

# **NUEVOS APORTES A LA NATURALEZA INDICATIVA DE LOS MINIMOS DE LAS ESCALAS PENALES**

Por Mario Alberto Juliano<sup>1</sup>

Sumario 1. *Presentación del tema.* 2. *Apoyatura doctrinaria para la perforación de los mínimos de las escalas penales.* 3. *Crítica a la tesis que admite la perforación de los mínimos de las escalas penales.* 4. *Un alentador precedente jurisprudencial.* 5. *Reciente recepción de la naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales en un proyecto de Código Penal para la Nación.*

## 1. PRESENTACION DEL TEMA.

La indiscriminada inflación punitiva<sup>2</sup> registrada en nuestro país como consecuencia de la espasmódica e histérica respuesta de los poderes públicos a conflictos sociales complejos, ha llevado a que aquellos operadores que han procurado mantenerse apegados a las pautas orientativas de un verdadero estado de derecho, constitucional y democrático, agudicen los esfuerzos interpretativos de la nueva legislación de emergencia, en la búsqueda de minimizar y racionalizar las consecuencias del desmedido desenfreno represivo.

Uno de los sectores donde más descarnadamente ha mostrado su rostro la *potentia puniendi* pública, lo ha sido con el suministro de la pena, en forma que muchas veces —muchísimas— no se compadece con las características de los hechos imputados ni con la culpabilidad específica que por el acto es dable atribuir a sus autores.

Si bien las enormidades impactan por el máximo nivel que alcanzan algunas sanciones —principalmente las penas perpetuas—, no es menos cierto que también conmueve las bases de un sistema que se precie de racional, la aplicación de penas mínimas —rígidamente tasadas por la ley— para casos

---

<sup>1</sup> Juez del Tribunal en lo Criminal N°1 de Necochea

<sup>2</sup> En 1999 se sancionó la ley 25.184, de aumento de penas por delitos culposos; en el año 2000, se sancionó la ley 25.297, de aumento de penas por delitos con armas de fuego. Asimismo, la ley 25.434, de 2001, daba mayores facultades policiales; la ley 25.601 contempla el aumento de penas por matar policías; la ley 25.742, de 2003, determina el aumento de penas por secuestro seguido de muerte; la ley 25.760, de 2003, otorga facultades a los fiscales y policías para allanar sin orden judicial en caso de secuestro; la ley 25.767, de 2003, dispone el aumento de penas cuando hay un menor involucrado; la ley 25.816, de 2003, contempla el aumento de penas en el caso de hurto cometido por fuerzas de seguridad; la ley 25.825, de 2003, prevé el aumento de penas a funcionarios públicos; en 2004 la ley 25.882 que incrementó las penas del robo con armas, la 25.886 sobre tenencia y portación de armas, la 25.890 que incorporó el capítulo sobre “Abigeato”, la 25.892 que modificó las reglas de la condicionalidad, la 25.893 que impuso la pena de prisión o reclusión perpetua en caso de muerte de la persona ofendida por los delitos contra la integridad sexual, la 25.928 que elevó a 50 años la pena admisible en caso de concurso de delitos y la 25.930 que amplía los supuestos de defraudación.

que al común de los ciudadanos jamás se les ocurriría penarlos en esa medida. Convengamos que más frecuentes —cotidianas, diríamos— son las penas mínimas *altas* que se aplican en los ámbitos tribunales, que las desmesuradas penas máximas, verificables en casos muy puntuales y esporádicos, en relación con el resto de las condenas.

Pongo como ejemplo los clásicos y paradigmáticos cinco años de prisión del artículo 166 del Código Penal para *robos* donde habitualmente ni siquiera llega a ejercerse la *violencia física en las personas* que requiere la figura básica —art. 164 C.P.— y donde las *armas* empleadas suelen ser palos, cascotes, bufandas, cinturones y elementos similares, que a ningún legislador razonable se le hubiese ocurrido caracterizar como *arma*. También, los cinco años de prisión del mismo artículo 166, cuando la simple y ocasional pluralidad de agentes lleva a calificar la existencia de una *banda*.

## 2. APOYATURA DOCTRINARIA PARA LA PERFORACION DE LOS MINIMOS DE LAS ESCALAS PENALES.

El cuestionamiento a las desproporciones que proponen las penas mínimas —cuyo piso no puede ser *perforado*—, ha sido formulado de modo harto elocuente por Luigi Ferrajoli y por Eugenio Raúl Zaffaroni.

El primero de ellos se expresa en los siguientes términos en punto a la cuestión:

*"...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"*<sup>3</sup>

En parecida dirección se manifiesta el profesor Zaffaroni cuando se refiere a los mínimos de las escalas penales:

*"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"*<sup>4</sup>

Zaffaroni 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*

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 400.

<sup>4</sup> Zaffaroni-Alagia-Slokar, "Derecho Penal, Parte General", Ediar, 2000, p. 952.

*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*<sup>5</sup>.

A lo que termina añadiendo:

*"Los mínimos de las escalas penales tienen un mero valor indicativo, que cede frente a imperativos constitucionales o internacionales"*<sup>6</sup>

En forma mucho más humilde —pero con no menos pasión intelectual— que los maestros del garantismo penal antes citados, he tenido ocasión de plantear estas mismas ideas en un trabajo publicado hace algún tiempo<sup>7</sup>, y también en el N°1 de la Revista “Pensamiento Penal del Sur” (Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004)<sup>8</sup>.

En sustancia, los argumentos que allí se emplearon para franquear el mínimo de las escalas penales respectivas fue que la medición de la pena debe responder en forma estricta a la culpabilidad que en el caso específico debe atribuirse al imputado, y que si bien —en principio— dicha la pauta mensurativa está dada por las escalas previstas por el legislador y contenidas en cada uno de los tipos que prevé el Código Penal, no puede descartarse la existencia de casos concretos donde los mínimos excedan el reproche que debe formularse, supuesto en el cual hay que apartarse de los aludidos márgenes, e imponer una sanción proporcionada a la culpabilidad.

No me detendré en los argumentos que fundamentan esta tesis, los cuales pueden ser consultados *in extenso* —con la jurisprudencia y legislación que apoya la naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales— en los trabajos aludidos. Lo que aquí interesa es —avanzando un poco más en la idea propuesta— aportar algunos nuevos elementos de juicio para aquellos que se interesen en esta gravitante cuestión.

La *perforación* del mínimo de las escalas penales no se redujo al plano teórico, implementándose en dos sentencias del Tribunal que integro —merced a una circunstancial integración del mismo, dado que los dos colegas de la conformación original del organismo, no comparte este punto de vista—<sup>9</sup>.

Una vez que las sentencias que declararon la inconstitucionalidad de los mínimos de las escalas penales tomaron estado público, fueron merecedoras de distintas críticas, algunas solapadas, otras directas, algunas que auguraban a quienes sostuvimos esa tesis futuros juicios políticos, otras que nos calificaban como audaces innovadores, unas bienintencionadas, otras de neto corte peyorativo en la que se nos trataba poco menos que de ignorantes, como

---

<sup>5</sup> Ob. cit, p. 125

<sup>6</sup> Ob. cit, p. 127

<sup>7</sup> Norberto Rubén Aued y Mario Alberto Juliano, “La Probation y otros institutos del derecho penal”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2001

<sup>8</sup> Mario Alberto Juliano, “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, p. 485.

<sup>9</sup> “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—, ambas del Tribunal en lo Criminal N°1 de Necochea.

si en derecho —más aún en derecho penal— alguien pudiese ostentar la verdad revelada o la suma de conocimiento exacto.

### 3. CRITICA A LA TESIS QUE ADMITE LA PERFORACION DE LOS MINIMOS DE LAS ESCALAS PENALES.

Posiblemente que la crítica más recia y de mayor relevancia —por el sitio en el cual apareció publicada— provino de Miguel Angel Almeyra<sup>10</sup>.

Almeyra comienza reseñando una serie de casos jurisprudenciales, nacionales e internacionales, donde se analizó la razonabilidad de las penas con distintas soluciones, como asimismo las voces de autorizada doctrina — Bidart Campos, D'Albora, Ziffer— al respecto, sosteniendo que:

*“La mejor doctrina enseña que esos mínimos y desde luego los máximos, resultan vinculantes para el magistrado, salvo que, claro está, resulte comprometida su constitucionalidad”, para concluir diciendo que: “...el juicio de inconstitucionalidad por la irrazonabilidad del mínimo legal, no puede asentarse en el personal criterio del juzgador acerca de la culpabilidad del agente...”.*

En lo que a mi modo de ver constituyen palmarias contradicciones con lo dicho —permítaseme la licencia del calificativo, disculpándome inclusive la lógica cuota de subjetividad que supone encontrarme involucrado en los comentarios—, Almeyra sentencia:

*“Son pues los legisladores los que en ejercicio de una función política, cuyo producto lleva instalada la presunción de legitimidad, quienes han de fijar la retribución penal debiendo los jueces ejercer el control constitucional con extrema parquedad y sólo en aquellos casos en que resulte intolerante por inhumana la pena fijada en abstracto respecto de la entidad del delito que se sanciona. La individualización judicial de la respuesta penal no puede desentenderse de la culpabilidad del agente, pero no al punto de que el juez sustituya al legislador y fije un mínimo flexible según su personal discrecionalidad en cada caso. Es grave que el legislador, como dice la mayoría, sustituya al constitucionalista, pero mucho más grave es que quien no habiendo sido ungido por elección popular, se convierta en representante del pueblo y legisle en nombre de éste. Y esta, según nuestro parecer, ha sido la actitud del tribunal penal de Necochea”.*

Previo aclarar que las penas no son *intolerantes* —intolerantes suelen ser las personas—, sino *intolerables*, coincido con Almeyra —en rigor, no con Almeyra, sino con los constitucionalistas que desde siempre han sostenido esa doctrina— que el control de constitucionalidad debe ser ejercido con suma prudencia para no afectar el principio republicano de división de poderes. Pero admitido como se encuentra —inclusive por nuestro modelo constitucional de control difuso de constitucionalidad— que los jueces —cualquiera sea su grado— poseen suficiente potestad jurisdiccional para declarar la inconstitucionalidad de una ley, ya no puede sostenerse con seriedad el argumento del *gobierno de los jueces*, o que los jueces se puedan sustituir en

---

<sup>10</sup> Miguel Angel Almeyra, “La Aplicación Rigurosa de la Ley ¿Pueden los Jueces Morigerar las Escalas Penales?”, Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley, revista del 3 de Marzo de 2003.

la función del legislador, como atribuye Almeyra, al decir que la mayoría del tribunal de Necochea ha pretendido unirse en legislador.

Acepto —como no puede ser de otra manera— que Almeyra discrepe con los argumentos que llevaron a la mayoría del Tribunal que integro a declarar la inconstitucionalidad del mínimo de una escala penal en un caso concreto que nos fuera sometido a juzgamiento, pero lo que no acepto es que por un lado se diga que:

*“El juicio de inconstitucionalidad por la irrazonabilidad del mínimo legal, no puede asentarse en el personal criterio del juzgador acerca de la culpabilidad del agente”,*

Para —a renglón casi seguido pasar a sostener— como si nada se hubiese dicho, que:

*“La individualización judicial de la respuesta penal no puede desentenderse de la culpabilidad del agente”.*

Entonces: ¿en qué quedamos Almeyra?, ¿qué debemos hacer los jueces de acuerdo a su particular criterio: atender la culpabilidad del agente o soslayarla en forma olímpica y sujetarnos a la escala penal que nos proporciona el legislador?, ¿cómo tendrían que hacer los jueces para atender la culpabilidad del agente y a la vez respetar en forma estricta la voluntad del legislador hecha ley? Si no son los jueces quienes deben evaluar la culpabilidad del agente en el caso concreto: ¿quienes tendrían que hacerlo en su reemplazo?

#### 4. UN ALENTADOR PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

Retornando al quicio del tema propuesto —y dejando de lado esta circunstancial diatriba con Almeyra— considero que la novedad sobre la materia que estamos tratando la brinda el Tribunal de Casación Bonaerense, según paso a detallar.

Tal como era de suponer, las sentencias locales que declararon la inconstitucionalidad de los mínimos de las escalas penales en los casos individualizados, fueron recurridas en severos términos por los representantes del Ministerio Público Fiscal que intervinieron en los mismos.

El caso “López” ingresó en la sala II del organismo casatorio<sup>11</sup> y fue resuelta el 26 de Febrero de 2004. El voto que llevó la iniciativa correspondió a Fernando Luis María Manzini, y al mismo adhirieron los restantes integrantes de la sala, esto es, Jorge Hugo Celesia y Eduardo Carlos Hortel.

Manzini comienza diciendo que *en principio* la determinación de la cuantía penal deberá circunscribirse al marco legalmente previsto, lo cual imbuye al pronunciamiento de las características de la *previsibilidad*. Además de recordar doctrina tradicional en lo atinente a la gravedad que implica la

---

<sup>11</sup> Causa 11424 registrada bajo el N°41 del año 2004.

declaración de inconstitucionalidad para el modelo de división de poderes de la República.

Pero en lo que aquí interesa, Manzini refiere que:

*“...ya adentrándonos al contenido puntual del caso de marras, entiendo admisible que el principio mencionado al comienzo de este voto, según el cual los mínimos y máximos resultan topes vinculantes para el juzgador, puede ser excepcionado en los casos en que se encuentre comprometida su constitucionalidad...”* —el subrayado me pertenece—, admitiendo entonces de forma expresa la viabilidad de la tesis impulsada por el voto mayoritario del Tribunal que integro.

Agrega el juez casatorio que para que ello suceda —para que se pueda declarar la inconstitucionalidad de una escala penal legalmente prevista—:

*“...es imprescindible que dicho enfrentamiento entre normas de diferente rango resulte claro, palmario, contundente y verificado, y que, en consecuencia, quede justificado suficientemente tan delicada actividad jurisdiccional...”*

Ahora bien, no obstante que no es lo que interesa a los fines de este trabajo —ya que lo que interesa es robustecer la viabilidad legal de excepcionar los mínimos de las escalas penales en casos que así lo ameriten—, es necesario dejar constancia que el Tribunal de Casación discrepó con la solución dada por la mayoría del Tribunal que integro en el caso concreto, ya que a su ver, no obstante:

*“...las puntualizaciones que en el caso válidamente pudieran realizarse respecto de circunstancias o hechos cuya singularidad pudiera llevar a cuestionar la constitucionalidad de determinadas escalas penales... debió primeramente expresarse, de manera fundada, la configuración de tal estado de excepción relativo al hecho en trato (tanto en su faz objetiva como subjetiva)...”*

Podremos discutir la forma en que la Casación entiende que debería demostrarse que en un caso concreto la escala penal de un delito colisiona con las garantías constitucionales y en el caso particular discutir —ya en el terreno académico— si se encontraban reunidos o no los elementos para demostrar que imponer al imputado una pena de cinco años de prisión —como mínimo— por el robo a un locutorio con un cuchillo de mesa, era excesivo y por tanto la sanción se convertía en pena cruel, inhumana e infamante.

Pero lo que a mi ver es realmente valioso —y valiente parta un tribunal de la jerarquía del de Casación bonaerense— es la lisa y llana aceptación de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del mínimo de una escala penal en el caso que se corra el riesgo de exorbitar la culpa que por el hecho específico es dable atribuir a su responsable, camino que —supongo— debería ser desarrollado por la jurisdicción para evitar la injusticia y arbitrariedad que supone disponer condenas desproporcionadas con la gravedad de los hechos.

## 5. RECIENTE RECEPCION DE LA NATURALEZA INDICATIVA DE LOS MINIMOS DE LAS ESCALAS PENALES EN UN PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA LA NACION.

Tal como se recordará, en el curso del año 2004 y bajo la administración de Horacio Rosatti al frente del Ministerio de Justicia de la Nación, se convocó una comisión de notables juristas de reconocida trayectoria y prestigio para que elaborasen un proyecto de Código Penal para la Nación<sup>12</sup>, ello con el inocultable propósito de devolver coherencia sistemática al plexo normativo, víctima de las coyunturas inflacionistas.

Luego de casi dos años de trabajo, la comisión presentó el producto de su trabajo a las autoridades ministeriales para ser sometido a la consideración de la comunidad en su conjunto.

En lo que aquí interesa, no puede menos que destacarse el contenido del artículo 9, el cual reza:

**Exención o reducción de la pena.** 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.

Del mismo modo se podrá eximir de pena, o reducirla, cuando las consecuencias del hecho hayan afectado gravemente al autor o partícipe.

Entendemos que dicha cláusula constituye el expreso reconocimiento de la necesidad de adecuar la parte dogmática del Código a una economía que posibilite adecuar la pena a la culpabilidad estricta por el acto, desenganchándola de pautas rígidas que en casos determinados pueden conducir a la consumación de sanciones desproporcionadas.

Ciertamente, hubiese sido preferible un Código donde lisa y llanamente se eliminasen los mínimos de las escalas penales, dejando las mismas supeditadas y condicionadas a las resultas de los procesos de conocimiento específicos, donde —cesuras mediante, de ser necesario— se pudiese arribar a una dosimetría lo más ajustada posible a la culpabilidad.

No obstante ello, destacamos la cláusula propuesta como un avance notable y cualitativo en el intrincado camino de la búsqueda de respuestas punitivas mínimamente lesivas, y donde el suministro de privación de la libertad tenga exacta consonancia con las garantías que protegen a los individuos de las iniquidades.

---

<sup>12</sup> Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 303/04 y N° 136/05