

# LA REFORMA PENAL DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

ALDO FIGUEROA NAVARRO\*

a) Conceptos generales; b) Sistemas comparados de determinación de la pena; c) Componentes de la determinación judicial de la pena en el CP de 1991; d) Características del sistema vigente; e) Determinación de la pena y reforma penal; f) Ámbito de movilidad de la pena; g) Determinación y conversión de penas.

## a) Conceptos generales

La determinación de la pena, sea cual fuere el operador que la haga, es una decisión de carácter político criminal. Esto es, no es cualquier decisión la que lleva a determinar la calidad y el *quantum* de la pena abstracta o pena concreta, por la comisión de un hecho punible. Se trata de una decisión de carácter técnico, por un lado, pero también de carácter valorativo, por otro, que debe tener una utilidad; vale decir, ha de estar orientada a la consecución de una finalidad, asociada a los diversos objetivos que se han atribuido a la pena en el ámbito del derecho penal. En síntesis, *la determinación de la pena es toda decisión político criminal tendiente a definir la calidad y el quantum de la pena abstracta o concreta por la comisión de un hecho punible.*

Esta noción amplia de determinación de la pena permite analizarla a su vez en **fases o etapas**, según el momento, el efecto y el actor que la desarrolle. En este sentido, se habla de una **determinación legal de la pena** cuando la decisión es adoptada por el legislador, para fijar el marco punitivo abstracto respecto de un delito determinado. Luego, viene la **determinación judicial de la pena**, entendida como la decisión tomada exclusivamente por el juez, para establecer la calidad y la cantidad de pena concreta a imponer a un autor o partícipe de un hecho punible. Finalmente, se habla de una

---

\* Presidente de la Quinta Sala Penal Especial y Profesor de Derecho Penal en la Academia de la Magistratura

**determinación penitenciaria de la pena**, que algunos impropriamente denominan determinación administrativa de la pena, realizada por la autoridad administrativa penitenciaria, pero bajo el control judicial respecto a la forma en que debe ejecutarse la pena impuesta por el juez. En lo que sigue abordaremos fundamentalmente la segunda etapa vinculada a la determinación judicial de la pena.

¿Cuál es la **importancia del proceso** de determinación judicial de la pena? Básicamente, toda la discusión respecto a la determinación judicial de la pena está circunscrita a la necesidad de establecer criterios racionalmente controlables que eviten la arbitrariedad en la fijación de una pena. Por ello, cuando se habla del control de la discrecionalidad en el ámbito de la determinación judicial de la pena, lo que debe tenerse en cuenta es el hecho que no existe la discrecionalidad absoluta. Toda discrecionalidad en el ámbito jurídico, y más aún en materia jurídico penal, es una discrecionalidad controlable. Lo contrario, o la contraparte a la discrecionalidad jurídica, es la arbitrariedad; cuya consecuencia es la imposibilidad de evaluar las decisiones judiciales. La necesidad de controlar este exceso de poder se hace más evidente en el ámbito de la imposición cuantitativa y cualitativa de una pena, pues es allí donde se expresa con mayor fuerza el poder punitivo del Estado y se restringen sustancialmente derechos fundamentales.

Por tanto, una decisión judicial controlable jurídicamente y sujeta a crítica tiene **efectos positivos** si se realiza o ejecuta dentro de un marco de razonabilidad. Cuanto más objetivo sea el proceso de acotación o determinación punitiva, tanto más revisable y controlable será su decisión. La motivación de la decisión permite acercarnos a ese imperativo que algunos han sintetizado en la obtención de la “pena justa”. Y cuanto más nos acerquemos a la pena justa, estaremos fortaleciendo la seguridad jurídica. Por otro lado, la racionalidad en la decisión punitiva favorece la observancia del **principio de igualdad**, pues las sentencias deben responder a estándares valorativos relativamente uniformes. Asimismo, la decisión razonada y explicada en la fijación de la pena coadyuva al cumplimiento de una función crítica del sistema penal, pues la confronta con sus principios orientadores. y sus consecuencias en la imposición de una pena concreta.

No obstante la importancia y los efectos positivos de un proceso adecuado de determinación judicial de la pena, el **estado actual** de esta materia no es el más auspicioso. Legislativamente, la determinación de la pena pone en evidencia la incoherencia o la inconsistencia práctica entre lo que postula el legislador, con la enunciación de principios, y lo que regula a través de normas. A nivel legal, los principios limitadores del poder punitivo son vaceados en su núcleo esencial a través de la legislación de emergencia, o legislación excepcional. A nivel doctrinal, se observa un desarrollo incipiente, de la dogmática de la determinación judicial de la pena. La doctrina nacional ha centrado la atención en la divulgación y desarrollo de las categorías dogmáticas vinculadas a la ley penal o la teoría del delito. El estudio de la determinación judicial de la pena es accesorio, o considerada como un tema exclusivamente jurisdiccional. Jurisprudencialmente, el panorama no es menos halagador: las decisiones que se toman son conceptualmente precarias, inmotivadas, o contradictorias.

Esta situación genera ciertamente **consecuencias prácticas**. Las decisiones inmotivadas, generan desconfianza en la capacidad discrecional del juez, pues no se conocen las razones objetivas que ha tenido para fijar el *quantum* de la pena. A su vez la discrecionalidad mal utilizada implica decisiones desiguales: no se entiende, por ejemplo, por qué en casos de homicidio simple (106° CP), cuya pena conminada va de 6 a 20 años de privación de libertad, un juez imponga 7 años y otro en circunstancias similares imponga 15 años. El tercer efecto práctico, se relaciona con el hecho que un margen de discrecionalidad amplio potencia o intensifica los denominados controles difusos por parte de los jueces frente a los excesos del legislador. En el Cono Norte, los jueces para corregir de alguna manera los excesos del legislador en materia de robo agravado, hacían control difuso, invocando el principio de proporcionalidad, e imponían penas por debajo de los diez años de privación de libertad (pena mínima). Un *cuarto efecto*, se verifica en la tendencia a valorar la determinación judicial de la pena, desde el prisma de la pena privativa de libertad. Se la considera como la base de todo el sistema penal. Finalmente como *quinto efecto*, vinculado a la desconfianza en la discrecionalidad judicial, se da con la introducción de criterios cuasi tasados u obligatorios en dicho proceso (cadena perpetua; semilibertad o liberación condicional excesivamente regladas).

## **b) Sistemas comparados de determinación de la pena**

En la legislación comparada es bastante difícil encontrar *sistemas puros* de determinación judicial de la pena. Sin embargo, la obtención de una pena justa, de una pena igualitaria, previsible y respetuosa de los principios, ha dado lugar, a que se creen sistemas que van desde los sistemas tasados, hasta los de discrecionalidad reglada.

El penalista colombiano Fernando Velásquez presenta seis sistemas o modelos de regulación. Hay sistemas en donde se establece una tabla de circunstancias agravantes y atenuantes con penas fijas. Existe un *segundo sistema* donde se habla de una tabla de circunstancias agravantes y atenuantes con penas flexibles, acompañado de criterios generales para su determinación. Un *tercer sistema* en el que se establece un marco punitivo específico sin enunciación de criterios generales. Un *cuarto sistema* que consiste en una tabla de circunstancias agravantes y atenuantes con penas relativamente rígidas. Un *quinto sistema* de tabla de circunstancias agravantes y atenuantes no especificadas, sin criterios generales y con penas flexibles. Y finalmente un sexto modelo o *sistema de criterios generales* con penas flexibles.

## **c) La determinación judicial de la pena en el CP de 1991**

El Código Penal de 1991 presenta un conglomerado de principios y normas que se incardinan entre sí y se relacionan con la determinación judicial de la pena. En La base del “sistema” se encuentran los **principios generales**, como el de legalidad, prohibición de analogía, afectación de bien jurídico, control judicial y legal de la pena, culpabilidad, y finalidad múltiple de la pena. Estos principios orientan o limitan la labor de fijación del marco punitivo concreto. Constituyen el espacio, dentro del cual, el juez debe interpretar las normas de determinación judicial de la pena. El juez no puede, por ejemplo, imponer una pena que exceda o vulnere la culpabilidad por el acto. Le está vedado imponer una pena distinta a la prevista en la ley. Cuando fija una pena debe considerar los diversos fines de la pena.

Al lado de estos principios, subyacen los **criterios generales o fundamentadores** de la aplicación de la pena (art. 45°) o de base para su determinación: injusto y culpabilidad (art. 46°, primer párrafo). En este sentido el sistema de determinación judicial de la pena está sustentado en estos dos pilares: el grado de injusto; es decir, la gravedad del delito,

y la culpabilidad por el acto, como límite máximo al momento de fijar una pena conminada o concreta. Hay un *tercer criterio* que no necesariamente es aceptado en la doctrina, pero que en mi concepto es útil: *el principio de necesidad de la pena*; esto es la pena, una vez declarada la culpabilidad, tiene que ser igualmente necesaria; es decir, cuando el Estado deba ejercer ineluctablemente su potestad punitiva. En nuestro medio, este tercer criterio se vislumbra con el reconocimiento de la exención de la pena (art 68°). En la exención de la pena no solamente se hace alusión a la mínima culpabilidad de la persona exenta, sino que dicha exención se sustenta en lo innecesario de la imposición de una pena.

En tercer lugar, son un componente del sistema actual, las llamadas **circunstancias genéricas relativamente especificadas** (art. 46° segundo párrafo) y que forman parte de un listado que alude al móvil, fin, medio, alcance del daño, condiciones personales, reparación del daño. Se trata de un listado enunciativo de circunstancias, aplicables en caso no estén específicamente descritas en el tipo penal, pero que el juez puede eventualmente considerarlas, sea en sentido de agravación o atenuación de la responsabilidad

Finalmente, un *cuarto componente* de este sistema de determinación judicial de la pena, es lo que denomino **circunstancias de atenuación o agravación especiales**. Con este rótulo se alude a todas aquellas circunstancias adicionales al injusto que autorizan al juzgador a imponer una pena por debajo del mínimo legal o por encima del máximo legal conminados.

Dentro de las circunstancias especiales atenuantes se encuentran la omisión impropia (art. 13°); error de tipo y prohibición (art. 14°); la tentativa (art. 16°); las eximentes de responsabilidad incompletas (art. 21°), la responsabilidad restringida por razón de la edad (art. 22°); la complicidad secundaria (art. 25°, segundo párrafo), y otras instituciones procesales como la confesión sincera o la colaboración eficaz.

Como circunstancias especiales agravantes se consideran el concurso ideal de delitos (art. 48°); el llamado delito masa (art. 49°); el concurso real de delitos (art. 50°); la circunstancia agravante por la condición de funcionario público (art. 46 A), y la reincidencia y habitualidad (arts. 46° B y C).

#### **d) Características del sistema vigente de determinación de la pena**

En primer lugar, la regulación de la determinación de la pena da cuenta de un conglomerado de normas y que no necesariamente son coincidentes o coherentes entre sí. Este mosaico normativo se inserta en un contexto punitivo en el que prevalece la pena privativa de libertad como pena autónoma -90% de las penas conminadas en los tipos especiales privativas de libertad. El legislador considera la privación de libertad como la base del sistema penal. Las alternativas a la privación de libertad, como la pena de prestación de servicios a la comunidad, aparecen como pena conminada autónoma en cuatro o cinco tipos penales. La pena de limitación de días libres sólo es prevista en dos delitos.

La prevalencia de la pena privativa de libertad pretende morigerarse a través de la aplicación de sustitutos o de instituciones alternativas de modelos más avanzados, en los que se obtienen resultados paradójicamente disímiles al nuestro. Es decir, en nuestro país regulando las mismas instituciones alternativas a la privación de libertad, se la aplica en un porcentaje equivalente a la aplicación de penas no privativas de libertad en Alemania o Suiza (85%).

Por otro lado, no existe un procedimiento expreso que guíe al interprete en la labor lógico valorativo para determinar judicialmente la pena. Esto genera diversas interpretaciones que acentúan inequidades. Con ello se genera la tendencia legislativa a acortar cada vez más el margen de juego del juzgador. Por ejemplo, en el caso de conversión de penas para delitos contra la administración pública se ha restringido las equivalencias en las penas convertibles.

A esta tendencia se asocia la consolidación de una visión conservadora en materia punitiva, con la exacerbación de la pena en las llamadas agravantes especiales, como la reincidencia, la habitualidad, o el concurso ideal, de delitos, autorizando al juzgador a imponer una pena por encima del máximo legal para el delito concernido. Mención aparte merece la agravación de la pena en el caso de delitos cometidos por funcionarios públicos (art. 46° A). La equivocada concepción de justificar la agravación por el especial deber infringido por éstos colisiona con principios como los de afectación de bien jurídico e igualdad, en la medida que su fundamento (violación especial de la

norma) hace abstracción de la vulneración real del bien jurídico y la respuesta diferenciada en desmedro de los funcionarios no está sustentada en criterios objetivos. En otras palabras, no se mira al desvalor del resultado o el grado de afectación del bien jurídico como criterio de base, sino se toman en cuenta criterios anteriores a los de afectación del bien jurídico como es la infracción del deber: al funcionario público se le castiga no sólo por el resultado dañoso a través de su conducta, sino por la “especial vulneración de la norma” (*sic*).

Asimismo, la discrecionalidad en el caso de las atenuantes especiales es demasiado abierta: se deja a la prudencia del juzgador el monto de la rebaja por debajo del mínimo legal, sin establecerse límites. Dicha incertidumbre es acentuada por la caótica redacción de la rebaja aceptable (“podrá ser atenuada”; “se atenuará la pena”; “...disminuyendo la pena”), lo que ha generado la equivocada idea que la atenuación, una vez *configurado* el supuesto, es facultativa en unos casos y obligatoria, en otros.

El propio modelo procesal vigente limita una aplicación racional de la pena. En el caso de las apelaciones por delitos sujetos al proceso sumario (75% de la carga procesal penal), la instancia de apelación no puede revisar la pena impuesta con observancia del principio de inmediación, pues no permite al tribunal de instancia “tomar conocimiento directo del agente”, como lo exige artículo 46 *in fine*.

Finalmente, en los casos de concurso de atenuantes y agravantes especiales no siempre se hace una adecuada ponderación para encontrar un equilibrio en la pena impuesta, sesgándose la pena hacia un extremo u otro.

#### **d) Determinación de la pena y reforma penal**

En el Anteproyecto de Código Penal del 2004 se introducen algunas modificaciones al procedimiento de determinación de la pena. En materia de principios no se plantean cambios sustantivos. Ello no debe inquietar si atendemos a la función práctica que éstos cumplen en la realidad: son un marco referencial que guían la interpretación de los jueces, pero que adquieren pleno sentido en las normas propiamente dichas. Al margen de su invocada inmutabilidad, la legislación evoluciona a su pesar. En este sentido, por ejemplo, la finalidad polifuncional de la pena, se reformula señalando que ésta tiene una función preventiva y una orientación resocializadora. Se arriba de esta manera a una

formula de consenso que permite asignarle funciones, según el estadio en que se formula la valoración. Así, en la etapa de la formulación de la legislación, se le puede asignar una función prevalentemente preventivo general. En la fase de determinación judicial de la pena, el juez se orienta básicamente por la criterios de retribución, teniendo en cuenta el principio de culpabilidad. En el nivel de la ejecución de la misma lo que prevalece es la prevención especial.

Con relación al principio de legalidad se le regula de la misma manera, con la única atinencia que se hace una diferenciación del hecho punible, entre acto y omisión. En lo referente al principio de culpabilidad se utiliza este término en lugar de responsabilidad, con la única consecuencia de acentuar la orientación preventiva de la pena. En lo que concierne al principio de proporcionalidad, se considera como criterio de determinación de la pena, la importancia y grado de afectación del bien jurídico para la determinación legal y judicial de la pena, sin desmedro de tener en cuenta además la protección a la víctima, así como criterios de humanidad y necesidad

En el ámbito de las normas generales o los criterios generales, el Anteproyecto del 2004 introduce un procedimiento reglado de determinación de la pena. Ello resulta útil porque provee al juzgador de una herramienta objetiva que le permite individualizar ordenada y racionalmente la pena a aplicar. La consecuencia de esta novedad es la obligación al juez de motivar debidamente la resolución explicando cada uno de los pasos para determinar la pena aplicable (juicio de determinación).

En el Anteproyecto se presenta un listado de las circunstancias genéricas de atenuación (art. 46°). Con relación a las circunstancias de atenuación genéricas el listado es descriptivo pero no cerrado: se deja un margen de juego al juzgador para la aplicación por analogía *in bonam partem* de circunstancias atenuatorias. Por el contrario, en el caso de las circunstancias agravantes el sistema es taxativo (*numerus clausus*). La diferenciación de circunstancias agravantes y atenuantes se distancia del sistema actual en donde una misma circunstancia puede ser entendida en uno u otro sentido.

#### **e) Ambito de movilidad de la pena**



La innovación más importante del Anteproyecto la encontramos en lo que se denomina el ámbito de movilidad de la pena; vale decir, en la posibilidad que en un caso concreto, la pena aplicable sea desplazada entre el mínimo y máximo legal conminados. En la actualidad, este “desplazamiento de la pena” es abierto entre ambos extremos, no existiendo criterio vinculante alguno para que el juzgador la ubique en un determinado sector del espectro punitivo. En el Anteproyecto, por el contrario, se introduce el llamado “**sistema de los cuartos**” y que consiste en que el marco punitivo abstracto para un delito específico es dividido en cuatro, debiendo el juzgador fijar la pena concreta en uno de ellos según concurren o no, exclusiva o combinadamente, circunstancias atenuantes o agravantes genéricas. Así, si el juzgador comprueba que en el caso concreto no concurre circunstancia alguna o sólo circunstancias atenuantes deberá fijar la pena en el primer cuarto (inferior). Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes deberá situar la pena en los cuartos intermedios. La ubicación de la pena en el segundo o tercer cuarto dependen de la preponderancia de las circunstancias atenuantes o agravantes respectivamente. Finalmente, si sólo concurren circunstancias genéricas agravantes, el juez ha de fijarla en el último cuarto (superior).

Este modelo de determinación obliga al juez a revisar cada una de las circunstancias reguladas en el Código. Además, le obliga a motivar detalladamente la configuración de las circunstancias a aplicar en el caso concreto. A diferencia de lo que sucede en la actualidad, el juez debe realizar una ponderación de circunstancias sopesando cada una de ellas. Con ello, el **juicio de determinación** de la pena es más controlable. El juez debe ir razonadamente señalando punto por punto si se configura o no se configura la circunstancia agravante o atenuante. Esto puede parecer engorroso pero en realidad cubre un vacío que actualmente propicia arbitrariedades. Tan importante es la exigencia de motivación en la declaración de responsabilidad, como en el juicio de determinación de la pena. Sin embargo, en el presente lo único que puede cuestionar el justiciable es la declaración de responsabilidad.

#### **f) Determinación y conversión de penas**

La determinación judicial de la pena tiene incidencia en el ámbito de la conversión de la misma. La tarea de determinación no es meramente cuantitativa. Igualmente, el juzgador puede modificar el tipo pena sustituyendo una pena por otra. La

importancia de la cuestión radica en que a través de esta institución se puede relativizar la presencia de la pena privativa de libertad para abrir espacio a otras alternativas menos gravosas o desocializantes. En la actualidad, el límite máximo para suspender reservar o convertir la pena es ínfima o bastante limitada: solamente pueden convertirse a penas de servicio a la comunidad o limitación de días libres penas privativas de libertad no mayor a cuatro años.

La fijación general de un límite máximo de conversión genera la errada idea de considerar su procedencia para delitos leves. Se piensa con ello que la conversión de pena debe hacer en función de un pronóstico individualizado de conducta y no en atención a la gravedad abstracta del delito por el se condena a una persona. En este sentido, es necesario que se aluda expresamente a esta prognosis como sucede en la suspensión de la ejecución de la pena. Esta concepción es acentuada con la prohibición general de convertir penas por delitos contra la administración pública.

A ello se agrega el hecho que la conversión de penas en una institución supletoria, subsidiaria, complementaria, desde el punto de vista legal: sólo cuando no pueda suspenderse la ejecución de la pena privativa de libertad o reservar el fallo condenatorio, recién el juez tiene que ponerse a razonar, si es posible convertir una pena. Esta aplicación en cascada determina que la conversión devenga en inoperante, pues consolida la idea en los jueces de recurrir fundamentalmente a la suspensión de la ejecución de la pena.

Por otro lado, no existe una política de difusión en su aplicación. Esto genera la falsa percepción en la comunidad que las penas convertidas son espacios de impunidad. No se recibe mayor información sobre las entidades receptoras, por lo tanto, los jueces están disociados de lo que sucede en el sistema penitenciario. Esto genera también el temor de convertir penas privativas de libertad porque no existe un sistema de coordinación entre el juez y la autoridad penitenciaria. A su vez la autoridad administrativa no tiene aún un sistema de monitoreo de la ejecución de la pena convertida por la entidad receptora.

La imposibilidad misma de la autoridad judicial de conocer directamente al agente condiciona la limitada aplicación de la conversión de penas por desconocimiento de las

condiciones personales del penado. La aplicación subsidiaria de la conversión de penas (cuando no sea procedente la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio) exige un mayor grado de conocimiento del agente para descartar las otras alternativas a la privación de libertad.