

## **Título: Criterios extralegales utilizados por los jueces al cuantificar la pena. Delito de robo calificado por arma\***

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

### **Resumen:**

Este trabajo se enmarca en el análisis del proceso de “individualización judicial de la pena”, a través del cual el juez concreta y personaliza la sanción legal, fijando el quantum de la misma. En una etapa previa se investigó sobre la utilización que los jueces hacen de los criterios legales previstos en los artículos 40 y 41 del Código Penal (Lista, Bertone, Mera Salguero, Azcona y Soria García, Buenos Aires, 2010). En esta instancia se indaga sobre aquellos criterios referidos al hecho o al sujeto que, si bien no están previstos por la ley, su consideración surge claramente en las sentencias penales. Esto nos permite ampliar nuestra investigación sobre el grado de discrecionalidad observable en materia de aplicación judicial de la pena. Presentamos datos de una investigación iniciada en el año 2009 sobre el universo de sentencias judiciales condenatorias dictadas por el delito de robo calificado por el uso de arma, de la primera circunscripción judicial de la provincia de Córdoba, durante el año 2008. Ponemos énfasis en el análisis de los resultados de la praxis judicial concreta. Palabras clave: discrecionalidad judicial - individualización de la pena - robo calificado.

### **Introducción.**

En un trabajo anterior (Lista, et al., 2011) tomamos como objeto de investigación la utilización que los jueces hacen de los criterios fijados en los artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino<sup>1</sup>, para la “individualización judicial de la pena”, esto es, el

---

\* El presente trabajo cuenta con el apoyo económico de un subsidio SeCyT-UNC 214/10. Es continuación de la investigación iniciada en 2009 sobre la individualización judicial de la pena. Le antecede una ponencia presentada en el XI Congreso Nacional y I Internacional de Sociología Jurídica, Buenos Aires, 7-9 de noviembre de 2010, cuya versión corregida fuera posteriormente publicada bajo el título “Criterios utilizados por los jueces al cuantificar el tiempo de condena. El delito de robo calificado”, en la *Revista electrónica Derecho y Ciencias Sociales de la UNLP*, N° 4, ISSN 1852-2971, <http://revista.dcs.jursoc.unlp.edu.ar/index.php>

\*\* Carlos A. Lista es Profesor Titular Plenario de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho y Cs. Ss., (UNC), [clista.argentina@gmail.com](mailto:clista.argentina@gmail.com) ; Fernando M. Bertone es abogado especialista en Derecho Penal, Fiscal de Instrucción de Cruz del Eje, 7<sup>ma</sup> Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba y docente de Metodología de la Investigación del Crimen, Facultad de Derecho y Cs. Ss. (UNC), [bertonemartin@hotmail.com](mailto:bertonemartin@hotmail.com) ; Romina Soria García es abogada, Meritorio del Poder Judicial, Juzgado de Conciliación 5<sup>ta</sup>, 9<sup>na</sup> de Córdoba, 1<sup>era</sup> Circunscripción Judicial, Adscripta de Derecho Penal II, Cátedra A, Facultad de Derecho y Cs. Ss. (UNC). Cursa la Maestría en Sociología (UNC), [rommisg@hotmail.com](mailto:rommisg@hotmail.com); Noelia Azcona es abogada, Auxiliar del Poder Judicial, Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil y Faltas de Río Segundo, 1<sup>era</sup> Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba, Docente Ayudante B cátedra de Derecho Constitucional y Administrativo, Facultad de Ciencias Económicas (UNC), [noelia.azcona@gmail.com](mailto:noelia.azcona@gmail.com) ; Ana L. Mera Salguero es abogada, docente auxiliar de Derecho Constitucional (UBA), Cátedra a cargo del Dr. Alberto Dalla Vía; trabaja como periodista judicial y cursa la Maestría en Magistratura de la UBA, [ana1985lms@hotmail](mailto:ana1985lms@hotmail)

<sup>1</sup> En adelante C.P.

proceso a través del cual el juez concreta y personaliza la sanción legal fijando el *quantum* de la misma. Como continuación de tal investigación, en esta oportunidad, nos avocamos a analizar otros criterios utilizados por los jueces en dicho proceso, los que, en combinación con los anteriores son utilizados por los mismos para fundar la pena. Por no estar expresamente establecidos por el C.P., los denominaremos criterios o elementos extralegales, lo cual no lleva implícito ningún juicio valorativo sobre su legitimidad. Ellos surgen de las mismas sentencias que fueron analizadas en la etapa anterior. En consecuencia, no resultan de la utilización que los jueces hacen de textos legales, sino de sus propias apreciaciones personales. De ahí su relevancia como objeto de investigación.

Tal como lo expresamos en el trabajo antes referido, algunos expertos y parte de la opinión pública consideran que los jueces son benévulos ante el delito y los delincuentes, mientras que otros sostienen que castigan demasiado. Otras opiniones afirman que al juzgar discriminan, en particular, en perjuicio de los sectores sociales menos favorecidos. Las actividades y decisiones de los operadores de la justicia penal están más expuestas al escrutinio público que otros fueros judiciales y es objeto de la presión de diferentes demandas, a veces contrapuestas. Si por un lado se les exige regulación y control del delito, por el otro, neutralidad, certeza y previsibilidad (Lista, 1993: 270).

En nuestro análisis anterior (Lista et al., 201:6) destacábamos que se pueden “distinguir dos posturas principales en torno a la determinación de la individualización judicial de la pena. Una se basa en la acción humana como presupuesto para la aplicación de la pena, la que se conoce como “derecho penal de acto”; la otra, contrapuesta a la anterior, es llamada “derecho penal de autor” y toma el delito como signo de inferioridad moral, biológica o psicológica del autor (Zaffaroni, Aliaga y Alokár, 2002: 63). El derecho penal de autor, además de considerar los elementos subjetivos con preferencia sobre los objetivos, agrega la desvalorización de la persona del autor (Ferrajoli, 1995: 42). En función de esta división realizamos una primera categorización de los criterios utilizados por los jueces para fijar la cantidad de pena, distinguiendo los elementos o criterios subjetivos de los objetivos.

Más allá de lo que sostienen los doctrinarios, a partir del análisis de los fundamentos legales (arts. 40 y 41, C.P.) dados por los jueces en la sentencia, concluimos que “Resulta plausible afirmar que, en la individualización de la pena, los jueces aplican un

sistema mixto (objetivo-subjetivo), en el que prevalece una orientación subjetivista” (Lista et al., 2011: 18).

Comparando los datos sobre la frecuencia de utilización que hacen los jueces de los elementos del art. 41 del C.P., con la valoración que realizan de ellos detectamos dos combinaciones típicas. “Por un lado, los elementos subjetivos aparecen entre los más frecuentes pero, por lo general, como atenuantes. Por el otro, “los elementos objetivos, en su mayoría, son referidos con menor frecuencia”, “pero cuando se los usa son, por lo general, agravantes” (ibid.).

“Si bien es cierto que los jueces aprecian tanto las características del hecho como las del autor, la peligrosidad aparece como un elemento genérico que los magistrados toman en cuenta de manera privilegiada. Lo hacen de modo directo e indirecto al evaluar los distintos elementos.”

A partir de tales hallazgos y utilizando el mismo marco teórico, en el presente trabajo nos centraremos en otros criterios, los que no están expresamente contemplados en los arts.40 y 41 del C.P. para individualizar la pena, pero que los jueces utilizan como elementos valorativos complementarios de tales textos legales. Para su clasificación utilizamos las mismas categorías de “subjetividad” y “objetividad”, para hacer referencia, en el primer caso, a criterios que están vinculados a la persona del autor, sus actos, relaciones y entorno y en el segundo caso, a criterios que hacen alusión a características propias del hecho.

En este trabajo, al ir más allá del texto contenido en el C.P., nos encontramos, además, con elementos que no son valoraciones ni del hecho, ni de la persona, sino que sirven para valorar la especial circunstancia de ser la víctima del delito. La víctima de los delitos de robo calificado por armas constituye otro actor social que es tenido en cuenta en las decisiones judiciales y que forma parte del entramado social en el que se desarrollan los comportamientos delictivos analizados.

El artículo 41 del C.P. establece específicamente elementos objetivos y subjetivos, y en su último párrafo prescribe: “El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”. Si bien la víctima del delito está mencionada en la ley, su forma es muy genérica, y en función de la discrecionalidad judicial se observan en la praxis, cuatro elementos específicos referidos a la víctima, que no surgen de la ley. En suma, los dichos de los

magistrados en sus sentencias son la fuente de estas observaciones, que amplían el nivel de discrecionalidad judicial.

Los datos fueron extraídos de 194 sentencias condenatorias por robo calificado por uso de armas (art. 166 inc. 2 del C.P.) pertenecientes a la 1° circunscripción judicial de la provincia de Córdoba del año 2008.

## **1. Los criterios judiciales no contemplados en el artículo 41 del C.P. Análisis conceptual**

Los criterios que utilizan los jueces para individualizar el *quantum* de la pena, que no integran de modo expreso el artículo 41 del C.P.-única regulación legal-, son trece y constituyen, en consecuencia, otros tantos fundamentos con los que el juez suele legitimar el aumento o disminución de la cantidad de tiempo en prisión.

Es la discrecionalidad judicial mucho más amplia de lo que parece, si recordamos que los elementos que enumera la ley son catorce, cantidad similar a otros criterios que utilizan los jueces, no contemplados en los artículos citados. La originalidad es que estos últimos surgen de las propias decisiones judiciales, por lo que adquieren una relevancia particular.

Estos elementos surgen de otros campos jurídicos como el derecho procesal penal, laboral, de familia, la victimología, etc., y también de la praxis concreta. No han sido objeto de especial atención por parte de los juristas al analizar la individualización judicial de la pena, sin detenerse de modo particular en cada uno de los aspectos que el juez puede considerar como criterios al realizar dicha tarea.

Por eso mismo, es preciso elaborar una definición que nos aproxime a una noción del significado de cada variable, sustentada tanto en aspectos teóricos, como en el sentido común y en datos recabados en la investigación realizada.

### **1.1 Elementos subjetivos**

a) **Declaración del imputado.** La “*postura defensiva*” que adopta la persona imputada y, posteriormente sindicada como responsable de un hecho delictivo, es una variable ajena al artículo 41 del Código Penal, pero de importante gravitación en la tarea de individualización judicial de la pena.

La noción de “*postura defensiva*”, -a los fines de este trabajo y en función de la información colectada durante la investigación-, debe ser entendida como *la actitud que asume, en el proceso penal el individuo a quien se le imputa la comisión de un delito.*

El acusado –amparado en el principio de inocencia- puede elegir varias actitudes procesales; a saber: pasividad del silencio o actividad con sus variantes -solo negar; negar y aportar pruebas de descargo; reconocer lo endilgado; reconocer y arrepentirse-.

En la ley procesal Provincial, se establece que el imputado –junto a su defensor- tiene la “facultad” de solicitar un trámite especial denominado “juicio abreviado” (arts.415, 356 y ccdtes. C.P.P.Cba.), siendo necesario que el acusado confiese libre y voluntariamente lo sucedido, aceptando el contenido de la acusación -hechos, pruebas de cargo y calificación legal-. Muchos expedientes se tramitan en esta opción procesal.

La mayoría de los jueces consideran que la confesión acompañada de arrepentimiento es un acto en el cual el condenado asume su responsabilidad y sobre todo colabora con la Justicia (en orden al proceso abreviado).

De los ciento noventa y cuatro casos analizados ciento veintiocho han sido a través del juicio abreviado, constituyendo un 66% del total.

Los dichos de los jueces cuyas sentencias analizamos son coincidentes: “...colaboración con la justicia al reconocer el hecho...”, “su postura de colaboración con el accionar judicial, al confesar lisa y llanamente su participación en los hechos que se le atribuyen...”, “...el arrepentimiento mostrado a lo largo de la audiencia...”.

**b) Capacitación laboral.** En este punto comenzamos deslindando conceptos: los términos “profesión” y “oficio”, se entienden para el presente estudio, a través del concepto jurídico general de “trabajo”, al decir *de toda actividad lícita que se preste a favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración*<sup>2</sup>. Se define a “capacitación” como la acción y efecto de capacitar, es decir hacer a *alguien apto*, habilitarlo para algo.

Los jueces tienden a considerar al oficio y la profesión como indicadores de las posibilidades reales del condenado, de insertarse nuevamente en la actividad económica.

**c) Contención familiar.** Ampliando la definición de Osorio (2000), se define la institución “familia” *como aquel núcleo paterno filial o agrupación formada por el padre y/o madre, y/o esposa/o e hijos/as que conviven con ellos o que se encuentran*

---

<sup>2</sup> Texto tomado del art.4 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 y modificatorias.

*bajo su potestad*<sup>3</sup>. La existencia de una *unidad familiar*, cualquiera sea su constitución, sería considerada por los jueces como un *ámbito de contención* favorable, al momento de individualizar la pena.

**d) Consumo de alcohol y estupefacientes.** Según el diccionario de la Real Academia española<sup>4</sup> el alcoholismo es *el abuso habitual y compulsivo de bebidas alcohólicas*, pudiendo alcanzar la categoría de enfermedad, la que puede ser aguda, como la embriaguez, o crónica. Esta última produce trastornos graves y suele transmitir por herencia otras enfermedades, especialmente del sistema nervioso.

Por su parte la drogadicción es una *adicción, es decir un hábito que padece una persona que se torna dependiente del consumo de alguna droga* (sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno).

El autor Julio Rivera (2010) considera que estos hábitos, para que tengan incidencia en la vida de relación del individuo deben producir una situación de anormalidad. Se debe estar ante una *habitualidad que logre exponer al otorgamiento de actos perjudiciales para su persona*.

**e) Conducta posterior.** La *conducta posterior*, como variable implicada en la tarea de individualización judicial de la pena, *hace referencia al comportamiento o conjunto de comportamientos que realiza un delincuente luego de la comisión del hecho penado por el sistema legal vigente, debiendo existir entre el delito y este comportamiento ulterior cierta inmediatez o solución de continuidad*.

En sentido amplio, el examen de la “*conducta posterior*” abarca el análisis de la puesta en práctica de comportamientos positivos, -como el arrepentimiento o el pedido de disculpas a la víctima-, como así también negativos -como una huída violenta incluyendo actos de agresión contra las autoridades-.

Ahora bien, respecto del valor que tiene la “*conducta posterior*” en el marco de la tarea de individualización judicial de la pena, y dentro de las mínimas menciones que la

---

<sup>3</sup> Ossorio, Manuel (2000). La definición del autor resulta desactualizada y somos concientes, que a la luz de la actual ley de matrimonio, los conceptos de matrimonio, familia y filiación, entre otros, se han ampliado de manera considerable. Sin embargo, a los fines de nuestro análisis, mantenemos una definición y una terminología (por ej. esposo/a) que serían actualmente discutibles. Lo hacemos por dos razones: primero, pues las sentencias que utilizamos son anteriores a la sanción de dicha ley y segundo, porque nos interesa ajustar nuestros conceptos a lo que hipotetizamos es opinión mayoritaria de los jueces sobre la familia en la evaluación que hacen de la contención familiar al fijar la pena. Es posible que dicho concepto no necesariamente coincida con la actual definición legal de la institución familiar.

<sup>4</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es) (consultada el 20/08/2011).

doctrina hace sobre este tema, es digno de resaltar lo que indica Ricardo Smoliansky (2008: 374) “*el comportamiento precedente y posterior al delito a juzgar y condenar sólo puede tenerse en cuenta en la medida en que permita extraer conclusiones para el juzgamiento de ese delito y no de una personalidad genérica de su autor con predicciones de eventuales e inciertas repeticiones de delitos*”. Esta afirmación condice con la tendencia de la doctrina, en general, que destaca la necesidad de defender un derecho penal de acto, y evitar toda consideración vinculada a un derecho penal de autor.

**f) Patología psicológica.** En términos generales, la enfermedad mental es *una alteración de los procesos cognitivos y afectivos del desarrollo, considerado como anormal con respecto al grupo social de referencia del cual proviene el individuo. Se encuentra alterado el razonamiento, el comportamiento, la facultad de reconocer la realidad o de adaptarse a las condiciones de la vida.*

Consideramos que éste es el significado general que asignan los jueces a los *trastornos psicológicos* en la individualización general de la pena. La misma no coincide, necesariamente, con la utilización que hacen de dichos términos otras disciplinas y escuelas, especialistas y profesionales.

A veces, la enfermedad mental trae aparejada una falta de conciencia que opera en la voluntariedad de los actos, restando responsabilidad al autor. Los jueces suelen aconsejar su tratamiento: “*...la personalidad del imputado que demuestra exigir un tratamiento terapéutico...*”.

Se valora más el hecho de ser una persona sana mentalmente, que con algún trastorno psicológico. Los jueces expresan: “*...persona sana mentalmente...*”, “*... persona sana que puede ganarse la vida honestamente...*”.

**g) Residencia actual.** La residencia actual alude al lugar en donde *habita la persona sentenciada, que puede o no coincidir con su domicilio real, según si constituye el asiento principal de la persona, con las características de habitualidad y permanencia.*

Este elemento es considerado por los jueces pero en un sentido más amplio, ya que tienden a ser utilizado como un indicador del *nivel socioeconómico y cultural del conjunto de personas que habitan en el grupo social.* Algunas de las expresiones usadas por los jueces son “*...proviene de un núcleo urbano marginal...*”, “*... es de un barrio de generalidad precaria....*”.

**1.2 Elementos objetivos.** Se ha detectado un solo elemento objetivo no contemplado en el art. 41 del C.P.: el “lugar del hecho”.

Este elemento se refiere al *espacio físico donde se consumó el hecho*. Se consideran cuales son las características de este lugar, y si coincide o no con las residencia actual del condenado. Si bien se refiere al contexto geográfico o espacial, se relaciona directamente con la peligrosidad del autor, generada a través de la elección de lugares peligrosos, por ejemplo los lugares públicos provocando riesgos elevados en la integridad de las personas y bienes. En tanto que los elementos objetivos son considerados como elementos fácticos independientes del sujeto, existen elementos, como este último, que poseen un tinte subjetivo, por la volición previa causante del lugar elegido para cometer la conducta que se reprocha.

**1.3 Elementos referidos a las víctimas.** La víctima es la persona que padece un sufrimiento físico, psicológico y social a consecuencia de la violencia, de una conducta agresiva antisocial (Marchiori, 1998, p. 25). Son varios los aspectos relativos a la víctima considerados y evaluados por los jueces al fijar la pena.

**a) Sufrimiento personal de la víctima.** Algunos doctrinarios entienden que este elemento estaría comprendido en la “*calidad de las personas*”, a la que sí hace referencia la norma citada. Este elemento no ha sido puntualmente conceptualizado por los juristas.

El “*sufrimiento personal*” de la víctima puede ser caracterizado como *los padecimientos, físicos o espirituales a los que se somete al sujeto pasivo de un hecho delictivo en el marco de la comisión de esa acción típica, antijurídica y culpable*.

Además, cabe destacar que, el “*sufrimiento personal de la víctima*”, juntamente con otras variables como el “*número de víctimas*”, la “*edad*” y el “*sexo*” de la misma, apuntan a poner atención en las características y circunstancias de la persona que padece las consecuencias del delito, es decir en el damnificado. Es posible, entonces, afirmar que las particularidades del individuo contra quien se dirige el hecho criminal integran el análisis de la acción delictiva en sí misma, y por lo tanto se enmarcan dentro de las consideraciones propias del derecho penal de acto.

**b) Edad de la víctima.** La edad es considerada por los jueces, bien sea como el número de años (variable intervalar) o como una variable de tipo ordinal, cuyas categorías suelen ser “*menor*”, “*niña pequeña*”, “*niña/o*”, “*mayor*”, “*avanzada edad*”, etc.



c) **Sexo de la víctima.** El “*sexo de la víctima*” forma parte del universo de variables que tampoco surge en forma expresa de la lectura del artículo 41 del C.P., si bien ya se ha hecho referencia a que algunos juristas consideran incluidas las particularidades de la víctima dentro de la noción de “*calidad de las personas*” a la que hace alusión la norma citada.

La variable “*sexo de la víctima*” admite ser conceptualizada como *la condición orgánica, masculina o femenina*<sup>5</sup>, que reviste el sujeto pasivo de un hecho delictivo.

d) **Número de víctimas.** Se refiere a *la cantidad de personas, expresada en forma numérica u ordinal que han padecido un daño injusto a causa de la comisión de una acción calificada como delictiva*”. Esta definición se circunscribe a los alcances y objetivos de este trabajo.

## 2. Consideración y valoración que hacen los jueces de elementos no contemplados en los arts. 40 y 41 del C.P.

De 13 elementos extralegales, 8 son subjetivos. Es decir que más de la mitad (61,5 %) de los criterios que utilizan los jueces tienen ese carácter y con estos resultados se remarca la tendencia hacia el derecho penal de autor. En el cuadro N° 1 se detallan los elementos subjetivos considerados y su valoración, por un lado, a favor del condenado, en el sentido que disminuye la cantidad de pena, y por otro lado, en contra, aumentando la condena. Sólo es considerado un elemento objetivo (Cuadro N° 2) y los otros 4 elementos se refieren a la víctima del delito (Cuadro N° 3).

### 2.1 Elementos subjetivos

El siguiente cuadro ilustra sobre la frecuencia con que los jueces refieren a criterios subjetivos en las sentencias.

**Cuadro N° 1: Elementos subjetivos**

| Elementos subjetivos       | Consideración |       | Valoración   |                |              |                |            |
|----------------------------|---------------|-------|--------------|----------------|--------------|----------------|------------|
|                            |               |       | A favor<br>F | En contra<br>f | A favor<br>% | En contra<br>% | Total<br>% |
|                            | F             | %     |              |                |              |                |            |
| Declaración del imputado   | 135           | 69,60 | 132          | 3              | 99,70        | 0,30           | 100        |
| Contención familiar        | 80            | 41,20 | 79           | 1              | 98,75        | 0,0125         | 100        |
| Capacitación laboral       | 53            | 27,30 | 39           | 14             | 73,58        | 26,42          | 100        |
| Consumo de estupefacientes | 24            | 12,40 | 19           | 5              | 80,00        | 20,00          | 100        |

<sup>5</sup> Definición extraída de [www.rae.es](http://www.rae.es)

|                       |    |      |    |   |       |       |     |
|-----------------------|----|------|----|---|-------|-------|-----|
| Consumo de alcohol    | 14 | 7,20 | 12 | 2 | 85,71 | 14,28 | 100 |
| Conducta posterior    | 12 | 6,20 | 6  | 6 | 50,00 | 50,00 | 100 |
| Patología psicológica | 10 | 5,20 | 8  | 2 | 80,00 | 20,00 | 100 |
| Residencia actual     | 4  | 2,10 | 3  | 1 | 75,00 | 25,00 | 100 |

**FUENTE:** *sentencias condenatorias por robo calificado por uso de arma (art. 166 inc. 2 C.P).* N=194

Los primeros tres elementos son los más significativos por la cantidad de veces que son tomados en cuenta por los magistrados para valorar la cantidad de pena. La declaración del imputado se refiere básicamente a la confesión del hecho por el responsable. Esta situación favorece considerablemente la condena. Lo mismo sucede si el condenado cuenta con una familia que le brinde contención, y con cierta capacitación laboral. Estos tres elementos son considerados por los jueces como una ventaja y una mayor posibilidad para vivir en sociedad y reinserirse a ella.

De las sentencias analizadas (194), la “*declaración del imputado*” fue considerada, en 135 de ellas (equivalentes al 69,6%), al momento de individualizar la sanción penal. En los restantes supuestos, -59 pronunciamientos judiciales, representativos del 30,4% del total-, no se sopesó esta variable al efectuarse la determinación del monto de la condena.

Los números indican, claramente, que pese a tratarse de una variable ausente en el artículo 41 del Código Penal, la “*postura defensiva*” del imputado/condenado, esto es la actitud que asume frente a la acusación, reviste gran importancia para los jueces al momento de individualizar la pena.

En lo que se refiere a los datos de la familia de origen del conjunto de personas condenadas con el que trabajamos, se detectan seis casos de orfandad, siendo la mayoría de los condenados personas que viven o han vivido algún tipo de experiencia familiar de convivencia con uno o ambos padres. Es de destacar que en el 21% de los casos los sentenciados declararon no haber tenido contacto o relación alguna con uno de sus progenitores. Por su parte, en cuanto a la familia constituida por las personas condenadas, se observa que el 23% de los casos son padres de familia que conviven con sus hijos, mientras que el 17,5% tiene hijos con los que no conviven, y más de la mitad son personas sin hijos (51,5%).

Estos datos, bajo la mirada de los jueces, se traducen en consideraciones tales como que el imputado “*vive en concubinato y tiene un hijo de 4 años*”, “*tiene dos hijos menores de edad que criar*”, “*conoció a su padre recién cuando contaba con nueve años de edad, no habiendo sido reconocido por éste ni mantenido contacto posterior con el*

*mismo*". Así las cosas, se detecta que cuando de "*contención familiar*" se trata, menos de la mitad de los magistrados (41,2%) ve como relevante la situación. Pero en las oportunidades en las que el dato es tenido en cuenta, casi siempre lo es en forma favorable al sentenciado, es decir tomándolo como un elemento atenuante en el proceso de graduación de la pena.

Así se expresan los magistrados en sus sentencias: "*tiene grupo familiar conviviente que lo puede ayudar en su reinserción*", "*tiene pareja y dos hijas*", "*tiene una hija de once años que lleva su apellido*", "*tres parejas con las que tuvo cuatro hijos*", "*familia desmembrada que no da contención*", "*falta de contención familiar*".

La "*capacitación laboral*" como factor socioeconómico es considerada por los jueces para la individualización de la pena en un 41,20 %, que representan 53 casos. La valoración es en su mayoría (98,75%) atenuante para el condenado. Los jueces mencionan en las sentencias que: "*es una persona trabajadora*", "*inserción precaria en el mercado de trabajo*", "*tenía trabajo, sin embargo comete este hecho*", "*le resulta dificultoso encontrar trabajo lícito para su subsistencia*".

El "*consumo de estupefacientes*" por los condenados es considerado en el 12,4% de las sentencias, mientras que el "*consumo de alcohol*" lo es sólo el 7,2% de ellas. Esta no consideración puede resultar de que en la mayoría de los casos no hubo consumo alcohol o estupefacientes, o si lo hubo, no pudo ser probado.

Lo que es común a ambas adicciones es la valoración positiva que los magistrados hacen de la ausencia de consumo (86% en el caso de alcohol y 80% en el caso de estupefacientes), mientras que el consumo se valora negativamente.

Los jueces manifiestan: "*no afecto al alcohol*", "*no afecto a las drogas*", "*consume marihuana y cocaína*", "*consume drogas desde hace mucho tiempo*", "*adicción a sustancias peligrosas*", "*marihuana, cocaína y pastillas de Roinol*".

Del cuadro surge la escasa consideración que tiene la variable "*conducta posterior*" al momento de la determinación de la sanción penal. En un universo de 194 sentencias, sólo 12 casos – es decir el 6,2% del total de los pronunciamientos analizados-, contienen una evaluación de este factor extra legal de individualización de la pena. Es decir, que sólo en 12 fallos judiciales los magistrados han valorado la "*conducta posterior*" del delincuente a los fines de determinar el *quantum* de la sanción.

En la mitad de los casos (6 sentencias) el juez valora el comportamiento ulterior al delito de modo favorable, es decir, como atenuante del monto de la sanción penal. En el otro 50% el juez lo valora desfavorablemente, o sea como agravante del *quantum* de la condena.

El panorama se aclara si se repara en las expresiones vertidas en sus sentencias. Los siguientes ejemplos ilustran sobre la valoración de la conducta posterior como agravante: “*total desaprensión al abandonar a la víctima con heridas*”; “*dándose a la fuga y desentendiéndose de la suerte de la víctima*”; “*siguió disparando cuando se alejaba*”. Respecto de los casos en que la valoración fue atenuante, pueden mencionarse los siguientes indicadores: “*luego del delito, se sometió pacíficamente*”; “*sufrió y soportó una brutal paliza a mano de uno de los damnificados*”.

Los ejemplos reseñados demuestran que la persona que comete un delito puede, posteriormente, comportarse de un modo considerado negativo –huyendo, agrediendo, etc.-, o bien, reaccionar de modo más positivo demostrando cierto arrepentimiento o contrición respecto de la conducta reprochable de la que fue autor. Estas dos posibilidades, asequibles por mera utilización del sentido común, demuestran por qué, a veces, esta variable opera como un elemento favorable al tiempo de la individualización de la pena, mientras que en otros casos, funciona en forma desfavorable.

En lo que hace a la “*patología psicológica o psiquiátrica*”, en las sentencias analizadas se detecta que la salud mental sólo es considerada por los jueces en el 5,2% de los casos, y cuando lo es, en la mayoría de los casos, este elemento atenúa la pena (80% de los casos). Lo que se valora positivamente es la salud y no la patología. Cuando este elemento está presente, la mayoría de los magistrados entienden que al ser el condenado una persona mentalmente sana tiene más posibilidades de reinsertarse socialmente.

La utilización de “*residencia actual*” en la individualización judicial de la pena es prácticamente excepcional. Se alude a él en sólo cuatro sentencias que representan el 2,10% del total. En la mayoría de ellas se lo valora como atenuante, ya que los jueces disminuyen la condena cuando el autor proviene de una zona urbano-marginal. Quizás parten de suponer que si el imputado se socializó en ese ámbito, es más propenso a las conductas desviadas por aprendizaje y no por peligrosidad personal.

## **2.2 Elementos objetivos**

Si comparamos la cantidad y frecuencias de los elementos extralegales referidos al hecho y al autor, se observa que la importancia que los jueces asignan a los criterios objetivos referidos al hecho delictivo es notablemente menor.

### Cuadro N° 2: Elementos objetivos

| Elementos objetivos | Consideración |       | Valoración |           |         |           |       |
|---------------------|---------------|-------|------------|-----------|---------|-----------|-------|
|                     |               |       | A favor    | En contra | A favor | En contra | Total |
|                     | f             | %     | f          | f         | %       | %         | %     |
| Lugar del hecho     | 8             | 4,10% | -          | 8         | 0,00    | 100       | 100   |

*FUENTE: sentencias condenatorias por robo calificado por uso de arma (art. 166 inc. 2 C.P). N=194*

El lugar del hecho aparece como el único aspecto extralegal objetivo no tenido en cuenta de manera expresa en el artículo 41 del C.P. Además, su utilización es muy infrecuente, ya que sólo es considerado en el 4,1% de las sentencias analizadas y siempre como agravante.

Por un lado, un lugar público donde circula mucha gente tiende a ser considerado en forma negativa. Como tales, mencionan, por ejemplo, “un shopping”, “un colectivo” y “un local comercia”<sup>1</sup>. Por otro lado, se le asigna otro significado muy relacionado a “residencia actual”, ya que si estos dos lugares coinciden, es decir si el lugar del hecho es en el mismo barrio donde reside el condenado, los magistrados tienden a valorarlo en forma negativa.

### 2.3 La víctima

Aunque en menor medida que los tres elementos subjetivos más frecuentes (Cuadro N° 1), distintos aspectos referidos a la víctima son incorporados en las sentencias como criterios valorados para fijar la pena.

### Cuadro N° 3: Elementos en relación a la víctima

| Elementos relacionados con la víctima | Consideración |       | Valoración |           |         |           |       |
|---------------------------------------|---------------|-------|------------|-----------|---------|-----------|-------|
|                                       |               |       | A favor    | En contra | A favor | En contra | Total |
|                                       | f             | %     | f          | f         | %       | %         | %     |
| Sufrimiento                           | 41            | 21,00 | 4          | 37        | 10,00   | 90,00     | 100   |
| Edad de la víctima                    | 20            | 10,30 | -          | 20        | 0,00    | 100       | 100   |
| Sexo de la víctima                    | 11            | 5,87  | -          | 11        | 0,00    | 100       | 100   |
| Número                                | 7             | 3,60  | -          | 7         | 0,00    | 100       | 100   |

*FUENTE: sentencias condenatorias por robo calificado por uso de arma (art. 166 inc. 2 C.P). N=194*

**a) Sufrimiento personal.** De 194 sentencias que conforman el universo de análisis, en 41 de ellas (21,1%) se evaluó el “*sufrimiento personal de la víctima*” a los fines de la fijación del *quantum* de la condena. En los restantes casos (153 sentencias equivalentes al 78,9%), no fue considerado ni valorado.

En 4 de las 41 sentencias en las que sí se consideró el “*sufrimiento de la víctima*”, éste fue considerado y valorado como atenuante de la pena. En 37 de esos pronunciamientos la valoración fue en sentido negativo o agravante.

Si bien no se observa consenso respecto del sentido que se le debe asignar a la variable, la tendencia mayoritaria es la de valorarla desfavorablemente. ¿Cuál es la razón de esta diversidad en la apreciación del sufrimiento de la víctima?

Los magistrados tienden a valorar positivamente la ausencia de sufrimiento de la víctima, o cuando el mismo es mínimo o no afecta la integridad física de la misma: “*el escaso perjuicio ocasionado*”; “*no lesionó a la víctima*”; “*la víctima no corrió riesgos inminentes*”.

En los casos en que la variable bajo análisis fue estimada de modo desfavorable como agravante, los jueces justifican su decisión de diversa manera: “*el desprecio hacia sus semejantes*”; “*un accionar violento e innecesario, atando a sus víctimas y encerrándolas*”; “*la zozobra y temor que le causó a sus víctimas*”; “*ejerciendo sobre la víctima un nivel de violencia que excedía de lo necesario para la consecución de sus viles objetivos*”.

Las citas transcritas, extraídas de las sentencias analizadas, permiten lograr una mejor comprensión del funcionamiento de esta variable en la práctica judicial. Su lectura posibilita la siguiente afirmación: el “*sufrimiento personal de la víctima*” es valorado en forma desfavorable cuando los magistrados estiman como desmedidamente agresiva la conducta del delincuente respecto de la o las víctimas.

Por otra parte, los casos en que los jueces valoran favorablemente esta variable, parecen ser aquellos en que los delincuentes respetan la integridad –al menos física– de sus víctimas. En supuestos donde no se daña a las personas, ni se las atemoriza o veja, los magistrados valoran el comportamiento del condenado como positivo y tienden a disminuir la sanción penal.

Un dato interesante que se extrae, además, de los datos reseñados en torno a esta variable es que son bastante numerosos los casos en los que la violencia de los

delinquentes es estimada por los magistrados como “*desmedida*” o “*excesiva*”. Esto, en cierta forma coincide con los reclamos sociales que existen en torno a los problemas de inseguridad y violencia.

**b) Edad.** En particular, y dentro del universo total de casos, sólo en 20 de ellos (10,3%) se tuvo en cuenta la edad de la víctima al fijar el *quantum* de la condena. El restante 89,7% (174 sentencias), no contiene alusión alguna a la variable “*edad de la víctima*”.

En aquellos casos en que esta variable fue efectivamente considerada, en el 100% de los casos fue valorada como un elemento agravante al momento de la fijación del monto de la pena.

Los datos transcritos evidencian, entonces, la existencia de un consenso tácito, en virtud del cual los magistrados analizan la edad de la víctima como un elemento negativo, pues tiende a incrementar la *cantidad* de la pena.

Los magistrados realizan las siguientes afirmaciones: “*contra la vida de un menor de 17 años*”; “*contra mujeres de avanzada edad*”; “*en presencia de una niña pequeña*”; “*tomando como escudo a la nieta de la víctima de cuatro años de edad*”; “*contra una señora muy mayor*”.

Los datos cualitativos de los pronunciamientos judiciales permiten afirmar que los extremos etarios –niños y ancianos, particularmente-, representan un aspecto relevante para los magistrados al evaluar las circunstancias que rodean un hecho delictivo para fijar la pena. Si la víctima es una persona muy joven o muy mayor, esto repercute de modo desfavorable en la fijación del *quantum* de la condena.

**c) Sexo.** Del universo de sentencias analizadas (194), sólo en 11 pronunciamientos judiciales (5,7%) se tuvo en consideración el sexo de la víctima, a los fines de la determinación del *quantum* de la sanción penal. En el 100% de los casos aparece valorado como un elemento agravante para la fijación del monto de la pena.

Al valorar desfavorablemente el “*sexo de la víctima*” los jueces realizan afirmaciones tales como: “*contra mujeres*”; “*contra dos indefensas mujeres*”; “*todas víctimas mujeres*”; “*hecho ejecutado contra una joven mujer*”.

Las citas textuales extraídas de las sentencias analizadas indican que los magistrados sólo tienen en cuenta los casos en que la víctima es mujer, lo que habitualmente se

asocia a una mayor debilidad e indefensión. Por eso, además de cobrar protagonismo en la determinación del *quantum* de la sanción, lo hace como un factor desfavorable.

Por el contrario, no se han registrado casos en los que la masculinidad de la víctima sea objeto de una valoración especial por parte de los jueces. Probablemente, esto se vincula con el hecho de que socialmente la debilidad y la necesidad de protección no se asocian a la condición de varón.

**d) Número de víctimas.** El “*número de víctimas*”, tal como se evidencia en el cuadro precedente, no es una variable frecuentemente tenida en cuenta por los jueces al momento de individualizar la sanción penal. Sólo en 7 sentencias (3,6% del total), se aborda como elemento relevante la cantidad de damnificados por un hecho delictivo, al momento de determinar el *quantum* de la condena. Ahora bien ¿es un elemento favorable o desfavorable? ¿Contribuye a incrementar la condena o a disminuirla?

Básicamente, y pese a que los casos en que se tuvo en cuenta esta variable sean escasos, el “*número de víctimas*” siempre fue valorado como un elemento desfavorable a la hora de la fijación del *quantum* de la condena. En el 100% de los casos en que se consideró este aspecto, los magistrados le asignaron un sentido negativo o agravante.

Esto parece indicar que, la cantidad de afectados por un hecho delictivo, sólo interesa a los fines de la individualización judicial de la pena, en la medida en que aumenta la gravedad de las consecuencias negativas del hecho. En principio, pareciera ser que cuántas más víctimas tenga un delito, más grave será la penalidad que se le imponga a su autor.

Asimismo, es preciso reparar en los dichos de los propios jueces para poder comprender mejor la cuestión bajo análisis. Los magistrados que tuvieron en cuenta el “*número de víctimas*” y le asignaron un sentido desfavorable, se expresan del siguiente modo: “*conducta vejatoria con respecto a varios de los pasajeros*”; “*en presencia de varias personas*”; “*provocó heridas en dos de sus víctimas*”.

Las citas textuales demuestran interés por resaltar el número de damnificados o afectados, por el hecho delictivo, al tiempo de individualizar la pena.

## **Conclusiones e implicaciones**



La pregunta particular y específica que guía nuestra investigación referida al delito de robo calificado por uso de armas (art. 166 inc. 2 del C.P.) es la siguiente: ¿qué criterios utilizan los jueces para fundamentar el *quantum* de la pena?

Para responderla hemos utilizado dos criterios clasificatorios de tales fundamentos: a) el primero de ellos, basado en posturas jurídico-doctrinales, diferencia entre elementos subjetivos, referidos a características de la persona que delinque y objetivos, relacionados con el hecho delictivo. Esta distinción nos permite identificar si la tendencia que prevalece en las prácticas discursivas de los jueces es la del llamado “derecho penal de autor” o si predomina el “derecho penal de acto”; b) el segundo criterio clasifica los elementos según estén o no contemplados en los arts. 40 y 41 del C.P., lo cual hace posible detectar tanto el uso de elementos legales explícitos contemplados en dichos textos legales, como sacar a luz otros no contemplados expresamente en ellos, pero que los jueces utilizan.

Tal como lo expresamos en las conclusiones del trabajo anterior (Lista, et al., 2011), cuando analizamos la consideración y valoración que los jueces hacen de los criterios legales, la tendencia observada es la aplicación de un sistema mixto, en el que consideran tanto elementos objetivos como subjetivos, aun cuando prevalece esta última orientación, la subjetiva. Al momento de valorarlos, los elementos subjetivos son predominantemente usados como atenuantes y los objetivos como agravantes.

Al ampliar el análisis, incorporando criterios extralegales y observar el discurso judicial con mayor amplitud se detecta que:

a) **la dicotomía hecho-acto/objetivo-subjetivo no resulta suficiente** para analizar los criterios utilizados al justificar el monto de la pena, dado que los jueces incorporan criterios referidos a la víctima. La valoración que hacen los jueces de estos aspectos es negativa por la mayor peligrosidad que demuestra el autor hacia la víctima o por el mayor número de éstas. Esta valoración es semejante a la que se hace de los elementos subjetivos referidos a la peligrosidad del condenado

b) **la tendencia subjetivista no sólo se mantiene, sino que se ve reforzada. Predomina la postura que algunos identifican como “derecho penal de autor”**. Contemplados en su conjunto, de los 27 criterios detectados (contemplados o no por los arts. 40-41 del C.P.), 13 de ellos se refieren a rasgos, hábitos o comportamientos del imputado/condenado, 10 a características del hecho y 4 a la víctima. Cuando se trata de criterios no incluidos en tales artículos, los jueces tienden a incorporar nuevos aspectos referidos al autor del delito, mientras que innovan mucho menos con relación a aspectos referidos al hecho delictivo;

c) tal como lo manifestamos en el trabajo anterior, **la peligrosidad constituye “un elemento genérico que los magistrados tienen en cuenta de manera privilegiada para fijar la pena”**. Lo hacen de modo directo e indirecto, explícito e implícito. La utilización que hacen de aspectos referidos a la víctima refuerza esta conclusión, así como la referencia a hábitos personales, como el consumo de estupefacientes, alcohol y a rasgos que evidencian trastornos psicológicos;

d) **los jueces se muestran muy atentos y sensibles en sus sentencias con respecto al tipo de “postura defensiva” que adopta el imputado/condenado**. Ven muy favorablemente su predisposición a colaborar, especialmente a través de la declaración y reconocimiento de su culpabilidad;

e) otro aspecto relevante es que **los jueces toman en cuenta la potencialidad y posibilidad que, a su juicio, tiene el condenado de reinsertarse socialmente**, lo que es valorado, por ejemplo, a partir de su capacitación laboral, situación familiar, hábito/no hábito de consumo de estupefacientes y alcohol, entre otras cosas. Interpretamos que estos aspectos, en gran medida, son inferidos por el juez de supuestos derivados, sobre todo, de su propia experiencia profesional y no necesariamente basados en conocimientos científicos o técnicos especializados (psicológicos, psiquiátricos, sociológicos, etc.). Se refleja el ideal de una sociedad tradicional, en la que prevalecería cierto modelo de vida: la constitución de una familia, la funcionalidad de estar dentro del mercado y una valoración sexista de la mujer, como más débil y como víctima.

f) al individualizar la pena, **existirían ciertos consensos tácitos sobre la consideración y valoración de criterios no contemplados en los arts. 40-41 del C.P.** Las prácticas discursivas de los jueces no son erráticas, ni necesariamente contradictorias, como usualmente se supone. A pesar de la diversidad de casos que contemplan las sentencias y de que éstas son producidas por distintos equipos de trabajo judicial, los textos revelan la existencia de lo que podríamos denominar, un “sentido común judicial” basado en la experiencia nutrida en las prácticas tribunales y que es parte de la cultura organizacional propia del fuero penal.

g) **no es correcta la vinculación entre discrecionalidad y arbitrariedad en las decisiones judiciales** aplicadas al instituto de la individualización judicial de la pena. Si bien se observa discrecionalidad en las decisiones de los magistrados, también se detecta un importante grado de coherencia en la consideración y valoración de los criterios no contemplados en los arts. 40-41 del C.P., así como ciertos consensos tácitos que parecen derivan de la praxis judicial y que no están no suficientemente trabajados por la doctrina. Esta afirmación no implica acordar con la oportunidad en que son considerados, ni con el modo en que son definidos y valorados, lo cual no forma parte de nuestros objetivos actuales de investigación.

En sus textos, los jueces van más allá de la ley, lo que no supone ilegalidad ni ilegitimidad, sino por el contrario, un proceso interpretativo de creación jurídica, que no sólo excede a la doctrina, sino que la complementa y a veces ignora.

Estos hallazgos nos plantean nuevos interrogantes de investigación y refuerza nuestro interés por la acción judicial como un ámbito de reproducción e innovación jurídica que vincula activamente el sistema legal con el campo social que constituye su contexto.

#### Bibliografía.

Ferrajoli Luis (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Editorial Trota. 1995, primera edición.

Lista, Carlos, Martín Bertone, Ana Laura Mera Salguero, Noelia Azcona y Romina Socia García (2011) “Criterios utilizados por los jueces al cuantificar el tiempo de condena. El delito de robo calificado”, *Revista electrónica Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 4, ISSN 1852-2971, <http://revista.dcs.jursoc.unlp.edu.ar//index.php>

Lista, Carlos A. (1993). “¿Administración de justicia penal sin discrecionalidad judicial? El caso del estado de Minnesota, EEUU?”, *Actas del VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*, Córdoba, 10-12 de junio de 1992: 269-288.

Marchiori Hilda (1998). “Víctima, Denuncia y Criminalidad”, *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología* N°74. Córdoba: Editorial Marcos Lerner.

Ossorio, Manuel (2000). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires; Editorial Heliasta.

Rivera, Julio (2010). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. Ver: [www.lexisnexis.com.ar](http://www.lexisnexis.com.ar) N° 9233/010151

Smoliansky Ricardo, “Algunos aspectos sobre la individualización judicial de la pena. El fallo Garrone”, en “*Derecho Procesal Penal y Garantías Constitucionales*”, Fascículo 3, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 374.-

Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro (2002). *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar S.A.