

# La perforación de los mínimos de las escalas penales

Lucas Marcelo Pedron<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Concepción dogmática penal; II.-Principios de legalidad, utilidad, culpabilidad y proporcionalidad; III.- La determinación de la pena; IV.- La perforación del mínimo de las escalas penales; V.- Conclusión; VI.- Bibliografía.

**RESUMEN:** En el presente trabajo se analizará la naturaleza de los mínimos penales; la facultad de los tribunales para imponer penas cuyo monto sean inferiores al establecido en la escala penal del tipo–fenómeno denominado “*perforación de la escala penal*”–; su alcance y forma procedimental; a la luz del ordenamiento jurídico, el –escaso– debate doctrinario y el tratamiento jurisprudencial; dado que es una potestad no reconocida expresamente a los tribunales en el Código Penal Argentino. Para ello se establecerá que principios constitucionales están afectados por su uso; se realizará un breve esbozo de la labor de determinación de la pena; las teorías existentes al respecto y procedimientos para fijar su *quantum*; y se analizarán las posturas doctrinarias y jurisprudenciales<sup>2</sup>.

**ABSTRACT:** This article reviews the nature of mandatory minimum sentence; the judges power to hand down penalties under minimum term –phenomenon called

---

<sup>1</sup> Estudiante de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo; ayudante alumno de la Cátedra I de Derecho Penal, Parte General, I y II; miembro fundador del Club de Litigación Penal de la Facultad de Derecho de la UNCuyo; pasante/auxiliar del Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la primera circunscripción judicial de la Provincia de Mendoza.

<sup>2</sup> Trabajo monográfico realizado en el marco del Seminario “La Determinación judicial de las Penas y de las Medidas de Seguridad”, dictado por el Instituto de Derecho Penal, en el marco de la Especialización en Derecho Penal dictada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. (agosto de 2021).

‘Avoiding mandatory minimum sentences’–; its scope and procedural form; to the light of the legal system, the –scarce– doctrinarian discussion and the jurisprudence approach; given that is a not explicitly recognized judges power in the Argentine Criminal Code and does not exist a ‘*Safety Valve*’<sup>3</sup>. To achieve it, it will be established the constitutional principles implicated in its use; it will be carried out a brief summary of the penalty determination process; the current theories about it and the system of sentencing guidelines. Doctrinarian and jurisprudential positions will be reviewed.

**PALABRAS CLAVE:** Perforación del mínimo - Escala penal - Determinación de la pena - Principio de proporcionalidad - Principio de culpabilidad-Pena.

## I.- Concepción Dogmática Penal

Es imposible realizar un análisis de la temática sin establecer ciertas aclaraciones que ayudan al fondo del presente artículo:

Entiendo que la concepción del *ius poenale* ha superado la teoría positivista, no encontrándose su contenido comprendido solamente por leyes *stricto sensu*, sino que también se encuentra integrado por principios, siendo estos últimos de gran importancia para la interpretación de las normas penales.

En lo que al análisis de la “*Teoría del delito*” compete, entiendo totalmente superadas las corrientes “*totalizadoras*” por la “*teoría analítica del delito*”, entendiéndola como un conjunto de partes diferenciadas y autónomas que se unen para formar

---

<sup>3</sup> En el Derecho Anglosajón los mínimos rígidos son comúnmente establecidos para delitos relacionados con el narcotráfico, y no pueden ser dejado de lado por los jueces bajo ningún concepto. La única excepción es la denominada ‘*Safety Valve*’, excepción que permite al juez imponer una pena por debajo del mínimo legal cuando se cumplan determinados requisitos, a saber: i) la persona no tiene antecedentes penales, ii) no ha utilizado violencia ni armas al cometer el delito; iii) del delito no hayan derivado lesiones graves ni la muerte; iv) la persona no pertenecía a una organización criminal, y v) la persona actúa como arrepentido. Según: ‘*Avoiding a federal mandatory minimum drug sentence*’. Texto online: <https://www.leonardolawoffices.com/avoiding-federal-mandatory-minimum-drug-sentence/> / y ‘*Mandatory Minimums and Sentencing Reform*’. Texto online: <https://www.cjpf.org/mandatory-minimums>

Considero que tal norma sería el equivalente, de existir en nuestro Código, a la que permita la perforación de los mínimos penales.

un todo<sup>4</sup>. Siendo ellas los conceptos jurídicos de acción, tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad, siendo vinculante al problema planteado la esfera de la culpabilidad, y a la determinación de la pena en segundo grado.

## **II.- Principios de legalidad, utilidad, culpabilidad y proporcionalidad**

El principio de legalidad cumple una función protectora de la sociedad respecto el Derecho Penal, limitando el empleo del mismo y convirtiéndolo en un recurso de última ratio<sup>5</sup>. Se encuentra expresado en los principios 1) *Nullum crimen sine lege*, que establece que no hay delito sin ley, entendiéndose que un hecho no puede castigarse sin que su punibilidad estuviera legalmente preestablecida antes de que se cometiese<sup>6</sup>; 2) *Nullum poena sine lege*, que establece que no hay pena sin ley, entendiéndose que la clase de pena y su cuantía también deben estar legalmente preestablecidas antes de que acontezca el hecho; distinguiéndose cuatro consecuencias según ROXIN: a) *Prohibición de analogía*, trasladando la regla jurídica a un caso no regulado –he de agregar que refiere a la analogía en *malam parte*, que perjudica al imputado; permitiéndose en *bonam parte*, beneficiándolo–; b) *Prohibición de fundar y agravar pena en derecho consuetudinario*, entendiéndose que la punibilidad es legalmente determinada; c) *la prohibición de la retroactividad*, entendiéndose que la punibilidad no opera retroactivamente a hechos cometidos con anterioridad de la entrada en vigencia de la ley penal; y d) *Prohibición de leyes y penas indeterminadas*, entendiéndose que son intolerables y nulas la falta de determinación de clase y cuantía de pena; y que el juez fije la conducta punible<sup>7</sup>.

MIR PUIG establece que el derecho penal solo se justifica cuando protege a la sociedad –Principio de necesidad–, y que consecuencia lógica de ello es que cuando su intervención sea inútil para evitar delitos, no se lo aplique –*Principio de*

---

<sup>4</sup> Para un mayor análisis de la temática, consultar: CREUS, CARLOS. *Derecho Penal, parte general*. 5º edición. Editorial Astrea; Ciudad de Buenos Aires; Argentina. 2010. Cap. IV. Pág. 123.

<sup>5</sup> FRIAS CABALLERO desglosa a estos límites en ocho (8) enunciados: 1) *nullum crimen, nulla poena sine actione o sine conducta*; 2) *nullum crimen, nulla poena sine lege*; 3) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; 4) *nullum crimen, nulla poena sine lex certa*; 5) *nullum crimen, nulla poena sine lex praevia*; 6) *nullum crimen, nulla poena sine lege strivcta*; 7) *nullum crimen, nulla poena sine iniuria*; y 8) *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. En: FRIAS CABALLERO, JORGE. *Teoría del delito*. Editorial Hammurabi; Buenos Aires, Argentina. 1993. Preliminar 1. Págs. 23 y ss.

<sup>6</sup> ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal, parte general*. Tomo I. Traducción de la 2da edición. CIVITAS. 1997. Madrid, España. Pág. 137.

<sup>7</sup> ROXIN, CLAUS. *Ob. Cit.* Págs. 140-141.

*utilidad*<sup>8</sup> (Trabajo aparte merecería el análisis de si realmente el derecho penal sirve o no para evitar delitos).

El mismo autor entiende que el principio de culpabilidad exige como presupuesto de la pena que pueda culparse a la persona por la comisión del hecho que la motiva, derivándose: a) *El principio de personalidad de las penas*, no pudiendo penarse a personas por hechos cometidos por los demás; b) *El principio de responsabilidad del hecho*, debiendo castigarse hechos materiales, y no personalidades, debiendo el Derecho Penal ser “*de hecho*” y no “*de autor*”; c) *El principio de dolo o culpa*, debiendo el hecho ser imputable a título de dolo o culpa al sujeto, ya no siendo el Derecho Penal “*de resultado*”; y d) *El principio de imputación personal*, que exige el poder atribuir el hecho doloso o culposo al autor como producto de una motivación racional normal, impidiendo que se pene a personas que no sean capaces de conocer la antijuridicidad del acto<sup>9</sup>. ZAFFARONI lo subdivide en dos principios: la exclusión de la imputación de un resultado por la mera causación de este; y la prohibición de ejercicio del *ius puniendi* cuando no es exigible otra conducta adecuada al derecho<sup>10</sup>.

Respecto al principio de proporcionalidad, el autor español entiende que debe interpretarse como la exigencia de que la gravedad resultante de la pena sea proporcionada a la gravedad del hecho que el autor culpable ha cometido. Originariamente ha sido utilizado por la doctrina para ser la pauta de determinación de las medidas de seguridad, y la culpabilidad como el límite de las penas<sup>11</sup>; siendo el segundo insuficiente para asegurar la necesaria proporcionalidad delito-pena<sup>12</sup>. Distingue dos principios: que la pena sea proporcionada al delito; y que la medida de la proporcionalidad sea establecida en base a la importancia social del hecho.

Este mero esbozo –sumamente acotado y limitado– de estos principios no es un mero capricho, sino que su armónica conjunción es puesta en jaque por la

---

<sup>8</sup> MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte general*. 10ª edición. Editorial Reppetor; Barcelona. 2016. Pág. 127.

<sup>9</sup> MIR PUIG, SANTIAGO. *Ob. Cit.* Págs. 134 y ss.

<sup>10</sup> ZAFFARONI, EUGENIO. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 2da edición. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2007. Pág. 120.

<sup>11</sup> Ver: ROXIN, CLAUS. “*Reflexiones político criminales sobre el principio de culpabilidad. En: Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*”. REUS SA; Madrid, España. 1981. Págs. 41 y ss.

<sup>12</sup> MIR PUIG, SANTIAGO. *Ob. Cit.* Págs. 138-139.

problemática planteada<sup>13</sup>, tornando necesario realizar una ponderación<sup>14</sup> –y posible exclusión– entre ellos<sup>15</sup>.

### **III.- La determinación de la pena**

#### **a. Concepciones dogmáticas**

CREUS conceptualiza a la individualización de la pena como el procedimiento por el cual se adecua la pena abstracta de la ley al delito concreto cometido por el autor<sup>16</sup>. Siguiendo a SALEILLES se puede distinguir: la individualización legislativa; la individualización judicial; y la individualización administrativa<sup>17</sup> –que MIR PUIG denomina “*penitenciaria*”<sup>18</sup> y RIGHI “*ejecutiva*”<sup>19</sup>.

El sistema de determinación judicial en Argentina es flexible o discrecional, es el propio tribunal quien elige las pautas para determinar la pena en los casos concretos en función de lo establecido en los artículos 40 y 41 del Código Penal<sup>20</sup>.

---

<sup>13</sup> Eleonora Devoto entiende que afecta a los principios de culpabilidad, lesividad, humanidad y proporcionalidad de las penas, y división de poderes. En: DEVOTO, ELEONORA. “*De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas: un camino con retorno posible*”. 2007. En: Jurisprudencia Argentina. ISSN 0326-1190. Pág. 5. Asimismo, Mario Juliano entiende que se pueden contradecir los principios de lesividad, proporcionalidad, humanidad de las penas, buena fe y pro homine. En: JULIANO, MARIO ALBERTO. “*La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales*”. Revista Pensamiento Penal del Sur, N° 1. Fabián Di Plácido Editores, Buenos Aires. 2004. Pág. 11.

<sup>14</sup> La ponderación es la actividad compleja que se encamina a resolver conflictos entre principios, resultando una regla que determina la prevalencia de uno u otro para ciertos casos genéricos– RODENAS, ANGELES. En: *Teoría de los enunciados jurídicos y argumentación jurídica*. Pág. 37.

<sup>15</sup> Es lo que la doctrina ha denominado “*casos trágicos*”, siendo aquellos supuestos en los que las soluciones jurídicas sacrifican algún elemento esencial de un valor fundamental desde un punto de vista jurídico o moral. Existiendo dos tipos: 1) una situación en la que el ordenamiento jurídico provee al juez al menos una solución correcta (acorde a los valores del sistema) que chocan con su moral; 2) situaciones en las que el ordenamiento no le permite alcanzar ninguna solución correcta, por haber contradicciones internas en el ordenamiento jurídico– ATIENZA, MANUEL. En: *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*. ISONOMÍA N°6, España. 1997.

<sup>16</sup> CREUS, CARLOS. *Ob. Cit.* Pág.477

<sup>17</sup> SALEILLES. *L’individualisation de la peine*. 1898.

<sup>18</sup> MIR PUIG, SANTIAGO. *Ob. Cit.* Pág. 759.

<sup>19</sup> RIGHI, ESTEBAN. *Teoría de la pena*. Hammurabi; Buenos Aires, Argentina. 2001. Pág. 200.

<sup>20</sup> ARTICULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Cobran relevancia en este procedimiento las teorías de la pena, dado que incidirán respecto a qué considerará el magistrado<sup>21</sup>:

La *Teoría retributiva*, que busca en la pena la justa retribución del delito cometido, medirá la pena en función de la gravedad del injusto y la culpabilidad manifestada.

La *Teoría de la prevención especial*, que busca en la pena la comprensión del injusto por parte del autor y evitar su reincidencia, considerará los factores que influyan en el proceso de readaptación social, considerando el comportamiento antes y después de la comisión del hecho.

La *Teoría de la prevención general negativa*, que busca en la pena incidir sobre la sociedad para evitar que se cometan delitos, medirá la pena en función de la gravedad necesaria para poder impactar disuasivamente en la sociedad.

La *Teoría preventiva de la unión*, que entiende que coexiste la prevención general y particular, pudiendo lograrse la resocialización del individuo y el impacto disuasivo sobre la sociedad a través de la pena; que requiere una armonización de criterios que adecúe la necesidad de pena según las situaciones particulares del autor –prevención especial– con la gravedad de la pena necesaria para lograr el efecto disuasivo sobre el conjunto social –prevención general–, entendiendo que prevalece la primera –“*mínimo de prevención general*”–.

La *Teoría de la prevención general positiva*, que entiende que la finalidad de la pena es reafirmar la vigencia de la norma que ha sido cuestionada por el autor del ilícito

---

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

- 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;
- 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

<sup>21</sup> Según RIGHI. Ver: RIGHI, *Ob. Cit.* Págs. 201 y ss.

al obrar en su contra, no ofrece pautas de que elementos deben considerarse para lograr la determinación de la pena<sup>22</sup>.

Las *Teorías retributivas de la unión*, entienden que la pena debe garantizar la compensación del injusto y la culpabilidad manifestada por el autor, con fines preventivos –especial, general negativo o general positivo–, entendiendo que los segundos encuentran su límite en el primero: debe medirse la pena por la comisión del hecho punible, según pautas retributivas.

### **b. El Código Penal Argentino**

El texto del artículo 41<sup>23</sup> es de interpretación compleja: una primera lectura de su texto evidencia un tinte retributivo, mandando a individualizar la pena proporcionalmente a la magnitud del injusto y a la culpabilidad evidenciada en la comisión del hecho punible, su grado de participación, el móvil, su vínculo con la víctima. A la vez evidencia una recepción de la teoría de la prevención especial, cuando considera la mayor o menor peligrosidad evidenciada por el autor según las circunstancias de tiempo, modo y lugar, debiendo el juez juzgar la posibilidad de reincidencia del autor, o la concreta realizada; y considerar sus antecedentes y condiciones personales. Pero al releerlo, se observan consideraciones que dependiendo la teoría de la pena en que se posicionen los tribunales, será la interpretación que se les dará, dotando a su texto de ambigüedad.

La única conclusión cierta es que el magistrado debe medir la pena en función de la culpabilidad del autor, considerando una faz objetiva: acción realizada, la modalidad de comisión, el daño causado; y otra subjetiva: valorando su peligrosidad. La faceta retributiva del artículo limita a la medición de la pena, y las consideraciones de la prevención –especial, pues considero que rige el imperativo categórico Kantiano que impide instrumentar al ser humano para la consecución de fines– deben de instrumentarse en el ámbito temporal anteriormente delineado<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, parte general*. 2da Edición. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina. 1999. Pág. 43.

<sup>23</sup> Su texto, redactado en 1921, no ha sufrido modificaciones en los 100 años de vigencia del código.

<sup>24</sup> Anticipo que no comparto esta concepción de la pena. Entiendo que por manda constitucional debe imperar la teoría de la prevención especial, incluso es la finalidad perseguida por la ley de ejecución penal; pero que el texto del Código Penal y la práctica de la individualización judicial, y la praxis de la etapa de ejecución, se apartan de ella siguiendo fines retributivos.

### **c. Teorías procedimentales**

A continuación, realizaré un esbozo de las diversas teorías que se han desarrollado para explicar que elementos deben considerar los tribunales para realizar la individualización judicial de la pena, y la modalidad en que debe realizarse el procedimiento<sup>25</sup>.

#### **c.i. La teoría del ámbito del juego (Spielraumtheorie)**

Teoría alemana desarrollada por BENDER, brinda parámetros precisos para la determinación judicial de la pena. La cantidad justa se encuentra entre un máximo y un mínimo –margen de libertad (*Spielraum*)–, dentro de los cuales se puede valorar los fines especiales. La culpabilidad, al no poder ser medida, equivale al marco de la escala, no pudiendo ser superior ni inferior a él. ROXIN entiende que el límite inferior puede ser superado cuando sea adecuado conforme a razones preventivas especiales.

#### **c.ii. La teoría de la pena puntual (Punkstrafetheorie)**

Teoría alemana defendida por KAUFMANN, postula que no existe un marco de culpabilidad, sino que la pena adecuada es una sola, y cualquiera por encima o debajo no concuerda con la culpabilidad del autor. Coloca en el juez el deber de hallar la pena adecuada a la culpabilidad, entendida desde un punto de vista metafísico: la culpabilidad es una entidad, y como tal necesariamente es determinable, que se condice con una pena puntual.

#### **c.iii. La teoría del valor relativo (Stellenwerttheorie)**

Esta teoría postula que debe determinarse el valor de cada fin de la pena acorde a las distintas etapas de cuantificación, siendo el primer paso adoptar criterios retributivos –culpabilidad según la gravedad del hecho– para posteriormente considerar fines preventivos –fijando el tipo y monto de la pena–.

#### **c.iv. La teoría del acto de gestación social**

Podría considerarse que esta teoría reformula la teoría de la pena puntual, coincidiendo con la tesis de la teoría del espacio del juego en que no hay forma de

---

<sup>25</sup> Según el trabajo de RIZZI, FRANCISCO TOMÁS. “*La determinación judicial de la pena. Teorías y problemas*”. En: Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés. N° 10. Págs. 57 y ss. 10/12/2020. y ELHART, RAUL FERNANDO. “*Individualización judicial de la pena en el Derecho Penal argentino*”. Tesis doctoral. Universidad Nacional de La Plata. 2014.

hallar una medida exacta de culpabilidad, sino que el juez debe hallar la pena que más se adecue a la culpabilidad según la conciencia de la comunidad jurídica.

JESCHECK indica que debe entenderse que el juez parte de la pena que a su parecer se adecua a la culpabilidad, y la modifica en favor de otros fines penales, según las posibilidades de sanción.

#### **c.v. La teoría de la pena proporcional (Tatproportionalitätlehre)**

Esta teoría parte de la teoría de la pena esbozada por VON HIRSCH, quien justificó la pena centrada en los rasgos condenatorios de la acción. El castigo importa reproche, por lo que el grado de reprochabilidad sirve para medir el *quantum* del castigo, que dependerá de la gravedad de los hechos. Consecuentemente, los delitos más graves recibirán penas más severas, y los delitos semejantes deben recibir castigos semejantes –proporcionalidad ordinal–, y la misma severidad (culpabilidad) determinará el punto de arranque de determinado delito, dependiendo el grado de desaprobación según la expresión del sentimiento social –proporcionalidad cardinal–. Es decir, la magnitud de la pena debe ser proporcional a la culpabilidad.

HÖRNLE propuso un criterio objetivo-normativo para valorar la relación hecho-daño, y determinar la gravedad del injusto.

#### **c.vi. La teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad**

Desarrollada por ZAFFARONI, entiende que la culpabilidad tiene dos esferas de reproche: la reprochabilidad del acto, y la reprochabilidad del esfuerzo del autor por alcanzar una situación concreta de vulnerabilidad ante el poder punitivo.

Para el autor esto implica que la culpabilidad por el acto delimite el máximo de la pena en concreto, y a partir de ello, se descuenta hasta donde sea posible lo que no es imputable al esfuerzo del autor por estar en situación de vulnerabilidad. El autor admite que cuando la culpabilidad sea mínima, se perfore el mínimo legal de la escala del tipo, siempre que sea desproporcionado al reproche.

#### **c.vii. La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático**

Desarrollada por SILVA SANCHEZ, atribuye una función cuantitativa a la teoría del delito, dividiendo el injusto en objetivo, subjetivo y la culpabilidad, que debe ser continuada por la determinación de la pena.

Propone la realización de una escala de subtipos, de manera que permita clasificárselos según su gravedad, según la teoría del delito. Se evalúa así el injusto objetivo y subjetivo, y se los conjuga. El resultado aproximaría a la pena a imponer. Así se consideraría en la faz objetiva el daño del acto al bien jurídico protegido, y la modalidad de comisión; y en la subjetiva la intención del autor y su grado de conocimiento.

#### IV.- La perforación del mínimo de las escalas penales

##### a. La tragedia

En base a lo desarrollado, podemos afirmar que el juez debe realizar la individualización judicial de la pena, respetando los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad; fijando el *quantum* de la pena entre el máximo y el mínimo de la escala penal adoptando alguna de las teorías de determinación de la pena anteriormente esbozadas, con el objetivo de lograr la finalidad de la pena, según la teoría de la pena que adopte.

El problema planteado acontece cuando el juicio realizado por el juzgador lo lleva a concluir que el reproche realizable al autor del hecho ilícito no encuadra en el marco legal de la escala sancionatoria del tipo, por ser el mínimo legal excesivo –situación que cobra relevancia dado la corriente inflacionaria punitivista que ha distorsionado completamente el criterio de relación de bienes jurídicos-delitos-*quantum* de escalas penales del Código Penal Argentino—. La valoración que realiza según la teoría del delito le impide realizar la individualización de la pena según la teoría de la sanción penal.

Estamos en presencia de un acto –comisivo u omisivo– típico –doloso, culposo u omisivo– antijurídico –no justificada por el ordenamiento jurídico– y culpable –es exigible la comprensión de la antijuridicidad y de la criminalidad del acto– ante el que el juez evalúa la necesidad de imponer una pena concreta, pero el mínimo de la escala penal aplicable es desproporcionado al hecho. Posiciona al juez ante lo que ATIENZA denomina un caso trágico: de imponer la sanción sin más, prevaleciendo el principio de legalidad, incurriría en una contradicción interna del ordenamiento jurídico, que también le manda a que la sanción que aplique sea proporcional a la culpabilidad del autor, y útil a la sociedad –principios de

culpabilidad, proporcionalidad y utilidad—; dado que, en principio, el ordenamiento jurídico penal argentino no permite la perforación del mínimo de las escalas penales, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo, el Español<sup>26</sup>.

**b. La naturaleza de los mínimos. Diferentes posturas doctrinarias**

Ante esta situación la doctrina ha admitido dos posiciones:

i- Quienes consideran que los mínimos de las escalas penales tienen una naturaleza meramente indicativa, entre quienes se enrolan DEVOTO, JULIANO, ZAFFARONI, SOLER<sup>27</sup>, entre otros. Estos autores admiten que, ante determinadas circunstancias, el tribunal pueda imponer una pena por debajo del mínimo legal, fenómeno llamado “*perforación del mínimo legal*”. Pero elevan su apuesta teórica y postulan que los mínimos tienen naturaleza indiciaria y deben ser eliminados.

ZAFFARONI entiende que las escalas penales se encuentran justificadas en su máximo, toda vez que limitan el ejercicio del poder punitivo del Estado; y que los mínimos de las escalas penales limitan al poder cuantificador del juez siempre que otra fuente de mayor jerarquía no lo obligue a otra solución, por lo que entiende que “*son provisionales hasta que una norma constitucional señale lo contrario*”<sup>28</sup>. Posteriormente cita a los redactores del Proyecto de 1891, quienes señalaron que se podrían haber suprimido los mínimos, dejando solo los máximos de pena, para dar mejor situación al juzgador para determinar la pena conveniente, argumento inatacable —según él— para valorar a los mínimos como “*meramente indicativos*”. Asimismo, considera problemáticos a los “*mínimos altos*” cuando la culpabilidad del injusto son inferiores a la entidad que demanda la pena del mínimo de la escala; o

---

<sup>26</sup> En su artículo 71 se permite a los jueces apartarse de los mínimos legales cuando resulte el caso. Mir Puig entiende que el verbo “*podrán*” empleado no deja su aplicación librada al arbitrio del tribunal, sino que debe interpretarse de manera que el mínimo legal no genera un impedimento para imponer penas por debajo su *quantum*. En: MIR PIUG, SANTIAGO. *Ob. Cit.* Pág. 764.

<sup>27</sup> Incluyo a Soler en este grupo porque, pese a que no lo manifiesta expresamente, interpreta que en el caso del delito imposible —artículo 44 del CP— la pena puede disminuirse al mínimo legal (texto expreso del artículo), debajo del mínimo legal (no textual del artículo, su interpretación, que constituye la perforación del mínimo de la escala penal), o directamente eximirse de ella (texto expreso del artículo). En: SOLER, SEBASTIAN. *Derecho Penal Argentino II*. Edición 2000. Pág. 497.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, EUGENIO. *Ob. Cit.* Pág. 742.

cuando la pena transgrede a la familia del autor, violando el principio de personalidad de la pena; cuando acontecen penas naturales, y en el particular caso de los pueblos originarios. Atento a la diferencia cultural, y a que estos pueblos tienen ordenamientos particulares por los que sancionan a sus miembros, el autor propone disminuir a la pena estatal la que ya se impuso por su comunidad, a fin de respetar el principio *non bis in ídem*, acto que puede llevar a la necesidad de perforar la escala penal<sup>29</sup>.

DEVOTO declara que, *prima facie*, los límites mínimos son la regla general, sin perjuicio de que existan excepciones<sup>30</sup> y considera que su “*inexorabilidad*” es incompatible con el Estado de Derecho<sup>31</sup>, por lo que concluye que deben ser interpretados como meramente indicativos, en cuanto su relativización no agravia principios básicos, en tanto es el juez quien los armoniza con la respuesta al caso concreto<sup>32</sup>.

JULIANO, quien fue juez penal, consideraba a los mínimos de las escalas como meramente indicativos, y que en caso de que el nivel de culpabilidad fuere superado por el monto, el juez debía apartarse de su aplicación, declarando su inconstitucionalidad. El autor entendía que los mínimos inflexibles, en casos donde no se encuentran adecuados ni proporcionados a la culpabilidad del imputado, producían actos crueles e inhumanos<sup>33</sup>.

Asimismo, el autor postuló que los mínimos “*lisa y llanamente, no deberían existir*”, dado que no representan valor jurídico alguno, y su eliminación no generarían ningún perjuicio ni a la sociedad ni al individuo. Incluso sostuvo que su existencia representa un indebido avance del Poder Legislativo sobre la facultad del Poder Judicial de determinar el nivel de culpabilidad del autor de un ilícito y sancionarlo<sup>34</sup>. Manifestó que el órgano judicial no puede ser constreñido por mínimos fijos que no se ajusten a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Pese a ello, resaltó que en la situación argentina el juez debe pronunciarse sobre el

---

<sup>29</sup> ZAFFARONI, EUGENIO. *Ob. Cit.* Págs. 743 y ss.

<sup>30</sup> DEVOTO. *Ob. Cit.* Pág. 3.

<sup>31</sup> DEVOTO. *Ob. Cit.* Pág. 9. En la página 11 resalta la inexorabilidad de los máximos legales, como el límite al *ius puniendi*.

<sup>32</sup> DEVOTO. *Ob. Cit.* Pág. 16.

<sup>33</sup> JULIANO, MARIO. *Ob. Cit.* Pág. 5.

<sup>34</sup> *Ut supra.* Pág. 6.

test de constitucionalidad en el caso concreto, acorde a las singularidades del asunto, de manera prudente y motivada<sup>35</sup>.

ii- Quienes reconocen a los mínimos naturaleza rígida, y excepcionalmente admiten su perforación mediante la declaración de inconstitucionalidad de la escala penal en el caso concreto, entre quienes se enrolan URIBURU y LEVENE.

URIBURU destaca que los legisladores argentinos siempre optaron por prescribir escalas penales con topes rígidos<sup>36</sup> pero que, en un Estado constitucional de Derecho como el nuestro, ninguna norma puede ser inmune al control de constitucionalidad<sup>37</sup>. Argumenta que deben rechazarse la postura que considera meramente indiciarios a los mínimos penales, pero que excepcionalmente se puede admitir su perforación declarando la inconstitucionalidad en el caso concreto cuando la aplicación de la ley conlleve la imposición de una pena gravemente irrazonable que viole los principios de culpabilidad y proporcionalidad<sup>38</sup>.

LEVENE critica que la postura que considera meramente “*indiciarios*” a los mínimos legales lesiona el principio de legalidad y viola el principio republicano de división de poderes. Considera que los jueces no pueden usurpar el poder legislativo y adecuar discrecionalmente las leyes, que gozan de legitimidad republicana, según su ideología o parecer, sino que deberían declarar su inconstitucionalidad. Asimismo, recuerda que cuando se dictó nuestro código penal la legislación alemana y holandesa, que influenciaron al proyecto, permitían perforar los mínimos penales, lo que conduce a interpretar que el legislador, al no receptarlo, vedó esta posibilidad, y esta interpretación sería contraria al espíritu de la norma.

El autor le otorga relevancia a los mínimos legales, entendiendo que representan el piso legal que corresponde a la reacción estatal ante la afectación de bienes jurídicos protegidos, por el que el legislador manda un mensaje claro de gravedad e intolerancia estatal a ciertos delitos, conduciendo a que sean sancionados con penas de prisión efectiva; por lo que concluye que necesariamente se debe rechazar categóricamente la postura que considera indicativos a los

---

<sup>35</sup> *Ut supra*. Pág. 10.

<sup>36</sup> URIBURU, GREGORIO JOSÉ. “*La perforación de los topes mínimos de las escalas penales. Análisis a partir de los casos Gunffanti y Ríos*”. Forum n° 7. 2019. Pág. 31.

<sup>37</sup> *Ut supra*. Pág. 33.

<sup>38</sup> *Ut supra*. Págs. 48-49.

mínimos legales, y que la única opción que tiene el juez para apartarse de la prescripción legislativa es declarar la inconstitucionalidad de la norma<sup>39</sup>.

En resumen, la doctrina concuerda en que puede –y cuando corresponda, se debe– perforar el mínimo de la escala penal para aplicar la pena que corresponda al delito. Parte de ella considera a los mínimos indicativos, lo que significaría que los jueces pueden apartarse de ellos en la determinación de la pena; y la otra parte los considera rígidos, imperativos, lo que llevaría al juez a la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la escala en el caso concreto. Están quienes consideran que pueden ser diversas causas: que el autor haya padecido una pena natural o ilícita; que sufra un estado de vulnerabilidad; cuando la pena transgreda a su familia; cuando el autor pertenezca a un pueblo originario y ya haya sido penado según sus costumbres; y quienes solamente lo limitan al supuesto en que el principio de culpabilidad sea atacado, que la relación delito-pena, sea desproporcionada.

### c. La recepción jurisprudencial

La temática del artículo ha sido abordada en diversos fallos. A continuación, citaré alguno de ellos<sup>40</sup>:

#### c.i. Fallo Bolaños<sup>41</sup>.

El nueve de diciembre de dos mil catorce, Mario Juliano, actuando unipersonalmente como miembro del Tribunal en lo Criminal n°1 de Necochea, condeno a Ángela Bolaños y a Raúl López por los delitos de portación de arma de guerra y abuso de armas, a la pena de tres años de prisión, de cumplimiento condicional, en un juicio abreviado, apartándose del mínimo de la escala penal.

Originariamente las partes habían acordado una pena de tres años y seis meses de prisión, de efectivo cumplimiento bajo modalidad de semi detención domiciliaria. El juzgador considero relevante que las partes acordaran que el cumplimiento de la pena en prisión sería contraproducente y excesiva. Esgrimió

<sup>39</sup> LEVENE, RICARDO. “La creación judicial de mínimos penales no previstos en la ley, constituye una decisión ilegal por parte de los jueces”. Doctrina Judicial n° 51, Buenos Aires. 2013. Págs. 11-36. Según URIBURU. En: URIBURU, GREGORIO JOSÉ. *Ob. Cit.* Págs. 36-8.

<sup>40</sup> Aclaro que no son reseñas o notas de fallo. Ergo, el lector no se encontrará con una reseña completa (supuesto fáctico, motivación, resolución) de cada una de las sentencias, sino con una breve alusión a los fundamentos que han esgrimido los tribunales en lo que al objeto del trabajo respecta.

<sup>41</sup> Tribunal en lo Criminal n° 1 de Necochea. *Caso “Bolaños, Ángela Felicitas–López, Raúl Germán s/Abuso de armas y portación de arma de fuego de guerra”*. 09/12/2014.

como argumento que es imposible sostener que la escala penal se disponga a fin de evitar la viable excarcelación de las personas. Analizó el debate parlamentario que elevó el mínimo de la escala penal de tres a tres años y medio, a fin de evitar la excarcelación; sin graduar la escala penal por la lesión al bien jurídico o su valor, sino por la manifestación popular; y concluyó que el congreso avanzó sobre materia no delegada, dado que es competencia provincial –“*este proceso es la clara manifestación de la cultura de la emergencia penal, que se caracteriza por el desplazamiento de los criterios de razonabilidad y legalidad*”<sup>42</sup>–. Comparó la escala penal de la mera portación con la del delito de robo agravado en poblado y en banda; lesiones gravísimas; o la tentativa de robo con arma; concluyendo que era una desproporcionada estimación de bienes jurídicos, siendo una reacción exagerada ante los principios de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Consideró las circunstancias personales de los autores; y citó las Reglas de Tokio que impulsan a evitar la prisionización de condenados; alegó que el Legislador ha inmiscuido en funciones del Poder Judicial; y que la aplicación a los hechos tornaría a la pena en cruel, inhumana y degradante, contrariando la Convención contra la Tortura.

### **c.ii. Fallo Caballero Flores<sup>43</sup>.**

El treinta de noviembre de dos mil quince, Caballero Flores, Durán Martínez y Guzmán Contreras fueron juzgadas por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca –integrado por los Dres. Reynaga, Guzmán y Uriburu– por el delito de transporte de estupefacientes agravado por el número de personas, siendo la escala penal aplicable de 6 a 20 años de prisión, por intentar transportar aproximadamente 2,3 kg de cocaína de Bolivia a Mendoza, siendo descubiertas en Catamarca.

El fiscal solicitó la condena de Caballero Flores y Durán Martínez a seis años de prisión, y de Guzmán Contreras a ocho años de prisión.

El tribunal consideró la especial situación de vulnerabilidad de las dos primeras autoras del ilícito, a la luz de las Reglas de Brasilia; y el estereotipo sistemático existente de las mujeres mulas. Posteriormente juzgo que el mínimo de 6 años de prisión excedía el principio de culpabilidad de las imputadas. Citó

---

<sup>42</sup> *Ut supra*. Pág. 17.

<sup>43</sup> Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca. Caso “*Caballero Flores, Placida; Duran Martínez, Angélica y Guzmán Contreras, Juana s/ infracción a la ley 23.737*”. 30/11/2015.

instrumentos internacionales –Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– en donde se establece que las penas no pueden trascender de la lesión del acto. Y por el actuar realizado y la lesión al bien jurídico consumado, el no tener antecedentes, y la especial situación de vulnerabilidad; declaró de oficio la institucionalidad del mínimo por considerarlo contrario a los principios de proporcionalidad y culpabilidad, aplicando la pena de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo, más multa de cinco mil pesos.

Respecto a la tercera realizó una valoración distinta, por ser quien captó a las mulas; las controlaba; no transportaba capsulas de cocaína, por lo que no exponía su salud; y planeaba recibir drogas en Mendoza, considero proporcionado aplicar la pena de siete años de prisión efectiva, más multa de cinco mil pesos.

### **c.iii. Fallo Guffanti.**

El treinta de septiembre de dos mil trece, el Tribunal en lo Criminal n°1 de Mar del Plata<sup>44</sup>, integrado por los Dres. Viñas, Carnevale y Urso, condenó a Marcelo Guffanti a la pena de cinco años de prisión por homicidio simple, declarando la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal del artículo 79. En su voto, el Dr. Viñas –voto al que adhirieron los demás miembros del tribunal colegiado– entendió que la situación de vulnerabilidad del imputado, su adicción a drogas, el hecho de que se encontrase bajo estado de obnubilación cuando cometió el hecho –aunque no llegase a un estado de inimputabilidad– justificaban que el reproche de culpabilidad en su contra fuese atenuado, y que la imposición del mínimo de la escala penal de ocho años contrariaba los principios de racionalidad y proporcionalidad de la pena.

Esta decisión fue casada el día nueve de septiembre de dos mil catorce por la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires<sup>45</sup>, integrada por los Dres. Kohan y Natiello, quienes entendieron que los mínimos son rígidos; que la decisión de perforarlo del *a quo* contradecía el principio republicano de división de poderes; y que el tribunal no había motivado

<sup>44</sup> Tribunal en lo Criminal n° 1 de Mar del Plata. Caso “*Guffanti, Marcelo Daniel s/homicidio*”. 30/09/2013.

<sup>45</sup> Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV. Caso “*Guffanti, Marcelo Daniel s/Recurso de casación interpuesto por Fiscal General*” y “*Guffanti, Marcelo Daniel s/Recurso de casación*”. 09/09/2014.

debidamente que principios contradecía la norma, ni la gravedad suficiente que justificara su declaración de inconstitucionalidad.

#### **c.iv.- Fallo Loyola<sup>46</sup>.**

El veintisiete de octubre de dos mil dieciséis, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba dicto un fallo plenario en el que se cuestionó la constitucionalidad de la escala del artículo 5 de la ley 23.737 –mínimo y máximo.

La Dra. Tarditti analizó la labor histórica legislativa, los diferentes tipos y escalas penales, la sucesión de leyes que criminalizaron el tráfico de estupefacientes, y la incongruencia actual del sistema penal, que viola a su entender el principio de igualdad, dado que reconoce diferente gravedad de hechos a los que otorga la misma escala penal.

El Dr. López Peña consideró que la escala penal en abstracto era inconstitucional por entender que se rompe la proporcionalidad lesión al bien jurídico–sanción penal. Recordó que la escala penal es solo uno de los elementos a considerar por los jueces para beneficiar o no con ceses de prisión, siendo la existencia de peligro procesal lo que debe fundar la decisión. Citó jurisprudencia de tribunales inferiores, de su tribunal, y la Cámara de Casación Penal.

El Dr. Sesín y la Dra. Blanc G. de Arabel adhirieron a lo anterior.

La Dra. Bolatti, el Dr. Rubio, y el Dr. Alloco conformaron el voto disidente y, si bien admitieron que la escala penal podía ser perforada, no compartieron la postura de que sea manifiestamente lesiva de los principios de proporcionalidad e igualdad.

Aceptada por mayoría la perforación de la escala penal, fijaron la nueva escala penal entre 3 y 10 años de prisión, y determinaron que la pena que correspondía aplicar equivalía a 3 años.

#### **c.v.- Fallo Ríos<sup>47</sup>.**

El dieciséis de abril de dos mil trece la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la juez Ledesma y los jueces David y Slokar,

---

<sup>46</sup> Superior Tribunal de Justicia de Córdoba. Caso “*Loyola, Sergio Alejandro p.s.a. comercialización de estupefacientes, etc.–Recurso de inconstitucionalidad–*”. 27/10/2016.

<sup>47</sup> Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. Caso “*Ríos, Mauricio David s/recurso de casación*”. 16/04/2013.

revisaron la sentencia en contra de David Ríos, que lo condenaba a cuatro años de prisión y multa de dos mil pesos por la tenencia y comercialización de estupefacientes.

La defensa agravio la fundamentación de la sentencia de primera instancia, y acusó de errónea aplicación de la ley sustantiva; subsidiariamente planteó la inconstitucionalidad del mínimo aplicable al hecho por considerar comprometidos los principios de dignidad de las personas, culpabilidad y proporcionalidad; y, por último, alegó la falta de certeza absoluta, y el deber de prevalecer el principio *in dubio pro reo*.

El fiscal considera debidamente acreditados los hechos, y que la sentencia atacada se encuentra debidamente fundamentada; pero reconoció que la pena de cuatro años vulneraba el principio de culpabilidad, y que por las condiciones personales del condenado una pena de efectivo cumplimiento sería contraproducente. La defensa adhirió a esto, y por el principio de no contradicción, solicitó que se adecue el *quantum* de la pena acorde a los parámetros requeridos por el fiscal sin reenvió.

La jueza Ledesma concluyó que los magistrados habían considerado y valorado debidamente los elementos de prueba producidos en el juicio, alcanzando certeza sobre los hechos y la culpabilidad de Ríos, y que la aplicación de la ley sustantiva fue válida.

En lo que, a la aplicación del mínimo legal de cuatro años respecta, encontró como primer problema para su aplicación que el acusador fiscal solicitaba una pena menor, considerando a los principios de culpabilidad y proporcionalidad, por lo que controvertiría el principio *Nullum iudicium sine accusatione*. Luego consideró que la escasa afectación al bien jurídico significa que el tope mínimo exceda los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas; por lo que, siguiendo la postura de Zaffaroni, consideró adecuado valorar al mínimo como indicativo. Por ello hizo lugar parcialmente al recurso, y anuló la sentencia en lo atinente a la determinación de la pena; apartó al tribunal de origen y lo remitió a que se dicte nueva sentencia.

El juez David disidió en este punto, entendiendo que no se encontraba limitado por la acusación fiscal, y que el hecho de que un juez imponga una pena más alta a la solicitada por el fiscal no viola las garantías de defensa en juicio y debido proceso, dado que es competencia de los tribunales decidir cómo aplicar la ley. Asimismo, no encontró razones para hacer lugar al pedido de las partes y

flexibilizar el mínimo; por no considerarlo desproporcionado al injusto, ni violatorio al principio de culpabilidad ni de proporcionalidad.

Slokar adhirió al voto de Ledesma, y consideró que correspondía flexibilizar el monto mínimo de la pena por imperio del principio acusatorio.

#### **c.vi.- Fallo Sandoval.**

Sentencia dictada el día diez de julio de dos mil diecinueve, por el Tribunal en lo Criminal n°1 de Necochea, decidiendo el tribunal en manera colegiada<sup>48</sup>. Ante un caso de tenencia de estupefacientes para su comercialización –Ley 23.737, art. 5.c–, la tenencia de estupefacientes –Ley 23.737, art. 14.1– y la tenencia ilegal de arma de guerra de uso civil condicional –Art. 189 *bis*, inc. 2, 2° párr. del Código Penal– el juez Juliano consideró que la pena superaría “*con creces*” la culpabilidad, hecho reconocido por el fiscal, quien planteó la acusación alternativa de “*tenencia neutra*” para permitir el cumplimiento condicional de la pena. Pero razonó que aplicar tal figura legal sería forzar los hechos, por lo que correspondía considerar que los mínimos de las escalas penales son meramente indicativos, en el caso concreto, contrario a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, y lesividad por la escasa significación de los hechos; considero la situación sobrepoblación del sistema penitenciario, y la necesidad de evitar los encarcelamientos evitables por otros medios, y perforó la escala penal condenándolos a tres años de prisión, de cumplimiento condicional. Su voto fue adherido en su totalidad por el juez Rau; pero la jueza Irigoyen Testa se apartó del voto mayoritario, considerando que no existían motivos para apartarse del mínimo legal establecido.

La decisión fue agravada por el fiscal, y resuelta el tres de marzo del dos mil veinte por la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, integrado por los jueces Budiño y Mancini<sup>49</sup>. El fiscal cuestionó la deficiente motivación para apartarse del mínimo de la escala penal, y la falta de la declaración de su inconstitucionalidad. El tribunal entendió que la decisión del *a quo* afectaba el principio republicano de división de poderes, no siendo justiciable la eficacia del criterio del legislador en el ejercicio de sus facultades; se violó el principio de legalidad por no aplicar la pena prevista en el delito; y el principio de

---

<sup>48</sup> Tribunal Criminal n° 1 de Necochea. Caso “*Sandoval, José María s/tenencia de estupefacientes para comercialización*”, “*Sandoval, María José s/tenencia de arma de guerra*” y “*Sandoval, María José s/tenencia simple de estupefacientes*”. 10/07/2019.

<sup>49</sup> Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala II. Caso “*Sandoval, María José y Sandoval, José María s/Recurso de casación interpuesto por el agente fiscal*”. 03/03/2020.

igualdad, al dar a los imputados un trato diferente al resto de los habitantes de la Nación. Cuestionó que se alegase la contradicción de la escala penal a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y lesividad de las penas para apartarse de la ley sin previa declaración de inconstitucionalidad, *siendo “imprescindible que el enfrentamiento entre normas de diferente rango resulte claro, palmario, contundente y verificado”*<sup>50</sup>. No consideró que se evidenciase la desproporción o irracionalidad de la pena. Por ello anuló el acto jurisdiccional.

### **c.vii.- Fallo Sartori<sup>51</sup>.**

El ocho de julio de dos mil quince el Juez de Audiencia de Juicio Losi, de la Segunda Circunscripción Judicial de La Pampa, condenó a los imputados por el delito de abigeato agravado a tres años de prisión, de cumplimiento efectivo, declarando la inconstitucionalidad del mínimo penal del artículo 167 *quáter* inc. 6°.

La defensa cuestionó la inconstitucionalidad de la pena mínima, entendiendo que debía imponerse la pena de tres años de prisión en suspenso. La fiscalía concordó con la desproporcionalidad de la pena que correspondería a los imputados, pero consideró que debía ser la pena de cumplimiento efectivo.

El juez citó a D’Alessio, quien ha receptado la crítica a la proporcionalidad de la pena de cuatro años ante la lesividad al bien jurídico, citando al Supremo Tribunal de Justicia de Entre Ríos, que declaró su inconstitucionalidad en reiteradas ocasiones. Citó los fundamentos que dio en una causa anterior – Alzamora-Pascual– por la cual fundó que el principio de culpabilidad permite, ante casos excepcionales, prescindir de los mínimos.

Citó la postura contraria del Superior Tribunal de La Pampa en el fallo “*Quiroga Sergio Daniel s/recurso de casación*”, en el que rechazó el planteo de inconstitucionalidad del mínimo del artículo en cuestión, dado que el tribunal consideró que debía probarse la iniquidad manifiesta, o un apartamiento írrito del principio de igualdad. El Juez citó un caso que sentenció con anterioridad, y fundó que se adecuaba a la finalidad querida por el legislador en el art. 167 *quater*, a diferencia del caso en autos; y consideró que la aplicación de la misma pena violaría el principio de igualdad receptado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Pero razonó que permitir la condena en suspenso sería equiparar la pena al artículo

<sup>50</sup> *Ut Supra*. Pág. 4.

<sup>51</sup> Segunda Circunscripción Judicial de Neuquén; Juez Unipersonal Losi. Fallo n° 477: *Caso “Ministerio Público Fiscal c/ Sartori, Sandro Alfredo; Jofré, Walter Darío; Juárez, Ángel Francisco; Juárez, Ángel Fabián (m) s/ Abigeato Agravado”*. 08/07/2015.

167 *ter*, situación no deseada por el legislador, y que por ello debe ser de cumplimiento efectivo. Asimismo, fundó en la escasa lesividad del hecho al bien jurídico protegido, y la poca peligrosidad de los autores, lo que tradujo en escasa culpabilidad.

**c.viii.- Fallo Vázquez<sup>52</sup>.**

Dictado el tres de marzo del dos mil veintiuno, por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, en el auto se recurrió una sentencia condenatoria de cuatro años más multa de dos mil pesos por el delito de transporte de estupefaciente, impuesta por un juicio abreviado. La defensa atacó la constitucionalidad de la escala penal del art. 5 de la ley 23.737 alegando su desproporción por la escasa afectación al bien jurídico, acusando una “*equivocación del legislador*”. También argumentó que la escasa afectación violentaba los principios de culpabilidad, razonabilidad, y humanidad de la pena. Asimismo, agravó la falta de motivación de la sentencia, y que su correcta valoración conduciría a una perforación del mínimo de la escala penal.

El juez Yacobucci rechazó el primer agravio, considerando que los cuestionamientos eran “*argumentos meramente dogmáticos carentes de sustento*”, siendo la escala penal el marco que permite considerar la afectación del bien jurídico. No advirtió el juzgador afectación a los principios de lesividad y proporcionalidad; ni desproporción entre la escala penal prevista y la pena impuesta. Y dijo que no compete al tribunal juzgar la política criminal del legislador, gozando las leyes de presunción de validez.

Posteriormente, consideró que correspondía una interpretación en equidad que corrigiera el monto mínimo de la pena en abstracto, dado que las circunstancias del caso demostraban que se habían visto satisfechos los fines retributivos y preventivos generales y especiales, a fin de habilitar su cumplimiento en suspenso.

El juez Slokar acogió el pedido de la defensa, alegando que el Ministerio Público Fiscal no había controvertido la petición, por lo que el principio de imparcialidad del juez lo llevaba a adoptar esa decisión.

---

<sup>52</sup> Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. *Caso “Vázquez y otros s/recurso de casación”*. 04/03/2021.

El juez Mahiques decidió rechazar el planteo, entendiendo que agraviaba el principio de legalidad, la división de poderes, y la teoría de los actos propios, dado que el actor había aceptado la culpabilidad de los hechos en el juicio abreviado.

### **c.ix.- Fallo Martínez<sup>53</sup>.**

El seis de junio de mil novecientos ochenta y nueve la Corte suprema de Justicia de la Nación revisó por recurso de queja la sentencia de segundo grado que confirmó la condena contra Agustín Martínez como autor del delito de robo calificado por el uso de armas cometido en grado de tentativa, en concurso real con robo de automotor agravado por el uso de armas, modificando la pena a quince años de prisión.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional rechazó el planteo de la inconstitucionalidad del artículo 38 del Decreto-Ley 6582/58 por no considerar oportunamente interpuesto el agravio. La CSJN lo consideró admisible, y analizó el asunto. La defensa argumentó que el monto mínimo de la pena del robo con armas es superior al del homicidio doloso, privilegiando irracionalmente la escala del valor jurídico del patrimonio por sobre la vida. Asimismo, criticó que se penare más severamente el robo de automotores en relación a los demás bienes patrimoniales, incluso bienes que pueden ser de mayor valor que el rodado, y lo consideró contrario al principio de igualdad, lesividad y culpabilidad.

La mayoría –Petracchi, Bacqué, y Fayt– hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso, dejó sin efecto la sentencia apelada y la devolvió para un nuevo pronunciamiento que prescindiera del artículo atacado, declarándolo inconstitucional.

La minoría –Caballero y Belluscio– rechazaron el recurso por improcedente, dado que el tribunal de primera instancia había declarado abstracto el incidente porque la calidad de reincidente del condenado llevaba a adecuar la pena por encima del mínimo del artículo 38 del Decreto–Ley.

### **c.x.- Resumen.**

---

<sup>53</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso “Martínez, José Agustín s/robo calificado”*. 06/06/1989. En igual sentido se pronunció en: *Caso “Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/robo agravado por tratarse de automotor y mediante uso de arma de fuego”*. 08/06/1989. *Caso “Cuvillana, Carlos Alberto y Raggio, Luis Miguel”*. 06/06/1989.

Como puede verse, el tratamiento jurisprudencial ha sido vasto y enriquecedor:

1.- se ha realizado la práctica a pedido de la defensa, a pedido del fiscal y defensa, o incluso el tribunal de oficio;

2.- hay jueces que no admiten la perforación de los mínimos, y quienes sí lo aceptan –incluso la CSJN–;

3.- hay magistrados que los consideran meramente indicativos y se apartan de ellos fundadamente, y quienes consideran necesario declarar la inconstitucionalidad de la escala penal;

4.- hay tribunales que solo lo consideran procedente cuando la contradicción a los principios constitucionales es evidente y manifiesta, y quienes son más laxos;

5.- hay jueces que solo lo consideran procedente ante la vulneración de los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas; quienes incluyen a los principios de igualdad, pro homine, y humanidad de las penas; quienes lo fundan en tratados internacionales con jerarquía superior a las leyes; y quienes aceptan incluso la perforación ante la situación excepcional de vulnerabilidad de la víctima.

#### **d. Los proyectos de reforma del Código Penal.**

##### **d.i. Anteproyecto de 2006.**

El proyecto de 2006 contemplaba la facultad de los jueces de perforar los mínimos de la pena, e incluso eximir de ella, cuando el peligro o el daño causado fuese de escasa significación –principio de lesividad, relevancia y culpabilidad–; o cuando las consecuencias del hecho hubiesen afectado gravemente al autor o participe –pena natural<sup>54</sup>.

##### **d.ii. Anteproyecto de 2014.**

El proyecto de 2014 establecía a la culpabilidad como el principio limitador de la delimitación de la pena. Fijaba criterios legales de atenuantes, agravantes, y situaciones de “*máxima gravedad*”. Mandaba a no imponer pena cuando el daño o el peligro fuesen insignificantes, y facultaba al juez a imponer pena por debajo del mínimo legal, o prescindir de ella, cuando aconteciesen penas naturales en los

---

<sup>54</sup> Anteproyecto de Reforma del Código Penal. 2006. Parte de individualización de la pena. Artículo 9.

hechos culposos que afectasen gravemente al autor o partícipes; cuando el imputado perteneciese a un pueblo originario, el delito se hubiese cometido entre sus miembros y hubiese sido sancionado según sus tradiciones; y cuando los hechos realizados fueren acorde a la cultura del agente, excepto que se tratase de delitos contra la vida, integridad física, integridad y libertad sexual<sup>55</sup>.

#### **d.iii. Anteproyecto de 2015.**

El proyecto no contemplaba disposiciones relativas a la perforación de los mínimos, pero sí respecto a la “*presunción legal*” de culpabilidad que acarrea la escala penal: cuando aplicasen circunstancias atenuantes –contempladas legalmente– el máximo se reducía en un tercio; y cuando concurrían más de dos circunstancias agravantes, la pena a imponer no podía ser inferior a la mitad del máximo –se podría decir que fijaba un punto de ingreso a la escala penal, y elevaba el mínimo de la misma<sup>56</sup>.

#### **d.iv. Anteproyecto de 2018.**

No se encuentra disposición que aborde la temática. Sólo permitía ante situaciones excepcionales de atenuación reducir la escala penal del delito a la tentativa.

## **V.- Conclusión**

En base a las opiniones citadas, me permito postular que:

- I. En cuanto a su naturaleza, los mínimos no pueden ser considerados meramente indicativos, en tanto no se modifique el Código Penal y se establezca disposición que lo reconozca, como las cláusulas de los anteproyectos 2006 y 2014. Deben ser considerados, en principio, rígidos.
- II. Al pertenecer nuestro sistema penal a un Estado Democrático de Derecho, todas las normas, incluso las penales, pueden ser sometidos al control de constitucionalidad y convencionalidad; situación más que evidente por la cantidad de ocasiones en las que los tribunales se han expedido al respecto. De ello se desprende que, el único modo de que

---

<sup>55</sup> Anteproyecto de reforma del Código Penal. 2014. Título III. Capítulo I. Artículo 19.

<sup>56</sup> Anteproyecto de reforma del Código Penal. 2015. Artículo 46.

un tribunal podría apartarse de ellos, es declarando su inconstitucionalidad.

Esto necesariamente acarrea a que la decisión jurisdiccional deba ser acorde a los parámetros que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado para tal decisión: es un remedio de ultima ratio –acto de suma gravedad institucional– que debe evitarse de ser posible, realizando una interpretación de la norma que la compatibilice con el texto constitucional, y que solo debe declararse la invalidez de la norma cuando la violación sea de tal entidad, manifiesta, indubitable e inconciliable, que justifique su abrogación<sup>57</sup>. Por ello, solo se la considera procedente cuando no exista posibilidad de brindar una solución adecuada al caso por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, por lo que es un recurso de extrema necesidad<sup>58</sup>.

Una primera interpretación del criterio restrictivo de jurisprudencia de la CSJN compatibilizaría la concepción de los mínimos como meramente indicativos, a fin de evitar la sanción de invalidez constitucional de la norma. Pero entiendo que esto destruiría la seguridad jurídica del sistema penal, y la situación de igualdad ante la ley de los ciudadanos de las distintas jurisdicciones.

Al permitirse la perforación de la escala penal por este procedimiento, establecerá en cabeza de las partes, cuando la declaración sea a pedido de parte –ya sea a pedido del fiscal, de la defensa, o de ambas partes en conjunto–, o en cabeza del juez, cuando la declaración de inconstitucionalidad sea realizada de oficio<sup>59</sup>, el deber de motivar debidamente la incompatibilidad manifiesta, indubitable, e inconciliable entre el mínimo penal y el agravio que se realice.

- III. Asimismo, entiendo que, en tanto no se sancione una ley que establezca más motivos que justifiquen su empleo, la única causal de procedencia de este instituto es la vulneración evidente del principio de culpabilidad y proporcionalidad de la pena; no siendo procedente por

---

<sup>57</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso “Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/Provincia de Corrientes”*. Fallos: 324:3219. 27/09/2001. Considerando 10.

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra. c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”*. Fallos: 335:2333. 27/11/2012. Considerando 14.

<sup>59</sup> Los tribunales tienen la facultad de ejercer el control constitucional y convencional de oficio. *Ut supra*.

la “*culpabilidad por vulnerabilidad*”, o la violación del principio de igualdad por la valoración que estime el tribunal de los bienes jurídicos protegidos. Motivo que deberá fundar la magnitud que justifique la declaración de inconstitucionalidad de la escala<sup>60</sup>.

- IV. Al ser excepcional el hecho de que el fiscal solicite una pena por fuera de la escala penal prevista para el delito, entiendo que el juez puede rechazar el pedido de inconstitucionalidad de la escala de la norma, y aplicar el mínimo sin lesionar el principio acusatorio, siempre que sea debidamente motivado, en virtud del principio *iura novit curia*.

## VI.- Bibliografía

### a) Doctrina

- ATIENZA, MANUEL. *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*. ISONOMÍA N°6, España. 1997.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, parte general*. 2da Edición. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina. 1999.
- CREUS, CARLOS. *Derecho Penal, parte general*. 5° edición. Editorial Astrea; Ciudad de Buenos Aires; Argentina. 2010.
- CRIMINAL JUSTICE POLICY FOUNDATION. ‘*Mandatory Minimums and Sentencing Reform*’. Texto online: <https://www.cjpf.org/mandatory-minimums>
- DEVOTO, ELEONORA. “*De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas: un camino con retorno posible*”. 2007. En: *Jurisprudencia Argentina*. ISSN 0326-1190.
- ELHART, RAUL FERNANDO. “*Individualización judicial de la pena en el Derecho Penal argentino*”. Tesis doctoral. Universidad Nacional de La Plata. 2014.
- FRIAS CABALLERO, JORGE. *Teoría del delito*. Editorial Hammurabi; Buenos Aires, Argentina. 1993.

<sup>60</sup> Los fiscales que aluden a la insignificancia de la lesión al bien jurídico protegido podrían considerar atípica la acción por falta de lesividad en el tipo objetivo, por ejemplo; o en el caso del fiscal mendocino podrá suspender o desistir el ejercicio de la acción penal aplicando el criterio de oportunidad (Art. 26 inc. 1 del CPPMza).

- JULIANO, MARIO ALBERTO. “*La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales*”. Revista Pensamiento Penal del Sur, N° 1. Fabián Di Plácido Editores, Buenos Aires. 2004.
- LEONARDO, NATHAN. ‘*Avoiding a federal mandatory minimum drug sentence*’. Texto online: <https://www.leonardolawoffices.com/avoiding-federal-mandatory-minimum-drug-sentence/>
- LEVENE, RICARDO. “*La creación judicial de mínimos penales no previstos en la ley, constituye una decisión ilegal por parte de los jueces*”. Doctrina Judicial n° 51, Buenos Aires. 2013.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte general*. 10° edición. Editorial Reppetor; Barcelona. 2016.
- RIGHI, ESTEBAN. *Teoría de la pena*. Hammurabi; Buenos Aires, Argentina. 2001. p. 200.
- RIZZI, FRANCISCO TOMÁS. “*La determinación judicial de la pena. Teorías y problemas*”. En: *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*. N° 10. 10/12/2020.
- RODENAS, ANGELES. *Teoría de los enunciados jurídicos y argumentación jurídica*. Libro online: <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-nacional-de-cuyo/filosofia-del-derecho/rodenas-angeles-teoria-de-los-enunciados-juridicos-y-argumentacion-juridica/7123596> –Link consultado el 03/08/2021.
- ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal, parte general. Tomo I*. Traducción de la 2da edición. CIVITAS. 1997. Madrid, España.
- ROXIN, CLAUS. “*Reflexiones político criminales sobre el principio de culpabilidad*”. En: *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*. REUS SA; Madrid, España. 1981.
- SALEILLES. *L’individualisation de la peine*. 1898.
- SOLER, SEBASTIAN. *Derecho Penal Argentino II*. 5ta Edición. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 2000.
- URIBURU, GREGORIO JOSÉ. “*La perforación de los topes mínimos de las escalas penales. Análisis a partir de los casos Gunffanti y Ríos*”. Forum n° 7. 2019.
- ZAFFARONI, EUGENIO. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 2da edición. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2007.

## b) Jurisprudencia

- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. Caso “Ríos, Mauricio David s/recurso de casación”. 16/04/2013.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II. Caso “Vázquez y otros s/recurso de casación”. 04/03/2021.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso “Martínez, José Agustín s/robo calificado”. 06/06/1989.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso “Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/robo agravado por tratarse de automotor y mediante uso de arma de fuego”. 08/06/1989.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso “Cuvillana, Carlos Alberto y Raggio, Luis Miguel”. 06/06/1989.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso “Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/Provincia de Corrientes”. Fallos: 324:3219. 27/09/2001. Considerando 10.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra. c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”. Fallos: 335:2333. 27/11/2012. Considerando 14.
- Segunda Circunscripción Judicial de Neuquén; Juez Unipersonal Losi. Fallo n° 477: Caso “Ministerio Público Fiscal c/Sartori, Sandro Alfredo; Jofré, Walter Darío; Juárez, Ángel Francisco; Juárez, Ángel Fabián (m) s/Abigeato Agravado”. 08/07/2015.
- Superior Tribunal de Justicia de Córdoba. Caso “Loyola, Segio Alegando p.s.a. comercialización de estupefacientes, etc.–Recurso de inconstitucionalidad–”. 27/10/2016.
- Tribunal Criminal n° 1 de Necochea. Caso “Sandoval, José María s/tenencia de estupefacientes para comercialización”, “Sandoval, María José s/tenencia de arma de guerra” y “Sandoval, María José s/tenencia simple de estupefacientes”. 10/07/2019.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV. Caso “Guffanti, Marcelo Daniel s/Recurso de casación interpuesto por Fiscal General” y “Guffanti, Marcelo Daniel s/Recurso de casación”. 09/09/2014.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala II. Caso “Sandoval, María José y Sandoval, José María s/Recurso de casación interpuesto por el agente fiscal”. 03/03/2020.

- Tribunal en lo Criminal n° 1 de Mar del Plata. Caso “Guffanti, Marcelo Daniel s/homicidio”. 30/09/2013.
- Tribunal en lo Criminal n° 1 de Necochea. Caso “Bolaños, Ángela Felicitas–López, Raúl Germán s/Abuso de armas y portación de arma de fuego de guerra”. 09/12/2014.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca. Caso “Caballero Flores, Placida; Duran Martínez, Angélica y Guzmán Contreras, Juana s/infracción a la ley 23.737”. 30/11/2015.

**c) Leyes**

- Anteproyecto de Reforma del Código Penal. 2006. Parte de individualización de la pena. Artículo 9.
- Anteproyecto de reforma del Código Penal. 2014. Título III. Capítulo I. Artículo 19.
- Anteproyecto de reforma del Código Penal. 2015. Artículo 46.
- Código Penal Argentino. Artículos 40 y 41.
- Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza. Artículo 26.