parte, Fleming y López Viñals afirman que la “determinación judicial de la sanción se ha venido efectuando de un modo discrecional, a través de consideraciones sumamente pobres y de un carácter excesivamente variopinto, que se debe reputar inadmisibles...” (FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 176). En el mismo sentido, el término discrecional ha sido interpretado por otros autores, como SCHÜNEMANN, Bernd (2003), p. 17; también en DE LA RÚA, Fernando (1994): La casación penal, Buenos Aires, Depalma, p. 64; DAL DOSSO, Darío

imprescindible y en tal sentido debe concebírsele como una cuestión central o de vital interés en cuanto punto de apoyo para valorar hasta dónde los jueces penales deciden el monto de una pena de modo racional o irracional, razonable o irrazonablemente, fundada o infundadamente.

En este aspecto, si nos atenemos a la semántica de los términos en juego, podemos apreciar que la expresión *discrecional* se acerca más a la noción de lo *motivado* o *basado en razones* que a lo que *no está motivado* o, más bien, está *desprovisto en su base de razones*. Por lo tanto, desde un enfoque exegético, lo *discrecional* se hallaría, más bien, próximo a lo *razonable*, si se quiere, antes que a lo *arbitrario* en el sentido de *irrazonable* o *infundado*. En efecto, los diccionarios y la etimología de los términos mencionados pueden colaborar con esta hermenéutica del asunto.<sup>36</sup>

Por otra parte, varios son los autores que han bregado por esta distinción u oposición entre ambas categorías y que, a su vez, sostienen que en nada se asemejan la arbitrariedad y la discrecionalidad.<sup>37</sup> En un sentido fuerte, –además de entenderse como lo que “*no es derivación razonada del derecho vigente*”– Alfonso asegura que la arbitrariedad debe ser concebida como lo que “*sólo se basa en la voluntad del juzgador y ninguna otra fuente que le otorga legitimidad jurídica*”.<sup>38</sup> Asimismo, teniendo en cuenta que, en virtud del sistema republicano

---

Alberto (2015), pp. 43-44. Estimamos que, bajo el término “discrecionalidad”, estos autores apuntan claramente a un concepto discrecionalidad similar al de arbitrariedad, que supone la falta de fundamentación basada en criterios racionales.

<sup>36</sup> De las nociones que se pueden extraer de los diccionarios, cabe conjeturar que hay algo claro que distingue los términos de la comparación: por un lado, lo *discrecional* supone prudencia, sensatez o medida, independientemente de no estar sujeto a reglas –rasgo que podría ser común a ambos conceptos–, mientras que, por el otro, lo *arbitrario* no implica prudencia ni medida sino antojo, capricho, y se desarrolla en contraposición a la ley, la justicia o la razón, último rasgo (como ilegal, injusto o irracional) que no compone el significado de *discrecional*. (Véase, por ejemplo, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992, 21ª ed., 2000), Tomo I, Madrid, pp. 180, 759; DICCIONARIO ESTRADA de sinónimos, parónimos, antónimos y homónimos (1998), Editorial Ángel Estada y Cía. S.A., Buenos Aires, pp. 35 y 140).

<sup>37</sup> Al respecto puede consultarse GATTINONI de MUJÍA, María (2016): “Estándares convencionales en materia de independencia del Poder Judicial, remoción de los jueces por juicio político y criterios acerca de la posibilidad de su destitución por el contenido de las sentencias” en ALFONSO, Santiago y otros (2016); PUPPIO, Agustín (2013): “La discrecionalidad, la arbitrariedad y las cuestiones políticas en el Estado constitucional de derecho. Algunas reflexiones sobre el caso ‘Lopez’”, en REVISTA *La Ley Noroeste*, dirigida por Jorge Horacio Alterini, Buenos Aires, LA LEY, pp. 373-377

<sup>38</sup> ALFONSO, Santiago y otros (2016), p. 50. Alfonso explica además que ese apartamiento del derecho que supone la arbitrariedad puede ser producto de un “*actuar deliberado*” o de una “*negligencia del juez*”. Esta distinción propuesta por Alfonso sirve para distinguir el “*error*

y democrático de gobierno, todos los actos del poder se encuentran alcanzados por la interdicción de arbitrariedad y por el principio de razonabilidad y sujetos, en esos aspectos, al control judicial, Juan Carlos Cassagne afirma la posibilidad de “*deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad*” en referencia a la obligatoriedad de la motivación en las decisiones adoptadas por el Poder, pues “*al no haber motivación el acto administrativo aparece, en el mundo jurídico, ‘como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho’, que es gobierno del derecho y no de los hombres.*”<sup>39</sup> Lo determinante para estos y otros autores<sup>40</sup> es que la discrecionalidad supone, en contraposición a la pura arbitrariedad, dar razones de lo que se decide. Y ello no es privativo ni exclusivo del derecho administrativo ni de ninguna rama específica del derecho sino de todas en general. En tal sentido, la distinción conceptual entre las categorías examinadas debe llevarse a cabo con el objeto de no sucumbir en la confusión en que caen algunos autores al tratarlas como sinónimos cuando claramente no lo son. En este aspecto, el componente volitivo de quien decide discrecionalmente no torna necesariamente la decisión en arbitraria, pues hay justificaciones que hacen aceptable y razonable la decisión adoptada.<sup>41</sup>

Es sabido ya, por no decir aceptado unánimemente, que en derecho no hay, como postulaban tanto los integrantes de la escuela de la exégesis francesa como los de la jurisprudencia de conceptos alemana, una única respuesta

---

judicial” –obrar negligente– del “*desvío de poder*” –conducta deliberada y consciente– (Cf. ALFONSO, Santiago y otros (2016), pp. 46-47).

<sup>39</sup> CASSAGNE, Juan Carlos (2009): *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, pp. 195 y ss.

<sup>40</sup> Véase DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, pp. 83-86; GELLI, María A., “La selección de los jueces bajo el parámetro de la razonabilidad (El caso del juez Alioto)”, *La Ley, Suplemento Constitucional*, citado en PUPPIO, Agustín (2013), p. 376; GORDILLO, Agustín (2009): *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, Buenos Aires, capítulo VIII, pp. 27, citado en PUPPIO, Agustín (2013), p. 376.

<sup>41</sup> Desde un ángulo netamente iusfilosófico, Hart entiende el fenómeno de la discrecionalidad judicial como una “elección entre alternativas abiertas” (HART, H. L. A. (1963): *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 160). Al decir de Etcheverry, la discrecionalidad sería, desde su perspectiva, algo así como “*un acto voluntario que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades justificadas de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras*” (ETCHEVERRY, Juan (2016), p. 174, en ALFONSO, Santiago y otros (2016).) En sentido análogo, Endicott considera que la discrecionalidad es un “*poder para tomar una decisión, sin estar obligado a decidir un resultado en particular*” (ENDICOTT, T. (2003): “*Raz on Gaps-the Surprising Part*”, en MEYER, L., S. PAULSON y T. POGGE (eds) (2003): *Rights, Culture, and the Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 110, citado en ETCHEVERRY, Juan (2016), p. 164, en ALFONSO, Santiago y otros (2016).)

correcta para cada caso que se presenta en virtud de una neutral aplicación mecánica del derecho implementada a través de silogismos avalorativos de subsunción. Por lo tanto, si es posible que, al menos, en ciertos supuestos haya más de una respuesta jurídicamente adecuada, deberá admitirse que los jueces tienen en tales supuestos cierto margen relativo de discrecionalidad para resolver, sin perjuicio de que sea concebible en otros supuestos una única respuesta correcta.<sup>42</sup>

Ahora bien, el tema a dilucidar es complejo por las implicancias que podrían derivarse de ello, pues no resulta en absoluto sencillo responder con certeza la pregunta acerca de si la tesis de la existencia de una única respuesta justa para cada caso concreto abarca o no el supuesto que forma parte del objeto central de estudio de este trabajo. En otras palabras, implicaría indagar, en primer término, si esa tesis puede aplicarse a todo el contenido de una decisión judicial o solamente a algunos aspectos. Por ejemplo, para Etcheverry, “*resulta bastante dudoso que el juicio determinativo acerca de exactamente cuánto ha de pagar de indemnización quien ha sido juzgado como responsable por un daño causado, o el que determina específicamente el quantum de una sanción (dentro de los parámetros legales) a quién ha sido considerado culpable sea estrictamente equivalente y conduzca a un único resultado justo*”.<sup>43</sup> Si Etcheverry tuviese razón, la cuestión será determinar, en segundo término, entonces si la discrecionalidad con que el juez trata ciertos asuntos o aspectos de la resolución, como el *quantum* por ejemplo, está sujeta a algún límite o restricción, a partir del cual uno pueda entender que un cierto monto o *quantum* punitivo deviene sencillamente en arbitrario. ¿Será acaso este tema una “*cuestión opinable*” que admita ser resulta con cierta dosis de “*discrecionalidad*” por parte de los jueces? Y, en tal sentido, cabría concluir en torno la cuestión debatida con una pregunta crucial: ¿respecto de ciertos tópicos, habrá más de una respuesta legalmente correcta e, incluso, más de una respuesta justa?

En efecto, el hecho de que ciertas cuestiones sean opinables implica que su resolución admite más de un modo correcto y justo, pero, al mismo tiempo,

---

<sup>42</sup> Es en este sentido convincente el planteo que efectúa Juan Etcheverry en su artículo “Sobre la única respuesta correcta y la discrecionalidad judicial” en ALFONSO, Santiago y otros (2016), pp. 157-158. En efecto, es posible, como indica Etcheverry, que haya en el plano de la corrección varias respuestas correctas para un caso, en el plano de la justicia puede suceder otra cosa: que haya una sola solución justa en el caso concreto. (Cf. ETCHEVERRY, Juan (2016), p. 160, en ALFONSO, Santiago y otros (2016). Véase, por ejemplo, MASSINI CORREAS, C. I. (2008): “Dworkin, Finnis y la ‘única respuesta correcta’” en MASSINI CORREAS, C. I. (2008): *Objetividad jurídica e interpretación del Derecho*, México, Porrúa-U. Panamericana, p. 156.)

<sup>43</sup> ETCHEVERRY, Juan (2016), p. 164, en ALFONSO, Santiago y otros (2016).

ello no significa que todas las posibles soluciones sean correctas y justas. Por esa razón, el carácter discrecional de la decisión del juez no la convierte a ésta en arbitraria o irracional, pues se supone que el juez deberá tener razones generales que se apliquen al caso particular y justifiquen así su decisión. En consecuencia, si no equivale a pura o mera arbitrariedad, la discrecionalidad debe ser entendida bajo otros parámetros, ligados éstos indisolublemente, conforme a un ajustado análisis semántico, al paradigma de la razonabilidad<sup>44</sup>, lo que se traduce inevitablemente desde el punto de vista jurídico en una limitación a actuar como se piensa que es mejor de acuerdo a sus creencias o valores, buscando –al decir de Waluchow– “una respuesta razonable que desarrolle y amplíe el derecho de una forma razonable, defendible, pero no necesariamente única”.<sup>45</sup>

Cuando nos referimos en la sección anterior a un “discrecionalismo judicial apenas reglado”, lo que pretendemos poner de relieve es que, del análisis de los fallos examinados, no se ha podido localizar un solo caso de discrecionalismo judicial serio basado en razones, argumentos y consideraciones científicas que de manera reglada, profunda y exhaustiva abarque los múltiples aspectos o situaciones contemplados por los distintos parámetros o pautas previstas en la legislación respectiva (v.gr. art. 41 CP), en función de criterios preventivos o retribucionistas y a la luz del marco conceptual de alguna teoría del delito o de la determinación de la pena apropiada para un análisis integrador. Por el contrario, hemos observado que los jueces, al evaluar los aspectos objetivos, por denominarlos de alguna manera, relativos a la gravedad del ilícito –especialmente los aspectos contemplados en las pautas previstas en el inc. 1° art. 41 CP–, no realizan una detallada y aguda consideración de los mismos. Y, al tratar los denominados aspectos subjetivos, tampoco llevan a cabo un análisis penetrante ni cabal; no realizan en este sentido un estudio completo ni profundo de las distintas variables de las pautas que consigna el inc. 2° art 41 CP, probablemente en razón de la orfandad de argumentos y propuestas que esgrimen las partes al respecto en el juicio y, por otro lado, por la imposibilidad que señala Hörnle en cuanto al hecho de que los jueces no escogen entre la prevención general y la prevención especial para determinar penas en la medida en que los juicios emitidos no serían más que “*intuiciones personales*” antes que juicios realizados de manera científica seria y, además, porque de

---

<sup>44</sup> Según Etcheverry, algunos autores hablan de “zona de razonabilidad”, marco conceptual en el que el juez tiene una libertad “relativa” –no absoluta– y “negativa”, es decir, sólo se puede elegir entre un grupo de alternativas posibles (Cf. ETCHEVERRY, Juan (2016), p. 176, en ALFONSO, Santiago y otros (2016)).

<sup>45</sup> WALUCHOW, V. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, p. 229, citado en ALFONSO, Santiago y otros (2016).

llevarse a cabo esa compleja y específica tarea, material y temporalmente sería impracticable por un juez.<sup>46</sup>

Por lo tanto, los desarrollos argumentativos que llevan cabo los magistrados en torno al punto (mensura de la pena) suelen incluir indefectiblemente referencias un tanto vagas, inespecíficas, que, por lo habitual, no insumen ni articulan un elevado empleo de razones ni de consideraciones científicas exhaustivas, lo que se evidencia en un claro menoscabo del interés en profundizar las temáticas que podrían servir de baremo específico para aumentar o aminorar la cuantía de la sanción a imponer.

## VI. La cuantificación penal a la luz de la instalación de un criterio benevolente. ¿Justicia o injusticia (el tuntún cruel o piadoso)?

Si “*penar es algo así como un acto místico, de difícil explicación racional*”<sup>47</sup>, o bien, una “*función sacra, consistente en reconocer en el hecho y en el autor cualidades metafísicas que escapan al conocimiento de los demás mortales*”<sup>48</sup>, no tendríamos otra opción que concluir con Fleming y López Viñals que “*no conviene ser tan exigente con quien lo lleva a cabo, y esto tanto desde el punto de vista del trabajo que incumbe a quien emite la sentencia condenatoria, como desde el de quien tendría el deber de interesarse por su justicia*”.<sup>49</sup> Pero, al concebirse la determinación judicial de la pena como una tarea humana argumentativa que pretende articular o construir una solución justa para el caso individual en cuanto al aspecto cuantitativo de un castigo –o como quiera denominarse a la sanción–, se debe valorar como un rasgo altamente positivo que los magistrados se esmeren en la motivación propiamente dicha de sus decisiones, motivación que debería ser entendida como “*la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión*”.<sup>50</sup>

Si bien los argumentos y el modo en que los jueces penales los han enlazado pueden tener aristas o tonos coherentes y semejantes y, en tal sentido, ser previsibles, lo que le daría al tratamiento de la cuestión (determinación de la pena) un aspecto de razonabilidad que implicase un margen de discrecionalidad aceptable (al menos, “*apenas reglada*”) para una sentencia, no hay, empero, ninguna forma legítima ni apropiada –por lo menos hasta hoy– de

<sup>46</sup> HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 25.

<sup>47</sup> FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 197.

<sup>48</sup> ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 30.

<sup>49</sup> FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 197.

<sup>50</sup> Esta tesis es la que sostiene la Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, citado en ALFONSO, Santiago y otros (2016), p. 117 n95.

establecer un puente lógico de razonabilidad o previsibilidad entre los razonamientos o estructura argumental de los mismos y la definición concreta del *quantum* de pena. La imposibilidad de alcanzar una transición o transmutación exacta o, al menos, adecuada y/o equitativa, en cuanto a la duración temporal de una pena puntual en una sentencia condenatoria justa no debería transformarse, sin embargo, en el lamentable resultado de eliminar todo esfuerzo argumentativo al respecto, sobre todo si se consideran las significativas implicancias que tiene el ejercicio de la elevada función jurisdiccional de los magistrados. En tal sentido, sería alentador que la praxis judicial no le dé la razón a Ziffer cuando explica que para los jueces no tiene demasiado sentido discutir qué pena corresponde a un delincuente por el solo hecho de ser tal.<sup>51</sup> No obstante, aunque pueda partirse desde una sólida argumentación cualitativa sobre los factores determinantes de pena, el carácter peculiar<sup>52</sup> de la transición deriva en una determinación cuantitativo-práctica de un monto concreto. Esa determinación no revelará sino el carácter *humano, demasiado humano* –en el sentido de finito, imperfecto, incompleto, inadecuado–, que reviste toda tarea u obra del hombre. De ahí que sea preciso concluir que la consideración de la cuantificación penal como un acto místico o sacro –tal como irónicamente insinúan los expertos– es, por lo menos, absurda; ello supondría, por otra parte, además la aceptación de la irrazonabilidad o de la pura arbitrariedad en la decisión adoptada así, esto es, la aceptación de una renuncia directa al acto de dar fundamentos plausibles o, en la terminología de la antigua Academia, buenas razones.<sup>53</sup>

Al tornarse inasequible la transformación o traducción adecuada (infallible) de los argumentos jurídicos en un *quantum* razonable de pena, el juez penal no tiene otra alternativa entonces que recurrir, como dice Vattimo, al auxilio de un parámetro o criterio orientador en orden a administrar justicia para el caso individual; y a dicho criterio lo halla el pensador posmoderno en lo

<sup>51</sup> ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 184.

<sup>52</sup> Evito aquí el uso del vilipendiado término “irracional” que podría utilizarse con cierto cuidado para indicar solamente el sentido de no racional matemático: ni aritmético ni geométrico ni siquiera lógico.

<sup>53</sup> Es interesante recordar que el concepto de lo *razonable* fue admitido como criterio filosófico ya desde antiguo. Por lo menos, así ocurrió en el período de la filosofía helenística, más específicamente en el escepticismo antiguo. En efecto, Arcesilao de Pitane (315-241 a.C.), quien en el 274 a.C. asumió la dirección de la Academia de Platón, instituyó el escepticismo como filosofía oficial y con ello propuso una noción clave para la vida práctica: la doctrina de lo *razonable*. De acuerdo con Sexto Empírico, el término que éste habría usado fue εὐλογον (eulogon) que, etimológicamente, puede traducirse por buena razón o sencillamente por lo razonable (Cf. SEXTUS EMPIRICUS (2005): *Against the Logicians*, Richard Bett (trans.), Oxford, Clarendon Press, p. 34).

que denomina “*fondo de humanidad*”, “*mala conciencia*” o “*remordimiento*” que, en definitiva, será el baremo o báculo para guiar el rumbo. En efecto, éste no tendrá, según Vattimo, otra misión que la de atemperar la tendencia proclive a agravar la pena y a desplazar de este modo la balanza hacia el lado menos gravoso, ya que lo contrario sería para él *pura y simple barbarie*.<sup>54</sup> En otras palabras, la inexistencia de reglas, fórmulas o mecanismos aritméticos concretos dentro del derecho positivo que hagan posible sumar o restar de manera precisa cantidades de tiempo (años, meses o días), según se trate de un factor agravante o de uno atenuante, ya sea desde una perspectiva como de otra<sup>55</sup>, no puede volcarse sin más del lado punitivista, sino precisamente del otro, del lado no punitivista, puesto que acaso el hallazgo del punto exacto o la zona gris que mediere entre ambos campos no parece posible hasta el momento. Ahora bien, la pregunta por la justicia, valor supremo al que la axiología jurídica tiende como cúspide de la pirámide, se instala entonces por necesidad: ¿Por qué debería ser así y no de otro modo? Razones de prevención general positiva podrían justificar, por poco que sea, la elevación del quantum de la pena en comparación con argumentos que tuviesen como fin sólo la prevención especial; y, al contrario, la prevención especial aconsejaría tal vez reducir la mensura que se efectuara desde el ángulo netamente retribucionista, o desde una perspectiva que busque reafirmar la vigencia de la norma<sup>56</sup>, aunque también podría ocurrir lo opuesto.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> VATTIMO, Gianni (2012), p. 11.

<sup>55</sup> Así sería, por ejemplo, si pudiéramos en el caso de un homicidio simple elevarnos hasta 12 años y 9 meses por considerar la intensidad en el daño y el peligro causado, pero no seguir ascendiendo hasta 18 años como se podría haber solicitado desde la Fiscalía, porque a ese monto se le debe restar 1 año y 3 meses por falta de educación y otros recursos, 2 años y 9 meses por encontrarse en un estado indigencia importante y 1 año y 3 meses por ausencia absoluta de antecedentes condenatorios y causas en trámites que desde, un criterio preventivo especial, podría tornar inadecuado una prolongación excesiva de la privación de libertad en un contexto descocializante como el penitenciario.

<sup>56</sup> Si bien son varios los autores –Döling, Meier, Calliess, Ellscheid y Streng– que postulan que la prevención especial puede atemperar o mitigar (humanizar) el *quantum* de la sanción que surge de una estricta aplicación del principio de culpabilidad cuando no existan razones especiales para aquella, Hörnle critica la supuesta humanidad que trae aparejada la teoría de la prevención especial sobre el tema de determinación de la pena, puesto que discrimina entre delincuentes que no necesitan rehabilitación y los que sí la necesitan, lo que en definitiva significa clemencia para algunos solamente. Roxin, por ejemplo, entiende que por razones preventivo-especiales las penas podrían ir por debajo del ámbito del juego. En este aspecto, Hörnle propone que un “*sistema de determinación de la pena debería esforzarse para combinar humanidad y justicia para todos los delincuentes*” (HÖRNLE, Tatjana (2003), pp. 26; 30-32).

<sup>57</sup> Según Hörnle, la humanización de la pena a través de la prevención especial no es un efecto ineluctable; pues, como lo indica la autora, la prevención especial puede conducir a “*penas más*



Si nos volcásemos del lado menos punitivista en miras a realizar el imperativo ideal de administrar justicia, pese a la imposibilidad de la transición aludida, se nos podría reprochar, por ejemplo, que de ese modo el juez no administra “*justicia*”, pues no impone la condena que el acusado merece, sino la que la compasión, el remordimiento, el sentido de humanidad o la benevolencia le aconsejan. Incluso, hasta se le podría recriminar a ese juez el uso indebido de algún tipo de falacia, como el argumento de apelación a la misericordia, que se funda en el sentimiento básico de la piedad.

Desde esta perspectiva benevolente o piadosa, por así decirlo, podría beneficiarse injustamente el homicida o el violador serial o, incluso el ocasional, mediante la aplicación de una pena más benigna que la que rigurosamente correspondería imponerle. Ello haría sospechar a la sociedad, al hombre medio o común, e incluso, al académico o experto, de la justicia de tal decisorio. Pero el problema es aún más hondo y complejo que lo que piensa Vattimo al decir que sería barbarie “*penar aplicando rigurosamente la ley*”, porque en sentido estricto esto no parece ser posible: *aplicar rigurosamente la ley*. O, para expresarlo de otro modo: ¿En qué sentido resultaría posible aplicar la ley con rigor? Sólo cabe una posibilidad, que aún pareciera subsistir en las palabras del posmoderno, a saber: la de los resabios modernos que evocan la idea de Montesquieu que veía en el juez a un *ser inanimado que repite las palabras de la ley sin suavizarles la fuerza o el rigor*.

El resquebrajamiento de los obsoletos modelos metodológicos de los Siglos XVIII y XIX, que se produjo a raíz del descreimiento generado a principios del siglo pasado y se consolidó con la aparición de nuevos paradigmas de racionalidad en el transcurso de dicho siglo, torna insostenible el punto de vista tradicional que equipara el juez a una *máquina imparcial totalmente pasiva y mecánica que aplica normas jurídicas*. Ya no parece aceptable mantener la clásica tesis según la cual la tarea del juez, al dictar sentencia, es una tarea mecánico-pasiva consistente en “*subsumir*” el caso concreto en la norma general bajo una mera operación lógica-silogística<sup>58</sup>, deduciendo así desde la ley la solución al caso tal cual lo quiso el legislador con el fin de

---

*duras*” si se enfatiza la disuasión personal del delincuente y la incapacidad como el objetivo principal de la prevención especial. De hecho, eso muestra la práctica: “*una aproximación preventiva especial conduce, sobre todo, a penas más altas*” al poner énfasis en los antecedentes y la biografía del delincuente (Cf. HÖRNLE, Tatjana (2003), p. 32).

<sup>58</sup> Se trata de un razonamiento compuesto por dos premisas: una mayor –norma jurídica– y una menor –hecho jurídico– más una conclusión particular –sentencia–.

resguardar la garantía de objetividad, racionalidad y previsibilidad de las decisiones judiciales (*asepsia valorativa*).<sup>59</sup>

¿De qué modo se podría aplicar hoy rigurosamente la ley cuando se trata de cuantificar? ¿Cómo se mide un homicidio cometido, por ejemplo, por un hombre pobre, inculto, y adicto a sustancias psicoactivas en tal o cual contexto, en comparación con el cometido por una persona adinerada, culta y sana en un contexto idéntico –ello, suponiendo que tenemos baremos claros para establecer similitudes de contextos y grados de falta de cultura, etc.–? Ni el prevenciónismo ni el retribucionismo a secas pueden determinar o, al menos, colaborar en forma precisa a individualizar el *quantum* razonable de penas, aunque sí quizá puedan indicar una tendencia u orientación que aluda a un margen o marco más o menos amplio, pero jamás a un número preciso. Tampoco sirven aquí de mucho las pautas legales previstas por el legislador en el art. 41 CP, pues el juez que las evoque o deseche podría decidir en base a las mismas razones cantidades disímiles a las de otro juez que efectúe una selección idéntica.

En consecuencia, la indulgencia o el fondo de humanidad que exige Vattimo no es una opción en vistas a ser justos y evitar así la barbarie, sino una necesidad que emerge, a nuestro criterio, de la imposibilidad humana de

---

<sup>59</sup> Los nuevos vientos del Siglo XX trajeron cambios de paradigmas importantes en diversos planos. En lo relativo a lo jurídico, cabe señalar que, frente al excesivo racionalismo del positivismo decimonónico –v. gr. la escuela francesa de la exégesis, la escuela histórica alemana y la jurisprudencia de conceptos–, los primeros enfoques de inicios del Siglo XX, –como por ejemplo: la teoría de Kelsen sobre interpretación, el realismo norteamericano de Frank y la escuela libre del derecho alemana de Kantorowicz–, pusieron en evidencia que las sentencias ya no podían seguir siendo concebidas como el fruto de una operación lógica (silogismo deductivo), sino, todo lo contrario, más bien como el resultado complejo de prejuicios, intuiciones, emociones, ideologías, etc., es decir, como una opción arbitraria, sentimental; e incluso, hasta en algunos casos, fisiológica, v.gr. “*digestion theory*” del realismo americano. (Cf. GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1986): “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*.) De la confianza ciega en el silogismo a la conclusión escéptico-sentimental se pasó como si fuera algo natural o esperable. Las actuales teorías de la argumentación jurídica intentaron superar la situación dilemática que presenta la cuestión, partiendo de un criterio absolutamente diverso al del sistema deductivo-axiomático: el criterio práctico de la intersubjetividad en virtud del cual la verdad, en vez de ser obtenida deductiva o intuitivamente, se construye en un proceso social de participación y diálogo, de intercambio de razones y argumentaciones (v. gr. las posiciones innovadoras de racionalidad como las de Arthur Kaufmann, Ronald Dworkin, Stephen Toulmin, Chaïm Perelman y Robert Alexy, entre otros–). Así se seleccionó otro rumbo: en el caso de Chaïm Perelman, por ejemplo, resulta interesante resaltar que para él el modo de razonar que se usa en los procesos judiciales es el modo de razonamiento tópico (Cf. PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucy (1994): *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, p. 100 y ss.).

determinar con precisión un *quantum*; fondo de humanismo que, aunque como categoría o concepto ideal, tampoco pueda traducir en números los argumentos, por lo menos brinda un rumbo, una tendencia: la tendencia a lo menos, máxime si se concibe la pena (o el castigo), al estilo de David Garland, como un complejo artefacto cultural, configurado por factores cognitivos pero también afectivos<sup>60</sup>, y si se piensa que la posición más razonable, por no decir también más respetable, es aquella que se cimienta en los conocidos principios generales que enunciamos al comienzo como *ultima ratio, pro homine, favor rei (in dubio pro reo)*.

---

<sup>60</sup> GARLAND, David (1999): *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México, Siglo XXI, pp. 227-230. Garland piensa que “los patrones culturales estructuran las formas en que concebimos a los criminales, proporcionando los marcos intelectuales (científicos, religiosos o de sentido común) a través de los que vemos a estos individuos, entendemos sus motivaciones y los clasificamos como casos. Dichos patrones también estructuran nuestra forma de sentir respecto de los delincuentes, no solo mediante los procesos evocadores rituales (...) sino también por medio de la conformación de nuestras sensibilidades” (GARLAND, David (1999), p. 230). En otras palabras, la cultura que, para Garland, abarca tanto un aspecto cognitivo (“mentalidades”) y otro afectivo (“sensibilidades”), determina los contornos y límites externos de la penalidad y otras cuestiones vinculadas a ella; en tal sentido, cabe preguntarse si dicha propuesta metodológica, consistente en entender el castigo como un complejo artefacto cultural que codifica símbolos y signos de una cultura más amplia, podría dar lugar al uso de una categoría como la benevolencia o fondo de humanidad, configurando así un baremo morigerador de los rigores simbólicos de las mentalidades y sensibilidades de la cultura dominante. Entendemos que el factor de la sensibilidad podría favorecer el ingreso de la categoría sentimental como la piedad o la indulgencia, aunque ello dependerá de qué tipo de sensibilidad sea la prevaleciente, pues, como afirma Garland, “el crimen y el castigo son asuntos que provocan una respuesta emocional de parte del público y los involucrados. Los sentimientos de temor, hostilidad, agresión y odio compiten con la piedad, la compasión y el perdón para definir la respuesta adecuada ante un agresor de la ley. Más aún, en la medida en que el castigo implica el uso de violencia o la imposición del dolor y el sufrimiento, su disposición se ve afectada debido a las maneras en que la sensibilidad prevaleciente diferencia entre formas permitidas y no permitidas, y a las actitudes culturales en presencia del dolor” (GARLAND, David (1999), p. 250). Como se puede apreciar en su obra, es el propio Garland el que señala que la evolución de la sensibilidad fue lo que generó un contexto inmediato para las reformas penales y un cambio penal. (GARLAND, David (1999), p. 263). Desde esta perspectiva, Tedesco observa cómo influyeron en el pensamiento de Garland autores como Elias y Spierenburg, siendo éste último el que a través del análisis de obras de arte, como la pintura, advierte que al comienzo la sociedad toleraba (o le era indiferente) la imposición del dolor a los convictos, pero que durante la segunda mitad del siglo XVIII causaba repugnancia esas mismas formas de imposición del castigo –la llamada *humanización de las penas*– (Cf. TEDESCO, Ignacio (2014): *El acusado en el ritual judicial*, Buenos Aires, Didot, p. 82). Quizá sea ésta la hora de suavizar aún más las penas a través de *quantum* razonablemente inferiores a lo que se imponen por lo general, acompañados (eso sí) de otras medidas o prácticas que intenten capacitar o introducir en las mentes de los condenados otras pautas de acción distintas a las que en el pasado pudieron llevar a actuar infringiendo la ley.

## VII. Conclusiones: la salvación de la brecha entre los argumentos y los números (en discrepancia con Ziffer)

Es innegable entonces que existe un abismo o brecha que, a nuestro modo de ver, se torna insalvable<sup>61</sup>, a excepción de que se pruebe la existencia de Dios, esto es, de que hay un Ser Supremo Omnipotente, es decir, que todo lo puede. En efecto, si existiese una mente perfecta de ese tipo, que nada le fuera imposible y que, en consecuencia, pudiera traducir razonamientos en cantidades, una mente en la cual la brecha entre los argumentos y los números se pudiese salvar, seguramente el monto exacto de una pena justa o razonable no sería para ese Ser un objetivo inalcanzable o algo meramente quimérico. Jamás podríamos pensar que, en los Círculos del Infierno de *La Divina Comedia*, Dante hubiera podido siquiera imaginar que era posible un desliz o un error en los castigos infligidos por la Divinidad, aunque, claro está, todos ellos, al llevar impresos el signo de la perpetuidad, la cuantificación *post-mortem* no hubiera generado problemática alguna.<sup>62</sup>

La cuestión de la temporalidad (duración) de la pena, que algunos denominan castigo, más precisamente de la pena más común, la de prisión, se torna en una problemática hartamente compleja que define la última parte de nuestra

---

<sup>61</sup> Nos referimos al abismo entre los argumentos y los números, tal como advirtiera Günter Stratenwerth en 1971. Como se verá luego, disintimos en este punto con lo que piensa Patricia Ziffer con relación al obstáculo insalvable que detecta Stratenwerth respecto de la determinación de la pena.

<sup>62</sup> En un sentido análogo, autores contemporáneos como Dworkin y Alexy proponen una tesis en algún aspecto semejante al abogar por la hipótesis de que existe una única respuesta correcta que no siempre o, mejor dicho, nunca puede hallarse (versión débil de la tesis de la respuesta única y correcta –según Aarnio–), jugando dicha idea como meta o ideal a alcanzar (idea regulativa). En efecto, la idea de Hércules propuesta por Dworkin presupone que la aplicación del derecho debería parecerse a la tarea de un “juez filósofo”, quien siendo poseedor de características sobrehumanas (v. gr. inteligencia, paciencia, erudición y clarividencia) tiene la responsabilidad de descubrir la única respuesta objetivamente correcta para cada caso particular, conjugando en dicha decisión todos los elementos que componen el derecho: reglas, principios y directrices, y tratando el derecho como si fuera un sistema sin lagunas. En contraposición a estos autores, Aarnio defiende la tesis de que no existe respuesta única correcta (tesis ontológica) y por tanto tampoco puede hallarse dicha respuesta (tesis epistemológica y metodológica). (Cf. CARRILLO DE LA ROSA, Yezid (2015): “Derecho y argumentación. El puesto de la razón en la fundamentación de las decisiones judiciales” en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2015): *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. I, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; web <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>, p. 358).

historia, por lo menos de la mitad del Siglo XVIII en adelante, y fundamentalmente de un grueso sector de la sociedad, por lo general carente de recursos, aunque no siempre. El impedimento de hallar un método preciso de cuantificación penal, la diversidad de teorías coexistentes que no conducen a una solución práctica y unívoca del asunto como así también la decisión de los jueces que por más buenos fundamentos (aunque no siempre ocurra esto de la forma esperable) que brinden en la consideración de los factores previstos en el art. 41 CP no hallan motivos claros para imponer el monto de pena (por ejemplo, una pena de 12 años y 9 meses de prisión, y no una de 9 años y 3 meses, en un caso cualquiera de homicidio simple), delinean un sendero escasamente despejado, por no decir enmarañado, además de poco seguro.

La solución analógica que propone Ziffer para superar la brecha, que se convierte en el sendero enmarañado recién descrito, parte de la afirmación de que *“el argumento de la barrera insalvable de la transformación de los juicios de valor en cantidad numéricas plantea incorrectamente el problema. Pues no se trata de reducir ilícito culpable y pena a un denominador común –lo cual sí parece aún imposible– sino de un proceso de atribución.”*<sup>63</sup>

Ahora bien, ¿qué quiere decir Ziffer con *proceso de atribución*? Aclara al respecto que *“medir”* es atribuir un número a ciertos objetos, ya sean cosas ya sean hechos, de modo que las relaciones entre las cifras pueden reflejar ciertas relaciones entre las cosas, como así también relaciones entre los hechos. Así, para Ziffer, decir que la culpabilidad es inconmensurable o no susceptible de medición es una equivocación en el sentido de que pierde de vista el punto central del problema, *“pues nada impide, racionalmente, que a una culpabilidad de ciertas características se le atribuya una pena determinada”*.<sup>64</sup> Y seguidamente asocia la forma en que funciona dicha relación con *“la relación entre dinero y mercancías; se trata de unidades diferentes, pero esto no impide que el comerciante atribuya un ‘precio’”*.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 31. Ziffer entiende que ello queda patente a través de los esfuerzos por aplicar métodos matemáticos a la determinación de la pena, lo cual se hace posible sólo cuando se toma la decisión acerca de *cuáles* son los factores relevantes, y *cómo* debe ser valorados, siendo este uno de los puntos sobre los cuales no existe acuerdo.

<sup>64</sup> ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 31.

<sup>65</sup> ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 31. (el resaltado es propio) Igualmente, Ziffer no parece estar muy convencida de la solución que propone, pues allí mismo dice que *“no es posible alentar la expectativa de alcanzar soluciones de una precisión absoluta. (...) la necesidad de expresar el resultado de las reflexiones en cifras (...) deja al descubierto que se trata de terrenos poco firmes”* (ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 32). (el resaltado es propio)

Si bien no somos proclives a desestimar el uso de analogías en las argumentaciones, sino que, por el contrario, nos parece un recurso válido y en muchos casos efectivo y esclarecedor, el argumento analógico que aplica Ziffer entre el dinero de las mercancías y la pena de los acusados o, si se quiere, la pena de los hechos cometidos por personas acusadas, nos parece un tanto desacertado o, al menos, inapropiado.

En primer lugar, lo que opera de común denominador entre ambos razonamientos es el concepto de “*unidades diferentes*”; ello, no obstante, más que semejanza, puede encubrir otra cosa: desemejanza entre los objetos o conceptos que se comparan. No es lo mismo “dinero” que “pena”, si bien ambos términos pueden ser concebidos como artificios humanos y en el lenguaje coloquial se pueda asociar el cumplimiento de pena con pagar un precio. Tampoco es lo mismo “mercancía” que “personas” o “hechos”. Aquí sí quizá la diferencia es sin lugar a dudas radical, más allá del carácter convencional de los nombres empleados. De todos modos, podría considerarse como mercancía una manzana, es decir, un objeto tan natural como una persona, o un hecho. Más allá de estas disquisiciones, la relación en uno y otro caso no puede funcionar de la misma manera.

En segundo lugar, toda relación refleja un objetivo o fin si se trata de una creación humana o, al menos, cumple una función descriptiva si se pretende “natural”. En tal sentido, el objeto-fin que procura una relación convencional (si así la considerásemos) no coincide con el que se pretende en la natural. En efecto, en la relación dinero-mercancía existe una clara finalidad económica y/o de mercado, que tiene ribetes propios y se rige por reglas propias, tales como la ley de la oferta y la demanda, entre otros tópicos relevantes. Ejemplo: si no vendo las manzanas a tal precio, deberé bajarlo porque se pudrirán y habrá entonces pérdida. En cambio, en la relación pena-acusado/hecho, el fin al que se tiende puede variar de acuerdo al punto de vista teórico (teleológico) que se escoja, pero más allá de ello tendrá aristas que en nada pueden vincularse o compararse a la finalidad económica o de mercado perseguida en el otro ámbito. En cualquier caso, la pena que se imponga a un acusado intentará colmar el ideal de justicia, que se traducirá (por supuesto) de diversas maneras para el retribucionismo clásico, o el neoproporcionalismo, o los prevencionismos en sus diversas versiones, pero, en definitiva, se definirá la cuestión de un modo absolutamente disímil al que emplea el verdulero con sus frutas.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Ejemplo: el joven que roba un determinado objeto mediante el uso de un arma de fuego apta para el disparo recibirá en caso de que se pruebe el hecho una condena de prisión que oscilará entre los 6 años y

En el proceso de atribución que advierte Ziffer, es cierto que nada impide que tanto el juez como el comerciante atribuyan valores (cifras) a los objetos que tienen en mira. Pero lo fundamental es saber que no es lo mismo pagar un precio más alto o más bajo por un objeto comercial que estar privado de su libertad más o menos tiempo y, por otra parte, qué es lo racional en el proceso de atribución del juez. Estas cuestiones, entre otras, tornan al objeto de estudio de este trabajo en algo complejo que no se puede asimilar a una relación como la que existe entre el dinero y las mercancías.

Como se indicó más arriba, la posibilidad de traducción, transformación o traslación desde un orden cualitativo (juicios de valor) a un orden cuantitativo (juicios de cantidad que fijan cifras numéricas) es humanamente –léase racionalmente– imposible. Sólo un ser omnipotente y omnisciente (perfecto) podría lograr semejante pasaje o milagro de transmutación, porque nada en absoluto le estaría vedado: por definición de su esencia, todo lo puede y todo lo sabe. Pero, más allá del carácter ficcional o real de la idea sobre este ser supra humano –nadie pretende debatir aquí semejante temática–, el pasaje de un ámbito al otro está por encima de la capacidad de lo humano.

En tal sentido, por aplicación de los más elevados principios con raigambre constitucional y convencional en este país –como, por ejemplo, el principio *pro homine* que proscribe las penas crueles, inhumanas y degradantes, el principio de reserva (art. 19 CN) que exige la intervención mínima del derecho penal que es concebido como la *ultima ratio* del Estado y que, a su vez, presupone el principio de subsidiariedad y fragmentariedad, el principio de razonabilidad, el principio de proporcionalidad, además del principio de culpabilidad y principio *favor rei* del que deriva el tantas veces citado *in dubio pro reo*, para nombrar sólo algunos entre otros principios fundamentales, junto con el aludido carácter de *ultima ratio* del derecho penal–, es necesario comprender que el esfuerzo argumentativo de los hombres que imponen condenas en su carácter de jueces debe verse acompañado o filtrado de ese trasfondo de humanidad que poco y nada tiene que ver con el carácter resentido y vindicativo que aún hoy distingue a la sensibilidad de la comunidad humana en general. La justicia tiene que ser otra cosa.

---

8 meses y los 20 años de prisión. El juez que deba imponer una pena de prisión concreta tendrá que valorar diversos factores (dejar de lado unos, valorar otros), desde una determinada perspectiva de justicia que fijará de modo razonable, proporcional y necesario el monto que le parezca justo. Ahora, por más que haya dado sólidos y coherentes fundamentos, en el momento en que lo haga, el juez establecerá un monto en cifras atenuadas o agravadas según las consideraciones hechas, pero jamás podrá explicar o justificar en forma acabada la cifra precisa o, dicho en otras palabras, cómo derivó en forma lógico-necesaria el monto concreto de la cadena de argumentos brindados en forma previa en torno a la determinación de la pena.

Siguiendo ahora a Ziffer, es probable que el hecho de haberse confirmado el carácter de delincuente de una persona, por la condena que así lo declara, convierte el asunto de la determinación de la pena en algo irrelevante: da lo mismo que sean 8 años, 11 años y 4 meses o 15 años de prisión, o mejor aún, agregó (rectifico): “no da lo mismo”; en efecto, sería conveniente o apropiado si es más o alcanza a lo máximo: “total, es un delincuente”, y en tal sentido (por ser casi “ganado”, al decir de Fichte) merece el reproche social más gravoso que en un sentido innegable confunde la justicia con la venganza y olvida –casi inconscientemente o, por el contrario, en ciertos casos a propósito– la piedad, la benevolencia o la compasión por los condenados, que acaso no sea sino el baremo humano más valioso que brinde la orientación más justa de la medida de pena.

La mirada actual parece apoyarse de modo exclusivo en el enfoque de la víctima; por ello, se torna vengativa. En tal sentido, el juez que decide desde allí se convierte en un pseudo-vengador. Como destaca Gargarella, la cobertura de los medios de comunicación –incluida la mayoría de las expresiones cinematográficas– de los hechos de violencia criminal es sesgada, pues son exhibidos por lo general desde el “punto de vista de las víctimas, de sus familiares y amigos, que sufren un desgarrado e inmerecido dolor”.<sup>67</sup> No se tiene en cuenta la otra mirada, la que proporciona la complejidad integral de la cuestión criminal que incluye también la mirada del victimario. Pero, esto es necesario hacerlo. Al respecto, Gargarella señala que es indispensable “conocer el punto de vista de quienes han cometido tales actos, de quienes lo rodean y les tienen afecto” y esto parece captarlo mejor el arte –en algunos casos aislados el cine, por ejemplo– que la dogmática o los tratados de derecho penal o, peor aún, los jueces que dictan condenas.<sup>68</sup>

Aunque se admita la hipótesis respecto del carácter imposible de la empresa que pretenda arribar a un monto de pena perfectamente adecuado al caso concreto, no se puede concluir sin más que deban desecharse todos los

---

<sup>67</sup> GARGARELLA, Roberto (2016): *Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores., p. 248. GARGARELLA, Roberto (2016), p. 248.

<sup>68</sup> Es interesante el planteo de este autor que para visibilizar algunas aristas del complejo fenómeno criminal recurre a películas como *Irreversible* para ver ese lado del victimario, o a *Bus 174* a partir de la cual uno necesariamente concluye que antes de juzgar hay que conocer la biografía de quienes han cometido una falta, saber dónde viven, entender cómo juzgan lo que ellos mismos han hecho, qué razones dan y qué historia han tenido (GARGARELLA, Roberto (2016), p. 248). Esta mirada particular aparece también en la película “*El motoarreatador*” en donde la complejidad del caso para determinar una pena es la actitud posterior que adopta el victimario respecto de la víctima, y la actitud que ésta última tiene para con su agresor devenido con posterioridad en su bienhechor.



esfuerzos argumentativos que hacen en mayor o menor medida los jueces a la hora de determinar la pena, empleando reglas y/o criterios jurídicos racionales que les ofrece la normativa vigente y las teorías jurídicas del delito que estimen pertinentes para la fundamentación. En efecto, los jueces tienen el deber de seguir argumentando (motivando) la sentencia no sólo en relación con la materialidad del hecho y la autoría, sino también incluso acerca del *porqué* del *quantum* de pena seleccionado.<sup>69</sup> Esta tarea reviste una importancia tan grande como la tarea previa sobre la necesidad de imponer una sanción. La trascendencia de tal labor debe obligar a los jueces a recurrir a “reglas y criterios jurídicos racionalmente controlables, no discrecionales”<sup>70</sup> o, en palabras de Jeschek, a “criterios valorativos objetivos”<sup>71</sup> con el fin de evitar que “la elección de la clase y cantidad de pena, incluidas ciertas características de su ejecución” se transforme, como dice Julio Maier, en “un ejercicio de adivinación que, en un última instancia, comparece sólo ante el ‘sentimiento jurídico’ de los jueces que integran el tribunal sentenciador.”<sup>72</sup> Ello asegurará, al menos, la pretensión de que la mensura del *quantum* punitivo está fundada o basada en motivaciones racionales, no en emociones ni en impresiones subjetivas o antojadizas ni en preconceptos atávicos que se arrastran en razón de la fuerza de la costumbre. En tal aspecto, la mensura así razonada involucrará en sí misma el debido respeto por los derechos humanos del condenado a una pena justa y razonable de prisión, en comparación con aquel condenado que reciba un monto arbitrario de pena, sin que esté basado en razones plausibles, o que sólo lo esté de modo aparente.

Aunque la insalvable brecha entre los argumentos y los números haga que la determinación cuantitativa sea, por más fundada que esté en buenas razones, inexorable y discrecionalmente *subjetiva* –pero no por ello *arbitraria*–, la seria fundamentación basada en argumentos, principios y teorías configura, tanto a nivel formal como sustancial, ese respeto más logrado por los derechos humanos de quienes resulten condenados; en primer lugar, porque tornan

<sup>69</sup> La propia legislación así lo exige; v.gr. artículos 1 CN, y a nivel provincial 95 CP, 140 CPP y 9 ley 13018.

<sup>70</sup> ZIFFER, Patricia S. (2005), pp. 18 y 97. A diferencia de autores clásicos como Jiménez de Asúa, Chichizola, Nuñez, Soler y Baigún, que interpretan la determinación de la pena como un acto meramente discrecional de los jueces, Zaffaroni y Ziffer, a finales del siglo pasado y recientemente Fleming y López Viñals, entre otros, ha sido autores de obras críticas sobre los criterios adoptados por el legislador argentino en relación con la determinación judicial de la pena, abogando todos por la necesidad de una digna fundamentación en torno al tema (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros (2002), p. 1032; ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 97; FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009), p. 176).

<sup>71</sup> JESCHECK, Hans Heinrich (1981): *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Vol. II, Barcelona, Bosch, p. 1190.

<sup>72</sup> MAIER, Julio B. J. (1996): “Prólogo” en ZIFFER, Patricia S. (2005), p. 14.

---

descifrable la cadena de razonamientos que desembocan en un número; y, en segundo lugar, sobre todo si el rigor cuantitativo de la mensura se matiza desde el ángulo de principios cognitivo-sensitivos y jurídicos como los principios *pro homine*, *ultima ratio*, o *favor rei*, que, al menos, logran la empatía que presupone una mirada benevolente o, como quiere Borges, “**el amor, que nos deja ver a los otros como los ve la divinidad**”.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> BORGES, Jorge Luis (1964): “Otro Poema de los Dones” en *El otro, el mismo* (1964) de *Obra Poética* (1998), Buenos Aires, Emecé Editores, p. 268. (El resaltado en negritas es nuestro).

## Bibliografía General

- ALFONSO, Santiago y otros (2016): *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales*, Buenos Aires, La Ley.
- CABANCHIK, Samuel (1993): *El revés de la filosofía. Lenguaje y escepticismo*, Buenos Aires, Editorial Biblos.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid (2015): "Derecho y argumentación. El puesto de la razón en la fundamentación de las decisiones judiciales" en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2015): *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. I, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; web <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>.
- DAL DOSSO, Darío Alberto (2015): "Cesura del juicio penal", en *Revista de Derecho Procesal Penal 2015-2: El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, dirigido por Edgardo Alberto Donna, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- DE LA RÚA, Fernando (1994): *La casación penal*, Buenos Aires, Depalma.
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel.
- ETCHEVERRY, Juan (2016): "Sobre la única respuesta correcta y la discrecionalidad judicial", en ALFONSO, Santiago y otros (2016).
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, España, Editorial Trotta.
- FLEMING Abel y LOPEZ VIÑALS Pablo (2009): *Las penas*, Rubinzal – Culzoni Editores.
- FREDE, Michael (1997): "The Sceptic's Beliefs", y "The Sceptic's Two Kinds of Assent and the Question of the Possibility of Knowledge", en FREDE, Michael y BURNYEAT, Myles, Terence (eds.) (1997): *The original sceptics: A Controversy*, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Co.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1986): "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", en *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- GARLAND, David (1999): *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, México, Siglo XXI.
- GATTINONI de MUJÍA, María (2016): "Estándares convencionales en materia de independencia del Poder Judicial, remoción de los jueces por juicio político y criterios acerca de la posibilidad de su destitución por el contenido de las sentencias" en ALFONSO, Santiago y otros (2016).
- GELLI, María A., "La selección de los jueces bajo el parámetro de la razonabilidad (El caso del juez Alioto)", *La Ley, Suplemento Constitucional*, citado en PUPPIO, Agustín (2013).
- GIMBERNAT, Ordeig (1976): "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?", en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Cívitas.

- GORDILLO, Agustín (2009): Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, Buenos Aires, capítulo VIII, pp. 27, citado en PUPPIO, Agustín (2013).
- HART, H. L. A. (1963): El concepto de Derecho, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- HÖRNLE, Tatjana (2003): Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la Teoría de la Determinación de la Pena en Alemania, Buenos Aires, Editor Fabián J. Di Plácido.
- MASSINI CORREAS, C. I. (2008): “Dworkin, Finnis y la ‘única respuesta correcta’” en MASSINI CORREAS, C. I. (2008): Objetividad jurídica e interpretación del Derecho, México, Porrúa-U. Panamericana.
- NIETZSCHE, Friedrich (1984): Humano, demasiado humano, Madrid, Biblioteca Edaf.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucy (1994): *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos.
- POSADA MAYA, Ricardo y HERNANDEZ BELTRÁN, Harold Mauricio (2003): *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano*, Bogotá, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- PUPPIO, Agustín (2013): “La discrecionalidad, la arbitrariedad y las cuestiones políticas en el Estado constitucional de derecho. Algunas reflexiones sobre el caso ‘Lopez’”, en REVISTA La Ley Noroeste, dirigida por Jorge Horacio Alterini, Buenos Aires, LA LEY, pp. 373-377.
- RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel de (1993): Función y aplicación de la pena, Buenos Aires, Depalma; web: <https://sanasideas.files.wordpress.com/2015/08/rivacoba-funcion-y-aplicacion-de-la-pena.pdf>.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2003): “Prólogo” en HÖRNLE, Tatjana (2003).
- SEXTO EMPÍRICO (1993): *Esbozos Pirrónicos*, introducción, traducción y notas de Antonio Gallego Cao y Teresa Muñoz Diego, Madrid.
- SEXTUS EMPIRICUS (2005): *Against the Logicians*, Richard Bett (trans.), Oxford, Clarendon Press.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto: “Prólogo” en POSADA MAYA, Ricardo y HERNANDEZ BELTRÁN, Harold Mauricio (2003).
- SPINOZA, Baruch (1980): *Ethica more geometrico demonstrata* [Ética demostrada según el orden geométrico], trad. Oscar Cohan, México, F. C. E.
- TEDESCO, Omar Horacio (1994): “La crisis de la pena. La cesura y el estudio de la personalidad del justiciable” en Revista ZEUS, T. 65 D-123 – D-125.
- TEDESCO, Ignacio (2014): *El acusado en el ritual judicial*, Buenos Aires, Didot.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. (2006): *La defensa penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- VATTIMO, Gianni (2012): “Prólogo” en ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012).
- WALUCHOW, V. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, citado en ALFONSO, Santiago y otros (2016).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2002): *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012): *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Planeta.

---

ZIFFER, Patricia S. (2005): *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc SRL, p. 29.

---

<sup>i</sup> **Lisandro Aguirre:** Es Profesor en Filosofía (UCSF) y Abogado (UNL). Doctor en Filosofía (UNC) con la tesis: *El problema del pirronismo en la filosofía de David Hume*. Maestrando en la Carrera de la Maestría en Derecho Penal (FCJS – UNL) con tesis presentada referida al tema: *La determinación de la pena en el nuevo sistema penal de Santa Fe. Un análisis de la argumentación judicial en las primeras sentencias del nuevo sistema penal oral santafesino*. Además, cuenta con varias presentaciones en jornadas y congresos, como así también una multiplicidad de publicaciones referidas a temas vinculados con la tradición escéptica y el derecho penal. Ha sido docente en Filosofía del Derecho en UCSF e “Historia de la Filosofía Moderna” en la carrera de Filosofía de la UNL e integrante investigador de proyectos de investigación CAI+D Departamento de Filosofía, UNL, durante los años 2005 al 2015. Actualmente se desempeña como defensor público del Servicio Público Provincial de la Defensa Penal de la ciudad de Santa Fe.