

**LA PERFORACIÓN DE LOS TOPES MÍNIMOS  
DE LAS ESCALAS PENALES. ANÁLISIS  
A PARTIR DE LOS CASOS *GUFFANTI* Y *RÍOS*<sup>1, 2</sup>**

**THE SENTENCING BELOW MANDATORY  
MINIMUM PUNISHMENTS. AN ANALYSIS  
FROM THE CASES *GUFFANTI* AND *RÍOS***

GREGORIO JOSÉ URIBURU<sup>3</sup>

**RESUMEN**

A partir de dos sentencias contradictorias relativas a la imperatividad del mínimo de la pena legalmente establecido para cada delito, se analizan las distintas posturas acerca del rol de los jueces ante la posibilidad de apartarse del tope mínimo penal, las implicancias constitucionales que conlleva este apartamiento y las razones que habilitarían a hacerlo.

El tope mínimo de la escala penal se torna irrazonable cuando su aplicación en el caso concreto constituye una grave desconexión entre

1. Arbitraje: recepción 5-4-2019 - evaluación 8-4-2019.

2. Trabajo de investigación realizado en el marco del Seminario de Jurisprudencia Penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

3. Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, graduado con medalla de oro (2017). Premio Corte Suprema de Justicia de la Nación (2018). Agente de la Fiscalía Nacional en lo Penal Económico N° 11 del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Correo electrónico: gregoriouriburu@hotmail.com.

el monto de la pena con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la retribución por el delito. En tal caso, solamente mediante la declaración de inconstitucionalidad del tope mínimo penal puede el juez apartarse de lo prescripto por la ley.

#### **PALABRAS CLAVE**

Derecho Penal - Escalas penales - Mínimo penal imperativo - Principio de culpabilidad - Retribución penal - Control de constitucionalidad.

#### **ABSTRACT**

In the light of two contradictory court rulings regarding the compulsory nature of mandatory minimum sentences established for each crime, this article reviews the role of judges concerning the possibility of leaving aside these mandatory minimum sentences, its constitutional implications, and the reasons which would enable judges to do so.

The mandatory minimum sentence becomes unreasonable when its enforcement in the individual case causes a detachment of the amount of the punishment from the principles of culpability and proportionality of the retribution for the crime. Given these circumstances, only by declaring the unconstitutionality of the mandatory minimum sentence can a judge leave it aside.

#### **KEY WORDS**

Criminal Law - Sentencing range - Mandatory minimum punishments - Culpability - Criminal retribution - Judicial review.

#### **INTRODUCCIÓN**

La posibilidad de los jueces de imponer penas por montos inferiores al tope mínimo legalmente establecido para cada delito es una

cuestión que suscita profundas controversias en la doctrina y jurisprudencia, pues en nuestro Código Penal el legislador siempre optó por establecer prescriptivamente una escala penal para cada delito con topes rígidos. En efecto, esta interpretación tiene asidero en que todas las normas penales establecen de forma imperativa una escala penal fija, mediante fórmulas tales como: se aplicará, será reprimido, se impondrá, será penado, etc.

Ahora bien, resulta ilustrativo comenzar el análisis de la cuestión a partir de dos sentencias de las casaciones federal y bonaerense que aportan soluciones contradictorias con base en fundamentos diametralmente opuestos, dando cuenta de los principales argumentos esgrimidos para defender o atacar la perforación de los mínimos penales. En ambas sentencias se discute si se puede dejar de lado este mandato del legislador, y en su caso, de qué modo y en cuáles condiciones.

### I. BREVE SUMARIO DE LAS SENTENCIAS RESEÑADAS

#### *I.1. Fallo Guffanti, Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (9-9-2014)<sup>4</sup>*

En el interior de un predio de disposición final de residuos en donde recolectaba basura, Marcelo Daniel Guffanti, padeciendo un trastorno mental transitorio incompleto por la ingesta de alcohol y estupefacientes, discutió con otro recolector de nombre Fichera y le asestó cinco puñaladas tras las que le ocasionó la muerte. El Tribunal Oral, haciendo referencia a las miserables condiciones de vida y circunstancias personales del acusado, declaró la inconstitucionalidad del mínimo de la escala penal de ocho años de prisión previsto para el homicidio doloso simple (art. 79 del Código Penal) y condenó a Guffanti a la pena de cinco años de prisión.

4. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, causa n° 61.508, caratulada *Guffanti, Marcelo Daniel s/ recurso de casación interpuesto por fiscal general*, sentencia del 9-9-2014. Disponible en: [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=30982&n=Ver%20Sentencia%20\(61508-61507\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=30982&n=Ver%20Sentencia%20(61508-61507).pdf) (consultado el 23-5-2019).

Ante el recurso fiscal, el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que no estaban dados los presupuestos para la declaración de inconstitucionalidad de la norma, amén de que la interpretación propiciada por la sentencia en crisis no hizo más que introducirse en temas relativos a la política criminal del Estado –cuestión política no justiciable. No obstante, sostuvo la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en caso de que esta fuera irrazonable. Así, dado que no se había demostrado que el mínimo de ocho años de prisión resultara desproporcionado con el hecho cometido, ni era *per se* irracional, resolvió readecuar la pena impuesta en ocho años de prisión.

## ***I.2. Fallo Ríos, Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal (16-4-2013)***<sup>5</sup>

Tras averiguaciones policiales que determinaron que Marcelo Daniel Ríos comercializaba estupefacientes en su domicilio, se realizó un allanamiento en el cual se secuestraron solamente 7,55 gramos de cannabis. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal condenó a Ríos como autor de los delitos de comercialización de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5º, inc. c, Ley Nº 23.737), en concurso real, a la pena de cuatro años de prisión, el mínimo legalmente previsto.

La defensa cuestionó el monto mínimo de la pena y solicitó su reducción a tres años de prisión en suspenso. El Fiscal ante la Casación dio su conformidad basándose en que, a su criterio, en el presente caso se verifican circunstancias excepcionales por las cuales la pena de cuatro años de prisión impuesta vulneraba el principio de culpabilidad.

Así las cosas, en un fallo dividido, la mayoría del tribunal valoró la escasa afectación al bien jurídico tutelado por la norma, sosteniendo que el tope mínimo excedía la medida de culpabilidad, en franca

5. Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 16.261, caratulada *Ríos, Mauricio David s/ recurso de casación*, sentencia del 16-4-2013. Disponible en: <http://cij.gov.ar/https://cij.gov.ar/d/doc-6053.pdf> (consultado el 23-5-2019).

violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes. En virtud de ello, se hizo lugar al recurso de casación incoado por la defensa en este respecto, anulando parcialmente la sentencia examinada, en lo que atañe a la determinación de la sanción impuesta a Ríos, y se remitió la causa al Tribunal Oral, disponiendo que no podría imponérsele una pena mayor a la de tres años –inferior al mínimo–, la cual podía ser dejada en suspenso.

### II. ¿ES POSIBLE LA PERFORACIÓN DEL TOPE MÍNIMO PENAL EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO?

Negar categóricamente la posibilidad de la perforación de los tope mínimos penales no es plausible dentro de un Derecho Penal como el argentino, cuya estructura normativa se define esencialmente como un Estado constitucional de Derecho, en donde las leyes dictadas por el Congreso de la Nación son siempre susceptibles de control judicial cuando vulneran las normas y principios constitucionales. Consecuentemente, ninguna ley, incluida las penales, puede pretender una inmunidad al control de constitucionalidad.

Se trata, entonces, al igual que con la cuestión de la doctrina de la insignificancia y de la bagatela –paralela a la del presente trabajo–, de buscar el justo equilibrio que debe primar entre la política criminal diseñada por el legislador y los principios naturales de justicia plasmados en nuestra Constitución Nacional, la que “a través de las declaraciones de derechos contiene al Derecho Natural, o sea, objetiva positivamente los criterios de justicia en cuanto a la persona humana se refiere”<sup>6</sup>. En este sentido, al analizarse la discusión sobre la perforación de los mínimos penales no puede soslayarse que en tanto los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional establecieron la prohibición de la aplicación de penas crue-

6. BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1966, p. 927.

les, inhumanas y degradantes<sup>7</sup>, en materia penal se receptaron constitucionalmente los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de la pena<sup>8</sup>.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo sostenido por ambas sentencias reseñadas, en el presente trabajo se intenta esbozar una sintética sistematización de los interrogantes clave que se plantean a la hora de analizar la posibilidad de perforar el mínimo penal, los argumentos que esgrimen los que la apoyan y critican, y las posibles soluciones a los interrogantes presentados.

## *II.1. ¿Es necesario declarar la inconstitucionalidad de la norma?*

A los fines de efectuar un ordenado análisis de las cuestiones propuestas, es conveniente tratar primero el modo en que, dadas las circunstancias pertinentes, podría el juez apartarse del tope mínimo de la escala penal al momento de aplicarse una pena, dado que las distintas alternativas conllevan consecuencias diversas al momento de su aplicación.

Así, respecto del estado de la cuestión relativo a la necesidad o no de declarar la inconstitucionalidad del tope mínimo penal para imponer una pena inferior a la legalmente dispuesta, en la doctrina se encuentran dos posturas contrapuestas bien definidas.

Una primera postura, a la que se denominará “indicativista”, es la sostenida por Zaffaroni, Alagia y Slokar, en tanto opinan que los topes mínimos de las escalas penales, a pesar de ser formulados de manera prescriptiva, son indicativos. En efecto, esta postura entiende

7. Art. 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 7° y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 15.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y art. 16.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

8. En este sentido, YACOBUCCI, Guillermo J., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 325-329.

que los mínimos funcionan como límites al juzgador, “pero siempre que las otras fuentes de mayor jerarquía del Derecho de cuantificación Penal no obliguen a otra solución. Por ello, puede afirmarse que los mínimos son meramente indicativos”<sup>9</sup>. Ello, con fundamento en los principios de humanidad, proporcionalidad y mínima irracionalidad de la pena<sup>10</sup>.

En este entendimiento, en los casos en que el reproche que le cabría individualmente al imputado en abstracto sea inferior al mínimo de la pena establecida por la ley penal, el juzgador podría, mediante somera referencia a normas legales, constitucionales, o de Derecho Internacional, simplemente dejar de lado el mínimo de la escala penal, que perdería la fuerza de un límite impuesto por el legislador a los jueces en ejercicio de su prudencia política criminal para pasar a ser una mera sugerencia.

En este mismo sentido, Rusconi sostiene que toda vez que por mandato constitucional el grado de culpabilidad del imputado debe cumplir un rol relevante al momento de graduarse la pena, y que esta circunstancia sólo puede ser conocida *ex post* al hecho delictivo, el valor de escala punitiva de los mínimos está establecido de modo referencial y nunca vinculante. Así afirma que nada obsta a que el juez, por razones individuales del caso que juzga, imponga una pena menor que la indicada como mínimo<sup>11</sup>.

Similar postura tiene Mario Juliano, quien partiendo de la teoría de que el delito es un conflicto social artificialmente configurado por una disposición legal, rechaza la validez de mínimos apriorísticos, dado que estos mínimos rígidos no se adecúan a las variaciones que puede sufrir el “conflicto” con el transcurso del tiempo<sup>12</sup>.

9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 995.

10. Ídem, pp. 132-133, 924.

11. RUSCONI, Maximiliano, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, pp. 160-161.

12. JULIANO, Mario Alberto, “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, Buenos Aires, *Revista de Pensamiento Penal*, 16-4-2005, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30093-indefectible-naturaleza-indicativa-minimos-escalas-penales> (consultado el 17-2-2019).

Por otro lado, Binder, analizando el principio de culpabilidad, opina que “si bien es admisible el establecimiento legal del máximo de la pena porque ello es una de las consecuencias principales del principio de legalidad (*nulla poena sine lege*), no ocurre lo mismo con el establecimiento de límites mínimos a la reacción punitiva. Si la culpabilidad es esencialmente graduable, es decir, sólo existen grados de culpabilidad y ella debe ser la medida de la pena (además de las exigencias que surgen del principio de proporcionalidad, que conectan a la pena con el hecho), entonces el establecimiento de un mínimo de pena implica establecer una presunción de un determinado grado de culpabilidad y toda presunción de culpabilidad está prohibida”. En virtud de ello, Binder afirma que los jueces deben apartarse de esta presunción de culpabilidad que significaría el tope mínimo de la escala penal, el cual considera un exceso del legislador en su competencia, por lo que ese mínimo puede cumplir una función indicativa pero nunca obligatoria<sup>13</sup>.

También se ha argüido al principio de división republicana de poderes para defender la postura de los topes mínimos indicativos. Así, Devoto y García Fagés han dicho que “los mínimos legales también ponen en jaque la división de poderes (...) porque los legisladores, al establecer de antemano una respuesta punitiva limitada por un mínimo penal (...) omiten necesariamente las situaciones concretas”, y acusan al legislador de desconsiderar la violación en el caso concreto de los principios de culpabilidad, lesividad, humanidad y proporcionalidad de las penas<sup>14</sup>.

Ahora bien, crítico de esta postura “indicativista” de los topes mínimos penales, Ricardo Levene (n.) sostuvo que ésta directamente tumba el principio de legalidad, utilizando a tal fin el mismo argumento de la violación del principio constitucional de separación de poderes, pero en sentido contrario.

13. BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, pp. 251-253.

14. DEVOTO, Eleonora A. y GARCÍA FAGÉS, Mercedes, “De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, núm. 11, 2007, pp. 2172-2179.



En efecto, y concordando con Levene, resulta acertado sostener que los jueces no pueden pretender suplantar al legislador y adecuar discrecionalmente las leyes a su gusto e ideología particular sin contar con la legitimidad brindada por nuestro sistema republicano. Así, la doctrina del mínimo indicativo va directamente en contra del principio de sujeción del juez a la ley, propio de un Estado de Derecho, cuando en realidad, la opción acertada a la hora de no aplicar una ley vigente cuando es clara y de interpretación unívoca en orden a lo discutido, es, en principio, declarar su inconstitucionalidad<sup>15</sup>.

Por otro lado, tampoco sería correcto interpretar que el legislador pudo haber querido que los mínimos penales sean de naturaleza indicativa, toda vez que ya en el proyecto de Código Penal de 1891 se tuvieron en cuenta legislaciones como la alemana y holandesa que permitían al juez imponer penas por debajo del mínimo indicado por la ley, optándose finalmente en nuestra legislación nacional por topes mínimos imperativos<sup>16</sup>. Consecuentemente, no puede alegarse la intención por parte del legislador de establecer mínimos penales indicativos cuando fue este mismo quien vedó tal posibilidad.

A mayor abundamiento, cabe poner de resalto que el mínimo de la escala penal impuesto por el legislador es un mandato de incluso mayor relevancia que el máximo de la pena, toda vez que indica el piso de la reacción del orden jurídico estatal que corresponde a las lesiones de menor entidad ocasionadas al bien común por la conducta delictiva. Es más, esos montos se articulan con la previsión legislativa de la aplicabilidad de otros beneficios de carácter sustantivo penal, como la suspensión del juicio a prueba y las condenas de ejecución condicional. En este sentido, y de conformidad con la legislación vigente, cuando el legislador opta por topes mínimos mayores a los tres años de prisión, envía un claro mensaje de la gravedad e intolerancia estatal frente a ciertos delitos, y ordena que éstos conduzcan indeclinablemente a la pena de prisión efectiva.

15. LEVENE, Ricardo (n.), "La creación judicial de mínimos penales no previstos en la ley, constituye una decisión ilegal por parte de los jueces", *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, núm. 51, 2013, pp. 11-36.

16. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.*, ob. cit., p. 996.

Así las cosas, puede recordarse una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos *Pupelis*<sup>17</sup>. Por este pronunciamiento, la Corte reafirmó su doctrina relativa a que resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de actos, desincriminar otros e imponer penas, y en consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente. “Sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada”. Consecuentemente, sostuvo la Corte que los tribunales deberán limitarse a realizar el juicio relativo a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, a fin de determinar si existen contradicciones entre éstas y las normas del plexo normativo constitucional, sin vulnerar las cuestiones privativas del legislador relativas al examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado en las leyes.

Por lo expuesto, queda claro que el principio de separación republicana de poderes conduce necesariamente a rechazar categóricamente la postura que considera meros indicativos a los topes mínimos penales, en virtud de que, cuando el legislador es claro y ordena algo por ley, no puede el juez desnaturalizar la recta interpretación de la norma a su gusto y eludir el mandato expreso de aquel. La opción que tiene el juez para apartarse de la prescripción del legislador es declarar la inconstitucionalidad del tope mínimo legal, lo cual conlleva que se deba contar con fundamentos mucho más sólidos que si se los considerara meramente indicativos, atento a la gravedad institucional que esta tacha de inconstitucionalidad implica.

Ahora bien, y a modo de excursu, una tercera opción no planteada –y cuyo análisis profundo excede los fines de este trabajo–, a los efectos de imponer penas por debajo del mínimo legalmente previsto, sería la aplicación de la “equidad”, entendida esta como un cierto tipo de justicia. Ella procede en el caso en el que el legislador, al dic-

17. CSJN, *Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas causa n° 6491*, Fallos: 314:424, sentencia del 14-5-1991.

tar una ley abstracta para la generalidad de los casos y persiguiendo el bien común, no ha podido considerar un caso concreto en el cual su aplicación conduciría a una injusticia grave, evidente y contraria al mismo fin perseguido por la norma, pero que de haberlo considerado hubiera dictado otra norma que lo contemple y le otorgue la solución justa. En efecto, no hay duda de que falta a la ley quien, apoyándose en la letra, va contra su espíritu. En estas condiciones, podría el juez, dadas las circunstancias, otorgar una “solución de equidad” al caso, y en atención a ello, reconducir la norma dejando a un lado su literalidad, de modo tal de seguir lo que pide la justicia y el bien común, aplicando una pena por debajo del mínimo legal<sup>18</sup>.

Esta última posibilidad es palmariamente distinta a la postura que establece los mínimos penales indicativos, toda vez que para esta corriente teórica –que constituye un subproducto de lo que Hernández denomina “garantismo abolicionista”<sup>19</sup>– la norma general es *per se* reprochable constitucionalmente, y sustancialmente, no postula reconducir la aplicación de la norma en el caso particular sino más bien derogarla en general.

### II.2. ¿Cuándo se podría dictar su inconstitucionalidad?

#### a. Razonabilidad y culpabilidad

La exigencia o no de la declaración de inconstitucionalidad del tope mínimo penal como requisito inexorable para apartarse del mismo a los fines de aplicar al caso una pena inferior a la prevista por el legislador no es inocua, sino que conlleva consecuencias relativas a sus presupuestos de aplicación. A la luz de la exigencia general de la declaración de inconstitucionalidad del mínimo penal, es necesario

18. Sobre la equidad, ver Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Libro V, Capítulo X; TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, c. 120. Asimismo, TALE, Camilo, *La equidad o epiqueya (concepto, criterios y aplicaciones)*, Córdoba, Ediciones Trejo y Sanabria, 2011.

19. Ver en extenso, HERNÁNDEZ, Héctor H., *Inseguridad y garantismo abolicionista. Bases para la reconstrucción de la justicia penal*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2017.

preguntarse si toda superación de la relación culpabilidad-pena, entendiendo a la primera en su función de límite de la legitimidad de la pena aplicable al autor concreto –o en otras palabras, como medida de la justa retribución al delito–, es merecedora de esa grave sanción.

En concordancia con lo sostenido por Carlos Borinsky<sup>20</sup> al tratar el tema en análisis, a raíz del fallo *Pupelis* de la Corte, debe decirse que es posible introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley una crueldad o desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida al delincuente, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad. De ello se colige que son incompatibles con la Constitución las penas que expresan una injusticia manifiesta de la decisión del legislador relativa a una falta de correspondencia inconciliable entre la culpabilidad por el delito y la pena impuesta al delincuente en retribución. Para ello se deberá realizar un juicio de razonabilidad, el cual –para la Corte en el caso mencionado– no puede basarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas ni en fórmulas matemáticas, pues sólo exige un mínimo de razonabilidad, por lo que únicamente procede la tacha de inconstitucionalidad “cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”.

En este sentido, es patente que en virtud del principio de culpabilidad la determinación judicial de la pena no puede desligarse de la culpabilidad del agente, pero de ello no se pueden extraer conclusiones al punto de que el juez sustituya al legislador y fije un mínimo flexible según su personal discrecionalidad en cada caso. Ello, por cuanto la tacha de inconstitucionalidad de una ley, según la inveterada doctrina de la Corte Suprema, es un acto de suma gravedad institucional, y solamente razones de incompatibilidad absoluta entre el mínimo penal y la culpabilidad del agente podrían llegar a justificar esta solución.

20. BORINSKY, Carlos, “La Constitución Nacional y las penas crueles por desproporcionadas”, Buenos Aires, Revista Jurídica Argentina *La Ley*, <https://informacion-legal.com.ar/>, AR/DOC/21902/2001 (consultado el 26-5-2018).

### *b. El paradigma de las penas crueles, inhumanas y degradantes*

Así, dentro del marco de la Constitución Nacional, se ha propuesto como paradigma tipo de la irrazonabilidad de la pena, su calificación como cruel, inhumana o degradante.

No hay duda de que nuestro plexo normativo constitucional prohíbe este tipo de penas. En efecto, de una simple lectura de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados al texto constitucional surge esta interdicción, a saber: “Nadie estará sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art. 5º, Declaración Universal de Derechos Humanos); “Toda persona acusada de delito tiene derecho (...) a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas” (art. XXVI, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre); “Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (...)” (art. 5.1, Convención Americana de Derechos Humanos); “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” y “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (arts. 7º y 10, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); “Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...)” (art. 37, Convención sobre los Derechos del Niño); “Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (art. 15.1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad); y “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura (...)” (art. 16.1, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

Ahora bien, el escollo que se vislumbra es que los conceptos de pena cruel, inhumana y degradante son conceptos jurídicos indeterminados, por lo que presentan problemas a la hora de su definición en el caso concreto. En virtud de ello, se propusieron distintas pautas para determinar cuándo una pena por un delito merece tales calificaciones. En este sentido, se han argüido, en el ámbito jurisprudencial y académico, distintas causales que otorgarían esta calificación a la

pena, siempre circundantes a la vulneración de los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena.

Por un lado, se encuentran las causales objetivas, todas ellas relativas a una cierta desproporción, sea por la comparación entre la escala penal y el bien jurídico protegido, por la comparación entre las distintas escalas penales consideradas en sí, o por la comparación entre la entidad lesiva del delito y la pena. Por otro lado, se encuentran las causales subjetivas, las que también hacen referencia a una desproporción, pero esta vez relativas a circunstancias subjetivas propias del agente que ocasionan una disminución del reproche, es decir, referidas al análisis de la culpabilidad entendida como elemento de atribución de reproche en el marco de la teoría del delito. Por último, hay quienes sostienen la procedencia de imposiciones de penas por debajo del mínimo legal a raíz de “compensaciones” de la pena legal con las llamadas penas naturales y penas ilícitas.

Ahora bien, restringiéndose el análisis a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del mínimo penal en el caso concreto, corresponde elaborar un resumen de cuándo y por qué causas una pena mínima en abstracto podría ser irrazonable, a punto tal de justificar esta opción radical.

*c. La irrazonabilidad de la escala penal por desproporción: bien jurídico protegido, otras escalas penales, y la entidad lesiva del delito*

Un aspecto central del juicio de proporcionalidad de las escalas penales es la cuestión de las pautas de fijación de los límites de la escala penal por el legislador.

Soler clarifica la cuestión mediante su catálogo de las razones por las cuales la ley apela a esta “manera reforzada de proteger un derecho”, a las que describe como fundamentos de la delicada tarea de política legislativa desarrollada por el Congreso. En primer lugar, menciona: a) la importancia del bien jurídico vinculado con la norma, b) la perturbación traída por la mera frecuencia de la transgresión, c) la posibilidad de reparar el daño causado, y d) la forma como se realiza la lesión, particularmente, la violencia y el fraude. Pero luego agrega como factores socialmente variables que afectan la magnitud

abstracta de la pena: a) a la frecuencia de este tipo de ilicitudes, b) la tendencia más o menos autoritaria de determinada corriente política, c) el grado de impunidad con que el hecho puede cometerse, d) la repercusión social que tiene, y e) los caracteres demostrados por aquellos que lo cometen<sup>21</sup>.

Si bien el segundo grupo de motivos para la graduación del monto abstracto de la pena por parte del legislador es criticado debido a su desconexión con la culpabilidad del delincuente en el caso concreto, en tanto obedece a factores externos al bien jurídico y al hecho delictivo<sup>22</sup>, lo cierto es que siempre que el contenido de la ley que fija la escala penal se conserve dentro del ámbito de la razonabilidad como respuesta a la infracción de un delito –y consecuente lesión a un bien jurídico prevista en abstracto–, esta no puede ser simplemente soslayada por los jueces. Los fundamentos políticos de las leyes no están sujetos a la competencia de la judicatura si su contenido no viola alguna cláusula constitucional. En este sentido, se dijo que es el Poder Judicial “(...) quien debe, salvo casos de manifiesta y grosera inconstitucionalidad, juzgar según la ley, pues el poder del legislador para dictarla y modificarla a su albedrío no reconoce limitaciones, excepto aquellas que están expresadas en la misma Carta Magna”<sup>23</sup>.

Entonces, y en relación a la consideración acerca de la irrazonabilidad de la escala penal, por ser desproporcionada en relación a la importancia del bien jurídico protegido lesionado en abstracto por un delito, debe concluirse que la fijación de las escalas penales pertenece a la órbita exclusiva y discrecional del legislador siempre y cuando la disposición cuestionada establezca distinciones objetivas y razonables. Así, serían arbitrarias e irrazonables las leyes que efectúen una distinción infundada entre personas en violación del principio de igualdad, o que preceptúen penas de prisión perpetuas o exageradamente elevadas para los delitos que, considerados a la luz de su afec-

21. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, actualizador Guillermo J. Fierro, 1992, pp. 397-398.

22. DEVOTO, Eleonora y García Fagés, Mercedes, ob. cit.

23. Dictamen del Procurador General de la Nación en el caso *Acevedo, Pedro y otros s/ robo calificado*, de fecha 8-10-1990, al cual se remitió en el dictamen correspondiente a autos *María Cristina Pupelis y otros* (CSJN, Fallos: 314:424).

tación al bien común, sean de menor entidad, como el hurto, injurias o lesiones leves, por incurrir en una total falta de proporción entre bien jurídico y pena. En definitiva, no es posible atacar el tope mínimo penal establecido por la ley por una valoración personal acerca de la importancia del bien jurídico protegido por la norma, sino que el tope mínimo solamente se ve conmovido cuando el nexo de proporcionalidad entre bien jurídico protegido y pena prevista en retribución al delito sea objetivamente irrazonable, de modo tal que se genere una arbitrariedad por parte del legislador.

Asimismo, otra forma propuesta para evaluar la irrazonabilidad de una escala penal es compararla con las correspondientes a otros delitos. El caso paradigmático en los argumentos expuestos ante la Corte Suprema fue la comparación de las escalas penales de un delito frente a la del homicidio simple, partiendo del presupuesto –al menos controvertido– de que el delito contra la vida individual es el de mayor jerarquía e importancia dentro de nuestro sistema normativo.

Frente a esto, en el ya citado fallo *Pupelis* de la Corte, la mayoría sostuvo que en numerosos casos el legislador ha establecido un mínimo igual o superior a la pena del homicidio, teniendo en consideración bienes jurídicos diferentes a la vida, y que “el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal”. Es decir, la valoración de las escalas penales para determinar su inconstitucionalidad no puede hacer referencias a un simplista análisis matemático, sino que la proporcionalidad debe necesariamente hacer referencia a la razonabilidad de la pena.

Es más, el hecho de que haya distintas penas solo trae como conclusión lógica la existencia de un tratamiento distinto, pudiendo ser que la escala penal desproporcionada con la totalidad del cuerpo legislativo penal sea la que tiene un menor monto de pena, y no la otra a la cual se pretende criticar.

Por último, cabe hacer referencia a la necesaria proporción que debe haber entre la entidad lesiva de un delito concreto y la pena conminada como retribución, que surge del carácter del Derecho Penal, tal como lo resalta la doctrina realista clásica.

En efecto, la pena no es sino la consecuencia de la comisión de un delito. Es el acto delictivo el que causa el demérito derivado de



la violación de dos deberes: a) respetar la relación del titular del bien jurídico con este, que surge de la justicia conmutativa; y b) respetar la paz y la vida tranquila de la comunidad, derivado de la justicia general dirigida directamente a preservar el bien común<sup>24</sup>. La medida de esa afectación al tercero y a la comunidad es la medida del demérito, y consecuentemente, a fin de restablecer la igualdad perturbada por el delito, a ese demérito debe retribuírselo con una pena que le debe guardar proporción. En otros términos, el demérito es la medida de “lo suyo” penal, la pena que en justicia le corresponde al delincuente por haber delinquido.

Así, no es suficiente con que la pena establecida en abstracto sea proporcionada en relación al bien jurídico protegido, sino que, al contrario, son incompatibles con la Constitución Nacional las penas que expresan una inconciliable falta de correspondencia entre la extensión de la lesión causada por el delito concreto al bien jurídico protegido del sujeto pasivo y a la comunidad –es decir, el demérito del delito–, y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente –la pena. Entonces, el juez posee la facultad de ponderar la proporción delito-pena en casos de una intolerable desigualdad, dado que el parámetro de determinación de la pena no puede desligarse completamente de su fundamento natural, en tanto la pena es el medio para restablecer la igualdad de justicia conmutativa ante la desigualdad generada por el delito<sup>25</sup>.

Esta es la razón que implícitamente subyace al argumento central de la Cámara Federal de Casación Penal, utilizado en el fallo reseñado para condenar a Ríos por debajo de la pena mínima prevista para el delito de comercialización de estupefacientes. En efecto, sostuvo la mayoría, en esencia, que la imposición de la pena se torna irracional cuando la afectación de derechos que esta supone no se corresponde con la lesión infringida al bien jurídico, por lo que la sanción en modo alguno puede superar dicho valladar. No obstante, cabe aclarar que

24. Cfr. REPETTO, Alfredo Luis, “Otras precisiones sobre el Derecho Penal realista (hecho, valor y norma)”, *El Derecho*, Buenos Aires, 21 de diciembre de 2007, [www.elderecho.com.ar/](http://www.elderecho.com.ar/) (consultado el 11-2-2019).

25. Ídem.

esta última sentencia pecó de dogmática al invocar esta supuesta falta de proporcionalidad, toda vez que, sin hacer referencias concretas a las circunstancias de la causa y las divergentes calificaciones legales, no terminó de acreditar de qué manera se daba justamente esa falta de correspondencia inconciliable entre la entidad lesiva del delito y la pena, de manera tal de violentar irrazonablemente el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad entre infracción y sanción penal, limitándose a remitir a circunstancias no relevantes al efecto, como las condiciones personales de la vida del imputado.

Consecuentemente, la desproporción entre la efectiva mínima lesión por un delito –no insignificante– y la pena mínima legalmente prevista para el caso concreto, puede justificar la declaración de inconstitucionalidad de un tope mínimo penal en razón de la violación de los principios constitucionales de culpabilidad y proporcionalidad de la retribución, habilitando de esta forma al juez a perforar el mínimo penal.

*d. Las circunstancias subjetivas de disminución del reproche y la “compensación” de penas*

Existe un grupo doctrinario que propugna otras causales por las cuales los jueces podrían perforar el mínimo penal con base en circunstancias subjetivas que dan cuenta de una disminución del reproche al delincuente por el incumplimiento del orden jurídico penal. Es este reproche disminuido el que, cuando llega a ser proporcionalmente inferior al tope mínimo, daría lugar a la aplicación de una pena por debajo del mínimo legal.

Así, y a título de ejemplo para dar cuenta de estas circunstancias subjetivas de disminución del reproche, cabe destacar la teoría de la “culpabilidad por vulnerabilidad”, de Zaffaroni, dado que fue el criterio utilizado por el Tribunal Oral en lo Criminal en el caso *Guffanti* –reseñado en este trabajo– en pos de perforar el mínimo penal previsto para el delito de homicidio simple respecto de una persona considerada vulnerable.

Esta teoría es una derivación de la premisa de la irracional selectividad del poder punitivo estatal sobre las personas vulnerables.

Toda vez que, al ser selectivo, el poder punitivo no puede actuar éticamente, la culpabilidad por vulnerabilidad intenta compensar o disminuir dicha selectividad estructural, y así darle un mínimo de eticidad al poder punitivo. Por ello, esta teoría sostiene que se debe hacer una síntesis del juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (vulnerabilidad), con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar esa situación de fragilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de precariedad<sup>26</sup>.

Como atinadamente señala Hernández, esta corriente doctrinal resulta harto contradictoria en sus fundamentos en tanto que, partiendo de la ilegitimidad esencial de la aplicación de penas, llegando a calificarla como incompatible con la ideología de los derechos humanos, deviene absurda la pretensión de otorgarle eticidad al Derecho Penal, si al mismo tiempo se sostiene que este es irremediablemente arbitrario e irracional<sup>27</sup>.

Por otro lado, dado que el análisis particular de cada instituto excede los fines del presente trabajo, cabe mencionar que se han sugerido como opciones para perforar los mínimos legales en la etapa de la mensuración de la pena: a) al error de prohibición invencible; b) la culpabilidad disminuida por (i) perturbaciones de la conciencia, (ii) la impulsividad y (iii) la emoción violenta, y c) el “error de prohibición culturalmente condicionado”<sup>28</sup>.

Por último, también se ha postulado la posibilidad de la perforación del mínimo penal basándose en una suerte de compensación del monto de la pena con base en las “penas naturales” –las que devienen al infractor de la ley penal por su propio delito– y las “penas ilícitas” –las ilegítimamente sufridas por el delincuente por un excesivo actuar estatal.

26. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.*, ob. cit., pp. 517-532.

27. Cfr. HERNÁNDEZ, Héctor H., ob. cit., especialmente pp. 13-42.

28. Ver GRISSETTI, Ricardo Alberto, “Determinación de la pena por debajo de los mínimos legales”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, tomo F, 2012, pp. 1135-1144.

Así las cosas, todas las causas antes enumeradas que habilitan la perforación del tope mínimo penal tienen una íntima conexión con las posturas relativas a la teoría del delito y los postulados criminológicos desde los que parten los autores. No obstante ello, cabe decir que lo central y conducente en este trabajo es enunciar que dentro del marco teórico de cada autor, si se desea proceder a la aplicación de una pena por debajo del mínimo, debe fundarse de qué manera el reproche que le cabe al reo llega a la calificación de gravemente desproporcionada con el mínimo de la pena legalmente dispuesto, de modo tal de proceder a la declaración de su inconstitucionalidad.

### III. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto, queda claro que debe rechazarse categóricamente la postura que considera meros indicativos a los topes mínimos penales.

Una aplicación indiscriminada de esta corriente doctrinal conduciría a graves injusticias, por cuanto, bastando someras referencias a supuestos principios constitucionales y de derechos humanos, se justificaría la arbitrariedad de los jueces que decidan no aplicar las penas legalmente correspondientes a los delincuentes, lo que conllevaría un enorme debilitamiento del Derecho Penal y una defraudación a las legítimas expectativas de la sociedad que reclama que quien delinca sea retribuido con una pena.

Asimismo, la implementación de esta doctrina vulneraría el principio de separación republicana de poderes, toda vez que se desnaturalizaría la fuerza imperativa de la ley y los jueces se instaurarían como órganos supralegales carentes de vinculación con la voluntad del legislador, que es quien verdaderamente ostenta la legitimidad social para diseñar la política criminal.

No obstante, como excepción se puede admitir la perforación de los topes mínimos penales en pos de buscar la primacía de los principios naturales de justicia plasmados en nuestra Constitución Nacional por sobre las injusticias particulares que puedan derivarse de la imposición de las penas legalmente previstas, siendo la vía apta para apartarse de la prescripción de la ley la declaración de inconstitucio-

nalidad en el caso concreto, ateniéndose a la gravedad institucional que la tacha de inconstitucionalidad implica, dejando a salvo los supuestos de equidad.

Partiendo de esas premisas, cabe destacar que de conformidad con lo normado por la Constitución Nacional se ha propuesto como paradigma de la irrazonabilidad de la pena su calificación como cruel, inhumana o degradante, característica que se verifica en casos de vulneración de los principios de culpabilidad y proporcionalidad en la aplicación de las penas como retribución al delito.

En este sentido, a la hora de aplicar una pena, en tanto esta es el medio para restablecer la igualdad ante la desigualdad generada por el delito, el juez deberá realizar un juicio de razonabilidad sobre la relación de proporción entre la pena y el bien jurídico tutelado, y entre la pena y la entidad lesiva del delito concreto del caso –medida del demérito–, así como también deberá analizar la proporción entre la pena y la culpabilidad en tanto reproche al delincuente por su conducta ilícita. Ahora bien, solamente cuando la aplicación de la ley conlleve la imposición de una pena gravemente irrazonable, en razón de la violación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la retribución, se justifica como acto de *última ratio* su declaración de inconstitucionalidad al efecto de perforar el mínimo penal.

Al contrario, no resulta plausible que este juicio de razonabilidad encuentre exclusivo fundamento en la comparación entre las penas conminadas entre distintos delitos de manera simplemente matemática, ni en voluntarismos relativos a circunstancias subjetivas del reo por los cuales el juez sustituya al legislador y fije un mínimo flexible según su libre discrecionalidad en cada caso.

### BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Libro V, Capítulo X.  
Bidart Campos, Germán, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1966.  
Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.  
Borinsky, Carlos, “La Constitución Nacional y las penas crueles por desproporcionadas”, Buenos Aires, Revista Jurídica Argentina *La Ley*, <https://>

- informacionlegal.com.ar / , AR/DOC/21902/2001 (consultado el 26-5-2018).
- Devoto, Eleonora A. y García Fagés, Mercedes, “De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, núm. 11, 2007, pp. 2172-2179.
- Grisetti, Ricardo Alberto, “Determinación de la pena por debajo de los mínimos legales”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, tomo F, 2012, pp. 1135-1144.
- Hernández, Héctor H., *Inseguridad y garantismo abolicionista. Bases para la reconstrucción de la justicia penal*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2017.
- Juliano, Mario Alberto, “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, Buenos Aires, *Revista de Pensamiento Penal*, 16-4-2005, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30093-indefectible-naturaleza-indicativa-minimos-escalas-penales> (consultado el 17-2-2019).
- Levene, Ricardo (n.), “La creación judicial de mínimos penales no previstos en la ley, constituye una decisión ilegal por parte de los jueces”, *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, núm. 51, 2013, pp. 11-36.
- Repetto, Alfredo Luis, “Otras precisiones sobre el Derecho Penal realista (hecho, valor y norma)”, *El Derecho*, Buenos Aires, 21 de diciembre de 2007, [www.elderecho.com.ar/](http://www.elderecho.com.ar/) (consultado el 11-2-2019).
- Rusconi, Maximiliano, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, actualizador Guillermo J. Fierro, 1992.
- Tale, Camilo, *La equidad o epiqueya (concepto, criterios y aplicaciones)*, Córdoba, Ediciones Trejo y Sanabria, 2011.
- Tomás de Aquino, *Suma Teológica*.
- Yacobucci, Guillermo J., *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2003.