"Consideraciones acerca de los mínimos indicativos en las escalas penales, ¿una alternativa interpretativa válida?"

MARÍA VALERIA TROTTI

Sumario: I. Introducción II. Desarrollo: 1. Sistema punitivo del Código Penal Argentino; 2. Mínimos indicativos. Argumentos a favor. Dificultades que presentan las razones dadas a favor de mínimos indicativos III. Conclusión IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, ha dado importantes avances la hermenéutica propuesta por Eugenio R. Zaffaroni que permite a los jueces intervenir los mínimos de las escalas penales conminadas en abstracto y disponer una sanción concreta por debajo de éstos. Dicha interpretación aún no ha tomado alto vuelo en la doctrina y jurisprudencia nacional; sin embargo, existen ciertos pronunciamientos al respecto.

Nuestra intención es analizar las razones brindadas por quienes han adherido a la misma. Inicialmente, daremos una breve síntesis del sistema penal argentino y de los fines de la pena, a efectos de lograr un esquema teórico que luego proyectaremos sobre los argumentos que pretenden quebrar el tope inferior de los marcos punitivos.

Cabe aclara que en el presente trabajo no se niega la postura que refrenda la legitimidad de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad del contenido de las normas infraconstitucionales, así como tampoco la práctica interpretativa que les asiste al aplicar las normas constitucionales y legales, sin perjuicio de admitir que el tema ha suscitado profundas discusiones en la filosofía política y en el derecho constitucional[1].

II. DESARROLLO

1. SISTEMA PUNITIVO DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

El Código Penal Argentino ha dispuesto un sistema de determinación de las penas a través de etapas: individualización legislativa, judicial y administrativa. Aquí resulta pertinente referirnos someramente a la primera y segunda de las etapas.

En la individualización legislativa, el Congreso de la Nación, de conformidad a lo previsto en el art. 75 inc. 12 de la CN, establece el marco punitivo general con que se reprime a las distintas clases de delitos. Según su modo de conminación, las penas pueden ser absolutas (o perpetuas) o relativas (o temporales). La determinación en abstracto de estas

[1] Argumentos a favor y críticas al control judicial de constitucionalidad ver GARGARELLA, Roberto, en AAVV, *"Derecho Constitucional"*, Ed. Universidad, Bs. As., 2004, p. 633 y ss.

últimas consiste en una escala penal que cuenta con un mínimo y un máximo fijados en razón del tiempo de duración (reclusión, prisión e inhabilitación) o de la cantidad (multa).

En la individualización judicial ya no es el legislador sino un juez quien, al condenar a un sujeto por un delito, debe proceder a la determinación de la sanción dentro del marco penal fijado normativamente teniendo en cuenta, fundamentalmente, los criterios de individualización judicial contemplados por los arts. 40 y 41 del CP, que a esos efectos ponderan tanto las características objetivas concretas del hecho como aspectos que hacen a la culpabilidad y peligrosidad del autor[2].

Es importante destacar que la determinación de la pena, en cualquiera de sus etapas, exige como paso previo reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena en el caso concreto. Los filósofos y juristas han emprendido grandes esfuerzos para determinar cuál es *la función y fin de la pena.* Si bien no se han logrado grandes acuerdos al respecto, si se ha señalado que es posible partir de ciertos principios característicos de un estado de derecho y sujetar la imposición de una pena a algunos límites más o menos precisos[3].

No es nuestra intención abordar exhaustivamente este problema, pero daremos ciertas pautas mínimas que nos permitirán examinar los argumentos que sostienen el carácter indicativo de los mínimos de las penas.

* *Teorías acerca del fin de la pena*: existe cierta coincidencia en cuanto a que el ilícito culpable constituye la base de la que parte toda la determinación de la pena. Su preexistencia no sólo es el presupuesto *sine qua non* para comenzar a analizar la posibilidad de una pena, sino que es el factor legitimante de la pregunta.

Sin perjuicio de ello, se señala que una sociedad secularizada no puede justificar la pena *sólo* en la presencia de un ilícito culpable, sino que requiere algún argumento adicional: la *existencia de un fin que autorice la injerencia estatal*. Esto torna necesario definir previamente *cuál es el beneficio* que la sociedad puede alcanzar con una pena. Sólo es posible rechazar a la pena como un fin en sí misma y admitirla sólo en tanto pueda lograrse con ella algún fin: no es función del Estado imponer la justicia en la tierra, sino que debe limitarse a satisfacer necesidades sociales[4].

Tradicionalmente, se han clasificado los fines según se considere que la pena cumple un fin retributivo (teorías absolutas) o uno preventivo general o especial (teorías relativas). Sin embargo, se han tratado de conciliar ambas teorías antitéticas a partir de teorías de la

[2] TSJ, Sala Penal, "Espíndola", 246, 15/09/2008 y "García", S. nº 118, 4/5/2010.
[3] ZIFFER, Patricia, "Lineamientos de la determinación de la pena", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p. 46.
[4] ZIFFER, Patricia, ob.cit., p. 46.

unión, las cuales a grandes rasgos sostienen que la pena debe ser medida de tal modo que se garantice su función compensadora en cuanto al contenido de injusto y de la culpabilidad, y a la vez, posibilite, por lo menos, el cumplimiento de la tarea resocializadora para con el autor. Además, se debe proteger a la colectividad frente al delincuente peligroso, lo cual, a causa de la función penalmente limitadora de la culpabilidad, en muchas ocasiones sólo será posible acudiendo a las medidas de seguridad. Por último, la salvaguarda del ordenamiento jurídico requiere que la pena se mida de manera que logre influir en la colectividad con fuerza pedagógica social[5].

Coincidimos con estas teorías en que frente a los inconvenientes que presentan las teorías puras, es preciso adoptar una posición mixta. Así, tomaremos partido por la posición que sustenta SILVA SÁNCHEZ, en cuanto coloca en el mismo nivel de análisis y enfrentados dialécticamente los fines de la pena y del derecho penal.

Según el autor, la legitimación del derecho penal en la sociedad constituye un mal, pero menor al que se pretende evitar. Persigue *reducir la violencia del Estado*, utilizando las garantías para frenar la represión estatal, y *de los individuos*, para frenar el delito del autor y la venganza de la víctima, mediante la protección de bienes jurídicos. Sobre la violencia de los particulares entiende que se debe prevenir los delitos, al mínimo posible para que no haya justicia por propia mano[6].

En este sentido, las garantías son un límite al poder punitivo y, asimismo, uno de los fines del derecho penal, que no sólo tiene como consecuencia la aplicación de pena (o medidas de seguridad), sino también la no aplicación de pena (o medida de seguridad), es decir, la libertad[7]. Reconoce así, simultáneamente, por un lado, las exigencias utilitaristas de necesidad de pena propias de las teorías preventivas (evitación de futuros delitos), y por el otro, los postulados garantísticos de merecimiento de pena[8].

Desde la óptica de la necesidad o prevención (general o especial), siendo la pena un mal su justificación sólo encuentra reparo en la utilidad para mantener unos niveles razonables de los delitos y de las reacciones (informales) desencadenadas frente a los mismos en el seno de la sociedad. De la necesidad de pena, se desprenden los principios de subsidiariedad y *última ratio*[9].

---

[5] ZIFFER, Patricia, ob.cit., p. 48.
[6] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *"Aproximación al derecho penal contemporáneo"*, Ed. Bosh, Barcelona, 1992, p. 181/3.
[7] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria, ob.cit., p. 186/9.
[8] BUTELER, Enrique R., en *"Derecho Penal. Parte General"* Carlos J. LASCANO (h) director, Córdoba, 2005, p. 659.
[9] BUTELER, Enrique R., ob.cit., p. 659.

En cuanto al requisito de merecimiento de la pena, se ponderan los principios constitucionales de *legalidad*, *proporcionalidad*, *culpabilidad* (humanidad e igualdad) y *resocialización*, los cuales pueden encontrarse enfrentados a las necesidades utilitaristas de la pena. Es que, no toda pena necesaria para la prevención de delitos es individualmente merecida, ni toda sanción individualmente merecida es necesaria para prevenir futuros delitos. Por ello, la legitimidad de una pena (abstracta o concreta) dependerá de su vinculación con la síntesis de ese enfrentamiento dialéctico entre necesidad y merecimiento en un momento histórico dado de una sociedad determinada[10].

En síntesis, la pena se fija por etapas: en la etapa legislativa se faculta constitucionalmente al Congreso de la Nación para establecer discrecionalmente los marcos punitivos de los delitos, luego frente a una hipótesis delictiva concreta, es el juez quien dentro de dicho marco penal concreto debe determinar cuál es la pena que aplicará a quien ha sido condenado por la comisión de un ilícito. Además, en la determinación de dichas penas, tanto legal como judicialmente, se debe resolver la tensión dialéctica que surge de la necesidad y merecimiento de pena, a efectos de lograr que la misma cumpla el fin para el que fue dispuesta en un Estado Democrático de Derecho.

A continuación, presentaremos los argumentos dados en doctrina y jurisprudencia a favor y en contra de interpretar que los mínimos previstos en las escalas penales resultan indicativos o provisorios.

2. MÍNIMOS MERAMENTE INDICATIVOS

Argumentos a favor

El sistema tradicional de conminación legal en cuanto dispone en general que el marco punitivo legal oscile entre un mínimo y un máximo, está en crisis. Como lo señaláramos en un comienzo, tradicionalmente, una vez declarada la existencia de un delito punible, el mismo debe reprimirse con una pena concreta que el tribunal pondera entre el mínimo y máximo previstos en la escala penal correspondiente.

Sin embargo, incipiente doctrina y jurisprudencia entiende que los mínimos allí previstos son evaluativos para el juez y, por ende, pude “perforarlos” estableciendo una sanción menor a la allí dispuesta. Eugenio R. Zaffaroni ha reavivado la discusión acerca de la firmeza con que deben ponderarse los mínimos previstos en las escalas penales.

Para describir esta idea recordemos brevemente que el autor parte del siguiente paradigma de la pena: el poder punitivo que ejerce el Estado (como criminalización primaria

[10] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María ob.cit., p. 210/1.

y secundaria[11]) mediante la pena es ilegítimo, pues ésta resulta irracional en sí misma, no cumple ninguna función positiva y, por último, con dicho poder no se protegen los bienes jurídicos de las víctimas, sino que por el contrario aquél poder ha expropiado el derecho de aquéllas[12]. En ese marco, las agencias jurídicas para mantener vigente el Estado de Derecho actúan como agentes racionales de contención de aquél poder, esto es, en términos más sencillo, dichas agencias deben dejar actuar al poder punitivo lo mínimo indispensable, para que no colapse y destruya el propio sistema jurídico[13].

Además, niega la idea tradicional de individualización de la pena dividida en tres etapas, que ciñe la actividad del juez a la segunda de dichas etapas (esto es, la judicial), pues dicha división no responde al marco de un estado constitucional de derecho sino a una distribución de tareas extraña al generalizado sistema de control de constitucionalidad. Con ello intenta que el derecho penal frene la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo desde que se abre el marco abstracto para su ejercicio hasta que se agota el que impone sobre cualquier persona criminalizada[14].

Enfrascado en este paradigma, define el autor que la *cuantificación de la pena* constituye la cantidad de pena que el juez debe permitir que se ejerza en cada caso de condena. En su aspecto literal, indica cantidad entre un mínimo y máximo de pena; en su aspecto conceptual establece una tarea jurídica acotante de pena. Se llama *derecho de cuantificación penal* a la parte del derecho penal que determina el poder punitivo que se habilita para cada hipótesis, por regla, dentro de los límites legales establecidos para cada tipo. Sin embargo estos límites admiten precisiones y numerosas excepciones[15].

El jurista sostiene que los mínimos de las escalas penales señalan un límite al poder cuantificador de los jueces, pero siempre que otras fuentes del derecho de cuantificación penal de mayor jerarquía no obliguen a otra solución. Por ello, puede afirmarse que los mínimos legales son *provisionales* hasta que una norma constitucional indique lo contrario[16].

---

[11] La dinámica del poder punitivo marca tres momentos bien diferenciados: uno de criminalización primaria (legislativo) y dos de criminalización secundaria (policial y judicial). La primera establece un ámbito de arbitrio selectivo que es ejercido por las agencias policiales de criminalización secundaria, cuyo poder debiera ser contenido por el derecho penal a través de las agencias judiciales. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *"Derecho Penal. Parte general"* Ed. Ediar, Bs. As., 2000, p. 992.

[12] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *"Manual de Derecho Penal. Parte general"* Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 33/48, 60.

[13] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, ob.cit., p. 62/67.

[14] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *"Derecho Penal. Parte general"*, p. 993.

[15] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, ob.cit., p. 741/2. Aduce el autor, además, que es falsa la visión según la cual existe una distribución de tareas y un vínculo de cooperación entre las agencias políticas, policiales y judiciales, en cuanto sus respectivos ejercicios de poder, para llegar a una determinación punitiva, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *"Derecho Penal. Parte general"*, p. 992.

[16] Luego de descartar que los topes legales mencionados contengan alguna clase de justificación preventiva general negativa, menciona una serie de casos en donde es posible avanzar por encima de esos topes legales, y

Otras razones se han trabajado en pos de este postulado. Resumiremos a continuación los distintos argumentos tratados en doctrina y jurisprudencia[17], en general, siguiendo la idea propuesta por Zaffaroni.

a. La disminución de la culpabilidad del sujeto puede incidir en la individualización de la pena, de conformidad con las pautas dadas en el art. 41 del CP. En los supuestos en que *los mínimos legales resulten desproporcionados respecto del grado de culpabilidad por el hecho, se deberá imponer una pena por debajo de ese mínimo, que siempre ha de considerarse indicativo*, a efectos de acatar leyes de mayor jerarquía (constitucional e internacional) que prohíben la imposición de penas que excedan la cuantía señalada por el grado de culpabilidad por el hecho[18].

b. Es legítima la posibilidad de autorizar una reacción punitiva menor a la previsión del mínimo, fundándose en el grado real de culpabilidad y no en el que surge de una presunción legal de culpabilidad. Determinar la intensidad de la reacción violenta es una de las decisiones más importantes que se deben tomar en el marco del proceso de conocimiento y por ello no puede estar sustraída a sus características centrales (imparcialidad, contradicción, publicidad)[19].

c. La pena que se determine en el caso concreto debe ser justa formalmente, es decir, que se adecua a los parámetros preestablecidos por la norma. Además, debe ser *necesaria y útil* para resguardar el objeto fin político criminal que se tuvo en cuenta al fijarla con alcances mínimos; *no debe negar practicidad al principio de humanidad de las penas* por aplicación irrestricta del criterio formal[20]; y debe ser *proporcional* al caso concreto, de modo tal que el juez no se vea constreñido a una estandarización absoluta, y pueda juzgarlo según las circunstancias propias del mismo. Cuando no concurran estos principios, se podrá reducir o

---

aplicar sanciones por debajo de los mínimos previstos (penas naturales, penas ilícitas, etc.). No obstante el gran interés que despiertan estos casos, el tratamiento de los mismos excede el presente trabajo.

[17] Se sintetizarán las razones vertidas en los siguientes artículos doctrinarios y en algunos fallos: IBARREN, Pablo, *"Sobre la posibilidad de aplicar una pena por debajo de los mínimos legales"*, LL, 2007-E, 228 - Sup. Penal, 2007 (agosto), 26; RÍOS, Ramón Teodoro, *"¿Puede el juez perforar los mínimos de las escalas penales?"* LL, 2009-E, 294; Sala 2ª de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, en la causa *"Arangues, Sandra s/facilitamiento de la prostitución"*, 18/04/2008, voto en minoría del Dr. Ríos; la Cámara Tercera de Apelaciones en lo Criminal de General Roca, provincia de Río Negro, voto en minoría del Dr. Vila; la Cámara del Crimen de Novena Nominación, en autos "*Carmona*", S. nº 18, 16/05/09, Actualidad Jurídica, nº 120, agosto de 2008, Año V, Córdoba p. 79597970.

[18] CAP de Rosario, Sala 2ª *"Arangues"*, cit., voto en minoría del Dr. Ríos. El caso resuelto ante este tribunal consistió en que una mujer fue condenada por la jueza de primera instancia por el delito de facilitación a la prostitución de su hija, cuya pena en abstracto es de prisión de diez a quince años (CP, art. 125 bis, 3er. párrafo), aplicándole la magistrada como sanción el mínimo legal allí dispuesto. En la alzada el voto en minoría del Dr. Teodoro Ramón Ríos, sostuvo que el hecho había sido correctamente calificado, pero que la imputada había incurrido en un error de prohibición vencible y por ende, no excusable según nuestra legislación penal.

[19] Con cita de Alberto Binder, CAP de Rosario, Sala 2ª *"Arangues"*, cit., voto en minoría del Dr. Ríos.

[20] La sentencia judicial no puede desentenderse de la justicia de su pronunciamiento definitivo, máxime cuando la falta de equidad de alguna manera se vincule con una penalidad excesiva, cruel, degradante, o desproporcionada (CAP de Rosario, Sala 2ª *"Arangues"*, cit., voto en minoría del Dr. Ríos).

no aplicar la sanción penal prevista[21].

d. Si el mínimo legal no permite satisfacer adecuadamente el fin de prevención especial y de culpabilidad del condenado por resultar excesivo, un tramo de la ejecución de la pena privativa queda despojada del fin utilitario que la justifica, por ende dicha pena se convierte *pura y exclusivamente en castigo* (CN, art. 18 a contrario)[22].

e. El motivo de los topes máximos es que pueden operar a modo de advertencia para la población pero, en cambio, la existencia de los mínimos no representa valor jurídico alguno y su eliminación no comportaría perjuicio[23]. La pena persigue lograr *el máximo de disuasión posible*, adecuándose a principios, derechos y garantías reconocidas a favor de las personas en resguardo de la dignidad humana, a fin de obtener sentencias proporcionadas y justas.

Sin embargo, las consideraciones preventivas se desentienden de un sinnúmero de concretas particularidades, que pueden tornar al mínimo penal imponible en una pena no razonable, por reflejarse cruel, inhumana o infamante. Para evitar esta situación, tanto la amenaza de pena dispuesta para disminuir la reiteración de las conductas reprimidas, como el juicio de reproche al autor, deben fundar la medición de la pena[24].

f. La aplicación de penas por debajo de los mínimos legales apareja una oposición entre la dimensión normativa y de los principios. Dicha oposición se resuelve mediante una ponderación de los bienes en juego. Si la literalidad de la norma viola un principio que en ese caso específico se considera importante, su aplicación concreta puede ser desatendida por el juez[25]. Cuando concurren los principios constitucionales de culpabilidad (*nullum crimen sine*

---

[21] Cámara Tercera de Apelaciones en lo Criminal de General Roca, provincia de Río Negro, "Solis", voto en minoría del Dr. Vila. En el caso se condenó al imputado por el delito de peculado. El hecho consistió, en prieta síntesis, en que el imputado sustrajo nueve postes, ocho sulfatados y el restante no, de la Planta de Residuos Sólidos de la Municipalidad de General Roca, en la que se desempeñaba como policía adicional con la jerarquía de Cabo Primero. Por mayoría se sancionó al imputado con 2 años de prisión, mínimo previsto para el delito enrostrado. El voto en disidencia parcial del Dr. Vila consideró que correspondía imponerle una pena por debajo del mínimo. Concluyó que la pena conminada en abstracto en relación con el caso concreto era desmesurada y no satisfacía el estándar mínimo de justicia y equidad. En apoyo de esta resolución se expidió en una nota a fallo, IBARREN, Pablo, *"Sobre la posibilidad de aplicar una pena por debajo de los mínimos legales"*, LL, 2007-E, 228 - Sup. Penal, 2007 (agosto), 26.

[22] Cámara del Crimen de Novena Nominación, en autos "Carmona", S. nº 18, 16/05/09, Actualidad Jurídica, nº 120, agosto de 2008, Año V, Córdoba p. 79597970.

[23] CAP de Rosario, Sala 2ª *"Arangues"*, cit., voto en minoría del Dr. Ríos.

[24] CAC 3ª de General Roca, Río Negro, "Solís", cit, voto en disidencia parcial del Dr. Vila. Se entendió que ello ocurría en el caso con la aplicación al imputado de la inhabilitación absoluta perpetua y el mínimo de dos años previstos para la represión del delito atribuido a aquél, ya que la misma apartaba al acusado de su habitual circuito laboral a los 50 años de edad, por la sustracción de un par de postes a la administración pública municipal, convirtiéndolo en un desempleado de por vida, como era fácil vaticinar. Se agregó además que la fijación de una pena adecuada a la culpabilidad significaba forzosamente la negación de una individualización de la pena orientada a la prevención. En el caso, la aplicación del mínimo de la pena de prisión junto a la inhabilitación perpetua, justificada en que el nivel de criminalidad con relación a estos delitos disminuiría si se retirara de la administración pública a todos los que como el encartado sean declarados culpables, afectaba el juicio de culpabilidad que integraba la medición de la pena, ya que el *quantun* que resultara de dicha medición, no sería proporcional al hecho cometido.

[25] RÍOS, Ramón Teodoro, *"¿Puede el juez perforar los mínimos de las escalas penales?"* LL, 2009-E.

culpa) y de proporcionalidad que contrarían y tornan *inaplicable* el concepto, deben primar en el caso concreto por sobre la regla que establece la pena mínima para el delito especialmente allí considerado[26].

g. *La declaración de inaplicabilidad de la ley procede aun de oficio*, cuando en el caso concreto, fundado en el principio *"iura novit curia"*, concurre el principio de supremacía constitucional (art. 31, CN) que manda observar el bloque de constitucionalidad en el que se ubica la Carta Magna y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN)[27]. Una norma general puede no ser inconstitucional en sí misma, pero ser inconstitucional el resultado aplicativo injusto que es capaz de originar para una situación determinada y concreta. En esos casos hay que esquivar su aplicación, y sin que la valoración de la ley haya siempre de conducir a su declaración de inconstitucionalidad[28].

h. Existen proyectos legislativos que tuvieron en cuenta esta posibilidad, como por ejemplo, el art. 9 del Anteproyecto de reforma del Código Penal elaborado por la Comisión constituida por las resoluciones 303/04 y 136/05 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, elevado el 31 de agosto de 2006. Igual posibilidad se advierte del Proyecto de Código Penal de 1891 y de 1960[29].

h. El juez o tribunal de cada causa tiene la responsabilidad moral por el contenido de justicia o injusticia de sus decisiones. Es una incongruencia que sentencias reconozcan la discordancia de lo resuelto con el valor justicia y exhorten a los otros poderes del Estado a paliar la deficiencia que acaban de convalidar (pedido de indulto, conmutación, modalidad especial de cumplimiento de una pena)[30].

i. La imposición de pena por debajo de los mínimos legales no atenta contra la seguridad jurídica, cuando los jueces se comprometen, a través de la interpretación, a aplicar una pena justa. Los jueces pueden abarcar mayores situaciones del caso concreto no contempladas en la valoración de la escala penal por el legislador. Desde la perspectiva de una solución matemática es imposible transformar los juicios de valor, en cantidades

---

26 Por ejemplo, la inconciencia imputable de la criminalidad del acto (error de prohibición vencible) convierte en desmedida la pena de diez años de prisión (art. 125 del CP) conforme a la culpabilidad concretamente verificada, apreciándose la desproporción si se coteja que el mínimo punitivo resulta superior a la pena que le hubiere correspondido a la autora en caso de matar intencionalmente a otra persona (CAP de Rosario, Sala 2ª *"Arangues"*, cit., voto en minoría del Dr. Ríos).

27 RÍOS, Ramón Teodoro, ob.cit.

28 Con cita de Germán Bidart Campos en RÍOS, Ramón Teodoro, ob.cit.

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, ob.cit., p 743. Igualmente, la jurisprudencia refirió que el Proyecto de Código Penal de 1960 postulaba delitos que tenían sólo máximos pero no mínimos pues el principio de legalidad en la represión penal asegura al ciudadano que no podrá aplicársele una condena superior al límite mayor de la escala (Cámara del Crimen de Novena Nominación, en autos "Carmona", S. nº 18, 16/05/09, Actualidad Jurídica, nº 120, agosto de 2008, Año V, Córdoba p. 79597970).

30 RÍOS, Ramón Teodoro, ob.cit.

numéricas, pues no es posible reducir el ilícito culpable y la pena a un denominador común[31].

j. El establecimiento de un mínimo en el marco punitivo para las conductas ínfimas que infrinjan la norma, contraría el derecho de igualdad y no discriminación[32].

Dificultades que presentan las razones dadas a favor de mínimos indicativos

En primer lugar, conforme lo hemos referido anteriormente –y como lo aceptan, menos Zaffaroni, los partidarios de las ideas que aquí desarrollamos- la pena se establece legítimamente a partir de tres etapas: una legal, otra judicial y finalmente, una administrativa o penitenciaria, en las cuales intervienen diferentes órganos de poder (legislativo, judicial o administrativo).

Resulta imprescindible a la hora de fijar la pena en abstracto y en concreto mantener las diferentes intervenciones de los Poderes Legislativo y Judicial, pues ello responde al esquema constitucional dispuesto para el funcionamiento político-institucional en el proceso de determinación de la pena. Dicho esquema importa la existencia de un órgano legisferante con facultades discrecionales para fijar el marco punitivo, y de un órgano judicial con potestades también discrecionales para determinar una sanción particular dentro de ese marco[33].

Zaffaroni desconoce este diseño constitucional y parte de un paradigma político-institucional distinto, en el cual la pena es puro ejercicio arbitrario de poder que no puede ser eliminado en tanto configura un mal necesario, pero sí contenido por las agencias judiciales que imprimen una cuota de racionalidad a la aplicación de dicho poder en los casos concretos. En particular, una de las formas de limitar ese poder punitivo del Estado es considerar que los mínimos de las escalas penales ceden frente a disposiciones constitucionales que los tornan inaplicables.

Este paradigma, más allá de la crítica que pueda merecer de nuestra parte, ha sido tomado parcialmente por los autores que adhieren a esta última conclusión, partiendo sólo de la aplicación indiscriminada e imprecisa de principios constitucionales en juego (vgr. culpabilidad, proporcionalidad, etc), sin disentir como lo hace Zaffaroni, con el fin preventivo también asignado a la pena y que juega un rol decisivo en todas las etapas de determinación de la misma. Evidentemente, ello conlleva una incoherencia en las bases de sus propuestas interpretativas.

---

[31] CAC 3ª de General Roca, Río Negro, “Solís”, cit, voto en disidencia parcial del Dr. Vila.

[32] CAC 3ª de General Roca, Río Negro, “Solís”, cit, voto en disidencia parcial del Dr. Vila.

[33] Arg. conf. TSJ, Sala Penal, "Hábeas Corpus correctivo presentado por María Angélica O. de Moller”, S. nº 132, del 30/05/2008.

Si en cualquiera de sus formas se afirma que la pena cumple funciones de prevención general positiva y negativa, que claramente han sido ponderadas por el legislador al establecer los mínimos penales, es preciso desbaratar esta hipótesis legislativa para propugnar una solución distinta.

Afirmar que en un caso la pena sólo debe fijarse en función de la culpabilidad desconociendo los fines de prevención o de necesidad de pena y negar dicha circunstancia en otros, motiva a los jueces a ampliar su ámbito de discrecionalidad, que so pretexto de justicia moral o material del caso, invaden esferas de actuación asignadas constitucionalmente al poder legisferante. Ello se ha advertido en los fallos citados donde los jueces justifican las soluciones del caso actuando como verdaderos legisladores.

Es cierto que existen ciertas particularidades que pueden presentarse en un caso concreto que permiten ampliar o disminuir la sanción en razón del mayor o menor grado de injusto, culpabilidad o peligrosidad. Sin embargo, una vez declarada la existencia de un delito punible es el marco legal el que otorga firmeza para sondear cuál es la sanción razonable a aplicar y no la mera voluntad jurisdiccional.

Además, las escalas penales constituyen una pauta de racionalidad en la cuantificación de las penas. La mayor o menor amplitud de las mismas resultan útiles para disponer un monto concreto según las agravantes y atenuantes que presentan los casos bajo análisis. La supresión de los mínimos tornaría incontrolable la sanción dispuesta, es que con ello se perdería esta pauta de racionalidad y se desorientaría el juzgador en la valoración de la gravedad de la conducta.

Por otra parte, tampoco resulta acertada para eludir los mínimos legales la idea de crear una categoría intermedia entre la declaración de inconstitucionalidad y la aplicación de una norma. El principio de jerarquía constitucional manda que todas las disposiciones infraconstitucionales se adecuen a lo dispuesto por la Constitución Nacional, y que en el caso de que una de ellas la contraríe, se disponga su inconstitucionalidad en el caso concreto, más no la inaplicación de la misma. Ello tornaría casi incontrolable el ejercicio de la jurisdicción.

Por último, la existencia de legislaciones anteriores y proyectos legislativos que expresamente habiliten al juez a aplicar pena por debajo de los mínimos legales, es una muestra cabal de que el legislador en el sistema actual, al no incorporar disposiciones de ese estilo, ha descartado dicha posibilidad[34].

[34] Asimismo, el Proyecto de Reforma del CP del Ministerio de Justicia, acota la facultad de los jueces a determinar la pena por debajo de los mínimos previstos *"cuando el peligro o daño causados sea de escasa significación. Del mismo modo se podrá eximir o reducir la pena, cuando las consecuencias del hecho hayan afectado gravemente al autor o partícipe"* (art. 9). En cuanto al Proyecto de 1960, este establece plazos mínimos y máximos diferentes en la reclusión y prisión, a la vez que permite reducir dichos plazos según concurran circunstancias atenuantes genéricas, más no hay disposición general que permita eliminar los mínimos penales

En definitiva, si se acepta que la pena cumple ambas funciones de prevención y protección de las garantías, es evidente que la pretensión de ir por debajo de los mínimos legales exigirá mayores justificaciones que las analizadas.

No obstante estas apreciaciones, no descartamos *in limine* la opción de que en algún caso particular mediante una correcta hermenéutica que tenga en cuenta todos estos factores, se habilite al juez a aplicar una sanción inferior al mínimo del marco punitivo. Es posible que mediante el recurso de la analogía *in bonam partem* se asimile un caso concreto a un supuesto en donde el legislador haya disminuido proporcionalmente el monto de la pena (vgr. La potestad reglada de reducir a la pena de la tentativa en el caso de los menores punibles, de disminuir y eximir de sanción en el delito imposible, entre otros supuestos).

III. CONCLUSIÓN

En este artículo hemos intentado dar argumentos que refuten las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias que estipulan *a priori* que los topes mínimos dispuestos en las escalas penales resultan provisorios y pueden perforarse en un caso concreto.

Según las competencias asignadas constitucionalmente a los Poderes Legislativo y Judicial en la determinación de la pena y teniendo en cuenta que la pena tiene como finalidad reducir la violencia en sociedad a partir de la prevención y de las garantías constitucionales, carecen de fundamentación suficiente las conclusiones que habilitan a los jueces a invadir ámbitos de actuación extraños a ellos, anulando con ello algunos de los fines de la pena mencionados y aceptados por ellos mismos.

Si la regla es que corresponde al Congreso de la Nación valorar la gravedad de los delitos al reprimirlos con un monto mínimo y máximo de pena, y que a partir de esa regulación dicho órgano pretende cumplir con los fines expuestos, no se advierte por qué un juez con la mera invocación de alguna garantía constitucional, normalmente, sin establecimiento de su contenido, de su relación con el caso concreto o de su primacía por encima de otras de igual jerarquía, se encuentra facultado a desconocer lo dispuesto por el poder legislativo en ejercicio de sus funciones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BUTELER, Enrique R., en *"Derecho Penal. Parte General"* Carlos J. LASCANO (h), director, Ed. Advocatus, Córdoba, 2005.

(art. 41, 43, 74 y 75), ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO Miguel Alfredo, "Digesto de Codificación Penal Argentina, Ed. A-Z, Madrid, 1996, 44/45, 58/59.

GARGARELLA, Roberto, en AAVV, *"Derecho Constitucional"* Ed. Universidad, Bs. As., t. I, 2004.

IBARREN, Pablo, *"Sobre la posibilidad de aplicar una pena por debajo de los mínimos legales"*, LL, 2007-E.

RÍOS, Ramón Teodoro, *"¿Puede el juez perforar los mínimos de las escalas penales?"* LL, 2009-E.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *"Aproximación al derecho penal contemporáneo"*, Ed. Bosh, Barcelona, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *"Derecho Penal. Parte general"* Ed. Ediar, Bs. As., 2000; *"Manual de Derecho Penal. Parte general"* Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO Miguel Alfredo, "Digesto de Codificación Penal Argentina, Ed. A-Z, Madrid, 1996.

ZIFFER, PATRICIA, *"Lineamientos de la determinación de la pena"*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

- Jurisprudencia:

TSJ, Sala Penal, "García", S. nº 118, 4/5/2010.

Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, Sala 2ª, causa *"Arangues, Sandra s/facilitamiento de la prostitución"*, 18/04/2008, voto en minoría del Dr. Ríos.

Cámara Tercera de Apelaciones en lo Criminal de General Roca, provincia de Río Negro, causa *"Solis"*, voto en minoría del Dr. Vila.

Cámara del Crimen de Novena Nominación, "*Carmona*", S. nº 18, 16/05/09, Actualidad Jurídica, nº 120, agosto de 2008, Año V, Córdoba