

Los mínimos de las escalas penales

Debates y crítica desde los fines del derecho penal

Andrés M. Zelasco¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Desarrollo. a.- Argumentos en defensa de los mínimos penales. b.- A favor de hacer los mínimos a un lado: i.- Interpretación en equidad. ii.- Inconstitucionalidad y eliminación. c.- Fines del derecho penal; III.- Conclusión.

RESUMEN: En el presente trabajo analizaremos si resulta conveniente la fijación de mínimos legales inflexibles en las escalas penales. En primer lugar, examinaremos las voces a favor y en contra de la existencia de esos mínimos y explicaremos las principales soluciones que proponen quienes los consideran inadecuados. A continuación, determinaremos si la existencia de esos mínimos inflexibles se condice con los fines del derecho penal, haciendo énfasis en el papel que debe tener el perdón de la víctima en la resolución de los conflictos. Por último, presentaremos una breve conclusión en la que tomaremos posición por la eliminación de los mínimos de las escalas penales, en función de los argumentos desarrollados.

PALABRAS CLAVE: principio de culpabilidad – proporcionalidad – lesividad – limitación del poder penal – humanidad de las penas.

¹ Abogado, cursando la Carrera de Especialización y Maestría en Derecho Penal (UBA). Oficial en el Ministerio Público de la Defensa de la Nación.

I.- Introducción

Es sabido por todos que el Código Penal establece diversas escalas punitivas para cada delito, fijando un mínimo y un máximo de pena, dentro del cual el magistrado puede decidir el monto del castigo a aplicar en cada caso concreto que deba juzgar.

La instauración de topes máximos a la sanción penal ha sido un valioso avance al que ha arribado el derecho penal luego de haber protagonizado, durante siglos, una tan larga como tristemente célebre historia de penas desproporcionadas, crueles e inhumanas.

Sin embargo, la imposición de mínimos de pena fijos, que los jueces no pueden traspasar aunque consideren que las circunstancias excepcionales de un caso así lo ameritan, constituye retroceso grave si queremos dirigirnos hacia un modelo de justicia penal que tenga como norte el respeto de la dignidad del ser humano.

El recordado Mario Juliano, con la lucidez que nos tenía acostumbrados, narra algunos casos – el del ladrón de la bicicleta o el del hombre con dolor de cabeza – en los que la existencia de mínimos penales deviene absolutamente injusta². Es que lo único que debería tomarse en consideración a la hora de aplicar una sanción penal es la medida de la culpabilidad por el acto realizado.

De esta manera, en aquellos casos en que se determine que la culpabilidad es insignificante, y no se corresponde con el mínimo establecido por el legislador en la escala penal, ese mínimo deviene irrazonable. Si el magistrado decidiera, por el mero respeto formal a la ley, imponer como sanción el mínimo legal, estaría sin dudas aplicando una pena cruel e inhumana.

No obstante lo expuesto, el criterio que pregona dejar de lado los mínimos de las escalas penales no ha logrado imponerse en la jurisprudencia. Como veremos más abajo, quienes se oponen aducen razones de gravedad institucional, que intentaremos rebatir. A su vez, abordaremos los diversos argumentos de quienes se manifiestan a favor, y las diferentes soluciones que proponen.

² Ver JULIANO, Mario, “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, Revista Pensamiento Penal, páginas 1 y 2, disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30093-indefectible-naturaleza-indicativa-minimos-escalas-penales>.

Por último, haremos un análisis ligado a la función limitadora del poder punitivo que debe tener el derecho penal en el Estado de Derecho, y su relación con el instituto del perdón de la víctima, lo que nos permitirá llegar a una toma de posición personal en la conclusión.

II.- Desarrollo

a. Argumentos en defensa de los mínimos penales

Las principales razones que se presentan para sostener la vigencia de los mínimos legales en las escalas penales intentan fundarse tanto en el respeto del principio republicano de gobierno como del principio de legalidad. Veamos.

Se ha sostenido que admitir la posibilidad de que los jueces puedan dejar de lado los mínimos penales constituye nada menos que una violación al principio republicano de gobierno, que prevé la división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial³.

Siguiendo esta línea, se dice que si bien es cierto que los jueces tienen la facultad de declarar, en el caso concreto, la inconstitucionalidad de toda ley que no se adecúe a normas de jerarquía superior, y en consecuencia no aplicar esa norma, lo que un magistrado no puede hacer es aplicar una ley luego de modificarla a su antojo.

Así las cosas, imponer una pena menor a la establecida en el Código Penal sería precisamente una deformación de la escala legislativa, que sería discrecionalmente alterada por el juez interviniente. De esta manera, aquel se estaría atribuyendo, además de la potestad propia de juzgar, la facultad de legislar, acumulando un poder por encima del que le fue constitucionalmente otorgado, y poniendo en jaque a la República al acercarnos a un temido “gobierno de los jueces”.

En este mismo orden de ideas, se ha dicho que también del principio de legalidad se deriva la obligación de los jueces de sujetarse a lo dispuesto por las leyes⁴, en virtud de lo cual, si bien tienen un margen para la interpretación, no pueden alterar su contenido y alcances. Aceptar la perforación judicial de los mínimos penales equivaldría a considerar a las escalas legales como meras sugerencias dirigidas al juez

³ Ver voto del Dr. Mahiques en la causa N.º FCB 27987/2014/TO1/CFC1 “Vázquez, César y otros s/ recurso de casación”, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, fallo del 04/03/2021.

⁴ *Ibidem*.

a la hora de dictar sentencia, lo que, desde esta perspectiva, sería incompatible con el mentado principio de legalidad.

En estos términos, la fijación de mínimos penales sería una cuestión de índole pura y exclusivamente legislativa, sobre la cual no se podría debatir.

Como se observa hasta el momento, los argumentos desarrollados parecen ser, cuanto menos, alarmantes. Cuestionar los mínimos pondría en peligro nada menos que la vigencia de la República. Sin embargo, como veremos a continuación, no sería correcto dar por concluido aquí el debate.

b. A favor de hacer los mínimos a un lado

Por su parte, los argumentos de quienes se manifiestan partidarios de dejar de lado los mínimos penales se encuentran vinculados a conceptos de equidad y justicia, y giran en torno a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, humanidad de las penas y lesividad.

Sin embargo, existe una diferencia sustancial entre los defensores de esta posición. Por un lado, se encuentran quienes sostienen que lo correcto es dejar sin efecto los mínimos por la vía de la interpretación, mientras que por otro lado aparecen aquellos que sostienen que la misma existencia de esos mínimos en las escalas penales es inconstitucional, y abogan por su eliminación.

i. Interpretación en equidad

Según los adeptos a esta primera solución, en aquellas situaciones en las que se da un conflicto entre las especiales circunstancias de un caso y la rigidez de la ley penal, el juez debe recurrir a la interpretación fundada en motivos de equidad, la cual incluye cuestiones respecto de la naturaleza, cuantificación, y modo de cumplimiento de las penas⁵, y en base a ella determinar la aplicación de una sanción que no devenga manifiestamente injusta.

En este sentido, se ha explicado que “la interpretación en equidad resulta procedente cuando se verifica que la literalidad del texto, por su naturaleza general, aplicada a un caso concreto, produce un resultado injusto o irrazonable que obsta a su progreso...”⁶. Desde esta mirada, no se trata de cuestionar la norma en sí misma,

⁵ Ver voto del Dr. Yacobucci en la misma causa citada más arriba “Vázquez, César y otros s/ recurso de casación”.

⁶ *Ibidem*.

que puede ser perfectamente compatible con las de orden superior, lo que veda su declaración de inconstitucionalidad. Lo que sí se observa es que, de aplicarla en el caso concreto a decidir, podría llevarnos a un resultado inaceptable.

Es por ello que, ante la presencia de circunstancias excepcionales, el magistrado debería recurrir a esta interpretación de equidad a la hora de determinar la pena aplicable y, en su caso, imponer una sanción menor a la establecida por el legislador.

Los partidarios de esta vía también dan cuenta de que se encuentran en juego los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas, que prohíben imponer una sanción que supere la medida de la culpabilidad por el acto realizado, esto es, que la gravedad de la sanción tenga como límite máximo el mal causado⁷.

Como se vislumbra, si se opta por esta alternativa, los jueces no están modificando la ley, que sigue intacta en el Código Penal, ni abrogándose la suma del poder público. Lo único que se decide es que, en un caso determinado, que cuenta con ciertas particularidades extraordinarias, y en virtud de los principios de orden superior explicados, debe hacerse una excepción, dejar de lado el mínimo legal y aplicarse una pena menor a la prescripta.

Ahora bien, si optamos por seguir este camino, si bien es cierto que se podrán evitar resultados injustos en los casos concretos, no llegamos a dar la discusión de fondo: ¿es correcto que, en un modelo constitucional como el que adoptamos, en el cual el reproche penal está basado en el principio de culpabilidad, y ligado a los de proporcionalidad, humanidad y lesividad, el legislador pueda imponer, de antemano, mínimos sancionatorios para cada delito?

Este es el debate que dan quienes abogan por la eliminación de la existencia de los mínimos de las escalas penales, posición que trataremos en el acápite siguiente.

ii. Inconstitucionalidad y eliminación

Los autores que proponen la eliminación de los mínimos penales consideran que éstos representan lisa y llanamente un indebido avance de los Poderes Ejecutivo y Legislativo sobre el Poder Judicial, en cuanto a su facultad exclusiva de determinar

⁷ En este sentido, voto de la Dra. Ledesma en la Causa N.º 16261 “Ríos, Mauricio David s/ recurso de casación”, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, fallo del 16/04/2013.

el nivel de culpabilidad de una persona y decidir, en base a ello, la sanción que corresponde imponerle⁸.

Esta posición también plantea un problema de raíz republicana, como aquella que defiende la existencia de los mínimos⁹, pero de carácter anterior. Desde esta mirada, resulta que quienes en verdad se han atribuido un poder mayor que aquel que les fuera conferido son los miembros del legislativo y del ejecutivo, que al sancionar y promulgar las normas que fijan penas mínimas inflexibles, violan la facultad judicial de castigar en función del principio de culpabilidad por el hecho cometido.

En consecuencia, se sostiene que los jueces se encuentran en la obligación de declarar la inconstitucionalidad de los mínimos sancionatorios, por no ajustarse a principios de orden superior, tanto constitucionales como convencionales, como los de proporcionalidad, de razonabilidad y humanidad de las penas, y el principio de lesividad. Todos ellos, en conjunto con el mentado principio de culpabilidad, establecen el derecho de toda persona sancionada a recibir una pena cuya severidad guarde relación con la gravedad del delito cometido y la afectación al bien jurídico tutelado.

En contraposición, obligar a los jueces a respetar los mínimos de pena rígidos establecidos por el legislativo conllevaría a que, en determinados casos, se vieran obligados a imponer sanciones pasando por alto los principios enunciados, lo que parafraseando a Juliano, equivaldría a aplicar una pena cruel, inhumana y degradante¹⁰. Por su parte, siguiendo a Zaffaroni, de tomar este camino estaríamos frente al desconocimiento de la esencia del concepto de persona, en flagrante violación al Estado de Derecho, cuyo principio derivado más importante es, justamente, el de culpabilidad por el acto¹¹.

Como se refleja, quienes se inscriben en esta posición, no se limitan a evitar injusticias en los casos concretos que puedan tocarles resolver, sino que intentan dar un paso más e ir hacia la discusión más profunda respecto de las bases sobre las que debe erigirse el sistema de castigo penal para ser respetuoso con el modelo de garantías constitucional y convencional que hemos adoptado.

⁸ Juliano, Mario, ob. cit., p. 6.

⁹ Ver punto II. a.- de este trabajo.

¹⁰ JULIANO, Mario, ob. cit., p. 11.

¹¹ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*. 2da edición, 3ra reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 2014, p. 139.

c. Fines del derecho penal

Explicadas las principales posturas, en este punto nos abocaremos a evaluar la pertinencia de los mínimos penales en el marco de los fines que debería perseguir el derecho penal. Para ello debemos determinar, en primer lugar, cuáles son esos fines a los que hacemos referencia. Resuelta esa cuestión, corresponderá examinar si la existencia de mínimos inflexibles cumple una función coherente con aquellos.

En cuanto al primer punto, ante todo es necesario tener claro que el poder punitivo ha existido en todas las sociedades a lo largo de la historia, y siempre ha sido manejado por los poderosos. No hace falta detallar los excesos a los que ha podido llegar, no solo en tiempos pasados sino incluso en la modernidad.

En ese contexto, el fin del derecho penal ha sido, y debe seguir siendo, el de limitar esos abusos en la imposición del castigo. Una primera referencia histórica de ello puede ubicarse la Carta Magna, firmada en el año 1215 en Inglaterra con el fin de limitar el poder penal del rey a través del reconocimiento de ciertas garantías. Es así que a lo largo de los siglos, y luego de mucha sangre derramada, se ha logrado establecer a través del derecho penal una serie de reglas cada vez más desarrolladas, a las que deben someterse los titulares del poder de castigar.

En este sentido se expresa Zaffaroni, al explicar que: “La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma”¹².

Es en el marco de esta función limitadora del castigo que debe evaluarse la conveniencia del establecimiento de mínimos de pena fijos.

Ahora bien, es claro que la decisión legislativa de establecer mínimos inflexibles no está dirigida a contener el poder punitivo, sino a maximizarlo. Obligar a los jueces a imponer una pena determinada, aun cuando consideren que ella no resulta necesaria, o que incluso puede repercutir de modo excesivamente negativo para el acusado en el caso concreto, contradice los mismos fines que, como vimos, persigue el derecho penal.

Aunado a ello, debe destacarse que el establecimiento de penas mínimas tampoco permite valorar circunstancias externas al hecho en sí, pero que deben ser

¹² ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit., p. 5.

tenidas en cuenta a la hora de mensurar la pena, como por ejemplo el perdón de la víctima. Existen muchos casos como el del ladrón de la bicicleta¹³, en los cuales las personas perjudicadas no reclaman la imposición de ningún castigo, y de hecho comprenden y perdonan a aquel que les ocasionó un daño.

En estos casos, si el juez decidiera respetar la ley y aplicar un mínimo penal inflexible, estaría dejando de lado el hecho de que ese conflicto ya ha sido resuelto, y que en consecuencia no corresponde imponer ninguna sanción. Como bien se ha explicado al comentar la visión de Ferrajoli, resulta claro que “la pena mínima necesaria en ningún caso puede estar por sobre la que impondría informalmente la víctima. Si fuese igual o más grave que esta, no se justificaría (...)”¹⁴.

Por el contrario, si el juez decidiera de todos modos seguir la ley y aplicar el mínimo penal, estaría actuando dentro del llamado derecho penal infraccional, que propugna imponer castigos ya no por los daños causados a terceros sino por la mera desobediencia de las normas estatales, lo cual resulta a todas luces violatorio del principio de lesividad.

Por estos motivos, debemos inclinarnos decididamente por la posición que reclama la eliminación de los mínimos de pena. Éstos no se condicen con los fines del derecho penal, ni permiten darle la entidad que merece al instituto del perdón de la víctima en la resolución de los conflictos.

III.- Conclusión

Llegados a este punto, corresponde hacer una breve síntesis sobre las ideas desarrolladas y ratificar la posición adoptada.

En primer lugar, hemos sentado que existen casos en los que, por determinadas circunstancias excepcionales, la imposición de penas que respeten los mínimos previstos en el Código Penal puede acarrear situaciones injustas. Frente a ello, debemos buscar soluciones. Algunos autores las encuentran por vía de la interpretación mientras que otros lo hacen directamente mediante la declaración de inconstitucionalidad de esos mínimos, en el convencimiento de que deberían ser eliminados.

¹³ Ver JULIANO, ob. cit., p. 1.

¹⁴ GARIBALDI, Gustavo E., *Lecciones y Estudios de Derecho Penal y de Procedimiento Penal*, Buenos Aires, La Ley en conjunto con el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho UBA, 2019, p. 85.

Si bien es cierto que no son pocos quienes consideran que los mínimos legales deben ser respetados, pudimos entrever que sus argumentos, aunque alarmantes, no encuentran fundamento válido. El verdadero peligro republicano es el de imponer a los jueces el deber de aplicar castigos en abstracto, por respeto a los mínimos de las escalas penales, sin tener en cuenta los principios constitucionales a los que debe responder la pena que, como detallamos, son el de culpabilidad por el acto, el de razonabilidad y proporcionalidad, el de humanidad de las penas y el de lesividad.

En adición a ello, observamos que la imposición de mínimos fijos tampoco se condice con el fin del derecho penal de contener el poder punitivo del Estado, ni permite tener en cuenta el perdón de la víctima. Por el contrario, su existencia se encuentra ligada al derecho penal infraccional, contrario al principio de lesividad.

Es por todo lo dicho que, a modo de conclusión, no queda más que unirnos a voces como la de Mario Juliano para seguir bregando por la eliminación de los mínimos inflexibles de las escalas penales.