

Un aporte a la discusión sobre el carácter de los mínimos de las escalas penales en el derecho positivo argentino

Por Julio Isaac Arriola¹

Resumen: *Este artículo trata sobre los mínimos de las escalas penales en el derecho positivo argentino, afirmando la constitucionalidad de su carácter de indicativos y, por tanto, la posibilidad de condenar por debajo de su límite con respaldo constitucional y sin necesidad de declaración previa de su inconstitucionalidad para un caso concreto. Asimismo se señala que admitir la inflexibilidad de dichas escalas frustra la función comunicativa preventiva de la norma.*

Palabras clave: sanción penal – cuantificación – mínimos de las escalas penales en el derecho positivo argentino – carácter indicativo – constitucionalidad – función comunicativa preventiva de la norma

1. Introducción

El trabajo publicado recientemente en la revista *Prensa Pensamiento Penal*² por el

¹ Ex Secretario de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y ex Juez de la Cámara de Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Mar del Plata. Ex docente de las Universidades de Buenos Aires, del Salvador y del Comahue, ex profesor adjunto de derecho penal parte general de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata y actual profesor contratado de la misma

colega Andrés M. Zelasco, titulado: *“Los mínimos de las escalas penales. Debates y crítica desde los fines del derecho penal”* ha obrado como disparador para este apunte.

Dicho sea de paso, no está demás señalar el escaso desarrollo de la dogmática de la cuantificación o dosificación de la sanción penal⁴. En términos generales existe una construcción franciscana de la dogmática sobre el tema en comparación con los estudios relativos a la teoría del delito. Ello, según algunos autores, pareciera que no es una subestimación arbitraria de la cuestión, sino fruto una interpretación mayoritaria de la misma como derivación directa y propia de las teorías sobre los fines de la pena penal, cuya específica dogmática la contiene⁵.

Ello sentado, tampoco está demás afirmar que las normas penales deben ser interpretadas y aplicadas desde el marco que brinda la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hoy expresamente incorporado a nuestra Carta Magna. Por lo mismo, la operatividad de aquéllas en un caso concreto debe de modo insoslayable realizarse desde el prisma de los principios contenidos en tales instrumentos. Insisto en que las normas penales constituyen de modo inexorable *un apéndice* de los principios contenidos en la Constitución Nacional y en los Tratados o Convenios Internacionales

² Revista citada, Marzo de 2022, No. 412

³ Con el que estoy de acuerdo

⁴ Un excelente estudio sobre la determinación de la pena en nuestro país es la obra de Patricia S. Ziffer, “Lineamientos de la determinación de la pena”; Ad.Hoc, 2013, 2da. edición, 2da. reimpresión

⁵ Confr. Silva Sánchez en su trabajo titulado “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”; InDret 2/2007

sobre Derechos Humanos. Y ello vale tanto para el proceso legislativo al que le compete construir el sistema punitivo explícito (criminalización primaria), como al que corresponde a los jueces (criminalización secundaria) y el que, finalmente, incumbe a los órganos que intervienen en el tramo de ejecución de las sanciones penales y sus consecuencias (criminalización secundaria). Asimismo, concuerdo con la idea de que el ejercicio concreto de poder punitivo sobre una persona consiste en la individualización de la sanción penal en su cantidad y calidad⁶.

Tales principios cardinales son, en lo esencial, los de *estricta legalidad, necesidad o ultima ratio o de intervención subsidiaria, culpabilidad, humanidad o proscripción de la crueldad, buena fe y pro homine* y, en materia procesal, el *acusatorio e in dubio pro reo*.

2. Algunas Precisiones

2.1 La sanción penal debe ser adecuada en su clase y monto a la culpabilidad⁷ por el acto realizado -previa comprobación de su existencia y relevancia penal- y a la intensidad de la lesión causada; ello conforme a un derecho penal de acto al cual se adscribe nuestro sistema punitivo⁸ (arts. 18/19 CN; 9 CADH; 15 PIDCyP).

Desde este imperativo marco normativo, opino, como tantos otros, que los mínimos

legales previstos para los delitos penales en nuestro derecho positivo revisten el carácter de indicativos. En consecuencia de ello, se sostiene que echando mano a la declaración de inconstitucionalidad para un concreto caso del mínimo legal en juego, se debe condenar a una pena inferior al mismo cuando las especiales circunstancias del caso así lo ameriten⁹. Es claro que, desde esta óptica, lo ideal sería que en un nuevo código penal¹⁰ las escalas penales mínimas desaparezcán o existan normas que autoricen su perforación¹¹.

2.1.2 Sabido es que nuestro ordenamiento jurídico el control sobre la constitucionalidad de las leyes reviste naturaleza difusa y su declaración queda limitada al caso en juzgamiento. También es conocida la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de la excepcionalidad con que debe usarse esta herramienta y su prédica por agotar en cada caso una inteligencia que permita la compatibilidad de la norma infra constitucional en juego con lo establecido en la Constitución. Es que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto constituye la más delicada de las funciones propias de un tribunal de justicia. Configura un acto de suma gravedad que debe ser

⁶ Confr. "Derecho Penal Parte General" Zaffaroni, Aiaga y Slokar, p 948 y sigtes; EDIAR, Buenos Aires, Argentina

⁷ Que se integra con la corresponsabilidad social o la mayor o menor vulnerabilidad de la persona y sus concretas circunstancias frente al poder punitivo

⁸ Aunque la realidad desgraciadamente a diario nos muestre lo contrario mediante el recurso a la peligrosidad de la persona como fundamento para su castigo y sus dolorosas consecuencias. Ello incluso con respaldo en la propia norma penal (art.41 inciso 2do. CP)!!!

⁹ Así el notable trabajo de Mario Alberto Juliano "La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales" ; Revista Prensa Pensamiento Penal, N° 1, 2004

¹⁰ Inexcusablemente necesario y reclamado a viva voz por los operadores y estudiosos de la cuestión penal

¹¹ En el sentido apuntado ver el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, elaborado por una Comisión que presidió el profesor Zaffaroni e integraron León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, promovida por el PEN en el año 2012; Infojus, 1ra. edición, marzo 2014. Ver especialmente su art. 19, apartados 2 y 3 y sus fundamentos, pp 91/7 y 343

considerado la última ratio del orden jurídico (Fallos: 303:248; 312:72; 324:920, entre muchos otros), por lo que resulta improcedente salvo cuando un acabado examen de la norma infra constitucional determina la convicción de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (Fallos: 315:923; 328:4542).

2.1.3 Ahora bien, ¿es imprescindible la tacha de inconstitucionalidad de estos casos? ¿O puede resultar innecesario utilizar ese excepcional instrumento?

Como con acierto lo apunta Juliano en su mencionado trabajo, la naturaleza indicativa de los mínimos penales reviste en nuestro derecho la cualidad de ser indefectible; esto es, que no puede dejar de ser así¹². Por lo mismo, se puede en circunstancias excepcionales concretas ser dejados de lado y fijar la sanción por debajo de su monto¹³.

En mi opinión lo expuesto en párrafos anteriores respalda la no necesidad de declarar la inconstitucionalidad del mínimo legal previsto en el dispositivo legal implicado. La naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales significa que ellas no son inflexibles o imperativas y que por tanto resulta procedente cuantificar la sanción por debajo de sus montos sin necesidad de echar mano a la tacha de inconstitucionalidad. **Porque afirmar la porosidad de tales mínimos significa interpretarlos en clave constitucional.** Una inteligencia diferente comporta una fundamentación contradictoria: afirmo que el mínimo es inconstitucional al tiempo que

condeno por debajo de su límite con fundamento constitucional.

Respecto de mi propuesta y en su misma dirección, cabe mencionar la sentencia interlocutoria de la Cámara Federal de Mar del Plata en la causa FMP 30320/2017/5, de fecha 18 de julio de 2019, que adhiere a la postura expresada en la misma en su alegato oral por el Fiscal General profesor Daniel Adler.

En síntesis, el tema analizado desde los principios de culpabilidad por el acto, que obliga a dosificar la sanción teniendo en cuenta la intensidad del peligro o de la lesión causado al bien jurídico afectado y la proscripción de aplicar penas desproporcionadas (arts.1, 18, 33 y 75 inciso 22 CN¹⁴) hacen a la fundamentación del carácter meramente indicativo de las escalas penales mínimas, lo que habilita su perforación preservando su armonía con los imperativos constitucionales. Ello también resulta pertinente con la exigencia de racionalidad de los actos de gobierno en virtud del sistema republicano adoptado en nuestra Carta Magna (art.1).

2.2 Puede sostenerse que la norma penal posee, entre otras, una función comunicativa dirigida a todos para que se abstengan de cometer delitos (prevención general negativa); o sostenerse que la norma penal existe como instrumento para reafirmar la vigencia del derecho como respuesta frente a infracciones de cierta gravedad (prevención general positiva) ; o aseverar que la norma penal posee como principal misión la de evitar el peligro o la lesión de cierto catálogo de bienes jurídicos individuales y colectivos considerados imprescindibles para una coexistencia en paz

¹² Diccionario Enciclopédico Espasa, tomo 7, p 564, tercera columna; Espasa-Calpe, S.A., Madrid 1981, octava edición

¹³ En análoga dirección Zaffaroni, Aliaga y Slokar, ob .cit. p 951 ap.10 del parágrafo I

¹⁴ Constitución Nacional

o de infracciones graves de las reglas de convivencia (función de protección).

Cualquiera de estas variantes está vinculada a la dimensión simbólica de comunicación de la norma penal.

2.2.1 Enseña con acierto Silva Sánchez que *“...las leyes penales no sólo pretenden dar criterios al juez para que éste decida en una situación en la que ya se ha producido el daño. También se dirigen, aunque de modo implícito o indirecto, al ciudadano antes de que haya tenido lugar daño alguno...”* (el resaltado me pertenece)¹⁵.

Esto es que la prevención de delitos mediante normas penales se basa prioritariamente en la comunicación a las personas que conviven en un espacio y tiempo determinados para que se abstengan de realizar ciertas conductas que, si justificación alguna, pongan en peligro o lesiones bienes jurídicos de terceros o reglas generales imprescindibles para el logro de la paz social.

Ahora bien, pareciera que dicha función simbólica o comunicativa de la norma penal también debería verse frustrada en los casos en los que los mínimos de las escalas penales se muestran desproporcionados con la culpabilidad por el acto y con el grado de lesividad del mismo. Ello, en tales casos, también fundamenta que la condena en su clase y cantidad sea impuesta por debajo del mínimo de la escala penal aplicable al caso no sólo por respeto a los estándares constitucionales ya mencionados, **sino porque lo contrario debilita o, incluso neutraliza, la fuerza comunicacional**

preventiva de la norma penal vinculada, a mi parecer, con la necesidad del castigo y no con su merecimiento.

2.2.2 En uno de los ejemplos utilizados por el profesor Juliano en su citado trabajo, un joven munido de un pequeño cuchillo común de hoja aserrada y mango amarillo ingresó a un kiosco y mostrándolo a la empleada del lugar desde una prudente distancia le exigió que le diera plata. Ella le dio unos pocos billetes de escaso valor. El joven los tomó, salió por la puerta y montado en su bicicleta se fue del lugar. A las pocas cuadras fue aprehendido por la policía.

El juicio de tipicidad realizado por el tribunal de juicio¹⁶ fue el de robo calificado por haber sido cometido con arma previsto en el art. 166 inciso 2do. CPA¹⁷, cuyo mínimo es de cinco (5) años de reclusión o prisión¹⁸. El tribunal lo condenó a una pena inferior al mínimo, declarando previamente su inconstitucionalidad para el caso.

Este temperamento fue, en mi opinión y con las matizaciones aquí sugeridas, el correcto no sólo porque en el caso ese mínimo legal transgredía los límites constitucionales antes mencionados, fundamentalmente el de culpabilidad, **sino porque también ponía en crisis la función comunicativa preventiva de la norma al superar la necesidad racional de su imposición, generando de tal modo la desconfianza de todos en su vigencia.** Si se hubiera respetado el mínimo legal ello habría contenido un mensaje contrario al que se busca con la función comunicativa de la norma, porque implicaría

¹⁵ Silva Sánchez, Jesus-María “En busca del derecho penal Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena”; editorial IIB de f, Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2017, Reimpresión, p 10

¹⁶ Integrado por el doctor Juliano

¹⁷ Código Penal Argentino

¹⁸ ¿Podría haber sido valorado como tentativa de ese delito porque el sujeto activo no tuvo la libre disponibilidad de lo sustraído?

quizás el retorno del rol del juez como simple boca de la ley (“dura lex, sed lex) y restaría sentido a la búsqueda de justicia como para paradigma de un estado de derecho liberal y humanista.

Estas breves consideraciones son sólo un pequeño aporte a la discusión sobre la individualización de la sanción penal, que queda abierta.