

El día 12 de septiembre de 2017 a las 18 hs. se realizó el encuentro interdisciplinario “Filosofía para el derecho” entre el departamento de filosofía y derecho penal. Los temas tratados fueron la función de la pena y el cálculo de la pena de prisión. Fueron expositores los doctores Javier de la Fuente, Ricardo Guibourg, Mario Magariños e Iván Tolnay

El Dr. Iván Tolnay vinculó los problemas de individualización de la pena con la posibilidad del juez de elegir su significado mediante la interpretación. Una libertad de optar según sus valoraciones y preferencias dado que no existe consenso en la interpretación de los arts. 40 y 41 del Código Penal. Por ello es en este ámbito donde el juez penal goza de mayor libertad.

Los artículos citados dejan en duda el piso mínimo a considerar a fin de evaluar el monto de la pena, qué se debe tomar en cuenta para considerar un hecho como agravante o atenuante y cuál es la incidencia de tal circunstancia en un cálculo final. Sostuvo que el art. 18 de la Constitución Nacional tampoco resuelve el problema ya que funciona como un principio limitador.

Propuso un ideal de individualización de la pena basado en la construcción de un razonamiento deductivo válido. A tal fin se debería contar con premisas, las que deben poder fundarse sin necesidad de que sean concluyentes. Asimismo se debe asignar un valor a cada elemento considerado relevante para poder realizar un cálculo sobre el monto de pena a imponer. De esta manera se logra que las partes puedan discutir la plausibilidad de las premisas empleadas.

El Dr. De la Fuente sostuvo que la función de la pena está vinculada con la idea de “ser humano” que surge de la concepción legal y constitucional del sistema jurídico. Por ello la respuesta retributiva se basa en tres principios básicos e ineludibles. Supone un hombre libre, toma en cuenta la dignidad del imputado a fin de establecer la pena y se basa en la proporcionalidad que debe existir entre el valor de injusto del hecho y la culpabilidad del autor.

Participa de la idea de fundar la pena en teorías retribucionistas mixtas o unificadoras. En este sentido la retribución sería un fin que debe ser respetado en la prevención general y especial. Por ello, en la prevención especial negativa se debe tener en cuenta la proporcionalidad. Sostuvo que más allá de la teoría de la pena que se defiende, si la ejecución de la pena tiene fines de reinserción social, el Estado debe ajustarse al régimen preventivo especial en su ejecución. Asimismo, sostuvo que el principio de dignidad debe ser contemplado como límite en el pronóstico de reinserción social dado que la persona no debe tomarse como objeto de tratamiento.

El Dr. Magariños hizo eje en las directrices de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional de las que surgen que la pena se debe vincular a la acción de carácter público que presupone una conducta externa perturbadora a nivel social. Así, descartó que el reproche quede limitado a rasgos del autor ya que la pena no puede utilizarse para mejorar a los ciudadanos. Por ello realizar una prognosis de personalidad peligrosa importa dejar de lado el derecho de acto. Sostuvo que no corresponde fundar la pena en la prevención especial tomando en cuenta el art. 5.6 de la Convención Americana dado que ello exige evaluar la peligrosidad del autor, más allá de que se determine como “el grado de probabilidad de que el condenado vuelva a cometer delito”.

Tuvo una mirada crítica hacia el Fallo “Lemes” del TSJ Caba en el que se sostuvo que la pena tiene un fin de prevención especial ya que debe hacer desistir al autor de cometer futuros delitos, en tanto el pronóstico de peligrosidad renuncia al sentido humanista realizando una interpretación paradójica en la que se genera una atribución al Estado a fin de que efectúe un control sobre el alma del imputado. Al respecto, es el Estado el que está obligado a generar condiciones y medios para generar un proceso de resocialización, que debe ser voluntario ya que es un derecho.

La finalidad de la pena consiste en mantener la confianza de la generalidad en el ordenamiento quebrantado. Por ello una característica (art. 41 inc. 2 CP) sólo resulta relevante si incide para atenuar el monto de la sanción a partir de criterios normativos.

El Dr. Guibourg planteó numerosos interrogantes. Entre ellos, señaló que el fin retributivo de la pena se ha vinculado con elementos metafísicos pero es el único criterio que admite fundarla en el principio de proporcionalidad. Advirtió que el castigo está vinculado con la venganza y, como tal, busca suprimir la fuente del peligro y procura evitar riesgos alejando a terceras personas por lo que no interesa tanto el castigo por lo que la persona hizo sino que se trata de que no lo vuelva a hacer ni que otros lo hagan. Respecto a la intromisión del Estado en la personalidad del autor dijo que existen condicionamientos permanentes hacia la persona que podemos ver en las enseñanzas sociales, educación, prédica moral, educación de la ley. Lo mismo sucede con la crítica Kantiana a la prevención general ya que solemos tratar a otros como medio en las finanzas, comercio, familia e incluso ofrecernos como medio.

Hay una creencia acerca de que una buena persona podría cometer algún delito culposo pero si es doloso el autor tiene malas intenciones. Por ello la peligrosidad sería una característica de la persona aún antes de cometer un delito. Al respecto propone volver a pensar la objetividad del delito. Advirtió entre la tensión en sectores garantistas que descreen de la retribución pero que tienen una mirada diferente frente a los delitos de lesa humanidad. Y analizó el concepto de pena que existe en la sociedad, el que depende en el riesgo que se estima correr de cometer un delito o de ser víctima de él.

Por último se refirió a la elaboración efectuada por el Dr. Tolnay respecto a la necesidad de contar con un razonamiento deductivo ya que toda respuesta que consiste en un número debe estar precedida de un cálculo matemático fundado en algún algoritmo que dé cuenta de esa solución. Destacó en ella la necesidad de que exista una descripción conceptual de elementos relevantes, un criterio para graduar numéricamente la intensidad de agravantes y atenuantes y su incidencia, entre otras. Afirmó que esta cálculo está presente en el razonamiento pero hay que sacarlo a la luz para reconocerlo y hacerlo explícito para poder debatirlo.

Abierta la instancia de preguntas, se analizó si las circunstancias de torturas o malos tratos sufridos durante la ejecución de la pena podrían ser tomados en cuenta en el algoritmo propuesto. El Dr. Guibourg señaló que podrían compensarse estas situaciones en relación con la duración de la pena. El Dr. Magariños explicó que no podrían incidir, ni la tortura ni conductas ejemplares posteriores al hecho, ya que el tiempo de la pena está determinado por el acto contrario a la norma ya realizado. El Dr. De la Fuente afirmó que tales extremos deben ser pensados a partir del principio

de proporcionalidad en función de cuánto mal se causa. El Dr. Tolnay reflexionó acerca de los elementos tenidos en cuenta en los artículos 40 y 41 del CP y si ellos deben ser considerados como una enumeración taxativa o enunciativa.

Se preguntó en la exposición si los delitos cometidos por empleados de la administración pública que cumplen órdenes son imputables. De la fuente respondió que una orden ilegal no se debe cumplir pero que el ejecutor puede no tener competencia para revisar la orden. Por ello hay que determinar los deberes específicos para establecer la culpabilidad. Se preguntó, asimismo, cuál era el límite de un tribunal nacional para imponer pena avasallando el principio *pro homine*, en relación con la doctrina de la Corte Interamericana y el Dr. Magariños contestó que el tema estaba vinculado con una revisión de convencionalidad y que la legitimidad de la pena se sostiene en base a que es una respuesta por aquello que el autor realizó con su conducta.

Por último, se les preguntó a los expositores si el juez está obligado a aceptar condiciones ontológicas falsas respecto a la condición de autonomía y libre albedrío del ser humano. El Dr. De la fuente señaló que no se refería a si el hombre era libre y autodeterminado en un sentido fáctico sino que el sistema constitucional así lo configura. El Dr. Magariños afirmó que si no fuera así habría que administrar medidas de seguridad. El Dr. Villar informó que en Estados Unidos se está utilizando un algoritmo matemático para determinar la pena y la peligrosidad con la finalidad de bajar las tasa de criminalidad y el encarcelamiento. A pesar de que se registró un error del 48% en la predicción de reincidencia se consideró útil porque cumplió con los

objetivos propuestos. Señaló que resultaba difícil unificar posturas entre la retribución y la prevención ya que sostenían miradas contrarias entre sí.

El Dr. Magariños se refirió al trabajo realizado por el Grupo de Análisis de criterios y opinó que los jueces están un paso antes de la cuestión del cálculo ya que aún no se expresa en las sentencias las variables que toman en cuenta. Tampoco hay acuerdo sobre la función de la pena. Sostuvo que de realizarse, tal valoración debería surgir del Poder legislativo ya que le compete establecer cuánto vale lo que la sociedad selecciona como delito.