

Aportes para una dogmática de la determinación de la pena

POR JOSÉ LUIS ENNIS (*)

Sumario: 1. Introducción. — 2. Determinación de la pena. — 3. Individualización judicial de la pena. — 4. Caracteres generales del régimen legal de determinación judicial de la pena. — 5. Las reglas de los arts. 40 y 41 del Código Penal. — 6. Consideraciones finales. — 7. Bibliografía.

Resumen

En el artículo se intenta destacar la importancia de la determinación de la pena como capítulo del derecho penal y la necesidad de profundizar su estudio desde la dogmática penal, trazando un panorama del régimen legal correspondiente, de los principales aportes de la doctrina nacional en la materia y de los criterios trazados por los tribunales locales y regionales al interpretar las disposiciones legales, constitucionales y convencionales pertinentes. En ese recorrido se descarta la imposibilidad de recurrir a la *peligrosidad* como criterio individualizador y se destaca el valor de la magnitud del injusto, reflejada en concreto en la entidad de la lesión causada a un bien jurídico ajeno, y la culpabilidad por el hecho como ejes principales para la individualización de la sanción penal, permitiendo la introducción de consideraciones de tipo preventivo especial como pauta correctora. Finalmente, a modo de conclusión, se señala la necesidad de profundizar las herramientas dogmáticas que legítimamente se pueden elaborar a partir del marco legal específico para desterrar del ámbito de la determinación de la pena la idea de discrecionalidad que lo ha caracterizado tradicionalmente.

Palabras clave: Derecho penal - Pena - Determinación

Abstract

Der vorliegende Aufsatz ist bestrebt, zwei wichtige Anliegen hervorzuheben: Einerseits, die Relevanz der Bestimmung der Strafe als unabsehbarer Kapitel des Strafrechts; andererseits, der Bedarf einer Vertiefung der strafrechtdogmatischen Untersuchung in diesem Bereich, wozu eine Übersicht über die entsprechende Rechtsordnung, sowie über die wesentliche Beiträge der nationalen Doktrin zur Gestaltung dieses Sachgebiets und die von den Bezirks- und Landesgerichte entworfene Kriterien bei der Auslegung der Gesetz-, Verfassungs- und Konventionsanordnungen. In diesem Zusammenhang wird die Unmöglichkeit des Rückgriffs auf der *Gefährlichkeit* als Individualisationskriterium beiseite gelassen, wobei das Ausmass des Unrechts, das sich im Charakter des dem gesetzmässen fremden Besitz angerichteten Schaden widerspiegelt, sowie die Schuldhafte im Bezug auf dem Untat als Haupttrichtlinien für die Individualisierung der Strafe hervorgehoben werden, was die Einführung von präventive Betrachtungen als Besserungsrichtlinien ermöglicht. Zum Schluss wird es auf das Bedürfnis hingewiesen, eine Vertiefung im Bereich derjenigen dogmatischen Instrumente zu versuchen, die legitim erarbeitet werden können. Der Ausgangspunkt einer solchen Vertiefung soll im spezifischen Rechtsrahmen stattfinden, um die Ermessensidee, die typisch für herkömmliche Vorstellungen der Strafbestimmung ist, endlich aus ihrem Sachgebiet auszuweisen.

Strafrechts - Strafe - Bestimmung

(*) Jefe de Trabajos Prácticos de la Derecho Penal I, Cátedra I. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

1. Introducción

La aplicación de una sanción penal determinada a un individuo exige, en nuestro ordenamiento jurídico y en general en los surgidos de la tradición jurídica europeo-continental, la previa constatación judicial de la existencia de una acción típica, antijurídica y culpable, así como la inexistencia de obstáculos formales o materiales para su punibilidad en el caso concreto. Sin embargo, no basta con esta constatación para establecer qué especie y cantidad de pena corresponde aplicar en el caso concreto, sino que ello requiere la realización de un juicio posterior, cuyas particularidades analizaremos sucintamente a continuación.

La relevancia de esta tarea, que importa nada menos que la dosificación del ejercicio del poder punitivo que se administrara en un caso concreto, sobre un individuo en particular, traduciendo en *magnitudes* o *cantidades* de bienes, derechos e inclusive “tiempo de vida”, de los que no podrá aquel individuo disponer libremente, no ha sido siempre percibida por la doctrina.

Las consideraciones que a continuación se formulan no pretenden ser más que un pequeño aporte en el análisis de esta problemática, limitado tanto en lo que al objeto de estudio se refiere, como en ángulo desde el cual se formula el enfoque, concentrado en los aspectos estrictamente jurídicos de una cuestión que admite y exige un análisis integral, convencidos de la utilidad de profundizar en este campo las herramientas dogmáticas necesarias para dotar a esta tarea de mayor razonabilidad y previsibilidad.

2. Determinación de la pena

Tradicionalmente, siguiendo una clasificación ensayada por Saleilles (1914:269) la doctrina nacional y latina en general identifica tres fases o etapas en la determinación de la pena:

a. Determinación legislativa: es la que realizan -ejerciendo la atribución excluyente que en este sentido les confiere la Constitución Nacional (art. 75 inc. 12 CN)- los integrantes del Congreso de la Nación al asignar a cada tipo penal creado en forma general y abstracta, una pena determinada, dentro de ciertos márgenes, pues pueden establecer penas únicas, conjuntas o en alternativa, recurrir a penas fijas o establecer topes máximos y mínimos en las penas cuantificables. De esta manera, se extiende en la práctica la aplicación del *principio de legalidad* afectando concretamente al ámbito de la pena (legalidad de la pena, *nulla poena sine lege*) y se asegura además un mínimo de *igualdad* de los ciudadanos frente a la ley penal.

b. Determinación Judicial: esta segunda etapa, denominada propiamente *individualización judicial de la pena*, consiste en la fijación por el juez de las consecuencias concretas de un delito (Ziffer, 1999:23). El juez releva en esta tarea individualizadora *información referida al caso concreto y a sus protagonistas*, circunstancias que el legislador no puede considerar en la elaboración de una norma general y abstracta que, por otra parte, debe ser -por imperativo constitucional (art. 18 CN)- previa al hecho del proceso. En esta fase las consideraciones de igualdad que motivaran la uniformidad de la determinación legislativa ceden su lugar a consideraciones particulares que permiten apreciar la gravedad del hecho concreto y la culpabilidad del sujeto al que se atribuye el ilícito.

c. Determinación Administrativa: esta tercera etapa de la clásica distinción correspondería a la fase de ejecución de las penas, en particular las privativas de la libertad, donde el órgano ejecutivo contaría con amplias facultades en la disposición de medidas relativas al tratamiento penitenciario (1). En nuestro régimen legal, las autoridades penitenciarias son las encargadas, por ejemplo, de promover

(1) En algunos Estados de los EE.UU. de Norteamérica en los que se aplica el sistema de sentencia indeterminada la autoridad administrativa cuenta con amplias facultades para fijar, dentro de topes establecidos por el juez, el monto concreto de pena que se impone a un individuo. Las recientes reformas legales que, en el ámbito nacional y provincial, asignan particular trascendencia a informes criminológicos y pronósticos de reinserción social para la concesión de ciertos beneficios, entre ellos la libertad condicional, nos acercan a este régimen foráneo y a esa ideología.

a un interno de una a otra etapa en el período de tratamiento (art. 14 ley 24.660, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 16 de julio de 1996).

Sin perjuicio de la utilidad didáctica de la clasificación corresponde señalar que sus límites no son tan claros y tajantes como en el planteo original, registrándose alteraciones que responden al régimen de control recíproco que integra el sistema republicano de división de poderes.

Así, por vía del *control de constitucionalidad* es posible que los jueces analicen la compatibilidad de los límites establecidos por el legislador a las escalas penales con las disposiciones constitucionales, en particular con las que prohíben la imposición de penas inusitadas, crueles, inhumanas y degradantes (Ziffer, 1999:40), pudiendo apartarse en estos casos -previa declaración de inconstitucionalidad- de los márgenes legales. La doctrina tradicional, invocando el expreso abandono del régimen holandés -que no establece mínimos a las escalas penales- en los antecedentes del Código de 1921, señalaba que el juez no podía, en ningún caso, apartarse de las escalas penales (De La Rúa, 1997:699). En una postura intermedia, la CSJN admitió la posibilidad de apartarse de estos límites cuando ellos resultaren manifiestamente desproporcionados respecto de la afectación del bien jurídico relevada en la construcción de los tipos penales (CSJN, 6/06/1989 “Martínez”, Fallos 312:826, postura revisada luego y matizada en CSJN, 14/05/1991 “Pupelis”, Fallos 314:424). Adoptando una postura extrema, Zaffaroni afirma que los mínimos de las escalas penales son meramente *indicativos* y que en forma alguna vinculan al juez a la hora de individualizar la pena en el caso concreto (Zaffaroni y otros, 2002:995).

La “etapa administrativa” a la que aludíramos ha perdido autonomía a punto tal que podría considerársela diluida entre las otras etapas. En efecto, asumiendo que no pueden reputarse iguales dos penas que se ejecutan en forma distinta, el legislador ha ido avanzando en precisión en materia de legislación ejecutiva, dotando a esta última fase o etapa de contornos cada vez más precisos. El margen de acción de la tarea individualizadora del juez se extiende también hacia la faz de la ejecución de la pena, considerada originariamente competencia exclusiva de la administración. En un primer momento, asumiendo un mayor contralor sobre una tarea a la que permanecía ajeno -en este sentido son claros indicadores las disposiciones de los arts. 3 y 4 de la ley 24. 660 y 10 de la 12.256 en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, que establecen un amplio *control judicial en la ejecución de la pena* (2)-, asumiendo luego un rol más activo en la toma de decisiones que conciernen al modo en que se ejecuta la pena. Además, como veremos más adelante, es posible que concretas circunstancias de la ejecución incidan incluso en la cuantificación de la pena.

En cada una de estas etapas, aún con los particulares contornos que adquieren en la actualidad, influyen en forma decisiva los fundamentos y fines que se asignen a la pena (Soler, 1987:496) y que, haciendo una escueta esquematización, podrían clasificarse en fines de retribución, de prevención general y de prevención especial, admitiendo estas dos últimas categorías las variables positivas y negativas en las que han sido formuladas.

En la individualización judicial de la pena el juez adopta, dentro de los márgenes que el legislador le confiere, decisiones de *política criminal*, definiendo qué incidencia asignará en el caso concreto -si es que alguna asignará- a la retribución, a la prevención general y a la prevención especial que se combinan en la pena estatal. Del mismo modo decidirá qué extensión asignará al análisis de la personalidad del condenado, definiéndose por un estricto derecho penal de acto o por una adopción, en esta fase posterior a la determinación de la responsabilidad penal pero de igual trascendencia, de principios propios de un derecho penal de autor.

Formuladas estas consideraciones previas, centraremos nuestro análisis, que pretende ser dogmático, en las características del régimen legal de la individualización o determinación judicial de la

(2) La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la vigencia y amplitud de este control judicial en la ejecución de la pena en CSJN 19/03/2004 “Romero Cacharane, Hugo A. s/ejecución penal”, Fallos CSJN 19/03/2004 “Romero Cacharane, Hugo A. s/ejecución penal”, Fallos 327:388.

pena en el ordenamiento nacional, relevando sus características centrales, las principales posturas doctrinarias al respecto y la influencia de los mencionados fines de la pena en esta particular etapa del régimen de determinación de la pena.

3. Individualización judicial de la pena

La individualización judicial de la pena es el proceso mediante el cual el juez decide qué calidad y qué cantidad de *punición* se va a ejercer sobre una persona que ha cometido uno o más delitos determinados (Zaffaroni y otros, 2002:993). Como adelantara, esta tarea comprende algo más que la mera cuantificación de la sanción, pues el juez decide, dentro de los marcos preestablecidos genéricamente por el legislador sobre:

- a. la clase o especie de pena a imponer,
- b. la gravedad o cuantía en las penas divisibles,
- c. la imposición de más de una pena cuando está prevista la imposición conjunta de más de una de ellas,
- d. la forma de imposición (condicional o efectiva), el régimen de ejecución aplicable o la forma de cumplimiento (multa).

El Código Penal no prevé expresamente regla alguna para la selección de la especie o clase de pena que corresponde imponer cuando estas estuvieran previstas en forma alternativa o conjunta facultativa, limitándose a establecer una regla particular para el caso de concurso real entre penas delitos conminados con penas de distinta especie (art. 56 CP). Soluciona esta regla los casos de concurrencia de penas de prisión y reclusión divisibles (se aplica la más grave teniendo en cuenta los delitos de pena menor), reclusión y prisión perpetua (se aplica la primera) reclusión temporal y prisión perpetua (corresponde aplicar reclusión temporal).

La doctrina ha recurrido, para elaborar un criterio de selección de la especie de pena en los supuestos no reglados, a las pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal, aplicando analógicamente y en beneficio de eventuales imputados la ley expresa (Ouviaña, 2000:5), cubriendo de esa forma la laguna normativa que la falta de regulación expresa genera.

La determinación del monto o cantidad de una pena divisible cuenta con expresa regulación en el Código Penal, que establece reglas especiales para cuantificar las penas divisibles en razón de tiempo o cantidad (arts. 40 y 41), a las que se suma para el caso de la multa la especial consideración de la *situación económica del penado* (art. 21, primer párrafo).

En el mismo sentido, la determinación de la pena que puede imponerse a un menor de edad mayor de 16 años y que hubiera cometido un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad superior a dos años -aplicable después de cumplidos los 18 años y mediando un tratamiento tutelar no inferior a un año-, se rige por las pautas que al efecto establece el art. 4 segundo párrafo de la ley 22.278, que impone al juez tomar contacto directo con el menor, estableciendo un *mínimo de intermediación*, considerar sus antecedentes, la modalidad del hecho, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión personal del menor para seleccionar la pena (no se distingue aquí entre especie y cantidad) correspondiente, de la que puede prescindir o reducir aplicando las reglas de la tentativa. Resultan relevantes en este sentido las reglas que establecen, tanto para la determinación como para la ejecución de la pena, los arts. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño. La Corte Suprema de Justicia de la Nación trató el tema de la determinación de la pena que se impone a menores por delitos cometidos antes de los 18 años, señalando el paralelo que existe entre los arts. citados y los arts. 40 y 41 del CP, así como la particular relevancia de la resocialización del menor como fin de la pena y la necesidad de ponderar la inmadurez emocional de los niños como atenuante (CSJN, 07/12/2005, "Maldonado"). En su voto la Dra. Argibay señaló que la Convención de Derechos del Niño no prohíbe la aplicación de *penas perpetuas* a menores, sino que establece una regla de máxima precaución en este sentido. El criterio fue ratificado luego, con expresa remisión a la normativa convencional aplica-

ble (CSJN, 17/03/2009, “Marteau” M. 2477. XLII), con posterior recepción en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, 13/04/2011, P. 110.252 “Saira”).

Respecto de la modalidad de imposición de las penas privativas de la libertad el Código Penal regula, en los arts. 26 y ss. el régimen de la condena condicional, cuya aplicación es posible en los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, siempre y cuando el juez así lo disponga atendiendo a criterios que, claramente, permiten establecer un paralelo con los arts. 40 y 41 del código de fondo (puede verse en este sentido, CNCP Sala III, 12/6/2002, “Rodríguez”). Por otra parte, es posible para el juez aplicar, reunidos los requisitos, la prisión domiciliaria en los términos de los arts. 10 del Código Penal y 32 y ss. de la ley 24.660. Esta normativa establece, además, las facultades del juez competente respecto de la concesión de las salidas transitorias, la semilibertad, la prisión discontinua y semidetención, la libertad asistida y la libertad condicional.

El art. 21 del Código Penal regula, en sus párrafos tercero y cuarto, el modo de ejecución de la pena de multa, otorgando múltiples alternativas al juez para los supuestos en los que no exista pago voluntario, las que van desde la posibilidad de establecer el pago en cuotas, pasando por la ejecución de los bienes, sueldos u otras entradas del penado y el trabajo libre, hasta prever finalmente la conversión de la multa en prisión.

4. Caracteres generales del régimen legal de determinación judicial de la pena

El régimen legal de la individualización de la pena se estructuraba, en el diseño originario del Código Penal (3), en torno a los siguientes principios rectores, que se inferían de las disposiciones de los arts. 40 y 41 de ese cuerpo normativo:

a. Exclusión de las penas fijas, con preponderancia de las escalas penales que fijan topes máximos y mínimos de *penas divisibles o flexibles* (Ouviaña, 1968:553). Son excepciones a este principio las penas de reclusión, prisión (art. 80 CP) e inhabilitación perpetuas (art. 174 último párrafo CP) y la multa fija.

b. Eliminación de las listas de atenuantes y agravantes preestablecidas como tales. En consonancia con este criterio se eliminaron también las circunstancias que modificaban, en más o en menos, los límites de las escalas penales, la cantidad o la especie de las penas previstas en la parte especial.

c. Enumeración enunciativa de circunstancias computables para individualizar penas divisibles, admitiendo el sistema la inclusión de otras análogas o similares, conforme los criterios que la enumeración permite inferir y que, en una primera aproximación, podríamos clasificar en: gravedad *objetiva* del hecho y circunstancias personales del autor -las que permiten graduar, según el enfoque teórico adoptado, la *culpabilidad* del autor y/o su *peligrosidad*-.

d. No se asigna a las circunstancias expresamente enumeradas valor o signo alguno en forma preestablecida, sino que corresponde al juez asignarles en el caso valor positivo, negativo o neutro.

e. No se establece un punto de ingreso fijo a la escala penal para que el juez pueda recorrerla en cada caso concreto, valorando atenuantes y agravantes que lo alejen de este punto en un sentido o en otro (4).

En el diseño originario del Código ciertas reglas imponían a los jueces formular consideraciones particulares para la determinación de la pena en algunos casos:

(3) Que se apartaba, por su parte, de los sistemas establecidos por los Proyectos y Códigos precedentes, que fueron evolucionando desde la preponderancia de las penas fijas o legales, con atenuantes y agravantes preestablecidas, hacia un sistema regido por principios radicalmente diferentes.

(4) El ingreso por el mínimo o por el punto medio, resultante de la semisuma de los topes máximo y mínimo han sido algunas de las propuestas formuladas desde la doctrina en este sentido. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, 11/11/2009 P. 105.789; SCBA, 26/10/2011 P. 108.488 y sus citas) y la Corte Nacional (CSJN, 17/03/2009, “Castillo” C.104.XLIII, Fallos 332:494) han optado por remarcar la inexistencia de un punto de ingreso predeterminado, remitiéndose en este aspecto a criterios de razonabilidad poco precisos.

a. En primer lugar, las escalas penales son alteradas en sus topes mínimos y máximos para los supuestos de tentativa y participación secundaria (arts. 44 y 46 CP), modalidades denominadas como la doctrina como formas ampliadas de adecuación típica.

b. En los supuestos de concurso ideal (art. 54 CP) el juez debe aplicar la figura asociada a una pena más grave y dentro de la escala correspondiente aplicar los arts. 40 y 41;

c. En el concurso real o material (art. 55 CP) de delitos penados con la misma especie de sanción se construye una nueva escala dentro de la cual se individualiza la pena; resultando aplicable en los restantes supuestos la regla del art. 56 CP oportunamente reseñada;

d. En los supuestos de *unificación de penas* y condenas, se recurre a las reglas de los arts. 55 y 56 del Código Penal.

Reformas legislativas posteriores, con la manifiesta intención de disminuir en cierto sentido la discrecionalidad de los jueces en el ámbito de la individualización de la pena, establecieron agravantes y atenuantes específicas aplicables a todos los tipos penales, que modifican las escalas correspondientes, las que fueron ubicadas en la parte especial del código, en leyes complementarias y, finalmente, a continuación de los arts. 40 y 41, alterando gravemente su incorporación al régimen el esquema original del Código. Entre ellas, podemos destacar:

a. El art. 227 ter., introducido por la ley 23.077 (B.O. 27/08/1984) que eleva en un medio el máximo de la pena establecida cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional;

b. El art. 2 de la ley 23.592 (B.O. 5/09/1988) que eleva en un tercio los mínimos y en un medio los máximos de las escalas de los delitos cometidos por persecución u odio racial, étnico, nacional o religioso, o para eliminar a un grupo de estas características;

c. El art. 13 de la ley 23.737 (B.O. 11/10/1989) que aumenta en un tercio los topes de las escalas cuando se utilizaren estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito;

d. El art. 29 ter de la misma ley que establece la reducción de las escalas o la eximición de pena (salvo la de inhabilitación) para quien revelare identidades u otra información relacionada con los delitos allí reprimidos;

e. El art. 2 de la ley 24.192 (B.O. 26/3/1993) que aumenta en un tercio los topes de las escalas para los delitos cometidos con motivo u ocasión de un espectáculo deportivo.

Finalmente, alterando manifiestamente el sistema originario del Código de 1921, se incorporaron al cuerpo del código penal los arts. 41 bis, ter, cuater y quinquies:

a. El art. 41 bis dispone que cuando alguno de los delitos previstos en el CP se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda. La agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate (artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.297 B.O. 22/9/2000).

b. Según el art. 41 ter las escalas penales previstas en los artículos 142 bis y 170 de ese Código podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. En caso de corresponder prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de ocho a quince años. Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen (artículo incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003).

c. El art. 41 quater establece que “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo” (Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.767 B.O. 1/9/2003).

d. El art. 41 quinques, incorporado por la ley 26.734 (B.O. 28/12/2011) prescribe que

“Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo. //Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”, sumando a las dificultades inherentes a la alteración del régimen original del código las derivadas de la amplitud e imprecisión de los términos de la norma, francamente incompatibles con elementales exigencias de legalidad estricta.

Aún cuando la remisión a los topes de las escalas penales correspondientes permitiría considerar que no estamos ante un régimen de *agravantes y atenuantes específicas* sino ante dispositivos que, incluso desde la parte general del código, amplían las figuras de la parte especial y de las leyes complementarias, la multiplicación exponencial de los tipos penales a la que da lugar la utilización de esta técnica legislativa es suficiente para sostener una postura crítica frente a su reiterada utilización.

5. Las reglas de los arts. 40 y 41 del Código Penal

La relevancia que adquieren en el ámbito de la determinación de la pena las pautas establecidas por los arts. 40 y 41 del Código Penal, en función de la preponderancia que las penas flexibles o divisible tienen en el ordenamiento penal nacional y de las manifiestas relaciones que permiten extender su aplicación al campo de la selección de la especie de pena y modalidad de ejecución de la misma, imponen analizar, en primer lugar, las posturas asumidas en la doctrina nacional para caracterizar al sistema de individualización en términos generales y, luego, las puntuales circunstancias a las que hace referencia el texto legal.

5.1. Análisis de las posturas de la dogmática nacional

Ricardo Núñez (1960:454), siguiendo la propuesta de Juan P. Ramos, señalaba que todas las pautas del art. 41 del Código Penal eran relevantes para elaborar un *juicio de peligrosidad*, consistente en estimar las posibilidades de que el mismo autor cometiera en el futuro nuevos delitos, respetando la línea de los antecedentes y citando al efecto la exposición de motivos que acompañara al Proyecto de código penal de 1891. El autor, siguiendo un esquema similar al propuesto por von Liszt, proponía una teoría del delito basada en la causalidad y la culpabilidad *psicológica* y una teoría positivista de la pena en la que todos los elementos a los que alude la ley tiene como finalidad determinar la peligrosidad del agente y con ella la medida de la pena (en el mismo sentido, Fontán Balestra, 2002:554).

Soler (1987:496), en el escueto análisis que hace de la cuestión, señala que la adaptación de la pena se produce por medio de un doble proceso en el cual se aprecian, primero los aspectos objetivos del hecho mismo, después, las calidades del autor y entre éstas, deben incluirse las circunstancias de las que pueda inducirse un criterio acerca de la probabilidad de que el sujeto vuelva o no a delinquir. Podría observarse aquí que en la teoría del delito que adopta una culpabilidad psicológica, culpabilidad y grado de injusto son dos categorías separadas, que se mensuran también por separado.

Carlos Creus (2004:484) sigue los lineamientos de Soler destacando, sin embargo, la importancia de las consideraciones objetivas para establecer el grado de culpabilidad, tendencia que se acentúa en la obra de Zaffaroni (2002: 986) para quien el grado de reproche formulable, es decir, el grado de culpabilidad -normativa- por la vulnerabilidad, es el único criterio que permite establecer una pena que respete el principio de proporcionalidad y aparece como límite máximo en la individualización de la pena. Destaca en este sentido la importancia de la referencia a los que llevarán al agente a delin-

quir como puntual referencia al ámbito de autodeterminación como criterio de mensuración. Indica además que en la determinación de la pena se analiza la faz dinámica del conflicto (a diferencia del carácter estático del hecho en la teoría del delito), incorporándose reductores propios -relacionados con consideraciones preventivas- que constituyen proyecciones de las categorías filtrantes de la teoría del delito. Una postura similar, destacando la importancia del art. 19 de la CN en la cuestión y sin recurrir al concepto de culpabilidad por la vulnerabilidad, sino a la culpabilidad por el hecho como límite máximo en la cuantificación de la pena, adopta Mario Magariños (1993:87).

Patricia Ziffer (2002:58) comparte este principio, aunque destaca particularmente la importancia que adquieren las consideraciones de prevención general positiva (la necesidad de confirmar la vigencia de la norma) en este punto, reseñando las posturas de Roxin y Jakobs, que incluyen consideraciones preventivas en el propio concepto de culpabilidad. Esta autora destaca que las teorías de la unión combinan en la determinación de la pena consideraciones referidas a al gravedad objetiva del hecho, la culpabilidad del agente, la necesidad de confirmar la vigencia de la norma y la resocialización del penado, criterio que en principio aplica la jurisprudencia nacional mayoritaria (5), pues se ajusta a la estructura de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

El criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia sigue esta línea, aunque no son muchos los casos en los que se ha pronunciado al respecto, ya que la mayoría de los reclamos llevados a esa sede son descartados por tratarse de cuestiones vinculadas con la interpretación y aplicación de la ley de fondo -que compete en exclusiva a los tribunales locales- o invocando la regla que indicaba que la determinación de la pena era una cuestión que concernía en exclusiva a los jueces de la instancia. En concreto y con expresa referencia a la aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal, ha dicho el alto tribunal (CSJN, 15/07/1997, M. 303. XXXII. RHE "Miara, Samuel y Castillo de Miara, Beatriz s/ suposición de estado civil", Fallos 320:1463), que:

"6)...no se trata de un mero cálculo matemático o una estimación dogmática, sino de la apreciación de los aspectos objetivos del hecho mismo y de las calidades del autor, que permitirá arribar a un resultado probable sobre la factibilidad de que el sujeto vuelva o no a cometer un injusto penal. No es una limitación a la facultad del juez para analizar y decidir sobre aquellos aspectos que les han sido sometidos a su conocimiento, sino de ajustar la elaboración judicial a pautas ordenadoras a tener en cuenta al momento de fallar."

Este criterio fue confirmado por la Corte Suprema en pronunciamientos posteriores con expresa remisión al antecedente transcrito, aunque tomando el recaudo de no incluir en la fórmula la expresa referencia a la peligrosidad que se asociaba en un principio a las "calidades del autor". La línea seguida en este sentido puede verse con claridad en los fallos dictados en "Maldonado" (CSJN, 7/12/2005, M. 1022.XXXIX) y en particular en "Gramajo" (CSJN, 5/09/2006, G.560.XL), donde se dejaron asentadas con claridad ciertas pautas elementales en la materia -aún cuando el holding del fallo se vinculara con la constitucionalidad de la accesoria del art. 52 del Código Penal para los multi reincidentes-. En el precedente citado se dijo, en primer lugar y en lo que aquí interesa destacar, que cuando se impone una sanción penal se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto y que, en consecuencia, debe medirse la lesión a un bien jurídico determinado (cons. 17); segundo, que la pena no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del "*contenido injusto del hecho*", precisando que ella debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho (cons. 19); por último y en un aspecto sobre el que volveremos más adelante, que la *peligrosidad* no es un criterio que pueda ser computado para individualizar una sanción de este tipo pues, cuando es considerada como pronóstico de conducta siempre es injusta o irracional en el caso

(5) Puede verse en este sentido, TCPBA, Sala III, 17/04/2001, causa n° 3.814 "Abregú". La Sala II del mismo Tribunal sostuvo que "El principio de culpabilidad por el hecho (arts. 18 y 19 CN) determina que la ponderación de agravantes al momento de mensurar la pena deba ejercerse exclusivamente en relación a la magnitud del injusto y la culpabilidad del imputado. Ése es el máximo de reproche al que se puede aspirar por necesidades preventivo generales o especiales." TCPBA, Sala II, 27/12/2005 causa n° 14.205 "Albornoz".

concreto y cuando no tiene por base una investigación empírica carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor (cons. 24).

Podríamos agregar que la línea indicada en los fallos antes citados se confirma con los dictados por la Corte Nacional en “Ramírez (CSJN, 6/03/2007, R.1913.XLI, con remisión al dictamen del Procurador Fiscal) y “Castillo” (CSJN, 17/03/2009, C.1014.XLIII), oportunidades en las que las pautas antes citadas se invocan a propósito de la necesidad de adecuada motivación de las resoluciones judiciales en punto a la determinación de la sanción seleccionada en un caso concreto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha fijado algunas pautas básicas sobre dosificación de las sanciones penales que no podemos dejar de mencionar. Concretamente ha dicho el órgano regional que en todos los casos se debe individualizar la pena de conformidad con las características del delito -que permitan fijar su particular gravedad- y la participación y culpabilidad del acusado (Casos “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago” sentencia de 21/06/2002. Serie C No. 94, párr. 106; “Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala” sentencia de 15/09/2005, párr. 68. y “Boyce y otros vs. Barbados” sentencia de 20/11/2007, párr. 50), principios que encuentran adecuado reflejo en las normas locales antes mencionadas.

Un análisis de las normas constitucionales, convencionales y legales que regulan la materia, con las necesarias referencias a la jurisprudencia local y regional sobre el tema, permite concluir que la construcción de la respuesta punitiva concreta debe fundarse en la gravedad del hecho, considerada como afectación concreta a un bien jurídico ajeno, y en la reprochabilidad o culpabilidad del agente por el mismo, asumiendo el primero de estos parámetros el carácter de receptor único y exclusivo de cualquier criterio preventivo general que pueda incidir en esta tarea y el segundo un rol de *criterio rector* y límite para el juez. Como veremos más adelante, las consideraciones de prevención especial han quedado relegadas al rol de criterio corrector en aquellos supuestos en los que la imposición de una sanción individualizada conforme los parámetros antes mencionados pudiera conllevar intolerables efectos desocializantes.

5.2. Análisis particularizado de las pautas enunciadas en el texto legal.

La distinción entre los aspectos objetivos del hecho y las condiciones personales del autor (6), entre ellas la peligrosidad (como factibilidad de que el sujeto vuelva a cometer un injusto penal), es aceptada por la jurisprudencia y conserva, pese a las distintas posturas que hemos visto existen al respecto en la doctrina, su valor didáctico y clasificatorio.

Siguiendo este criterio, podríamos enumerar entre las primeras a “la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados” (art. 41 inc. 1º CP) a las que agrega la doctrina la referencia a “la participación que haya tomado en el hecho” prevista en el segundo inciso del mismo dispositivo.

Las referencias a la naturaleza de la acción y al daño causado permiten establecer el grado del injusto, en función del grado de afectación del bien jurídico correspondiente (7). En este sentido son relevantes los criterios valorativos seguidos por el legislador al crear los tipos penales y asignarles dis-

(6) Previa incluso a la distinción teórica entre injusto y culpabilidad. En efecto, la categorización citada puede encontrarse ya en el Proyecto de Código Penal Para el Reino de Baviera elaborado por Feuerbach en 1813, que establecía como principio general el de la pena legal, reservando la posibilidad de cuantificación de la sanción a los supuestos de penas indeterminadas en su grado (supuestos en los que el legislador ha establecido toques máximos y mínimos para su duración) estableciendo como pautas genéricas a tener en cuenta “el carácter de la acción en sí misma” y por otra parte “la medida de la ilicitud de la voluntad” (Art. 90), especificando en los artículos siguientes los criterios concretos que operan como atenuantes y agravantes. El texto del proyecto puede consultarse, traducido, en Feuerbach, Paul A. J. Ritter von. Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania. Trad. Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

(7) La doctrina del desvalor puro de acción asigna relevancia al resultado sólo en este ámbito de la determinación de la pena.

tintas escalas penales, relevando ciertos datos que aparecen como *constantes valorativas* en la asignación de mayor o menor gravedad a determinado injusto (8). Entre las circunstancias que pueden incidir en este sentido podría relevarse la existencia de un concurso de delitos o de un delito continuado -repetición de hechos homogéneos, vinculados subjetivamente y encuadrables en figuras afines-, como pautas válidas para cuantificar un injusto determinado.

La *participación* a la que alude el dispositivo citado debe ser entendida en sentido amplio, como referencia al rol concreto desarrollado en el hecho por el o los autores, partícipes e instigadores. En los arts. 45 y ss. del Código Penal se realiza una primera distinción en este sentido, constituyendo la referencia del art. 41 una precisión sobre el punto, de modo tal que resulte posible distinguir y traducir en la respuesta punitiva concreta las diferencias que pudieran existir, por ejemplo, entre los aportes del autor y un partícipe primario, alcanzados por la misma escala penal.

Las restantes pautas enunciadas corresponderían a la categoría de criterios *subjetivos* o calidades del autor, las que permitirían elaborar, según el enfoque que se adopte, un juicio de peligrosidad y/o estimar el grado de culpabilidad (psicológica o normativa) con que actuó el agente. Estas referencias constituyen, posiciones teóricas a un lado, una base importante para el análisis dogmático de una serie de problemas que se reúnen en torno al concepto de *delincuente*, como aglutinante o problema rector.

La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, comprenden una serie de características personales del autor, relevantes a la hora de estimar su ámbito de autodeterminación y la posibilidad de adecuar su conducta a las exigencias normativas.

La calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, aparece como la consagración legal del reproche por la culpabilidad por el acto a nivel legal (a nivel constitucional se lo infiere del art. 19 CN), imponiendo la necesidad de confrontar el grado de incompatibilidad del motivo con el principio de preservación de los bienes jurídicos que inspira al ordenamiento legal.

La miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, es equiparable a una exigente incompleta, no regulada expresamente en la legislación nacional, y abre la puerta a las consideraciones de condicionamiento socio-económico de las conductas en la determinación de la pena.

Las reincidencias en que hubiera incurrido. Esta circunstancia es particularmente debatida. Por un lado se sostiene que la advertencia que implican las condenas precedentes permite intensificar el reproche que se formula por el hecho y que ello no implica una doble desvaloración prohibida, toda vez que la declaración de reincidencia no altera, en el régimen legal vigente (arts. 14, 50 y ss. del CP), los topes de las escalas penales aplicables ni el modo de ejecución de la pena. Este criterio cuenta con el aval de la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 06/05/2008, G.704. XLIII "Gago", Fallos 331:1099), seguida en el punto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, 12/10/2008, P. 100.577 y 30/11/2011 P. 109.206, entre otras).

Desde una postura radicalmente opuesta se sostiene que la reincidencia no puede ser valorada como agravante sin transgredir el principio de *non bis in idem* (pues se asignarían nuevos efectos negativos a un hecho ya juzgado y por el cual se ha cumplido, al menos parcialmente, con una pena) y que ello implicaría cargar al imputado con los defectos del tratamiento penitenciario que ha fracasado. En todo caso, la reducción del ámbito de autodeterminación y la vulnerabilidad frente al sistema se potenciarían en los reincidentes, correspondiendo computar esta circunstancia como atenuante.

Creo que la cuestión no puede ser resuelta en forma abstracta en un plano estrictamente teórico, sino que requiere la consideración de las circunstancias de cada caso particular que se presente al

(8) Pueden citarse en este sentido las consideraciones que se formulan respecto de un particular grado de indefensión del bien jurídico (ganado, automotores, art. 163 CP) o de la víctima (art. 80 inc. 2º CP).

juzgador y que permitan afirmar *en concreto* si existió una advertencia desoída o una potenciación de la vulnerabilidad del agente frente al sistema punitivo, para considerar a la reincidencia como una agravante o una atenuante genérica según el caso, solución manifiestamente compatible con el régimen legal analizado que omite asignar a las pautas enumeradas un contenido o signo - positivo o negativo- legalmente determinado.

Cierra la fórmula legal la referencia a *los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad*. En este punto, hemos visto, se centran las divergencias doctrinarias más relevantes. Para la postura tradicional esta última expresión, que pondría en evidencia el carácter enunciativo de la enumeración, sintetiza todo el régimen de la determinación de la pena, en el cual la principal tarea del juez es formular un juicio de peligrosidad, entendiendo a esta como un pronóstico de reiteración delictiva.

Zaffaroni (2002:960) destaca que en su esquema dogmático la referencia a la peligrosidad sería inconstitucional, pese a lo cual asigna un nuevo significado al término, interpretándolo como *el esfuerzo por la vulnerabilidad que realiza el agente, el cual constituye un peligro para el Estado de Derecho pues impide contener en el caso mayor cantidad de poder punitivo*.

Entiendo que la controversia no puede ser resuelta prescindiendo del significado técnico que el término *peligrosidad* tiene en el derecho penal, significado que le imprimieran los partidarios del positivismo criminológico al formular este concepto que constituye, cabe destacarlo, uno de los pilares de aquella teoría.

El concepto reconoce su origen en el concepto de temibilidad acuñado por R. Garófalo (1912:63) para aludir a la *"perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente"*. Entre los representantes del positivismo criminológico nacional señalaba Eusebio Gómez (1939:343) que:

"...si en algo coinciden, como lo hace notar Jiménez de Asúa los penalistas de las más opuestas tendencias, es en la aceptación de la idea de que la peligrosidad criminal consiste en la probabilidad de que un hombre pueda llegar a delinquir. El concepto de Garófalo, aclarado y perfeccionado por Grispigni se impone, así, con autoridad incontestable.... el concepto de temibilidad -como impropia-mente la llamaba Garófalo- consiste en la cantidad de mal previsto que se debe temer por parte del delincuente"

Puede afirmarse, entonces, que el término *peligrosidad* cuenta con una definición específica en el derecho penal que, más allá de las variantes que pueden registrar las definiciones ensayadas por distintos autores (Donna, 1978:23), coinciden en lo esencial. Conforme este significado técnico específico, que el legislador de 1921 no desconocía, la peligrosidad de un individuo se determina tras realizar un pronóstico personalizado de reiteración delictiva, estimación que, por fundarse en una predicción de hechos probables, posibles o imaginables, pero en todos los casos futuros y no pretéritos -como el delito concreto que funda la respuesta punitiva- resulta manifiestamente incompatible con los principios de un derecho penal de acto.

Nuestro esquema constitucional sólo admite, en particular a través de las mandas de los arts. 18 y 19 de la Constitución de 1853-60 y del art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la construcción de un derecho penal de acto, exigencia que condiciona tanto la tarea legislativa de construcción de los tipos penales y determinación legal de las penas, como la posterior determinación judicial de la pena aplicable al caso concreto.

No podemos dejar de mencionar aquí la expresa adopción de postura en este punto por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo "Gramajo" antes citado, oportunidad en la que siguió el criterio adoptado en la materia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El organismo regional tuvo oportunidad de señalar (Corte IDH "Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.

Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 20/06/2005) que la invocación de la peligrosidad, como criterio para la individualización de la sanción penal:

“94)constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”.

En la sentencia de la Corte Interamericana citada se señaló además que la peligrosidad del agente no es más que una apreciación del juzgador acerca de la probabilidad de que el acusado cometa otros delitos en el futuro y que, al recurrir a ese criterio, se sancionaría al individuo por lo que es y no por lo que ha hecho ello resulta absolutamente inaceptable desde la perspectiva de ellos derechos humanos e incompatible con el principio de legalidad criminal expresamente consagrado en el artículo 9 de la CADH (párrs. 95 y 96).

Estimo, concluyendo, que las circunstancias expuestas imponen prescindir -declaración de inconstitucionalidad mediante- de la referencia final del art. 41 del Código Penal a la *peligrosidad* del agente, construyendo la respuesta punitiva concreta siguiendo las mismas coordenadas que rigen la asignación de responsabilidad penal a un individuo (injusto y culpabilidad), incompatibles con la consideración de la *peligrosidad* positivista como criterio de cuantificación de la sanción.

Complementan las pautas expresamente previstas en la ley ciertos *principios*, que adquieren particular relevancia en la materia ya que permiten precisar aún más el criterio individualizador estructurado sobre los criterios básicos de magnitud del injusto y culpabilidad por el hecho a los que aludíamos.

Entre aquellos principios podemos destacar aquel expresamente receptado en el artículo 41 del Código Penal cuando indica que *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*. La norma impone un *mínimo de intermediación* que presenta una función material, estableciendo que el juez debe considerar en forma *dinámica* el conflicto penal a la hora de determinar la pena, teniendo en cuenta, por ejemplo, la reparación del daño o la adopción de procesos compositivos; y una función procesal, garantizando al imputado la intermediación con el juez y la posibilidad de tener la última palabra en el proceso.

Con base en esta referencia final del art. 41 del Código Penal, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha admitido la posibilidad de considerar entre las pautas computables para individualizar la pena ciertas circunstancias posteriores al hecho -en particular la prolongada duración del proceso y el comportamiento del imputado durante su tramitación- sin necesidad de recurrir a la idea de injusto dinámico que, en principio, parece difícil de compaginar con las nociones básicas de un derecho penal de acto.

La Corte provincial recurre a nociones de índole preventivo especial y toma como base el fragmento del artículo mencionado que impone al juez de la carga de “tomar conocimiento directo y de visu del sujeto” y la referencia a “las condiciones personales” del agente del delito, vinculándolos con los dispositivos de los Pactos Internacionales incorporados a la Constitución Nacional que establecen que las penas privativas de la libertad “tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados” (art. 5.6 CADH) y que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (P.I.D.C. y P., art. 10.3) y con el art. 1° de la ley 24.660 que recoge en el derecho interno aquellos propósitos. Completando la idea se remite a lo resuelto por ese mismo tribunal en “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, el 3 de mayo de 2005, para concluir que el claro objetivo de evitar en la medida de lo posible el sometimiento de los procesados o

condenados a las penurias de la cárcel cuando ello no conduce, en el caso concreto, al cumplimiento de las finalidades establecidas por el sistema jurídico impone la necesidad de computar estas circunstancias a la hora de individualizar la sanción aplicable (9).

Por último, aún cuando no aparezca enunciado en la enumeración legal, la doctrina asigna particular relevancia a la *prohibición de doble desvaloración de circunstancias típicas*, las que no pueden ser computadas nuevamente a la hora de determinar el monto de pena que corresponde imponer, salvo que sean circunstancias que admitan grados o intensidades apreciables por el juez dentro de los límites de la descripción legal, razonamiento que se construiría por derivación del principio de *non bis in idem* expresamente reconocido en los arts. 8. de la CADH y 14 del PIDCyP.

6. Consideraciones finales

Hemos intentado reseñar, en los apartados precedentes, las características generales del régimen legal de la individualización de la pena, las que entendemos ponen en evidencia que esta tarea no corresponde, como se entendió en algún momento, al absoluto arbitrio judicial.

La determinación de la pena cuenta en nuestro ordenamiento -como corresponde en un derecho penal regido por el principio de legalidad estricta- con una regulación expresa y pormenorizada, cuyo análisis atento y cuidadoso, acompañado de una interpretación ajustada a los principios que surgen de esa misma regulación, en particular de las pautas constitucionales y convencionales pertinentes, puede aportar una solución adecuada para el universo de casos reales que requiera su aplicación y reducir los márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad que han caracterizado históricamente a las decisiones judiciales en este aspecto.

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

7. Bibliografía

- CREUS, Carlos. Derecho penal. Parte general. 5a. ed., 1a. reimp. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- DE LA RÚA, Jorge. Código penal argentino. Parte general. 2a. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- DONNA, Edgardo Alberto. La peligrosidad en el derecho penal. Buenos Aires: Astrea, 1978.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. Tratado de derecho penal común vigente en Alemania. Traducción de Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeir. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho penal. Introducción y parte general. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. 17a. ed. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 2002.
- GARÓFALO, Rafael. La criminología. Madrid: Jorro, 1912.
- GÓMEZ, Eusebio. Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1939.
- MAGARIÑOS, Mario "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena", EN: AA.VV. Determinación judicial de la pena. Buenos Aires: Del Puerto, 1993, 71-88.
- NUÑEZ, Ricardo C. Derecho penal argentino. Parte general. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1960, t. II.
- OUVIÑA, Guillermo. "Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege", EN: Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1954-1968, t. XX, 548-558.

(9) SCBA P. 73.366, sent. de 31/8/2007 -del voto del Juez Hitters-; P. 86.764, sent. de 26/12/2007; P. 74.507, sent. de 18/6/2008 y P. 98.514, sent. de 18/2/2009).

— “Meta legal y función dogmática del artículo 41 del Código Penal”, EN: Garantías. Revista jurídica de la Defensoría del TCPBA, La Plata, 2000-2, 3-7.

SALEILLES, Raymond. La individualización de la pena: un estudio de criminalidad social. 2a. ed. Madrid: REUS, 1914.

SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. 5a. ed. Buenos Aires: TEA, 1987, t. II.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho penal. Parte general. 2a. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIFFER, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. 2a. ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

— “Artículos 40/41. Determinación de la pena. Criterios individualizadores”, EN: David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni (dirs.). Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, t. 2, 53-87.