

# UNA FÓRMULA MATEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA

Artículo publicado en el suplemento "Actualidad" del Diario Jurídico de LA LEY (Argentina) el día 13/5/03, escrito por "Carlos Paulino Pagliere (h)"

## I. – Desvaloración judicial de la conducta delictiva:

Es un principio universalmente aceptado, y además receptado por el art. 2 del Código Penal que la retroactividad de la ley penal depende de si ésta es o no es más benigna. Si la ley penal es más benigna, siempre es retroactiva. Si no es más benigna, jamás puede ser retroactiva.

Una ley penal más benigna puede serlo cualitativa o cuantitativamente. Lo es cualitativamente cuando la ley penal es más benigna respecto de los elementos integrantes del tipo, sean estos objetivos o subjetivos. Lo es cuantitativamente, cuando la ley penal es más benigna respecto a los montos de la pena. Es el aspecto cuantitativo, el que tendremos en consideración a los efectos del presente estudio (lo cual es lógico, siendo que sólo un aspecto cuantificable de la ciencia penal puede regirse bajo una fórmula matemática).

Los tipos penales —casi sin excepción— fijan un máximo y un mínimo de pena privativa de libertad<sup>1</sup>. Conforme a los parámetros resultantes del artículo 41 del Cód. Penal, los jueces deben fijar la pena dentro de ese margen legal. Es decir, que **deben graduar en más o en menos la pena, según el mayor o menor desvalor (o demérito) de la conducta del reo**<sup>2</sup>. Esta actividad, mediante la cual el juez debe mensurar el desvalor de la conducta del reo conforme al art. 41 de Cód. Penal, para luego graduar en más o en menos la pena según corresponda, es lo que hemos dado en llamar "desvaloración judicial"<sup>3</sup> de la conducta del reo".

La desvaloración judicial de la conducta del reo, al traducirse en una graduación en el monto de la pena, se hace cuantificable numéricamente (no debe perderse de vista que la sentencia es una cuantificación del delito, que se expresa en medida de tiempo o de cantidad). Y esta cuantificación numérica, obviamente, puede también traducirse en una cuantificación porcentual. Así, cuando la sentencia pena

---

<sup>1</sup> Todos los principios que expresaremos, le son igualmente aplicables a las penas pecuniarias, en tanto que los principios a desarrollar son propios de las penas divisibles, sea por razón de tiempo o de cantidad.-

<sup>2</sup> En realidad, el juez desvalora la conducta "en relación" al reo, ya que el art. 41 también tiene como parámetro las condiciones personales que son ajenas al desarrollo de la conducta en sí misma. Hecha la aclaración, téngase presente.

<sup>3</sup> En contraposición a la desvaloración que la ley hace de por sí, sin delegarla al juez, que es aquella que denominamos "desvaloración básica o legal", y se expresa a través del mínimo legal.

con el mínimo legal, el nivel de desvaloración judicial de la conducta es el menor. Es decir, que la desvaloración judicial de la conducta —traducida en la agravación de la pena— es nula (sólo queda la desvaloración básica del delito que se halla siempre expresada por el mínimo). En cambio, cuando la sentencia pena con el máximo legal, el nivel de desvaloración judicial de la conducta es el mayor. Es por ello, que la desvaloración judicial de la conducta —traducida en la agravación de la pena— es total. Porcentualmente hablando, la desvaloración judicial nula es del 0 %, y la desvaloración judicial total es del 100%.

Esta traducción matemática de la desvaloración judicial de la conducta (desvaloración efectuada por el juez, conforme al demérito de la conducta y traducida en pena), no es de interés abstracto, sino de interés práctico. Esto es así, por cuanto **con la fijación judicial de la pena, graduada en más o en menos dentro de los márgenes legales, puede mensurarse (porcentualmente) la desvaloración judicial de la conducta.** De esta forma, por ejemplo, teniendo un delito penado con un mínimo de 8 años y un máximo de 25 años (ej. del homicidio simple), si el juez pena con 12 años y 3 meses, habrá desvalorado la conducta —y por ende, graduado la pena por él disponible dentro del margen legal— en un 25%. Y este nivel de desvaloración judicial, puede conocerse en un tiempo cualquiera posterior al juzgamiento del hecho (¡he aquí su valor e importancia!).

Ahora bien, la operación que permite mensurar porcentualmente la desvaloración judicial de la conducta es la siguiente:

$$(1) \quad \frac{(\text{Sentencia} - \text{mínimo}) \cdot 100}{(\text{Máximo} - \text{mínimo})} = X \%$$

Operación obtenida de la siguiente regla de tres simple: 
$$\begin{array}{l} M-m \text{ ————— } 100\% \\ S-m \text{ ————— } X\% \end{array}$$

En esta operación, el "máximo" y el "mínimo" se refieren a la escala penal. La razón por la cual el mínimo se resta a la sentencia y también al máximo, es porque es a partir de aquél, del cual se comienza con la desvaloración judicial (todo delito tiene una desvaloración básica que se traduce en el mínimo de la escala penal, y a partir de la cual el juez va a efectuar la desvaloración judicial que legalmente se le ha encomendado conforme a los criterios del art. 41 del Cód. Penal). Así, como se puede observar en el siguiente gráfico, el margen de la graduación de la pena es de 17 años (la diferencia entre el máximo y el mínimo), y dentro de ellos debe medirse el

porcentaje de desvaloración judicial:

<u>desvaloración básica</u>		
0	años	infinito
<u>escala penal dentro de la cual se mide la desvaloración judicial (desde el 0% al 100%)</u>		
8	17 años (100%)	25
mínimo		máximo

## II . – La pena ajustada a las escalas de la ley penal más benigna:

Dictada una nueva ley penal que modifica los montos de la pena, puede ser ésta más benigna, o menos benigna. La determinación de la benignidad de la ley no siempre puede efectuarse en forma absoluta (es decir, determinable a prima facie, sin efectuar una operación matemática), sino que a veces debe estudiarse en forma concreta (efectuando la operación matemática). Las variantes posibles de modificación de los montos son ocho:

	MÍNIMO		MÁXIMO
1ra	+		=
2da	=		+
3ra	-		=
4ta	=		-
5ta	+		+
6ta	-		-
7ma	+		-
8va	-		+

Referencias: [+] aumento del monto

[-] disminución del monto

[=] no hay variación en el monto

En la 1ra., 2da. y 5ta. variante, es obvio que la nueva ley penal es menos benigna (determinación absoluta), por lo cual no puede ser retroactiva. En la 3ra., 4ta. y 6ta. variante, es obvio que la nueva ley penal es más benigna (determinación absoluta), por lo cual debe ser retroactiva. Ahora bien, en la 7ma. y 8va. variante no puede determinarse apriorísticamente si la nueva ley penal es o no es más benigna

(determinación relativa). Debe estudiarse el caso en concreto<sup>4</sup>. No a través de un cálculo de proporción para determinar si es mayor el aumento del máximo que la disminución del mínimo, o mayor la disminución del máximo que el aumento del mínimo (error muy frecuente). Sino, muy por el contrario, debe utilizarse la operación ut supra (1) para mensurar porcentualmente la desvaloración judicial de la conducta (mensurada por el juez y traducida en la graduación de la pena original dentro de las escalas originales), y luego, con una nueva operación (2), cotejar si la desvaloración judicial que surge de dicho porcentual, pero con respecto a las nuevas escalas penales, arroja un pena mayor o menor. Si la pena que arroja es mayor, la nueva ley penal es menos benigna; si la pena es menor, la nueva ley penal es más benigna:

$$(\text{Nuevo máximo} - \text{nuevo mínimo}) \cdot X \% = Y$$

Referencias: [X %] desvaloración de la conducta mensurada por el juez en el dictado de la sentencia durante la vigencia de la escala penal anterior [resultado de la operación (1)].

(2)

Y al total (Y) debe sumársele el nuevo mínimo (la nueva desvaloración básica). De esta forma, obtendremos el monto exacto de la pena que corresponde a la nueva escala penal, sin modificar la desvaloración de la conducta efectuada en la sentencia dictada conforme la anterior escala penal:

$$(Y + \text{nuevo mínimo}) = \text{Nueva pena}$$

La fórmula matemática compuesta por las dos operaciones ya desarrolladas [(1) y (2)], es una fórmula universal. Sirve para determinar el cuántum de la pena que corresponde a la conducta ya juzgada, pero teniendo como marco la nueva escala penal (y conforme la desvaloración judicial efectuada en la sentencia, durante la vigencia de la escala penal anterior). Es decir, que revela concretamente, sea cual fuere la variación de los montos de las penas (cualquiera de las ocho variantes, y especialmente la 7ma. y 8va que son de determinación relativa), si la nueva ley penal es o no es más benigna, y exactamente cuánto. Así, a través de esta fórmula, por ejemplo, se puede determinar si la nueva ley penal es o no es más benigna en el caso de la 6ta. variante; pero es tan evidente que en la 6ta. variante la ley penal es más benigna (determinación absoluta), que la utilización de la fórmula deviene superflua. Sin embargo, no lo será si lo que se quiere determinar es "cuánto" más benigna es

---

<sup>4</sup> A tal punto, que puede darse el caso de que dos sujetos que cometieron exactamente el mismo delito, por el sólo hecho de ser castigados con distintas penas, para uno de ellos la nueva ley penal sea más benigna, y para el otro, no.

dicha ley, ya que ofrece (esta fórmula) la determinación de la pena exacta que le corresponde a la conducta, según la nueva escala penal.

En síntesis, la fórmula matemática universalmente válida para determinar la nueva pena que corresponde a la variación del (o de los) monto(s) de la nueva ley penal (más o menos benigna), es la siguiente:

$$(1) \quad \frac{(\text{Sentencia} - \text{mínimo}) \cdot 100}{(\text{Máximo} - \text{mínimo})} = X \%$$

$$(2) \quad (\text{Nuevo máximo} - \text{nuevo mínimo}) \cdot X \% = Y$$
$$(Y + \text{nuevo mínimo}) = \text{Nueva pena}$$

### III . – Revisión de la pena frente a la ley penal más benigna:

Sancionada una nueva ley penal, para el caso de que sea más benigna, se impone la realización de una revisión ante el órgano competente (ej. Tribunal de Casación de la Prov. de Bs. As. [conf. art. 467 incs. 5 y 6 del C.P.P.B.A.]), que debe dictar nueva sentencia conforme a la nueva ley. Pero queda en esta instancia determinar cuál debe ser la amplitud de la revisión.

Si para dictar la nueva sentencia se efectúa un nuevo juzgamiento de la conducta —revisando el expediente del reo y analizando los hechos—, se caería irremediabilmente en la violación de la Cosa Juzgada (que sólo puede ser admitida pro reo) siempre que la nueva desvaloración judicial de la conducta sea menos benigna que la ya efectuada por el juez que juzgó el delito, y aún cuando la pena fuera más benigna. Es decir, que para que la revisión sea válida, no basta con que modifique la pena por una menor, sino que además, la desvaloración judicial de la conducta —reflejada en la graduación de la pena— no puede ser menos benigna que la anteriormente efectuada por a quo. El órgano que juzga nuevamente los hechos, debe hacerlo, con respecto al a quo, con igual o mayor benignidad. Si lo hace con menor benignidad, afecta la Cosa Juzgada, aunque la pena sea más benigna (de menor monto que la anterior).

La otra forma de revisión (la correcta), consiste en que, en vez de revisar los hechos, únicamente se haga la revisión de la pena misma. Y la revisión de la pena, como es obvio, no implica de forma alguna un nuevo juzgamiento, ya que la única actividad, consiste en adaptar la pena anterior a las escalas penales nuevas. Aquí, el revisor no peligraría su actividad por desvaloración judicial menos benigna de la conducta en virtud de la Cosa Juzgada, ya que tal desvaloración no la produce, sino que la reproduce, manteniendo la del juez a quo. La revisión, entonces, debe circunscribirse únicamente a la pena (conforme la fórmula matemática) y no a los hechos, ya que lo que muta no son éstos, sino tan sólo la escala penal.

No obstante, cualesquiera fuera la actitud del revisor, deberá con la primera operación (1), obtener el porcentaje de desvaloración de la conducta. Con la segunda operación (2), deberá obtener el monto de la pena que corresponde a la nueva escala penal, sin modificar la desvaloración de la conducta efectuada por el juez a quo. **Este monto de la pena es el que marca (para el caso en que sea más benigno que el anterior) el límite sobre el cual el órgano revisor no podrá sentenciar.** Toda sentencia que supere el monto así obtenido, y aunque sea más benigna que la sentencia anterior, deviene prohibida, ya que juzga los hechos nuevamente, haciendo una desvaloración de la conducta menos benigna que el juzgamiento del juez a quo, constriñendo la garantía de la Cosa Juzgada.

#### IV . – Ejemplos de utilización de la fórmula:

##### 1er ejemplo de utilización de la fórmula:

###### Referencias:

Sentencia: 12 años y 3 meses

Máximo: 25 años

Mínimo: 8 años

Nuevo máximo: 22 años

Nuevo mínimo: 10 años

$$\frac{(\text{Sentencia} - \text{mínimo}) \cdot 100}{(\text{Máximo} - \text{mínimo})} = X \% \Rightarrow \frac{(147 \text{ meses} - 96 \text{ meses}) \cdot 100}{(300 \text{ meses} - 96 \text{ meses})} = X \% \Rightarrow \frac{51 \cdot 100}{204} = 25 \%$$

$$(\text{Nuevo máximo} - \text{nuevo mínimo}) \cdot X \% = Y \Rightarrow (264 \text{ meses} - 120 \text{ meses}) \cdot 25 \% = Y \Rightarrow 144 \cdot 25 \% = 36 \text{ meses}$$

$$Y + \text{nuevo mínimo} = \text{Nueva pena} \Rightarrow 36 + 120 = 156 \text{ meses (13 años)} \Rightarrow \text{Nueva pena} = 13 \text{ años}$$

Como la nueva pena es de 13 años, para el reo sentenciado a 12 años y 3 meses, esta nueva ley es menos benigna.

## 2do ejemplo de utilización de la fórmula:

### Referencias:

Sentencia: 20 años y 9 meses  
Máximo: 25 años  
Mínimo: 8 años  
Nuevo máximo: 22 años  
Nuevo mínimo: 10 años

$$\frac{(\text{Sentencia} - \text{mínimo}) \cdot 100}{(\text{Máximo} - \text{mínimo})} = X \% \Rightarrow \frac{(249 \text{ meses} - 96 \text{ meses}) \cdot 100}{(300 \text{ meses} - 96 \text{ meses})} = X \% \Rightarrow \frac{153 \cdot 100}{204} = 75 \%$$
$$(\text{Nuevo máximo} - \text{nuevo mínimo}) \cdot X \% = Y \Rightarrow (264 \text{ meses} - 120 \text{ meses}) \cdot 75 \% = Y \Rightarrow 144 \cdot 75 \% = 108 \text{ meses}$$
$$Y + \text{nuevo mínimo} = \text{Nueva pena} \Rightarrow 108 + 120 = 228 \text{ meses (19 años)} \Rightarrow \text{Nueva pena} = 19 \text{ años}$$

Como la nueva pena es de 19 años, para el reo sentenciado a 20 años y 9 meses, esta nueva ley es más benigna<sup>5</sup>.

## V . – Cuestiones a resolver a la hora de la aplicación de la fórmula:

La fórmula que hemos detallado en el transcurrir de este artículo resuelve un problema gravísimo, que es el de la inexactitud a la hora de aplicar la ley penal más benigna; pero a su vez trae íncito un nuevo problema (aunque pequeño), que nos obliga a ser muy cuidadosos: el del exceso de exactitud. No obstante, la ventaja del exceso de exactitud es que tiene solución (sólo hay que ser meticuloso a la hora de las cuentas), mientras que la inexactitud, no la tiene.

En los ejemplos desarrollados en el punto anterior, se transformaron los años a meses, que es más fácil que pasar los meses a años (ej. 12 años y 3 meses a 147 meses; en vez de 12 años y 3 meses a 12, 25 años). No obstante, cuando la sentencia fija una pena que está expresada también en días, **no** se puede convertir los años y los meses a días, ya que debería tenerse en cuenta la cantidad de días que tiene cada mes, y cada año, o fijarles un promedio. Cualquiera de estas dos operaciones son erróneas, ya que tienen en cuenta una variable que el juez que sentenció no la había considerado (cuando el juez sentencia a tantos meses, no discrimina qué cantidad de días contiene cada uno). Lo que ocurre es que cada año, tiene indefectiblemente 12 meses. Pero hay años de 365 y 366 días, y meses de 28, 29, 30 y 31 días. Por eso, cuando la sentencia fija una pena que está expresada también en días, deben convertirse esos días en meses (en forma decimal), y allí se zanja de raíz la cuestión, y se obtiene el resultado con exactitud.

No todas las penas privativas de libertad están expresadas en escalas. Puede

darse el caso de que exista una pena fija, como por ejemplo, la prisión perpetua. Cuando el juez a quo pena con prisión perpetua, efectúa la mensuración del desvalor de la conducta, pero no puede traducirla en graduación de pena. Por ello, el órgano revisor, al aplicar una ley más benigna que fije monto máximo y monto mínimo en reemplazo de la pena fija, no va a poder reproducir la desvaloración judicial de la conducta. Esto es así, dado que dicha desvaloración no ha sido cuantificada (mediante la agravación de la pena). Entonces, lo que el revisor debe hacer en estos casos, es “reconstruir” la desvaloración judicial efectuada por el juez a quo, pero que no ha podido traducir en graduación de pena. ¿De que forma? Simplemente, analizando las deliberaciones previas al veredicto y la sentencia.

Por otro lado, si bien los ejemplos escogidos tienen números redondos, en la mayoría de los casos hay que lidiar con decimales, para luego, cuando se llega a la nueva pena (en años, meses y/o días), redondear hacia abajo en favor del reo.

Finalmente, puede argüirse que el manejo de tantas operaciones matemáticas no es una actividad propia de la labor del jurista, sin embargo, esta fórmula no ofrece mayores dificultades que el “cómputo de la pena” (pues justamente de eso se trata toda la cuestión). Asimismo, no debe olvidarse que el derecho, además de un arte, es una ciencia. Y mal que nos pese, la ciencia se inclina más por la exactitud que por el arbitrio.

Carlos Paulino Pagliere (h)  
presidenciadekaos@hotmail.com  
copyright 2003