

## **De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas.- Un camino con un retorno posible.**

*"Toda pena (dice Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; proposición que puede hacerse mas general de esta manera. Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránico" <sup>1</sup>*

### **1.- Introducción y planteo del problema.**

Se nos ha solicitado un comentario a dos resoluciones jurisdiccionales: la primera corresponde a un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, que se aplica a un caso en que un joven se apodera ilegítimamente de una mínima cantidad de dinero, de dos personas distintas, amenazando para ello con un cuchillo de cocina. El dinero, mínimo (en total \$ 3,60), fue hallado poco tiempo después, y reintegrado a las damnificadas, a las cuales se les sustrajo a Zurita \$ 2 y a Rizzo \$ 1,60.

La defensa, más allá de cuestionar el grado de avance en el *iter criminis*, entendió que, en el caso, la aplicación del mínimo de la escala penal - cinco años, impuesto por el Tribunal Oral- lesionaba los principios de lesividad y culpabilidad.-

La mayoría de la Sala- doctores Tragant y Righi- entendieron que *"...todas las sustracciones cometidas con armas, deben circunscribirse a las penas máximas y mínimas que establece dicho artículo, sin tener en cuenta lo ínfimo o cuantioso del apoderamiento, lo que sí puede tenerse en cuenta para graduar la pena en concreto"* y que *"no se advierte que la escala penal establecida por el Código Penal resulte desproporcionada e irrazonable, ni que la pena impuesta sea cruel e inhumana. No se observa, en definitiva, la lesión a los principios de lesividad y culpabilidad denunciada.- "*<sup>2</sup>

En cambio, la Dra. Ledesma, en su voto, aceptó el agravio de la defensa y para ello expresó que la cuestión en análisis exigía compulsar, si en el caso *"...la escala penal allí prevista, concretamente el mínimo de cinco años de prisión, excede la medida de culpabilidad atribuida .. en franca violación a principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes, entiendo que se debería abrir la vía recursiva invocada y en consecuencia analizar el tema, por la trascendencia que tiene a la luz de los preceptos constitucionales que se ven profanados con topes mínimos tan elevados como el contenido en el precepto de mención .. corresponde detenerse someramente en dos*

<sup>1</sup> Beccaria, "De los Delitos y Las Penas", capítulo II. Derecho Castigar, pág 27.

<sup>2</sup> CNCP, Sala III, voto de los Dres. Tragant y Righi, causa nro. 6501, caratulada "Tinganelli, Martín Daniel s/recurso de casación", rta. en abril de 2006

*principios fundamentales que rigen la determinación e imposición de la sanción. Tales principios rectores son los de proporcionalidad y culpabilidad de neto raigambre constitucional ..Nuestra Carta Magna recepta estas directrices y consagra el principio de humanidad en su art. 18 al proscribir la imposición de todo tipo de tormentos y azotes, y también es receptado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles o inhumanos o degradantes (art. 5° de la DUDH, 7° del PIDCP y 5° de la CADH) .. En tales condiciones, queda claramente evidenciado el desmesurado monto punitivo de acuerdo a la ínfima lesión al bien jurídico propiedad ocasionado y la conducta desplegada por el agente que, como se dijo y vale reiterarlo, quedó probado que no llevó a cabo un accionar que haya puesto en riesgo la integridad física de las damnificadas .. Como colofón de lo expuesto podemos decir que las penas excesivas como la contenida en la figura penal que se aplicó al caso, conllevan ínsitas una degradación del ser humano y un desprecio a la libertad que no se corresponden con un estado de derecho.”<sup>3</sup>*

Consecuentemente, propició la declaración de inconstitucionalidad del límite mínimo de la pena en la figura prevista en el art. 166 inc. 2 del CP.

La otra decisión jurisdiccional corresponde al Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 26, que hizo lugar a la petición del fiscal de juicio, aceptada por la defensa pública, relativa a la disminución de la pena por debajo del mínimo de la escala por incidencia de las consecuencias que apareja la llamada " *pena natural*".

Nuestro aporte consistirá en mostrar, en primer lugar, el estado de la doctrina y la jurisprudencia en relación a la incolumnidad o relatividad de los mínimos impuestos en las escalas penales. En segundo lugar, se expondrán los principios constitucionales aplicables a la temática. Por otro lado se verá, en cada caso anotado, cuál ha sido la causal de incidencia en el corrimiento, intentado y logrado, respectivamente de tales causales. Por último, se dará una opinión fundamentada acerca de la adecuación constitucional de la relativización de los mínimos legales.

## **2.- Estado de la cuestión planteada desde la doctrina y jurisprudencia.**

En relación a la doctrina nacional no se ha desarrollado hasta el momento una profusa corriente que se ocupe de la cuestión en forma específica. Podemos citar como excepciones algunas posturas relevantes,

---

<sup>3</sup> CNCP, Sala III, voto de la Dra. Angela Ledesma en la causa nro. 6501, caratulada "Tinganelli, Martín Daniel s/recurso de casación", rta. en abril de 2006.-

como la del profesor Zaffaroni, quien en su último Tratado se refirió a la temática, por entender que los mínimos de las escalas penales señalan un límite al poder cuantificador de los jueces, pero siempre que las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución. **Por ello, puede afirmarse que los mínimos legales son meramente indicativos.** En contra de esa posición, se afirma que los *mínimos son infranqueables, porque se trata de un acto de conformación social del legislador.*

En principio los límites mínimos constituyen una regla general, sin perjuicio de lo cual esto indica, - por ello su carácter de regla-, la existencia de excepciones.

Y entonces los problemas son dos: en primer lugar la aceptación de que los mínimos penales no son infranqueables, inexorables. En segundo lugar, cuáles son los supuestos que autorizan la excepcionalidad. En su obra el ya citado profesor Zaffaroni apunta dos: la pena natural y la ilícita.

En relación con la primera excepción ella parece evidente, atento a la absoluta inocuidad de la pena aplicable a quien ya sufrió, resultado de la conducta reprochada, un mal mucho mayor que el que implica la pena. En relación con la pena ilícita- aunque la sola mención aparezca contradictoria, ella sigue siendo pena- es comprensible que quien la ha padecido deba ser, en algún sentido, compensado con una reducción en el mínimo legal.

Por otra parte, puede citarse, en el orden nacional, el proyecto de reforma del código penal recientemente presentado, que en su artículo noveno prevé que "... *El juez podrá determinar la pena por debajo de los mínimos previstos e inclusive eximir de pena, cuando el peligro o daño causados sea de escasa significación.*" Y, en su segundo inciso, que "... *Del mismo modo se podrá eximir de pena, o reducirla, cuando las consecuencias del hecho hayan afectado gravemente al autor o partícipe.*"<sup>4</sup> De ello surge que el proyecto prevé la introducción de la facultad judicial de adecuar el grado de la culpabilidad, reduciendo los mínimos penales, cuando se configure un supuesto de mínima afectación del bien jurídico y en los casos de pena natural.

En otro orden, también cabe destacar que en la obra Pensamiento Penal del Sur se lee el artículo de Mario Juliano, quien aborda la temática en análisis, en su doble papel de ensayista y juez, en tanto se refiere a dos casos que lo tuvieron como integrante el Tribunal Oral de Necochea.

El caso que cita en primer término - robo de siete pesos con un

---

<sup>4</sup> Anteproyecto de Reforma del Código Penal de la Nación, 2006.-

cuchillo de mango de plástico- fue calificado como robo con armas, el que prevé un mínimo de cinco años de prisión. Los jueces del Tribunal, sin embargo, consideraron que la imposición de tal pena transgredía los principios de culpabilidad y proporcionalidad, adecuando la respuesta penal a 1 año de prisión para Marcelo, autor del primer hecho. En relación con el segundo hecho, describe la conducta de un hombre de unos cincuenta años quien, objeto de burlas por una pareja de jóvenes, se enreda en una pelea que culmina con la muerte del varón, apuñalado por el hombre de más edad. En el caso los jueces- que calificaron el obrar como homicidio simple- impusieron, sin embargo, una pena de 4 años por el delito de homicidio simple fundado ello en la existencia de imputabilidad disminuída. En ambos supuestos entendieron, los jueces del tribunal, que las respuestas punitivas por debajo de los límites respectivos se entendían como **“más ajustadas a la verdadera culpabilidad por el hecho específico”**<sup>5</sup> y que tales respuestas eran aquellas que se adecuaban a los estándares constitucionales.

En el artículo que hace mención a los fallos, uno de sus firmantes de la sentencia, el juez Juliano, como se adelantara, además de justificar la decisión de la mayoría que integró, señaló que la declaración de inconstitucionalidad y la aplicación de penas muy inferiores a los mínimos de la escala penal, obedecía al imperativo de honradez intelectual, que les impedía una “ re-interpretación ” de la realidad, para imponer una respuesta punitiva adecuada a la culpabilidad<sup>6</sup>

Aún más, el autor citado ha expresado que “.. *la existencia de los mínimos no representa valor jurídico alguno y, por el contrario, su eliminación no comportaría perjuicio alguno, ni para la sociedad ni para el individuo sometido a proceso, ya que si uno y otro confían en que el único modo de dirimir los conflictos es sometiéndolos al juicio previsto por la Constitución, debe derivarse de él la sanción adecuada a la culpabilidad, que solamente puede encontrar como límite el máximo a imponer, pero nunca un mínimo discrecional, que no necesariamente representa el límite inferior de la culpabilidad*”<sup>7</sup>

La posición antedicha, contraria a alguna práctica judicial no desconocida – la de desvirtuar la realidad a fin de cumplir un imperativo de justicia- indica, a nuestro ver, una actitud valiosa y valiente, en la medida en que, en algún punto, coloca a los jueces en riesgo de ser cuestionados por una aparente transgresión a la ley que; decisión, sin embargo, que no es

---

<sup>5</sup> Juliano, A. Mario; “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales” en Pensamiento Penal del Sur, 1, Zaffaroni, Niño, Martínez y Vitale (coordinadores), Editor Fabián J. Di Plácido, pág. 489

<sup>6</sup> Juliano, A. Mario; ob. Cit, 489.-

<sup>7</sup> Juliano, A. Mario; ob. Cit, 493.-

más que el acatamiento a principios superiores.

### **3.- Los principios constitucionales en juego: culpabilidad, lesividad, humanidad y proporcionalidad de las penas y, finalmente, división de poderes.**

Como hemos enunciados, la temática analizada encuentra fundamento jurídico en una serie de principios constitucionales, a saber:

➤ **Principio de culpabilidad**: es aquel según palabras de Zaffaroni “...el más importante de los que se derivan en forma directa el estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante”<sup>8</sup>. Por otra parte, teniendo en cuenta tal concepto resulta interesante lo expresado por Juliano, en cuanto a la temática en análisis, al expresar que “... **el acto debe ser medida de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso en concreto, para cuyo logro el órgano judicial no puede ser constreñido por mínimos fijos (establecidos discrecionalmente por el legislador) que no se ajusten a criterios de razonabilidad y proporcionalidad**”<sup>9</sup> Como se advierte, la existencia de pautas legales mínimas establecidas de antemano soslaya este principio al efectuarse en forma abstracta un encuadramiento de un caso y hecho concreto a una mera fórmula legal que desconoce ciertas particularidades dadas a un caso concreto. La existencia de mínimos legales de algún modo limita a los jueces, salvo en algunos casos como los aquí analizados, ya que éstos se sienten “atados” a las pautas legales establecidas por las normas. Tal marco punitivo, a su vez, resulta en la mayoría de los casos carente de racionalidad. Un ejemplo claro de ello lo constituye el supuesto del art. 166 inc. 2 del CP, esto es el robo con armas, en donde a partir de la construcción doctrinaria del concepto de “armas de impropias” transgresor a nuestro modo de ver, del principio de legalidad, se condena a una persona que cometió un robo con una varilla<sup>10</sup>, a una pena cuyo mínimo legal es de cinco años. Ello sólo como consecuencia de encuadrar el hecho bajo el tipo penal de robo con armas, situación que ha

<sup>8</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar; “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Ediar, 2000, pág. 132

<sup>9</sup> Juliano, A. Mario; ob. Cit, pág. 496.-

<sup>10</sup> CNCP, Sala III, causa nro. 6799 caratulada “Fernández, Luis Miguel o Catrilaf, Ricardo s/recurso de casación”, del voto de la mayoría, rta. el 3 de julio de 2006.-

ocurrido en el caso Tinganelli, al calificar el hecho de tal modo por haberse efectuado con un cuchillo; en este sentido resulta ilustrativo el voto de la Dra. Angela Ledesma.

➤ **Principio de lesividad**: se encuentra previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional y constituye un límite esencial al poder punitivo en tanto y en cuanto, en modo alguno, puede legitimarse la intervención estatal cuando no existe un conflicto jurídico, específicamente una lesión al bien jurídico<sup>11</sup>. Tal principio encuentra relación con la temática analizada, ya que en el caso concreto, se advierte una clara desproporcionalidad entre una pretendida afectación al principio de lesividad y la concreta lesión al bien jurídico "propiedad", en el caso de Tinganelli. Tal supuesto representa un ejemplo aislado de una serie de casos en donde la afectación a los bienes jurídicos protegidos por las tipos penales, al establecer una pauta mínima de respuesta punitiva, deja de lado el análisis de tal principio.

➤ **Proporcionalidad y humanidad de la penas**: En este punto los jueces de la Corte han expresado que "... *la proporcionalidad de la pena no puede resolverse en fórmulas matemáticas sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación pueda ser aceptada en un estado de derecho*"<sup>12</sup> Tal principio encuentra íntima relación con el de humanidad de las penas, el que encuentra correlato constitucional en los art. XXVI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 5 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 10 pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos; en donde resulta claro que las penas no pueden ser crueles ni trascender la lesión del acto. Consideramos que de algún modo, al existir mínimos penales, estos resultan en la mayoría de los casos simples respuestas a problemas de índole social que pretenden solucionarse a través de la imposición de respuestas punitivas de alto tenor. En este punto resulta adecuado expresar que "***...La primer problemática que se busca solucionar por esta vía [creación de agravantes y aumento de respuestas punitivas] "no es mas que la puesta en marcha de otra ilusión al ciudadano, dado que de ningún modo esta agravante modifica la sensación de inseguridad -que además es determinada por muchos factores que poco tienen que ver con la ley penal-" (Carina Lurati,op. cit.). Por lo demás, la sensación de inseguridad o impunidad de la población, es una particularidad a resolver mediante la aplicación***

<sup>11</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar; "Derecho Penal. Parte General", Editorial Ediar, 2000, pág. 121.

<sup>12</sup> CSJN, causa nro. 6491, caratulada "Pupelis, María Cristina y otros s/robo con armas", rta el 14/05/91, citada en la obra de Mario Juliano, referenciada.

**de políticas sociales, económicas, laborales, educativas -culturales en definitiva- que aventen sus causas; mas no una cuestión que en un derecho penal liberal en el que el autor de un delito responde en la medida de su culpabilidad, pueda serle "atribuida" para agravar su condena. Sostener lo contrario importa -a mi juicio- conculcar las garantías individuales emanadas del artículo 18 de la Constitución Nacional .. Y si como antes se postulara el autor de un delito responde en la medida de su culpabilidad, ninguna duda cabe - a riesgo de vulnerar tal principio- que no debe en tales supuestos agravarse la pena del mayor por la sola circunstancia de haber participado con un menor de dieciocho años de edad."**<sup>13</sup> Esto representa sin más un ejemplo de una respuesta punitiva que responde al clamor popular en donde, en verdad, el sujeto objeto de la maquinaria estatal sólo constituye un "otro" peligroso sobre el cual se implementan tales respuestas punitivas. **Existen gran cantidad de tipos penales que responden a discursos de ley y orden que captan el clamor popular, cuya consecuencia es precisamente la desafortunada creación de mayor rigor punitivo, justamente allí donde no llegan las políticas de Estado.**

En este punto, la Dra. Ledesma acertadamente ha expresado que "El juez en su tarea de determinar el quantum de pena se ve involucrado en "un conjunto de presiones de distinto tipo. Quizás la más importante, y que afecta gravemente la función limitante de la respuesta punitiva sea la pulsión que ejercen las agencias políticas al elevar los mínimos penales a niveles que dificultan grandemente la tarea de cuantificación...de este modo se establecen aumentos irracionales y escalas penales de igual naturaleza...", bajo el pretexto de tranquilizar a la opinión pública, se presenta a la pena como un pretendido bien social que configura " uno de los grandes mitos de un ámbito del saber en el que predomina el prejuicio y la ignorancia." (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, "Manual de Derecho Penal", Parte General, editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, págs. 37, 120, 708 y 737) <sup>14</sup>. De ello se desprenden consecuencias irracionales, tal como queda evidenciado en el pronunciamiento examinado – Tinganelli-, en el que el juez se encuentra constreñido por el tope mínimo contemplado en el tipo penal en cuestión.

Por otra parte, Ferrajoli, al analizar el principio de proporcionalidad expresó que "**... al menos para las penas privativas de la libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal:**

---

<sup>13</sup> TOC La Plata, causa "Casano s/ robo ", rta. el 19/5/2006. La aclaración entre corchetes se agrega.

<sup>14</sup> Fallo Tinganelli, sala III de la CNCP.-

***sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo***<sup>15</sup>

El mínimo legal soslaya, entonces, este principio en tanto y en cuanto una respuesta punitiva puede resultar claramente desproporcionada en relación al hecho por el que fuera condenada una persona e incluso cruel y, especialmente, prohibida.

➤ **División de poderes**: Un principio que también se encuentra vulnerado, de algún modo, es la división de poderes característico del sistema republicano de gobierno. Ello toda vez, que los legisladores al establecer de antemano una respuesta punitiva limitada por un mínimo penal han soslayado el principio de culpabilidad, como se ha expresado, al delimitar la evaluación de diversas pautas que sólo deben ser consideradas por los jueces en el marco de un caso concreto.

La existencia de un mínimo legal de cinco años, por ejemplo, para el robo con armas representa sin más una respuesta desmedida especialmente si no se analizan las circunstancias particulares del caso concreto.

Los legisladores, a nuestro modo de ver, teniendo en cuenta los principios constitucionales debieron establecer un límite a las sanciones penales, el que se encuentra dado por el máximo legal pero, reitero, la existencia de un mínimo legal soslaya el principio de culpabilidad por el acto e incluso, en casos como los aquí analizados, los de humanidad, dignidad y proporcionalidad de las penas.

Resulta relevante la “toma de conciencia” por parte de los magistrados de la trascendencia que reviste la individualización y graduación de la respuesta punitiva. Decimos ello, toda vez que lamentablemente en reiteradas oportunidades hemos advertido como los jueces soslayan tal punto de la sentencia transgrediendo no sólo los principios enunciados sino también el deber de motivar y fundar las resoluciones judiciales a fin de ser consideradas actos jurisdiccionales válidos.

La existencia de mínimos de las escalas penales reduce la aplicación de una respuesta punitiva a una mera fórmula matemática en la cual los jueces se encuentran habilitados a sancionar a una persona, ello claramente desconociendo principios constitucionales. El juez dentro de ese marco debe fallar actuando, en algunos casos, como un autómatas al encontrarse limitado en la elección del monto de la respuesta punitiva.

---

<sup>15</sup> Ferrajoli, Luigi; “Derecho y razón”, Editorial Trotta, 1998, pág. 400



#### 4. Algunas consideraciones sobre la temática en análisis:

##### Nuestra opinión.

a-Creemos que la inexorabilidad de los mínimos de las escalas penales es incompatible con el estado de derecho vigente. Y ello se hace evidente en dos aspectos. El primero de ellos, ha sido adecuadamente expuesto en el voto unánime del Tribunal Oral 26 y en el disidente de la Dra. Ledesma, quien se manifiesta en forma muy enfática en cuanto afirma que *"...Como colofón de lo expuesto podemos decir que las penas excesivas como la contenida en la figura penal que se aplicó al caso, **conllevarán ínsitas una degradación del ser humano y un desprecio a la libertad que no se corresponden con un estado de derecho**".* ( el resaltado se agrega)

En tal dirección, la objeción a los límites mínimos se acota, en el caso del Tribunal Oral número 26, a la consideración de la sanción natural como correctora y reductora de la pena estatal, también con apelación, sin embargo, a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de la pena.

En el fallo minoritario de Casación, Sala III, el agravio a la imposición del mínimo de la escala penal refiere directamente al exceso y desmesura de la pena, con asiento en su lesión a los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

b-

Debe recordarse que varios ordenamientos ( procesales y proyectos de reformas del Código Penal ) prevén la pena natural como respuesta a los casos en que *"... el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público"* ( ejemplo de previsión de la pena natural, en el art. 56 bis, inc 2 del C.P.P de la provincia de Buenos Aires, como supuesto de archivo de las actuaciones).

El fallo del Tribunal Oral 26 aplica el criterio de pena natural- sin previsión específica-, como derivación razonada de los principios constitucionales. Y lo armoniza con la flexibilización de los mínimos legales.

Puede citarse un fallo reciente del Tribunal Oral número 2 del Departamento Judicial de San Martín, por el que, en un caso de robo

agravado por el uso de armas, y frente a una situación de incapacidad total sufrida por el procesado, los jueces dictaron su sobreseimiento. El caso es interesante, no sólo porque aplica el criterio de pena natural sino porque se hace a través de una decisión jurisdiccional, por razonamiento *a fortiori*, en tanto los magistrados entendieron que, si la ley autoriza el archivo de las actuaciones, con carácter preliminar, frente a supuestos de pena natural, más aún corresponde cuando la investigación ha concluido.<sup>16</sup>

c-

Puede sin embargo, intentarse una lectura de la desproporción de la sanción penal, desde la consideración de la finalidad asignada a la pena de prisión.

En tal dirección creemos que los límites rígidos impiden cumplir mínimamente con el fin asignado a la pena de prisión. Y ello es así porque una pena fijada de antemano, sólo sobre la base de la culpabilidad y el daño causado no alcanza a conciliarse con los objetivos de reinserción social. Poco o nada tiene que ver con ellos.

Adviértase, además que en muchos casos la pena no es solamente notablemente irracional desde la comparación con el injusto del hecho, sino que se presenta absolutamente antifuncional en relación con los objetivos asignados a la pena misma

En verdad, a nuestro ver, el principio de proporcionalidad encuentra su dimensión *en la justificación teleológica y en el valor justicia*. La primera de ellas responde a los conceptos de razonabilidad ( art. 28 de la C.N) y racionalidad - ínsito en el sistema republicano adoptado por nuestro diseño de nación-. Y el valor justicia, más allá de impregnar la concepción mínima de derecho es el *desideratum* previsto en nuestro sabio preámbulo, básicamente en el objetivo de "afianzar la justicia". De donde, más allá de la fijación legal, la racionalidad exigida como derivación del estado de derecho , impone que los males que constituyen las penas ostenten el mínimo de irracionalidad, lo que a su vez exige alguna- si cabe- adecuación entre el injusto del delito y el injusto de la pena.

En verdad, el sistema de penas fijas no es compatible ni con la aseguración el principio de culpabilidad ni con los fines asignados a la pena.

En el primer punto porque, tratándose la reprochabilidad de un concepto notablemente amplio y ambiguo, los límites de la escala suelen ser inapropiados a fin de responder a una adecuada compensación.

---

<sup>16</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 2 de San Martín, causa nro. 145/1943 seguida a "Bruno, Leonel Lobaldo y otro s/robo agravado por el uso de armas y portación ilegal de arma de fuego de uso civil", rta. el día 11 de diciembre de 2006.-

Podría sostenerse, al menos como hipótesis, que el sistema de pena indefinida (generalmente conocido como sentencia indeterminada), sirve mejor a una sanción concebida con objetivos de reinserción. Ello es así naturalmente, porque, si la pena puede servir a tales efectos – que son, al menos, los previstos en la ley- , no se concibe que a *priori* se pueda establecer cuál será el término necesario para lograr la finalidad de reintegración.

Como se sabe, el instrumento que la ley de ejecución asigna a la finalidad de reinserción es el tratamiento penitenciario, terminología ciertamente inadecuada, “prestada” de la ciencia médica, en clara alusión a enfermedad, lo que implicaría una visión patológica de quien ingresa a prisión. Una percepción desde el positivismo criminológico. Pero más allá de ello, y del defecto inexorable de conservar una calificación de obligatoria para el tratamiento (defecto insuperable desde una elemental mirada fáctica-psicológica ya que no hay posibilidad de éxito en un tratamiento compulsivo-), lo cierto es que, de legitimarse y de aplicarse tal tratamiento, resulta imposible determinar de antemano su duración dirigida al cumplimiento de resultados mínimos.

De modo que, en definitiva, también existe una incongruencia básica entre el pronunciamiento de una pena fija y el objetivo de la prisión. En tal dirección, cabría recomendar una colaboración entre el juez encargado de la selección de la pena y el juez de ejecución penal, cuando existe esta magistratura. Y ello es así porque más allá de los criterios que se mantengan respecto a la finalidad de la pena, lo cierto es que nuestro ordenamiento normativo ha adherido claramente al objetivo de reinserción social.<sup>17</sup>

d.

En nuestra opinión, entonces resultaría más adecuada la previsión legislativa de los máximos legales exclusivamente o, al menos, la calificación de los mínimos de la escala penal sólo como indicativos, con criterios de corrimiento flexibles y asequibles a las múltiples circunstancias que legitimen su disminución.

Aunque parezca obvio, conviene recordar la inexorabilidad de los máximos legales, en tanto ellos representan el límite posible de potestad del Estado para someter a una persona al mayor rigor imponible: la pena privativa de la libertad. Máximos que, por lo demás, deberían representar el disvalor del hecho incriminado.

---

<sup>17</sup> Reinhart Maurach, arl Heinz Gossel y Heinz Zipf, “Derecho Penal, Parte General, Tomo 2, Editorial Astrea, pág. 692, 1995.-

e-

Siempre nos ha parecido por demás interesante indagar acerca de la determinación de la magnitud de la escala penal. Es un tema en general no abordado por los autores en forma profusa; Zaffaroni-Alagia-Slokar lo llaman derecho de cuantificación penal, entendido este como ... " la parte del derecho penal que determina el poder punitivo que se habilita para cada hipótesis, dentro de los límites legales...". Pero, cabría preguntarse acerca de un interrogante anterior: ¿ a qué responden los límites de la escala penal? Ello remite a un tema más soslayado aún, que refiere a la racionalidad de la individualización *legislativa* de la pena.

Soler se ha hecho cargo de la cuestión, en su Tratado, bajó la denominación "... razones por las cuales la ley apela a esta manera reforzada de proteger un derecho". El autor se ocupa del tema en ocasión de exponer acerca de las, a su ver, esenciales diferencias entre la sanción jurídica del derecho en general y la sanción penal, pena, en cuanto esta última .. contendrá, pues , retribución"<sup>18</sup>

Y esas razones , " cuyo balanceamiento, es una delicada tarea de política legislativa" , en palabras de Soler, consisten *en la relevancia del bien jurídico, la perturbación traída por la mera frecuencia de la transgresión, la reparabilidad del daño, la forma en que se lesiona el bien* – el autor entiende que son especialmente gravosas la violencia y el fraude- .

Pero más adelante Soler agrega que, además de las razones ya mencionadas, la magnitud abstracta de la pena también se define por "... *la tendencia más o menos autoritaria de determinada corriente política , el grado de impunidad con que el hecho puede cometerse, la repercusión social que tiene, los caracteres demostrados por aquellos que lo cometen*"<sup>19</sup>.

Bien visto, entre el primer grupo de razones y el segundo existen diferencias que creemos fundamentales. Las primeras aparecen totalmente legítimas, porque si el poder punitivo se justifica, sólo lo es por su condición de última *ratio* respecto de la protección de los bienes jurídicos, y en ello se comprende la propia preponderancia del bien, su reparabilidad y la modalidad de su lesión. Distinto es justificar la magnitud abstracta de la pena en cuestiones externas al bien jurídico, como las características más o menos autoritarias imperantes o el grado de impunidad con que el hecho puede cometerse. Y es muy distinto porque ellas no son atribuibles, en rigor, ni a la calidad del bien jurídico ni mucho menos a la culpabilidad del autor. Como tampoco lo es la repercusión, que, se sabe, obedece más y más a la incursión de los medios de comunicación, que, especialmente en temas

---

<sup>18</sup> Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo II, Editorial T.E.A, Buenos Aires, 1967, pág. 397.-

<sup>19</sup> Soler, ob. Cit, pag. 398.-

forenses, ostentan un grado de amarillismo y desorientación alarmantes.

Y es entonces cuando la magnitud abstracta se vuelve ingobernable, ocupa un sitio imponente la victimagogia<sup>20</sup> y el furor reformista se torna diario e insoslayable para los legisladores. Y de ahí a los jueces que, so color de una mal disimulada neutralidad, aplican la ley pero inadvierten los principios constitucionales.

Y así asistimos a reformas que imponen un mayor rigorismo a las escalas penales- con elevación de mínimos y máximos-, para dar respuesta oportunista a los reclamos de seguridad.

Mínimos altos para injustos leves.

f-

En el derecho comparado puede atenderse a la posición de Maurach, en cuanto llama a esta facultad-labor *principio de cooperación*, basado en la división del trabajo entre el juez y el legislador y el que sería infringido "... en virtud de una unilateral traslación sobre uno de dichos órganos..."<sup>21</sup>. Se plantea el caso en que el juez considerara que el mínimo fijado por el legislador es excesivo en relación a la gravedad del hecho. En tal situación se anularía la posición del juez, y se alteraría la responsabilidad conjunta por la correcta medida de la pena.

Aún cuando el autor niega que tal circunstancia altere el apego a los límites mínimos, ello lo explica porque, de igual modo, no existiría aplicación efectiva de penas, por la supresión de las sanciones reducidas de efectivo cumplimiento en su país. Pero, como se ha visto, en nuestros casos, la aplicación de numerosos mínimos legales- que no se adecuan a la gravedad del hecho ni a la culpabilidad del autor- no sólo no permiten la aplicación de sanciones cortas sino que impiden que ellas adscriban a la modalidad de cumplimiento suspensivo.

Pero además, y esto conviene recordarlo, en otros derechos- como el alemán- se encuentran previstas circunstancias atenuantes genéricas de la pena, que autorizan la reducción de los mínimos penales. La más relevante es, sin duda, la imputabilidad disminuida, que remite a los casos de menor culpabilidad por menor reproche de la conducta<sup>22</sup>. Con lo que, en estos casos de menor gravedad del hecho, existe la posibilidad, para el juez, de aplicar sanciones inferiores a los mínimos de la escala. En nuestro sistema, de adverso, más allá del discutido caso de la emoción violenta, no existe previsión de imputabilidad disminuida, carencia que ciertamente

<sup>20</sup> Cancio Meliá, " Reflexiones sobre la victimodogmática en la teoría del delito " N.D.P. 1997 / B , p 525

<sup>21</sup> Reinhart Maurach, arl Heinz Gossel y Heinz Zipf; ob. Cit, pág. 692.-

<sup>22</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar; " Derecho Penal. Parte General", Editorial Ediar, 2000, pág. 562.-

dificulta la labor jurisdiccional. Así resulta remarcable que los jueces de la mayoría del Tribunal Oral de Necochea hayan aplicado imputabilidad disminuida al homicidio del burlado, según se comentara más arriba.

Aún cuando no corresponda a la anotación de los fallos, conviene recordar que, en nuestro derecho, la previsión de penas que anulen la facultad de medición judicial – las privativas de libertad perpetuas – merecen la calificación de inconstitucionales. Y ello no sólo por desproporcionadas, antifuncionales y crueles, sino porque también infringen esta labor conjunta de cooperación entre el legislador y el juez: el primero que establece el marco punitivo de la infracción en abstracto y el segundo el encuadre de la culpabilidad, como concreta valoración que el juzgador efectúa de la reprochabilidad por el hecho concreto (se prescinde del juez en la mediación de la pena). *Cuando se anula la facultad del juez se distorsionan los ámbitos de incumbencias entre los poderes legislativo y judicial, transgrediéndose la división de poderes y el sistema republicano.*

#### **5- Las razones que justifican la eliminación o relativización de los mínimos de las escalas penales.**

Encontramos entonces, relacionados con el tema varios interrogantes.

El primero atiende a la magnitud abstracta de los límites de la escala penal, lo que se conoce como individualización legislativa de la pena. O formas de conminaciones punitivas legales. Según lo vemos, es en este tópico en el que se impone, desde el inicio, la mayor racionalidad posible en punto a justipreciar la medida de la sanción penal, para lo cual parece razonable acudir a la relevancia del bien jurídico en riesgo y a su reparabilidad.

Ahora bien, tal parámetro refleja un índice de culpabilidad, insuperable a nuestro ver, presente en quien atenta contra tales bienes, los que no pueden ser protegidos a través de respuestas estatales menos punitivas (derecho penal como última *ratio*)

Sin embargo, una elemental mirada hacia una posición funcionalista, en el único sentido de adecuar los objetivos del derecho penal a sus institutos- una actitud desde la sensatez- indica que, en numerosos casos, los límites impuestos por las escalas penales no sólo no se compadecen con los fines del derecho penal, sino que aún los contradicen.

Por supuesto estamos hablando de los extremos mínimos. Respecto de los máximos nuestra idea se encuentra preconcebida, en tanto que a nuestro ver los previstos en la ley argentina resultan excesivos desde

todo lugar.

Y en punto a los mínimos, entonces, es menester que los objetivos de la respuesta punitiva acudan a corregirlos, porque cuando la imposición del mínimo aparezca injusta o innecesaria, *su aplicación aparecerá legal sólo en forma aparente, en tanto tal apariencia encubre transgresiones a normas introductorias de principios constitucionales, obviamente de superior nivel.*

Nada nuevo se pretende, en tanto se conoce desde hace décadas la posición, por ejemplo, de Roxin en cuanto a la relevancia y función asignados a la culpabilidad y la necesidad, como límite y medida de la pena, respectivamente.<sup>23</sup>

Verdaderamente no hay necesidad de pena para quien es mínimamente culpable, en relación al bien jurídico afectado y a la modalidad de su agresión. Y tampoco la hay cuando el hecho cometido ha aparejado al agresor consecuencias notablemente más gravosas, aún, que las que la pena puede comportar.

*Porque, ciertamente, cuando se impone una pena de cinco años de prisión a quien se apodera de pocos pesos con un cuchillo de cocina que, por otro lado, son restituidos, se atenta contra los principios de la culpabilidad y de la proporcionalidad. Y de la racionalidad, y la razonabilidad.*

*Y cuando se aplica una pena de efectivo cumplimiento a quien durante largos meses padeció los efectos del obrar delictivo, también se lesionan los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Sin contar con que tal pena aparecería cruel y, se sabe, tales respuestas punitivas están constitucionalmente proscriptas.(arts. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 5 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y . 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos instrumentos incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)*

Por ello entonces la aplicación de tal desmesurada, en el caso, respuesta punitiva, es sólo *aparentemente* legal.

*No cabe a nuestro ver, acudir al remanido asidero de la exigencia para los jueces de la aplicación de la ley.* Los magistrados del Tribunal en lo Criminal Oral número 26 y la Dra Ledesma, en su voto disidente, ciertamente aplicaron la ley, una ley suprema, al menos en el derecho terrenal: la Constitución.

Y es por eso que el concurrido refugio de numerosos magistrados se identifica con lo que se ha llamado neutralidad judicial. Y no

---

<sup>23</sup> Roxin, Claus; "Derecho Penal". Parte General, Tomo I, Editorial Civitas, 2000.-

se trata, naturalmente de que los jueces hagan uso de arbitrariedad alguna. Sólo que, en los casos comentados, ellos efectuaron el debido testeo constitucional y decidieron, con acierto a nuestro humilde ver, que los límites mínimos no superaban tal cedazo. Y actuaron en consecuencia. Y su actividad reveló lo más fino de la jurisdiccionalidad, si se nos permite la creación lingüística.

En el caso decidido por el T.O.C. Nro. 26 es también equitativo hacer mención a la introducción de la cuestión por el representante del Ministerio Público Fiscal.

En sentido contrario a la inexistencia de máximos previstos por el legislador (los que se han tornado tan altos en el código penal que ciertamente merecen ser calificados, también, como inconstitucionales), la relativización de los mínimos legales en modo alguno agravia principios básicos, en tanto será siempre el juez quien armonice la respuesta al caso y evite, de ese modo, la lesión a los principios constitucionales en juego.

Consecuentemente no tenemos duda alguna respecto a que la previsión de los mínimos legales debe ser interpretada como meramente indicativa, en tanto, si así no fuera, en muchos casos se suprimiría la actuación de los jueces en el relevante proceso de selección de la respuesta punitiva. Porque, más allá de la disponibilidad de una escala penal, el mínimo rígido, en numerosos casos, conduce a lesionar los principios superiores de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas. Y el corsé impuesto a los jueces- de adverso a la apariencia – conlleva a la neutralización de su función esencial: la adecuación de la ley al caso concreto y el aseguramiento de la vigencia de los derechos constitucionales.