

LA INDEFECTIBLE NATURALEZA INDICATIVA DE LOS MINIMOS DE LAS ESCALAS PENALES (*)

por Mario Alberto Juliano (**)

“La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos”

Luigi FERRAJOLI, “Derecho y Razón”

Sumario. 1. De Quequén a Bahía Blanca. 2. La vida es bella. 3. Del laboratorio a la calle. 4. Las escalas penales como variables de ajuste del principio de culpabilidad. 5. Contradicción de los topes mínimos con el principio de culpabilidad. 6. Propuesta de eliminación de los topes mínimos. 7. Corriente jurisprudencial y doctrinaria que abona la eliminación de los topes mínimos. 8. Base constitucional de la prescindencia de los mínimos. 9. Conclusiones.

1. De Quequén a Bahía Blanca.

El día había comenzado igual que el resto de los días. Ese 20 de octubre no ofrecía demasiadas variantes en la vida de Marcelo. Montó en la bicicleta y pedaleó por la 578 de Quequén sin un destino fijo, como quien va para el Puente Colgante.

Hacía poco más de un mes que había cumplido los 21 años, pero, a diferencia de lo que siempre había esperado, las cosas no habían cambiado demasiado para él, ahora que era “grande”. No, qué iban a cambiar, si apenas había podido salir de su ciudad, pero no para ir a Bariloche, como era su deseo, para poder tocar la nieve. El camión al que había hecho dedo hacía un tiempo atrás sólo lo llevó hasta Bahía Blanca, donde el chofer lo hizo bajar porque no sabía cebar mate y tuvo que meterse por la noche en un almacén para poder comer (sitio desde el cual lo devolvió la Policía a su Quequén natal, luego que el juez lo dejase libre). ¡Qué iba a ser distinto!

Pensar en todo eso y ver el cartel verde y azul del locutorio a mitad de cuadra fue una sola cosa. Y dejar la bici en la esquina. Y ya estamos, total qué más da.

Palpó el cuchillito de serrucho que por algún motivo había quedado en su bolsillo y pensó que no era una gran cosa, pero era lo único que tenía

en ese momento. Y para asustar un poco a la chica del locutorio iba a ser suficiente. Abrió la puerta un poco encandilado por el sol de las 3 de la tarde y por un instante pensó torcer el rumbo de los acontecimientos y pedir una cabina. Pero no, ya era tarde y no podía ser tan maricón. No había marcha atrás.

Sacó el cuchillito con cabo de plástico amarillo del bolsillo y, aunque la situación le pareció un poco ridícula, le dijo a la chica “dame la plata”, mostrando la hoja irregular desde una prudencial distancia. La chica en un primer momento pareció un poco perpleja, pero luego Marcelo percibió como que hubiese estado esperando ese momento desde antes. Abrió la caja y sacó unos pocos billetes. En el apuro alcanzó a ver el verde de 5 pesos y otro azul de 2.

Volvió a abrir la puerta y salió corriendo. Mientras corría pensó que le podía haber dado las gracias a la chica, todo había sido tan rápido y fácil. Tiró el cuchillito en un pastizal y subió a la bici. Todo muy fácil, de no ser por el patrullero que lo paró a las pocas cuadras y le hizo poner las manos sobre el capot con las piernas separadas.

2. La vida es bella.

“La vida es bella” pensó Carlos. Si no fuera por ese dolor de cabeza que nunca se va. Carlos tomaba el fresco de la tarde con el pie apoyado sobre el paredón, mirando pasar los autos por la avenida 59, luego de todo un día de trabajo, contento porque ya había conseguido el lechón para comer con la vieja en la Nochebuena que se avecinaba. La vida es bella, pensó Carlos. Quizá también podrían invitar a la vecina que iba a pasarlo sola.

En ese improvisado balance findeañero recordó que a sus 50 tenía la suerte de tener un trabajo, un televisor para ver algo antes de ir a dormir temprano y a la vieja que, aún con sus ochenta y pico a cuestas, todavía lo esperaba con la comida caliente y siempre le tenía la ropa limpia. Todo sin necesidad de haberse quemado las pestañas estudiando. Salvo ese dolor de cabeza que nunca se va.

Los vio venir caminando desde 2 ó 3 cuadras antes. Ella jovencita y con el cabello al aire. Él mucho más alto, morocho. Los dos riéndose, abrazados. Pero fue cuando faltaban unos 50 metros para llegar a donde se encontraba Carlos que comenzó a notar que en realidad se reían de él. ¿O le parecía? No, se reían de él, si no había ninguna otra persona cerca.

Esa sensación dejó de ser tal para convertirse en certeza cuando estaban a unos 10 ó 15 metros. ¿Cómo podían ser tan irrespetuosos con un hombre grande?, ¿qué les había hecho para que le rieran en la cara?

Carlos sintió que un hormiguelo atravesaba su espalda y subía por el cuello. Les salió al cruce a pedir explicaciones y la primera respuesta fue el empujón en el pecho, dado por el muchacho, de dientes muy blancos,

morocho, alto. Y vuelta a preguntarle de qué se reían y otro empujón. Y la hombría que no se negocia y ese líquido caliente que desciende por su mano, chorreando por el cuchillo. Los ojos abiertos y grandes del muchacho y ese dolor de cabeza que no se va por nada.

3. Del laboratorio a la calle.

Los dos casos precedentemente novelados corresponden a episodios de la vida real sucedidos en el curso del año 2001, en mí ciudad. Ellos, como tales, ingresaron al sistema judicial y debieron ser juzgados por el tribunal que integro.

Desde sus respectivas singularidades ambos hechos desataron una serie de íntimas contradicciones en quienes debíamos resolver el conflicto. El ocasional lector debe permitirme la licencia de admitir que estos casos (si no fueran éstos podrían ser cualquiera de los otros miles que pueblan la crónica judicial cotidiana) resultaron ser tan significativos como para colocar al juzgador en la disyuntiva de cerrar los ojos y aplicar una pena que entendíamos injusta (por alta) o buscar soluciones que no se correspondiesen con la realidad de lo acaecido en pos de una respuesta punitiva razonable, prevaricando la digna tarea que nos ha sido encomendada (juzgar con rectitud y honestidad a nuestro prójimo).

Lo cierto es que a la postre, luego de no pocas cavilaciones e inspirados en las ideas de otros hombres mucho más sabios, optamos por dormir en paz con nuestras conciencias, desembocando en definitiva en sentencias en las que se declaró la inconstitucionalidad del mínimo de las escalas penales respectivas (robo agravado por el uso de armas en el primero y homicidio simple con la concurrencia de imputabilidad disminuida en el segundo) por entender que esa era la solución más ajustada al Estado de Derecho, donde la Constitución deja de ser una declamación retórica de principios y se convierte en ley operativa materializada en los casos concretos.

Así, por excederse con creces la proporcionalidad de las sanciones de las cuales resultaban merecedores los imputados, aplicando en consecuencia penas que aún por debajo de los mínimos respectivos se entendieron como más ajustadas a la verdadera culpabilidad por el hecho específico y contemplando las características especiales de cada uno de ellos, se arribó a una condena de 1 año de prisión para Marcelo y otra de 4 años de la misma especie para Carlos.

Procuraré a continuación dar fundamentos a la idea de reconocer que los mínimos de las escalas penales deben ser solamente indicativos y, en consecuencia, que, en caso en que ellos superen el nivel de culpabilidad del imputado por el hecho específico que se le atribuye, debe apartarse el juez de su mecánica aplicación, declarando su inconstitucionalidad.

Tal como le decía a mi amigo Gustavo L. VITALE, quien generosamente me impulsó a escribir este artículo, lamentablemente no tengo muchas más ideas sobre la cuestión que las que expresé en “La Probation y otros institutos del derecho penal” (en coautoría con Norberto Rubén AUED, Editorial Universidad, Bs. As., 2001) y en los fallos de referencia (“López, Marcelo Ezequiel s/Robo Agravado por el Uso de Armas” –sentencia del 10/09/02 en causa 2543-0116) y “Sorensen, Carlos Alberto s.Homicidio” –sentencia del 18/12/02 en causa 3027-0146-, ambos del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea), por lo que me limitaré a transfundir lo que allí dije del modo más comprensible y coherente que se encuentre a mi alcance.

4. Las escalas penales como variables de ajuste del principio de culpabilidad.

Toda vez que la cuantificación de la pena y su efectivización constituyen el corolario del fenómeno penal o criminal, ellas adquieren una inusitada relevancia derivada del valor legitimante (o deslegitimante) que representa para sus actos antecedentes, ya que si la culminación de los esfuerzos punitivos no se encuentra debidamente validada, se pone en crisis al resto de la actividad desarrollada con anterioridad, la que carecería de sentido o sólo se justificaría por la actividad misma, sin finalidad alguna digna de ser mensurada.

Un pensamiento de tal índole, que en definitiva es tributario de reconocer las limitaciones o la virtual imposibilidad que históricamente se ha tenido para encontrar un justificativo teórico a la pena misma, también nos lleva a creer que hasta el momento no se ha prestado, por parte del pensamiento jurídico, toda la atención que el tema de la determinación judicial de la pena amerita (y especialmente por parte de los operadores del sistema, quienes en las más de las veces hacen uso de ella sin motivación suficiente, en base a prejuicios personales), circunstancia que ha sido debidamente advertida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "MIARA, Samuel y otra" (96.031 del 15-7-97: L.L. 1997-E, págs. 372/373), donde dijo que se exige también que en materia de individualización de la pena a aplicar la sentencia sea fundada y constituya derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa.

De ello también se hacen eco los más modernos y avanzados códigos de procedimiento penal de la región, cuando legislan la implementación de la “cesura”, de cuya mano se divide al juicio en dos partes: una primera destinada a establecer la existencia del hecho, la participación en él del imputado y la calificación legal en la cual la acción u omisión debe ser subsumida y, por otro lado, una segunda parte, enderezada en forma exclusiva a establecer (debate y prueba mediante) cuál es la sanción que

corresponde imponer y que mejor se ajuste a la causa, dando cuenta de esta forma la trascendencia que se asigna a dicha parte del enjuiciamiento.

Habiendo adscripto el Código Penal Argentino a un sistema de individualización de penas "flexible" [con mínimos y máximos dentro de los cuales puede moverse libremente el juez ante cada caso concreto (excepción hecha de algunos casos puntuales de los que luego nos ocuparemos)], tal sistema aparece como notoriamente superador de aquellos otros "rígidos" (con mínimos o máximos fijos) o "indeterminados" (sujetos a la discrecionalidad judicial), en función de la mayor posibilidad de amoldar el reproche a la conducta singular sometida a juicio.

Ahora bien, si desde Franz VON LISZT hasta aquí la culpabilidad es el límite superior de la pena que por ninguna razón puede ser exorbitada, parece lógico y razonable que el Estado se autoimponga plazos temporales máximos en los cuales debe concretar los fines que ha tenido en miras al momento de imponer la sanción [ya sea retribuir el mal causado, o ejemplificar al resto de la sociedad sobre la inconveniencia de adoptar el tipo de conducta reprochada o "resocializar" al individuo o todo ello junto (de acuerdo a la teoría legitimante de la pena a que se adscriba)].

Sostener que la acción punitiva pueda extenderse sobre los individuos en forma indefinida, indiscriminada e infinita (como sucedía en la antigüedad, cuando se trasladaba a las generaciones predecesoras del culpable los efectos de la pena), contradice la naturaleza misma de la criatura humana, por esencia distinta una de la otra, capaz de producir cambios impensados en su forma de actuar y generar actos bellos, bondadosos y transformadores de sí mismo, aún desde lo más profundo de la adversidad, lo que siempre, por estrictas razones de altruismo y dignidad humana (llámese perdón, arrepentimiento, conmiseración hacia el más débil, etc), debe hacer merecedor al individuo de una nueva oportunidad en la vida.

Filosofías de esta índole son las que nos llevan a repudiar la pena de muerte, además de otras razones que no son del caso tratar en este trabajo.

5. Contradicción de los topes mínimos con el principio de culpabilidad.

Ahora, entiendo que no sólo desde los límites temporales máximos de las penas pueden producirse actos crueles e inhumanos [lo que es más fácil percibir por la magnitud de las injusticias (prisiones a perpetuidad, accesorias de reclusión por tiempo indeterminado, pena de muerte)], sino también en función de los mínimos inflexibles, que en casos particulares no encuentran adecuación ni proporción con el reproche del cual es merecedor el imputado, lo cual puede traer aparejado su colisión con principios expresos de la Constitución Nacional y, específicamente, con el de culpabilidad por el acto.

Es más, tengo el convencimiento que más extendida se encuentra la incuria y la arbitrariedad en las personas que sufren castigos “mínimos” o “cortos” que exceden con creces la resistencia de la culpabilidad y que, en condiciones normales, jamás debieron haber pisado una prisión, que los que padecen penas largas, sin que ello implique justificar ni una cosa ni la otra.

De tal manera que, así como encontramos justificado que la máxima extensión punitiva tenga un tope temporal, no sucede lo propio con la existencia de los mínimos, que, a nuestro criterio, lisa y llanamente, no deberían existir.

En efecto, así como los topes máximos, en uno de sus justificativos, pueden operar a modo de advertencia para la población, recordando las consecuencias aflictivas que puede traer aparejado lesionar los bienes jurídicos tutelados, 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 sometiénolos 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.

Es por ello que también se ha sostenido que la asignación de un mínimo (en la escala punitiva) hasta puede representar un indebido avance del resto de los poderes de la República (Legislativo y Ejecutivo) sobre facultades que son propias del Poder Judicial, como lo es la facultad exclusiva de determinar el nivel de culpabilidad del sujeto por el hecho delictivo que se le atribuye e imponerle una sanción, lo cual, como se viene sosteniendo, no puede ser establecido en forma anticipada, sino solamente luego de un debido proceso legal.

Una similar sintonía de ideas sostiene Julio B. J. MAIER cuando, al criticar la denominada “Ley de Obediencia Debida”, sostiene que lo que en realidad sancionó el Congreso de la Nación y promulgó el Poder Ejecutivo fue una sentencia, ya que la única forma de determinar la existencia de una circunstancia fáctica, como puede ser la obediencia debida, lo es a través de un juicio regular donde exista acusación, defensa, prueba y sentencia.

En tal sentido, la existencia de dichos mínimos apriorísticos no se compadece con la naturaleza del delito como conflicto social artificialmente configurado por una disposición legal, el que, como tal (como conflicto social), sufre modificaciones con el transcurso del tiempo, de tal manera que lo que abstractamente aparecía de una determinada manera, en el comienzo de su exteriorización, suele ir transformándose como consecuencia de diversos factores (el arrepentimiento del imputado, el perdón de la víctima, la verificación de la verdadera dimensión de los

daños causados y la extensión del peligro suscitado, etc.), a los cuales no puede estarse ajeno.

A modo ejemplificativo y trayendo a colación nuestra experiencia más inmediata, lo antedicho podemos apreciarlo (entre otros) en el caso del robo con escalamiento, donde la diferencia entre el tipo simple y el agravado [que va de 1 a 3 años en lo que a sus mínimos se refiere (arts. 164 y 167 del C.P.)] depende, a veces, de sutiles diferencias fácticas, que pueden distinguir uno de otro caso por una fila de ladrillos y cuando, en definitiva, el bien jurídico afectado sigue siendo el mismo.

De igual modo, pero de mayor gravedad, el caso del robo con armas (art. 166, inc. 2º del C.P. y su modificación a manos de la ley 25.882), en el que, se supone, la agravante encuentra justificativo en el mayor poder lesivo del acto del delincuente y en el consecuente peligro que se hace correr a la víctima, pero que, sin embargo, analizadas las circunstancias fácticas en el juicio propiamente dicho, suele demostrarse que las armas empleadas (y lógicamente que no nos referimos al caso del delito organizado que merced a su poderío económico suele contar con un arsenal más sofisticado que el de la propia policía) apenas si pueden cumplir con su cometido dada su vetustez y deficiencias, o que el individuo recurre a ellas para infundirse un valor del que en realidad carece, o que tratándose de un "primario" es dable advertir que difícilmente fuese a reiterar una conducta de esa naturaleza luego de atravesar las peripecias de un juicio. Es así que, verificado el empleo de un arma apta (no obstante las circunstancias reductoras de la verdadera culpabilidad que entre otras acabamos de apuntar) la ley pretende obligar al órgano jurisdiccional a aplicar una sanción mínima de 5 años de cárcel (ó 6 años y 8 meses de prisión cuando el arma fuera de fuego), que, como tal, debe ser de efectivo cumplimiento en un establecimiento carcelario, con las consecuencias nocivas que ello importa (agudizar los rasgos más negativos de un individuo que bajo otras circunstancias raramente volvería a verse involucrado en casos de ese tipo).

6. Propuesta de eliminación de los topes mínimos.

En tal orden de ideas, tanto aspectos teórico-legales como prácticos hacen aconsejable (a nuestro juicio) la lisa y llana eliminación de los topes mínimos en las escalas de los catálogos punitivos, toda vez que (verificada la existencia de un delito) la culpabilidad por 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.

Caso particular se presenta en relación a los arts. 80, 142 bis, 215, 227 y 227 bis del Código Penal, en cuyos casos este último, apartándose del sistema "flexible", consagra penas rígidas (de prisión o reclusión

perpetuas) en las que los mínimos y máximos se juntan, sin permitir el análisis de los grados de culpabilidad en que el agente pueda haber incurrido.

Sin perjuicio de advertir la gravedad de los supuestos que abstractamente contemplan cada uno de los tipos penales involucrados (homicidios agravados, secuestro extorsivo seguido de muerte y traición a la Patria), no creemos que, aún en esos casos, la responsabilidad penal específica no sea susceptible de ser diferenciada de una persona a otra, por lo que su previsión como pena única transgrede principios esenciales de nuestra formación jurídica, como lo son, no solamente el de *culpabilidad por el acto*, sino también los de *lesividad e igualdad ante la ley*.

Por el contrario, debo decir que la idea de flexibilización de los mínimos de las escalas penales tiene diversos acogimientos en la ley argentina, respondiendo, justamente, a los diferentes límites de la culpabilidad, demostrativo de lo cual resultan ser las disminuciones punitivas de los arts. 42 (tentativa), 44 (delito imposible) y 46 (participación secundaria), como asimismo la contenida en el art. 81 (homicidio en estado de emoción violenta, con circunstancias extraordinarias de atenuación o preterintencional), todos del Código Penal.

7. Corriente jurisprudencial y doctrinaria que abona la eliminación de los topes mínimos.

Por vía de distintos fundamentos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido el test de constitucionalidad de las escalas penales, ello a partir del precedente "José A. Martínez", fallado el 6-8-89 (L.L. 1989-IV, págs. 164/169).

En el caso se discutía la constitucionalidad de la escala sancionatoria establecida por el art. 38 del decreto ley 6582/58, que reprimía con pena de 9 a 20 años de pena carcelaria la infracción al tipo penal previsto por el art. 166 del C.P. (robo con armas) en el caso en que recayese sobre un automotor.

No obstante que la C.S.J.N. declaró la inconstitucionalidad de la disposición de marras por transgredir el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.), toda vez que no se podía punir de modo distinto casos que por su naturaleza resultaban iguales (sólo distinguidos por el diferente valor económico de los bienes materiales afectados), en el voto de la mayoría [conformada por los Drs. Enrique S. Petracchi, Jorge A. Bacqué y Carlos S. Fayt (éste último por su voto)] también se dijo: "11. que, en tal sentido, la norma cuestionada ha tenido como resultado que al acusado se le haya aplicado una sanción penal que parte de una mínima que no sólo excede notoriamente a la correspondiente a igual delito perpetrado sobre todos los demás objetos muebles (art. 166 cit.), sino que llega a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple (art. 79 CP), debiéndose

tomar en cuenta la jerarquía del bien jurídico protegido en éste último caso, ya que la vida humana constituye una condición necesaria para el goce de todos los otros derechos garantizados por la Constitución y las leyes. Tales circunstancias ponen de relieve un ostensible e irrazonable desconocimiento del derecho constitucional, fundado en los arts. 28 y 33 de la Ley Fundamental, a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (ver en sentido coincidente el fallo de la Corte Suprema estadounidense, in re *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, 77 L.ed, 2d. 637 y sus citas)".

De tal modo, "el derecho a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado", se inscribe dentro del concepto lisztiano de sancionar a cada uno de acuerdo a su culpabilidad por el acto sometido a juzgamiento, lo que comporta también fundamento para el test de constitucionalidad de las escalas penales previstas en el catálogo, no siendo ni más ni menos que la tesis que venimos sustentando hasta aquí.

En forma semejante se ha expedido la Corte cuando dice que "la proporcionalidad de la pena no puede resolverse en fórmulas matemáticas sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un estado de derecho" (CSJN, P. 199. XXIII. *Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas -causa n 6491. 14/05/91*).

El máximo tribunal sostuvo también que "de la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de la falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de la proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho" (CSJN, G. 732. XXI. *Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/ robo agravado por tratarse de automotor y mediante uso de arma de fuego. 08/06/89 T.312, P.851*).

Dos de los juristas que a mi criterio más se destacan en el desarrollo del pensamiento penal contemporáneo, rechazan la existencia de los mínimos de las escalas penales.

Así se expresa Luigi FERRAJOLI: "...a mi juicio, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: 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" (*Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 400).

En parecida dirección, manifiesta Eugenio Raúl ZAFFARONI que "el problema que plantea esta opción legislativa es su valor vinculante para los jueces. En principio, debe reconocerse que existen y que tienen el valor de regla general, pero esto no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos" (ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, 2000, p g. 952).

El profesor ZAFFARONI, en la obra citada, incorpora un interesante ingrediente conceptual, cuando de modo expreso agrega que "sin embargo, el temor de nuestra doctrina a tocar los mínimos de las escalas penales, la lleva a no relevar estos casos, cuando, en rigor, los mínimos no pueden tener otro alcance que el meramente indicativo, porque el principio republicano obliga a los jueces a apartarse de ellos cuantas veces sea necesario para salvar principios constitucionales o internacionales, como sucede cuando las circunstancias concretas del caso demuestran que las penas conforme al mínimo de la escala lesionan el principio de humanidad" (p. 125), a lo que añade que "los mínimos de las escalas penales tienen un mero valor indicativo, que cede frente a imperativos constitucionales o internacionales" (p. 127).

Como es obvio y resulta ocioso decirlo, ya que el juez no es legislador, sino que debe pronunciarse únicamente ante cada caso concreto que le es sometido a su conocimiento regular, la posibilidad de ejercer el test de constitucionalidad de los mínimos de las escalas penales debe ser ejecutado con suma prudencia, circunscripto a las características singulares de cada asunto y provisto de motivación que tornen al pronunciamiento en debidamente sustentable, más allá que se compartan o no las conclusiones a las que se arriben, lo que, en definitiva, siempre puede ser materia de revisión por otro órgano jurisdiccional, asegurando de ese modo la razonabilidad de las sentencias.

8. Base constitucional de la prescindencia de los mínimos.

Reitero una vez más que toda vez que la *culpabilidad por el acto* constituye el límite de la sanción imponible, el individuo no puede ser sometido a innecesarias severidades ni objeto de experimentaciones sociales. Principios de incuestionable rango constitucional y normas supralegales autorizan una solución de esta índole.

Por cierto, tengo convicción que los topes establecidos por el legislador en modo alguno pueden contradecir principios rectores de una

justicia democrática y republicana, como lo son los de *lesividad*, *proporcionalidad*, *humanidad*, de *buena fe* y *pro homine*.

En función del primero de ellos (*principio de lesividad*) y por imperio de lo normado por el art. 19 de la C.N., la intervención estatal sólo es admisible cuando existe afectación de algún bien jurídico.

De acuerdo al contenido del *principio de proporcionalidad o proporcionalidad mínima* y vinculado con el anterior, el proceso de criminalización se torna irracional cuando la afectación de derechos que supone la imposición de la pena no se corresponde con la lesión infringida al bien jurídico, por lo que la sanción en modo alguno puede superar dicho valladar.

Por su parte, según el *principio de humanidad*, las penas no pueden ser crueles, trascendiendo más allá de la lesión del acto, por lo que deben ajustarse a la culpabilidad específica verificada en cada caso concreto.

Finalmente, por aplicación del *principio de buena fe y pro homine*, no puede existir interpretación y aplicación de cláusulas legales que contradigan los estándares mínimos fijados supralegalmente por los Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales que, después de la reforma de 1994, han sido incorporados al texto constitucional.

Justamente, encuentro que, más allá de los principios propiamente dichos, existen cláusulas supralegales que, en forma expresa, se colocan dentro del marco de la tesis que sostengo.

En tal sentido: "Toda persona acusada de delito tiene derecho... a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas" (art. XXVI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre); "Nadie estará sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" (art. 5 Declaración Universal de Derechos Humanos); "Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (art. 10 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes..." (art. 5.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Como es obvio, junto con la mejor doctrina en la materia, entiendo que debe reputarse como "pena cruel, inhumana o degradante" toda aquella que exceda o trascienda los límites de la culpabilidad y lesividad por el acto mismo.

9. Conclusiones.

Soy plenamente consciente que tesis como la que precedentemente he sostenido no se caracterizan por su apresurado acogimiento por la jurisprudencia, la que, por el contrario, suele mostrarse más proclive a abrazar interpretaciones restrictivas de los derechos y garantías de los individuos que a innovar en su beneficio.

A quienes no coincidan con estos puntos de vista, solicito la suficiente indulgencia en sus opiniones como para aceptar que la construcción del Estado Democrático de Derecho debe ser articulada desde la diversidad y el cuestionamiento y, si se me permite el término, desde una cierta rebeldía, militante y apasionada, capaz de creer (en medio de las adversidades) en la utopía de una sociedad mejor, con suficiente espacio para que cada individuo pueda alcanzar, al menos, un poco de felicidad y realización.

() El presente trabajo fue publicado en la Revista “Pensamiento Penal del Sur”, N°1, Fabián Di Plácido Editores, Buenos Aires, 2004*

*(**) Juez del Tribunal en lo Criminal N°1 de Necochea*