



## EL ESTATUS JURÍDICO DEL LÍMITE MÍNIMO DEL MARCO PUNITIVO

*The conceptual legal status of the punishment limits established in the acts*

*O status jurídico do limite mínimo do marco punitivo*

**Manuel Francisco Serrano**

Universidad Nacional de San Luis (UNSL) - Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)

Lattes: <https://www.researchgate.net/profile/Manuel-Serrano-18> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1515-2395>

E-mail: [manu.602@gmail.com](mailto:manu.602@gmail.com)

Trabalho enviado em 26 de agosto de 2023 e aceito em 24 de maio de 2024



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 17, N.01, 2024, p. 74-103

Manuel Francisco Serrano

DOI: 10.12957/rqi.2024.78763

## RESUMEN

en la literatura jurídica existe un acuerdo generalizado en que los tope máximos de la pena establecidos la legislación son un límite infranqueable por los jueces. Sin embargo, al abordar el límite mínimo los desacuerdos comienzan a surgir. El objetivo del presente trabajo será el de defender que los mínimos penales, si bien son vinculantes para los jueces, pueden ser dejados de lado cuando las circunstancias particulares del caso lo ameriten. El método empleado será análisis conceptual, más precisamente, al constructivismo interpretativista propuesto por Ronald Dworkin, aplicado al estudio de la jurisprudencia y la doctrina argentina. El resultado final será una justificación – apoyada en la concepción comunicativa del castigo – según la cual los límites mínimos pueden ser dejados de lado en casos concretos y excepcionales, como cuando la culpabilidad del acusado o la lesividad de su conducta se muestran desproporcionadas con el límite mínimo. De esta manera se busca dar respuesta a un problema que se encuentra presente en la práctica jurídica y, sobre todo, brindar herramientas argumentativas para que los operadores judiciales puedan resolver aquellos casos donde este límite se encuentre en discusión.

**Palabras claves:** Pena, Límite Mínimo, Estatus Jurídico, Argumentación, Justificación.

## ABSTRACT

*In legal literature, there is widespread agreement that the maximum penalties established by legislation represent an impassable limit for judges. However, when addressing the minimum limit, disagreements begin to arise. This paper aims to argue that minimum penalties while binding for judges, can be set aside when the particular circumstances of the case warrant it. The method employed will be conceptual analysis, specifically drawing on the interpretative constructivism proposed by Ronald Dworkin, applied to the study of Argentine jurisprudence and doctrine. The final result will be a justification – supported by the communicative conception of punishment – whereby minimum limits can be set aside in specific and exceptional cases, such as when the guilt of the accused or the harmfulness of their conduct appears disproportionate to the minimum limit. In this way, the intention is to address a problem present in legal practice and, above all, provide argumentative tools for judicial operators to resolve cases where this limit is under discussion.*

**Keywords:** Penalty, Minimum Limit, Legal Status, Argumentation, Justification.

## RESUMO

*na literatura jurídica existe um acordo generalizado acerca de que os limites máximos da pena estabelecidos nas leis não podem ser superados pelos juízes. Porém, o problema começa quando se analisa os limites mínimos. O objetivo deste artigo é argumentar que os limites mínimos penais, embora sejam obrigatórios para os juízes, podem ser afastados quando as circunstâncias particulares do caso o justificarem. O método empregado será a análise conceitual, mais precisamente, o construtivismo interpretativo proposto por Ronald Dworkin, aplicado ao estudo da jurisprudência e dos trabalhos dos juristas argentinos. O resultado final será uma justificativa - baseada na concepção comunicativa da pena - segundo a qual os limites mínimos podem ser afastados em casos concretos e excepcionais, como quando a culpabilidade do acusado ou a lesividade de sua conduta for desproporcional ao limite mínimo. Dessa forma, o objetivo é responder a um problema presente na prática jurídica e, sobretudo, fornecer ferramentas argumentativas para que os operadores judiciais possam resolver os casos em que esse limite esteja em discussão.*

**Palavras claves:** Pena, Limite Mínimo, Status Jurídico, Argumentação, Justificação.



## 1. INTRODUCCIÓN

La mayoría de los sistemas normativos democráticos suelen otorgar al Poder Legislativo la facultad de sancionar las leyes que individualizan las conductas que se consideran delitos y establecer la pena que le corresponde a cada uno de ellos. En general, es común reconocer que estas leyes no determinan un monto de pena único para cada delito, sino que suelen establecer un rango de castigo con un límite mínimo y otro máximo. De esta manera, al momento de condenar a un delincuente, los jueces se apoyan dentro de este marco penal.<sup>1</sup>

Tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen este hecho como una premisa sobre la cual se construye el derecho y la práctica penal. Además, existe un acuerdo generalizado en que los topes máximos de la pena establecidos en el tipo penal son un límite infranqueable por los jueces. De esta manera, si, por ejemplo, el delito de homicidio tiene una pena máxima de veinticinco años de prisión, entonces el sujeto responsable no puede ser castigado con una pena de veintiséis o treinta años de prisión.<sup>2</sup>

Sin embargo, al abordar el límite mínimo de los tipos penales los desacuerdos comienzan a surgir. Aquí el conflicto se desarrolla en torno a la posibilidad de que los jueces apliquen – de manera legítima - una pena que sea menor que el límite mínimo. Este desacuerdo se encuentra protagonizado entre tres posturas diferentes: a) los mínimos penales son indicativos, por lo cual pueden ser dejados de lado por los jueces; b) los mínimos penales son imperativos, de tal manera que los jueces se encuentran constreñidos por ellos y no pueden aplicar una condena por debajo de este límite; y c) los mínimos penales, si bien son vinculantes para los jueces, pueden ser dejados de lado cuando las circunstancias particulares del caso lo ameriten.

Teniendo presente esta situación, mi objetivo en este trabajo será el de defender que la postura c) es la que brinda la mejor justificación sobre el estatus jurídico del límite mínimo penal. Para cumplir este objetivo apelaré al análisis conceptual, más precisamente, al constructivismo interpretativista propuesto por Ronald Dworkin (1986, pp. 65-68). Este permite identificar las funciones principales de los límites mínimos y justificarlos bajo su mejor luz moral (Dworkin, 2006, pp. 10-12; y Dworkin, 2011, p. 160). El marco teórico que permitirá esta justificación lo dará la concepción comunicativa del castigo. Aquí, el castigo penal debe comunicar al ofensor la censura que merece por su crimen, esto implica un tratamiento duro en orden de asegurarse que la sociedad

---

<sup>1</sup> Para una exposición de las diferentes estrategias legislativas ver Martín (2009).

<sup>2</sup> Con esto no pretendo desconocer los diferentes fenómenos que habilitarían una pena superior, tales como la reincidencia, el concurso de delitos, la existencia de agravantes al homicidio, etc.; en efecto, en caso de que alguno de estos fenómenos sucediese, estos serían la causa de una pena superior, pero jamás el tipo por el que se condena (homicidio).

sepa que no se aceptan los delitos; para la víctima, el castigo público vindica su status de agente que demanda una respuesta ante el delito; para las potenciales víctimas, esto provee una garantía de que los derechos y valores aceptados son protegidos por la ley penal (Duff, 2001, p. 89; Tasioulas, 2003, p. 115). El análisis conceptual se centrará en el estudio de jurisprudencia y de doctrina argentina.

La tarea emprendida brindará las razones adecuadas para afirmar que los límites mínimos son vinculantes para los jueces, pero que pueden ser dejados de lado en casos concretos excepcionales, como cuando la culpabilidad del acusado o la lesividad de su conducta se muestran desproporcionadas con el límite mínimo legal. De esta manera se busca dar respuesta a un problema que se encuentra presente en la práctica jurídica y, sobre todo, brindar herramientas argumentativas para que los operadores judiciales puedan resolver aquellos casos donde este límite se encuentre en discusión.

## **2. MÍNIMOS PENALES INDICATIVOS Y SUS PROBLEMAS NORMATIVOS E INTERPRETATIVOS**

Para la primera postura los mínimos penales son meramente indicativos. Esto significa que existen consideraciones de principio para no conceder peso alguno a los límites mínimos. Estos principios serían los de división de poderes, de culpabilidad, de lesividad, de prohibición de aplicación de penas crueles, inhumanas y degradantes, y de proporcionalidad. De esta manera, el argumento funcionaría de la siguiente forma: a) en los casos donde se condena a una persona, la pena a imponer se debe corresponder con la gravedad del injusto y el nivel de culpabilidad del agente;<sup>3</sup> b) tanto la determinación de la culpabilidad y de la lesividad para el cálculo de la pena correspondiente es atribución exclusiva del Poder Judicial; c) la legislación únicamente debería establecer un límite máximo, de tal manera que se elimine el límite mínimo o se determine expresamente su carácter indicativo.

En el ámbito doctrinario argentino, autores como Eleonara Devoto y Mercedes García Fagés (2007), Mario Juliano (2004), Rodrigo Morabito (2013), Daniela Part (2014) y Adrián Martín (2014) son quienes encaran esta propuesta. Pero también es posible encontrar autores de talla

---

<sup>3</sup> Si bien es cierto que estos dos son los elementos que permiten la determinación de la pena, esto no significa que sean los únicos ni los exclusivos. Existen otras consideraciones que a veces ingresan en el cálculo de la pena y que obligan a los jueces a condenar por debajo de los límites mínimos. Además, es posible reconocer diferentes fenómenos que se caracterizan por el establecimiento de una pena inferior al límite mínimo, como la pena natural, la pena ilícita y la pena impuesta por otros sistemas normativas (como los de los pueblos indígenas) que funcionan como castigos que deben ser descontados del castigo legal.

internacional como Luigi Ferrajoli (1995), John Braithwaite y Philip Pettit (2002), y Romina Rekers (2020).

Para Ferrajoli, por ejemplo, el límite mínimo debe ser coherente con el principio que prohíbe que la ventaja del delito supere la desventaja de la pena (de lo contrario la pena se convertiría en una simple tasa que se pagaría para delinquir). Este cálculo de beneficios puede realizarse con relativa facilidad en los delitos patrimoniales que tienen penas patrimoniales; sin embargo, con las penas privativas de libertad la cuestión cambia, toda vez que pueden provocar una aflicción superior a las ganancias del delito, de aquí que el teórico italiano proponga que

al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo (Ferrajoli, 1995, p. 400).

Como se observa, para esta postura, si bien los límites mínimos existen, los jueces podrían dejarlos de lado al momento de condenar a un sujeto. En la doctrina argentina, uno de los referentes más importantes en esta postura fue Mario Juliano en tanto pensaba que la eliminación de los límites mínimos no comportaría daño alguno, sino que, por el contrario, facilitaría la función judicial de condenar de acuerdo con el nivel de culpabilidad. Es bastante esclarecedora su opinión:

tengo el convencimiento de que más extendida se encuentra la incuria y la arbitrariedad en las personas que sufren castigos “mínimos” o “cortos” que exceden con creces la resistencia de la culpabilidad y que, en condiciones normales, jamás debieron haber pisado una prisión, que los que padecen penas largas, sin que ello implique justificar ni una cosa ni la otra (Juliano, 2004, p. 493).

La existencia de mínimos – para este autor – implica un problema serio, toda vez que estos no necesariamente se condicen con el nivel de culpabilidad del agente. Aunque muchas veces se impongan condenas mínimas cortas, estas pueden ser desproporcionadas para el caso particular, convirtiéndolas en penas crueles, inhumanas o degradantes. Sin embargo, esta afirmación lejos se encuentra de constituir una interpretación compartida por todos los teóricos y los jueces, razón por la cual, esta postura propone modificaciones legislativas que expresamente establezcan el carácter indicativo de los límites mínimos o directamente los eliminen.

En todo sistema de sanciones se encuentra previsto, explícita o tácitamente, criterios orientadores para la determinación de la pena; sin embargo, estos criterios no suelen ser unívocos sino que plantean problemas de interpretación (Ziffer, 2013, p. 23). Estos conflictos interpretativos se pueden dar en diferentes niveles de abstracción – desde la finalidad de la pena hasta el análisis de circunstancias concretas de casos específicos –, no obstante, hay un acuerdo generalizado en que

el castigo tiene que tener cierto nivel de previsibilidad y no quedar al libre arbitrio de quien condena. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, cuando se apela al principio de legalidad se reconoce la importancia de que, no solo se encuentre descripta la conducta típica, sino que se establezca qué castigo – o qué rango de castigo – le corresponde.

Ahora bien, la exigencia de predictibilidad de la pena no puede ser absoluta, en el sentido de saber de antemano la condena que va a recaer sobre alguien que ha cometido un delito. Cada caso presenta particularidades que impactan en el reproche y, por lo tanto, en el monto de castigo que corresponde. En este sentido, cuando se habla de predictibilidad se pretende que la pena sea racional, entendiendo por tal aquella que se toma siguiendo pautas conocidas y que se puedan fundamentar a través de argumentos normativos (Ziffer, 2013, p. 36). A su vez, esta exigencia descansa en la necesidad de que las penas sean proporcionales con los demás tipos penales y con otras condenas por el mismo delito.

Teniendo presente esto, los marcos penales juegan un papel fundamental en la determinación de las penas. La estructura de toda sentencia de condena presenta una clara descripción de los hechos juzgados (y las pruebas que sostienen esta descripción) y la subsunción de estos hechos en la norma correspondiente. Esta norma describe la conducta típica y determina una pena en abstracto. De esta manera, tal como sostiene Ziffer (2013, pp. 93–95), el proceso de determinación de la pena presenta cinco pasos: el primero es la determinación del marco penal a través de la subsunción de la conducta en el tipo penal. El segundo es la determinación de los fines de la pena que permitirá orientar la decisión respecto de qué circunstancias serán consideradas relevantes y qué valor se les dará. El tercero es la delimitación de las circunstancias a ser tomadas en cuenta. El cuarto se refiere a la valoración de los factores reales de la determinación de la pena, donde se explicita si un determinado factor considerado relevante para fijar la pena actúa como agravante o como atenuante. Finalmente, el último paso es la conversión de las reflexiones anteriores en una pena concreta.

Ahora bien, el problema que interesa abordar aquí no requiere un análisis exhaustivo acerca de qué estrategia legislativa de determinación de penas es la mejor, sino que importa poder determinar qué interpretación sobre la naturaleza de los límites mínimos tiene mejor justificación. En este apartado voy a defender que la postura que sostiene que los límites mínimos tienen naturaleza indicativa es incorrecta por tres razones: en primer lugar, estos límites facilitan el cálculo de proporcionalidad y de la determinación de la pena en concreto; en segundo lugar, los límites implican el establecimiento de un nivel de reproche mínimo para ciertos delitos que merecen ser castigados; por último, más que una interpretación, esta postura se presenta como una pretensión de cambio, una propuesta de modificación de la legislación penal.

## 2.1 LOS LÍMITES PENALES FACILITAN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

En principio, la existencia de los límites máximos y mínimos tiene dos fundamentos. El primero es la limitación de la discrecionalidad judicial en el sentido de que los jueces, al momento de condenar, deben hacerlo a través de un proceso reflexivo en el marco de los límites establecidos por los legisladores. El segundo fundamento se refiere a que, mediante estos límites, el Poder Legislativo refleja el valor proporcional de la norma dentro del sistema, es decir, da cuenta de qué conductas son más reprochables que otras. De esta manera, los límites mínimos funcionan como el punto de partida para establecer de forma racional la pena en el caso concreto (Ziffer, 2013, pp. 36-37). En otras palabras, los marcos penales proporcionan un rango de previsibilidad de las decisiones judiciales y procuran garantizar un nivel razonable de proporcionalidad entre las penas.

Los límites penales establecen un marco que permite convertir las circunstancias agravantes y atenuantes en una pena en concreto. Sin embargo, esto también podría suceder si los límites mínimos no existieran, ya que se podría pensar en un marco penal cuyo mínimo esté determinado por la ausencia de pena. También se podría pensar en la menor pena posible, como un día de prisión, por ejemplo. De esta manera, los problemas de proporcionalidad y de previsibilidad parecen esfumarse cuando se llega a la conclusión de que los marcos penales funcionan aun cuando no se establezca un límite mínimo.

Sin embargo, la diferencia entre el supuesto en que se establece un límite mínimo y otro que no – o este límite es un día de prisión –, radica en la distancia existente entre los extremos del marco punitivo. Pensemos en una norma que castiga con una pena de ocho a veinticinco años a quien cometiera un asesinato. Si se eliminara el mínimo y únicamente quedara el límite máximo, entonces los jueces tendrían una mayor discrecionalidad para condenar, lo cual implicaría un aumento de probabilidad de dictar condenas desproporcionales, ya que el aumento de distancia entre el mínimo y el máximo amplía el abanico de penas posibles. Es un hecho que a menor distancia entre los límites hay una menor probabilidad de que se dicten sentencias desproporcionadas.<sup>4</sup>

De esto no se deriva que se deba establecer una única pena para cada delito, en cuanto sería la solución al problema de la proporcionalidad relativa puesto que todos los v-g- homicidas serían condenados a la misma pena. La culpabilidad y la lesividad son los elementos que permiten calcular el monto de la pena en concreto que le corresponde a cada sujeto declarado culpable, y este cálculo

---

<sup>4</sup> Sin ánimos de ingresar a un debate epistemológico acerca del contenido de las proposiciones y su valor de verdad, aquí me interesa resaltar una cuestión que es reconocida en la lógica proposicional y que es ilustrada por Karl Popper (2002, p. 295) cuando crítica la idea de progreso en la ciencia: a mayor contenido proposicional, menores probabilidades de que las teorías sean verdaderas.

Realizando un paralelismo con el problema que abordo aquí, a mayor cantidad de años de condena posible, menor probabilidad de alcanzar una pena “correcta” o que los magistrados dicten sentencias proporcionales.

se debe realizar en base a la guía de los marcos penales. En efecto, el tipo penal, al establecer un límite mínimo y un límite máximo, permite que la evaluación de la culpabilidad del agente y la lesividad de su conducta adquiera una cuantificación concreta a través de los diferentes atenuantes y agravantes que se verifiquen en el caso. Si bien existen serias discusiones en este punto,<sup>5</sup> hay un acuerdo generalizado en que, mientras mayores agravantes se configuren, más cerca se estará de la pena máxima; mientras que si se configuran atenuantes, estos acercan la pena al límite mínimo.

Entre los teóricos que defienden la eliminación de los límites mínimos se encuentran John Braithwaite y Philip Pettit (2002, pp. 150-151), quienes brindan instrucciones sobre cómo buscar la gradación correcta de las penas. En primer lugar, prohíben instaurar una pena mínima para cualquier delito porque el principio de parsimonia aconseja clemencia y reconciliación a menos que existan razones fundadas para creer que el dominio en general estará mejor protegido si se impone un castigo. En segundo lugar, es necesario instaurar una pena máxima que debe ser tan baja como la experiencia muestre que puede ser sin dejar de proteger el dominio general, esto es: hasta que deje de ser un disuasivo para la comisión del delito.<sup>6</sup>

Si bien el principio de parsimonia aplicado al límite máximo se presenta como un criterio de determinación de la pena muy persuasivo, ya que tiene como norte la protección de la ciudadanía tanto de la violencia privada como de la estatal, no hay razones para que no se aplique el mismo criterio al límite mínimo, esto es, disminuirlo hasta que deje de ser disuasivo. En efecto, el cálculo de efectividad que proponen los autores parece preocuparse únicamente por los delitos cuya gravedad alcanzan el límite máximo, dejando de lado los demás. Esto puede provocar que el desincentivo no alcance a la comisión de delitos cuyas circunstancias no lo hacen merecedores de la pena máxima. De esta manera, la propuesta republicana parece preocuparse únicamente por los delitos que se cometen con un nivel de culpabilidad y lesividad tal que cuyo reproche exija la pena máxima, dejando de lado a los mismos delitos cometidos con un nivel de culpabilidad y lesividad menor.

## **2.2 LOS LÍMITES IMPLICAN EL ESTABLECIMIENTO DE UN NIVEL DE REPROCHE MÍNIMO**

<sup>5</sup> Una de las mayores disputas aquí radica en el punto inicial donde comenzar a sumar o restar pena. Mientras algunos jueces y doctrinarios sostienen que se debe comenzar a calcular en el punto medio del marco penal, otros afirman que se debe comenzar en la pena mínima.

<sup>6</sup> Para estos autores, la finalidad del derecho penal es defender la libertad como no dominación de los ciudadanos, de aquí que deba evitar, por un lado, que se cometan delitos (disuadiendo su comisión); por el otro, que el castigo implique una dominación incontrolada. De esta manera, el límite máximo estará determinado por el cumplimiento de estos fines, es por esto que se lo debe disminuir hasta que deje de ser un disuasivo para la comisión del delito.



En segundo lugar, la eliminación de los límites mínimos choca con una intuición fuertemente arraigada en el ámbito del castigo: la pena debe ser proporcional al reproche del agente. El republicanismo penal acepta y se sostiene en el reconocimiento de la importancia de que la comunidad hable el mismo lenguaje normativo, como así también que la pena – para disminuir la dominación – busque que el condenado se arrepienta de su accionar delictivo y repare el daño causado (Rekers, 2020).

Aunque la propuesta republicana se basa en la disminución de los máximos, lo cual implica una reducción de la distancia entre los extremos del marco penal, esto no soluciona el problema de la proporcionalidad, menos aún atiende el reclamo de las víctimas en cuanto al castigo y el reproche hacia los delincuentes. En efecto, al momento de calcular el monto máximo de la pena, la parsimonia se limita a un cálculo de efectividad de la pena *qua* elemento disuasorio, dejando fuera del análisis la relación de la pena con el condenado, la víctima y la sociedad. Más precisamente, del condenado se espera que se arrepienta de su accionar delictivo, comience a reformarse y se reconcilie con quien ha dañado<sup>7</sup> (Duff, 2001, p. 106). Este objetivo reconoce a la víctima de delito como una persona que sufrió un daño, pero el acusado debe responder no ante ella de manera individual, sino ante la comunidad por haber violado sus valores. La comunidad reconoce el sufrimiento y los daños de la víctima y, por ello, la contiene (Duff, 2001, pp. 113-114).

Ahora bien, esta justificación de la pena – propia de la propuesta comunicativa – no se basa únicamente en el arrepentimiento, la reforma y la reconciliación. La censura transmitida por el castigo se encuentra justificada porque representa el reproche que el sujeto merece. Este merecimiento debe ser proporcional con la gravedad de su delito, proporcionalidad que se mide por dos factores: la lesividad de su conducta y la culpabilidad del agente (Tasioulas, 2006, p. 294).

Los marcos penales, al funcionar como límites entre los cuales los jueces pueden aplicar condenas, deben tener presente la finalidad del castigo y la censura que amerita cada delito. Hay conductas que, en abstracto, nos parecen más reprochables que otras, v-g- un robo que un hurto, y un homicidio sobre estos dos. A su vez, reconocemos la amplitud de niveles de culpabilidad y lesividad que pueden encarnar estos tipos penales. Pero, sobre todo, reconocemos que son conductas incorrectas que merecen un reproche. La existencia de los mínimos penales sirve para establecer cuál es el menor reproche que corresponde al delito concreto.

---

<sup>7</sup> Es claro que estos no son objetivos que deben alcanzarse sin más. Una propuesta así sería abiertamente violatoria del sistema penal liberal. Por el contrario, la teoría comunicativa justifica la pena en cuanto implica un reproche por el delito cometido. Con la pena se busca que el agente reconozca que el reproche se encuentra justificado. Ahora bien, este reconocimiento no puede ser compulsivo. De aquí que el monto del castigo se calcule en base a la reprochabilidad de la conducta.

La proporcionalidad además de ser fundamental para comunicar el reproche al sujeto, lo es para determinar qué tan severa debe ser esa reprobación. La severidad del castigo comunica la severidad de la reprobación: a mayor castigo, mayor reprobación. A su vez, es un requisito de la justicia que la severidad del castigo sea proporcional a la gravedad de su accionar.

Teniendo presente la importancia de la proporcionalidad, Duff (2001, pp. 133-134) distingue entre la proporcionalidad relativa u ordinal y la absoluta o cardinal. La primera exige que el castigo de una persona sea proporcional al castigo que se les impuso a otros agentes en circunstancias similares. La segunda se constituye como una guía de la proporcionalidad relativa, ya que es aquí donde se establece que determinado castigo es proporcional a determinado delito. A su vez, la perspectiva comunicativa defiende una concepción de la proporcionalidad que no busca *el* castigo proporcional, sino que identifica el *rango* de castigos posibles que serían satisfactorios.

Es cierto que existen delitos en los cuales no se muestra necesario establecer un reproche mínimo. El código penal alemán es un claro ejemplo de esto en cuanto establece una pena mínima en los delitos más graves; mientras que en delitos más leves únicamente establece un límite máximo. Efectivamente, en ciertos delitos como el hurto o el robo simple, podría afirmarse que no habría complicaciones en establecer únicamente una pena máxima. En estos casos, el nivel de culpabilidad o lesividad pueden ser mínimos a tal punto que no sea necesario establecer un reproche mínimo.<sup>8</sup> Sin embargo, pensar estos delitos en formas agravadas modifica nuestra valoración sobre el delito en sí, a tal punto de reconocer un nivel de reproche mayor. Esto es lo que efectivamente hace el código germano.

De esta manera, la importancia de establecer un límite mínimo radica en reconocer que ciertos delitos cargan con un nivel de reproche mínimo que no puede ser dejado lado – salvo circunstancias particulares, como se verá más adelante. Los límites mínimos y los límites máximos sirven de guía para la determinación de la pena. Esta guía se constituye como el marco sobre el cuál los jueces deben realizar el cálculo de culpabilidad y de lesividad en el caso concreto. A su vez, estos límites disminuyen la posibilidad de que se dicten sentencias desproporcionadas o que no representen el reproche merecido.

### 2.3 PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL

Por último, las personas que defienden el carácter indicativo de los mínimos no lo hacen sobre una propuesta interpretativa robusta. Como se afirmó al principio de este apartado, los defensores

---

<sup>8</sup> Estoy pensando en situaciones de hurto de una suma ínfima de dinero o el robo de productos que no afectan en nada a su dueño (robar un paquete de arroz de un supermercado).

de esta postura afirman que existen consideraciones de principio para no conceder peso alguno a los límites mínimos. Estos principios serían los de división de poderes, de culpabilidad, de lesividad, de prohibición de aplicación de penas crueles, inhumanas y degradantes, y de proporcionalidad.

Sin embargo, esta interpretación lejos se encuentra de ser la mejor, tal como lo demuestran los subapartados analizados anteriormente. En efecto, los límites mínimos, además de facilitar la determinación de la pena, reconocen un nivel de reproche mínimo para algunos delitos. De aquí que rechazar de lleno esto implicaría ir en contra de nociones de proporcionalidad básicas que integran la idea de justicia en el castigo.

Más aún, los mismos teóricos y jueces reconocen que los mínimos penales se encuentran vigentes y funcionan como un límite para la imposición de la pena. En sus argumentaciones apelan a los principios normativos nombrados para justificar la posibilidad de imponer una pena inferior a la establecida. Esto no es un detalle menor, los jueces deciden casos particulares y sus decisiones se ciñen a ellos. De aquí que no puedan determinar en términos generales que los mínimos son indicativos. Si lo hicieran, estarían legislando y no juzgando.

Un claro ejemplo de esto es la causa “Sandoval y Sandoval” donde, en una primera instancia, el Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, Argentina, condenó a las acusadas a la pena de tres años de prisión en suspenso por la comisión de los delitos de tenencia de estupefacientes y tenencia ilegal de arma de guerra. Sin embargo, la pena mínima para estos delitos es de cuatro años. Para decidir de esta manera, el tribunal se apoyó en cuatro aspectos: era la primera condena que recaía sobre los acusados; estos fueron detenidos con una escasa cantidad de estupefacientes; además porque reconocieron ser adictos y expresaron su deseo de recibir ayuda para superarlo; por último, los jueces se basaron en la situación de superpoblación del sistema penitenciario provincial. La justificación normativa de su decisión fue que los límites mínimos son meramente indicativos, razón por la cual los jueces pueden condenar por debajo de ellos.

Ahora bien, esta decisión fue revocada por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. Este tribunal entendió que la sentencia violentó el principio de legalidad en tanto aplicó una pena no prevista para los delitos por los cuales se condenó a los acusados, y el principio de igualdad porque les otorgó un tratamiento diferente al resto de los condenados por los mismos delitos. Además, sostuvieron:

cabe resaltar que la tipificación de conductas y los mínimos y máximos establecidos en las escalas penales emergentes resultan topes vinculantes para el juzgador que puede ser excepcionado en los casos en que se encuentre comprometida su constitucionalidad.

Pero también considero importante destacar que para ello es imprescindible que dicho enfrentamiento entre normas de diferente rango resulte claro, palmario,

contundente y verificado, y que, en consecuencia, quede justificada suficientemente tan delicada actividad jurisdiccional. En el caso, el Tribunal no explica ni demuestra la configuración de colisión normativa alguna que justifique la solución adoptada.<sup>9</sup>

Tal como sostiene la jueza, la sentencia del tribunal inferior es revocada porque los mínimos penales constituyen límites que los jueces deben obedecer y que únicamente pueden apartarse de ellos cuando colisionan con normas constitucionales. Más aún, es necesario que esta colisión sea clara, palmaria, contundente y verificada, de tal manera que sirva de justificación para el apartamiento de los mínimos penales. Esta afirmación del tribunal de casación es compartida por la jurisprudencia nacional argentina. Más aún, es común encontrar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la frase que afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye un “hecho de suma gravedad institucional” y debe ser dictada con suma prudencia, únicamente cuando el conflicto es claro y constituye una violación a las normas constitucionales.

Los jueces y los teóricos reconocen que los límites mínimos existen y constituyen un corsé al momento de aplicar penas. Por eso, cuando proponen que deben interpretarse de manera indicativa, lo hacen apelando a principios normativos; sin embargo, esta es una interpretación incorrecta. A lo sumo, hay principios jurídicos que permiten prescindir de estos mínimos en determinados casos concretos, pero eso no los convierte en indicativos. Por otro lado, estos juristas no se limitan a una propuesta interpretativa, sino que propugnan modificaciones legislativas a fin de que se establezca explícitamente que los límites mínimos son indicativos o, directamente, su supresión del código penal.

En otras palabras, esta postura al no poder defender una interpretación robusta que permita sostener el carácter indicativo de los mínimos – porque, en todo caso, lo que se podría hacer es perforar los mínimos para el caso particular – apela a una modificación legislativa. Esto, no solo confirma el rechazo a su interpretación, sino que reconoce el valor vinculante para los mínimos penales.

### **3. MÍNIMOS PENALES IMPERATIVOS Y EL PROBLEMA DE LOS CASOS EXCEPCIONALES**

Desde una posición antagónica se presenta la postura que defiende el carácter imperativo de los mínimos penales. Aquí los mínimos son pensados como límites que los jueces están obligados a

---

<sup>9</sup> Argentina, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala II “Sandoval, María José y Sandoval, José María s/ Recurso de Casación interpuesto por Agente Fiscal”, 3 de marzo de 2020, voto de la jueza María Florencia Budiño – al que adhieren los demás jueces. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/03/fallos48687.pdf>

respetar y que no admiten excepción alguna. El punto nodal de su argumentación radica en que estos límites tienen una función esencial en el sistema institucional: poner barreras a la discrecionalidad judicial. Al establecer un marco de castigo para cada delito, con penas mínimas y máximas, se busca garantizar que los jueces impongan condenas que sean proporcionales.

La importancia que reviste la escala penal de cada delito – o al menos de aquellos cuya gravedad exige un mínimo de reproche a partir del cual evaluar la pena en concreto – consiste en servir como guía para que los jueces puedan determinar la pena que corresponde aplicar al caso concreto. Para poder realizar esta tarea, los jueces evalúan la culpabilidad del agente y la lesividad de su conducta.

La tarea de determinación de la pena en lo que podríamos llamar casos fáciles se realiza dentro del marco penal, toda vez que estos casos se caracterizan en que la conducta delictiva se adecua al tipo penal y al reproche que este establece. En particular, me refiero a los casos habituales de comisión de delitos que no presentan circunstancias extraordinarias que conviertan a la pena establecida en la legislación en injusta o desproporcionada para el caso en concreto.

Ahora bien, el problema surge en aquellos casos difíciles en los que el análisis del hecho entraña diferentes circunstancias por las cuales abogados razonables desacuerdan en torno a cómo tipificar la conducta, determinar si la misma es antijurídica y hasta cómo calcular el nivel de culpabilidad y de lesividad. En particular, en este apartado me interesan los problemas que involucran la culpabilidad y la lesividad de las conductas. Un ejemplo de estos casos y las dificultades que presentan es “Galíndez”, en el cual se decidió condenar a la pena de ocho años de prisión por la comisión de un homicidio simple a una mujer que dio muerte a uno de sus asaltantes cuando este se daba a la fuga. Los hechos fueron los siguientes: Galíndez se hallaba frente a su domicilio cuando fue abordada por un sujeto con una navaja que la atacó; el esposo de Galíndez acudió en su ayuda y un segundo sujeto aprovechó para robar prendas de vestir que se hallaban en el vehículo de la familia y darse a la fuga en bicicleta. El otro sujeto también se dio a la fuga, por lo cual Galíndez se subió a su automóvil y comenzó a perseguir al ladrón que conducía en bicicleta hasta que lo atropelló y causó su muerte. Al momento de los alegatos, el órgano acusador afirmó que se encontraba frente a un homicidio culposo porque no se pudo probar el dolo directo, por lo que solicitó la pena de tres años de prisión en suspenso; el abogado de la familia de la víctima, por su parte, solicitó se la condene por homicidio simple con dolo eventual y se le imponga la pena de diez años de prisión; finalmente, la defensa afirmó que el ladrón fue el único responsable del accidente, por lo que solicitó la absolución de su defendida y, subsidiariamente y para el caso que debe responsabilizársela por homicidio culposo, se le aplique el mínimo de la pena.

Como se observa, los jueces se encontraban ante un caso que presentaba tres planteos diferentes en orden a cómo resolverlo: homicidio culposo, homicidio doloso o la absolución. Cada uno

implicaba soluciones disímiles: dos posibilidades de condena (una en suspenso), y una de libertad sin condena. Los jueces no fueron ajenos a esta situación. Si bien determinaron que la acusada había cometido un homicidio simple y, de la mensuración de las circunstancias agravantes y atenuantes, correspondía imponerle la pena mínima de ocho años de prisión, expresamente reconocieron que esta pena era desproporcionada para el caso:

no podemos dejar pasar la oportunidad de dejar sentado que en el caso, la pena aplicada, en razón de las circunstancias, aparece como excesiva aún cuando la imposición no sobrepasa el mínimo legal prescripto para el tipo, dejando un regusto a pena ajustada a derecho pero injusta por desproporcionada en relación al delito cometido, especialmente porque las circunstancias que lo rodearon difieren radicalmente del común, en tanto y en cuanto el aporte efectuado por la víctima para que los hechos se desencadenaran de la forma explicitada han sido de una entidad tal que eliminándolos obviamente el homicidio no habría existido. En el sistema republicano de gobierno los jueces debemos resolver los casos sometidos a nuestro conocimiento en función de las herramientas que el poder constituyente y el legislativo nos proporcionan, lo que nos lleva a instar al poder político a que se trate el Proyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, el que entre otras encomiables reformas incorpora la imputabilidad disminuida, la que en el caso aparece como de muy probable aplicación en función del contenido del art. 35 inc. “e” y 8 inc. “e” del mencionado proyecto.<sup>10</sup>

Esta sentencia representa un caso paradigmático acerca de lo que implica la defensa del carácter imperativo de los límites mínimos, toda vez que los jueces se posicionan en esta postura, sin desconocer los problemas que conlleva. Para empezar, son los mismos magistrados quienes reconocen que el caso no es fácil, más bien, es un caso difícil y excepcional. Las circunstancias que lo rodean permiten pensar que la pena mínima establecida para el delito es desproporcionada, sin embargo, lejos de reprochar la constitucionalidad o la coherencia de este límite con el caso particular, los jueces se limitan a enunciar su parecer y disconformidad, para concluir en que instarán al Poder Legislativo a que apruebe un proyecto de código penal que reconozca la culpabilidad disminuida, en cuanto figura que permitiría aplicar una pena por debajo del límite mínimo. Por último, los jueces deciden que la condena solo se empiece a cumplir una vez que el fallo quede firme, es decir, una vez terminada la etapa recursiva.

En concreto, los magistrados reconocen la desproporcionalidad de la pena mínima en relación al caso particular; sin embargo, se niegan a condenar por debajo del mínimo porque defienden el carácter imperativo de los mismos. De aquí que, para atenuar su sentencia, deciden que la condena solo sea efectiva una vez que se encuentre firme. La defensa apeló esta sentencia y un tribunal superior la revocó, ya que entendió que el tribunal de juicio no había hecho un análisis integral de

<sup>10</sup> Argentina, Cámara en lo Criminal de la 2<sup>da</sup> Nominación de Córdoba “Galíndez, Mariela Fabiana”, 19 de julio de 2009. Disponible en: <https://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/2519>

las circunstancias del hecho, de tal manera que la conclusión podría haber sido otra que implique una pena menor.<sup>11</sup> Finalmente, se realizó un nuevo juicio en el que se concluyó que Galíndez había actuado bajo un estado de emoción violenta y se la condenó a dos años y seis meses de prisión en suspenso.<sup>12</sup>

El caso “Galíndez” permite ver cómo los mínimos rígidos chocan con ciertas intuiciones al momento de determinar las penas. Más precisamente, la reprochabilidad de la acusada era mucho menor que la pena mínima por la cual se la condenó en un primer momento. Si bien la sentencia fue revocada y posteriormente se la condenó aplicando otra figura (emoción violenta), en todas las instancias los jueces marcaron que la pena mínima para el delito de homicidio era excesiva para el caso particular, ya que el nivel de culpabilidad de la acusada exigía una pena menor.

Otro ejemplo de caso difícil es planteado por Martín (2014, pp. 303–304) cuando afirma que los límites mínimos pueden ser desproporcionales en ciertos casos en donde no hay elementos agravantes, pero sí elementos atenuantes; o una exigua cantidad de elementos agravantes y una numerosa cantidad de elementos atenuantes. En efecto, tanto el caso “Galíndez” como los que tienen en mente quienes afirman el carácter indicativo de los mínimos, presentan estas características. A su vez, esta opinión se ve en su actuación como miembro del tribunal en el caso “Soria” en el cual, por mayoría, se condenó al acusado a la pena de tres años y seis meses de prisión. En este caso se juzgó la comisión de un robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y portación de arma de guerra sin la debida autorización. En su voto en disidencia, Martín rechaza la condena por el delito de robo y se limita a condenar por la tenencia de arma de guerra. Luego de criticar el marco penal en abstracto, el juez ingresa a la evaluación de las circunstancias agravantes y atenuantes. Con respecto a las primeras, nombra el hecho de que hayan sido dos personas las que se vieron en peligro con el accionar delictivo. Otra situación se da con las atenuantes, toda vez que concurren un gran número de ellas:

- a) Soria es un joven de apenas 24 años, b) que proviene de un estrato socioeconómico bajo, c) que pudo estudiar sólo hasta octavo grado, dejando los estudios por la necesidad de trabajar, d) que tempranamente ha formado una familia con (V) con quien convive hace más de siete años, e) que se inició laboralmente hacia los 14 años de edad en la empresa de carga y descarga de su familia f) que continúa trabajando en dicho lugar, es decir que a sus 24 años posee un hábito laboral de más de 10 años, g) que con su compañera tienen un hijo de 4 años de edad que asiste al jardín de infantes, h) que además convive con un amplio grupo familiar que lo contiene –padre, madre, seis hermanos, parejas e hijos de algunos de ellos-, i) que en ese amplio grupo familiar todos trabajan y los niños

<sup>11</sup> Argentina, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba - Sala Penal “Galíndez, Mariela Fabiana p.s.a. homicidio simple –Recurso de Casación–”, 29 de marzo de 2012. Disponible en Semanario Jurídico N° 1866 (19/07/2012).

<sup>12</sup> Argentina, Cámara del Crimen de Laboulaye “Galíndez, Mariela Fabiana p.s.a. homicidio simple”, 10 de octubre de 2012.

estudian, j) que el trabajo de la mayoría de este grupo, al igual que el de Soria, es el del emprendimiento familiar mencionado, k) que sus deudas que paga regularmente están motivadas en la obtención de un crédito tendiente a arreglar su vivienda y comprar muebles, l) que sus actividades de esparcimiento se hallan vinculadas al paseo con su hijo y su compañera, y m) que nunca estuvo prisionizado lo que impactaría aún más fuertemente en su vida y la de su familia.<sup>13</sup>

Teniendo presente esto, el juez criticó la pena impuesta por la mayoría del tribunal por considerarla cruel, inhumana y degradante, toda vez que excedía el límite de culpabilidad y de lesividad de la conducta cometida, y propuso la pena de dos años y cuatro meses de prisión en suspenso.

Ahora bien, este caso y el anterior se decidieron en base a la misma concepción sobre la naturaleza de los mínimos: estos no pueden ser dejados de lado por los jueces. Nótese que en la apelación y posterior condena firme de Galíndez se encuadró su accionar en una figura diferente al homicidio que, como tal, habilita una condena menor. A su vez, ambos casos comparten una característica definitoria: son casos difíciles en el sentido que escapan al común de los delitos que son juzgados. Tan es así, que el límite mínimo se muestra totalmente desproporcionado con el nivel de culpabilidad de la acusada. En el caso “Galíndez” los mismos jueces lo afirman y, al final del recorrido procesal, se terminó condenando por la figura de emoción violenta que, efectivamente, constituye una disminución de la culpabilidad (Parma y Gorra, 2018, pp. 191–192). Con respecto a “Soria” se da una situación singular, en cuanto únicamente un juez entiende que la pena es excesiva, mientras que los otros dos afirman que el mínimo establecido para los dos delitos es una pena justa.

En “Galíndez” los jueces reconocen que el marco penal se encuentra determinado por el Poder Legislativo y no es atribución de los jueces el perforarlo. Esta situación no es puesta en discusión por los magistrados posteriores, quienes deciden condenar a una pena menor por aplicación de la emoción violenta. En “Soria”, la mayoría del tribunal, por su parte, entiende que la pena mínima para el caso particular es la correcta. Esta distinción es la que permite encontrar el meollo de la cuestión: el problema no se encuentra en los marcos penales, sino en el caso particular. En efecto, tal como se dijo anteriormente, los mínimos penales tienen dos funciones importantes en nuestro sistema normativo: facilitar la determinación de la pena y establecer un reproche mínimo para ciertos delitos. Ahora bien, esto no quita que haya ciertos casos en los cuales ese reproche mínimo se muestre excesivo, de acuerdo a las circunstancias particulares que lo rodean. Esto es lo que reconocen los jueces en “Galíndez”.

<sup>13</sup> Argentina, Tribunal Oral en lo Criminal Nacional N° 15 “Causa N° 3433, seguida contra Mario José Soria”, 5 de diciembre de 2011, voto del juez Adrián Martín. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos32776.pdf>



Sin embargo, esto no es lo que sucede en “Soria”. La respuesta a esto se encuentra en que la argumentación de Martín difiere considerablemente de los demás miembros del tribunal. Mientras estos últimos condenan por dos delitos, Martín lo hace por uno de ellos (tenencia de arma de guerra). Esto es importante ya que cambia rotundamente el reproche que merece un sujeto que ha cometido un delito, que aquel que, además, cometió otro que se juzga en conjunto con el primero. Por otro lado, en su voto, Martín desarrolla ampliamente su postura en contra del marco punitivo del delito juzgado. En efecto, el primer argumento que desarrolla es un ataque hacia la pena en abstracto por entender que es desproporcionada en relación con los demás delitos establecidos en el código penal argentino. Únicamente luego de desarrollar estos dos argumentos y al momento de determinar la pena, Martín se preocupa por las circunstancias atenuantes y agravantes del caso particular. Es sobre la base de encontrar inconstitucional el marco penal de ese único delito que el juez realiza el cálculo de la pena. Es de esta manera que concluye que el mínimo es desproporcional.

La argumentación seguida por Martín se puede resumir de la siguiente manera: a) el acusado es responsable únicamente por el delito de portación de arma de guerra. b) La pena establecida para este delito es desproporcionada en su límite mínimo. Aquí surge un problema argumentativo en el sentido de que en ninguna parte del desarrollo se expresa cuál debería ser el mínimo correspondiente. Se podría arriesgar que el juez entiende que este delito debería equipararse a la portación de arma de fuego civil; sin embargo al momento de establecer el cálculo de pena sostiene que va a comenzar desde el mínimo, pero la pena que propone (dos años y cuatro meses de prisión) se encuentra por encima del mínimo de este delito (un año de prisión). c) Teniendo presente esta disminución del mínimo – sin explicitar cuál es la reducción – propone que el tribunal debe apartarse de los mínimos establecidos en el código penal para el delito que está juzgando. d) Por último, concluye que la pena que debe aplicarse es de dos años y cuatro meses de prisión en suspenso, pena por debajo del mínimo legal.

De esta manera se observa que el voto en minoría se preocupa por la pena en abstracto y, luego, por la pena en concreto. Pero este último paso es subsidiario del primero. De aquí que la postura de Martín no pueda ser compartida ya que va en contra de la jurisprudencia establecida por la corte suprema en “Pupelis”, donde se afirmó que si no existieran los límites mínimos o estos no fueran exigibles a los jueces, la garantía de legalidad no tendría sentido, toda vez que el acusado no tendría un margen de certeza que le permita saber de antemano cuál es el castigo por su conducta.<sup>14</sup> Además, es contrario a los fundamentos expuestos en el apartado anterior. Como se observa, la

<sup>14</sup> Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación “Pupelis, M.C. y otros s/ robo con armas” (Fallos: 314:424), 14 de mayo de 1991. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=2791>

argumentación de Martín no puede ser aceptada porque no se sabe cuál es el mínimo a partir del cual calcula la pena, ni tampoco respeta el nivel de reprochabilidad que se ha establecido legislativamente.

En efecto, la crítica al límite mínimo en abstracto difiere notablemente de la crítica al límite mínimo para un caso en concreto. Mientras que en el primero el análisis se dirige hacia la proporcionalidad absoluta, en el segundo se analiza la proporcionalidad relativa. En otras palabras, en la desproporcionalidad en concreto no se reniega de los límites penales, sino de la desproporción que representan para el caso particular que están juzgando. Esta distinción permite reconocer que en el caso “Soria”, Martín se preocupa por la proporcionalidad absoluta y, solo a partir de allí, del caso particular. Esto es lo que habilita a criticar su argumentación en cuanto perforación de mínimos. Otra cuestión diferente sería si se analizara la pena en abstracto de la tenencia de arma de guerra donde, seguramente, sus argumentos tengan un peso diferente.<sup>15</sup>

Esta distinción es la que, precisamente, permite reconocer que los mínimos penales no pueden ser imperativos, toda vez que pueden existir casos particulares para los cuales las penas establecidas se presenten desproporcionadas. Esto ha sido reconocido desde antaño por Aristóteles al conceptualizar a la equidad como una corrección de la justicia legal. La ley, al ser universal, abarca a todos los casos de la misma manera; sin embargo, hay casos que no pueden ser tratados de esta forma, toda vez que presenta ciertas circunstancias que los hacen quedar fuera de esta fórmula universal. Para el filósofo griego la naturaleza de lo equitativo es la corrección de la ley, en la medida en que su universalidad la deja incompleta y no abarca todos los casos posibles (EN V, 1137b–1138a).

Una cuestión es criticar a las escalas penales en abstracto, mientras que otra muy diferente es afirmar que la pena mínima del delito por el cual un sujeto es responsable es desproporcionada para el caso particular. Los jueces son contestes en reconocer esta distinción. Un claro ejemplo de esto es el ya citado caso “Sandoval y Sandoval” donde el tribunal superior, si bien revocó la condena que perforaba los límites mínimos, no rechazó la posibilidad de que los jueces condenen por debajo del límite mínimo en algunos casos particulares. Por el contrario, objetó que, en el caso, no se daban las circunstancias para que ello sucediera. En concreto, lo que el tribunal superior le reprochó al tribunal de juicio fue que no realizara una argumentación clara y razonable en donde se demostrara

---

<sup>15</sup> No es mi intención analizar esta cuestión aquí porque excedería por demás el presente trabajo. Sin embargo, es de destacar que el juez Martín realiza un análisis detallado del contexto de violencia en que se sancionó la reforma de este delito, la intención explícita de impedir las excarcelaciones mediante el establecimiento de ese mínimo de la pena, y la irrazonabilidad de la distinción con la portación de arma civil. Todos estos argumentos son los que le permiten concluir que el marco punitivo es irrazonable.

que las circunstancias particulares del caso eran tales que el nivel de culpabilidad de las acusadas fuera menor que el límite mínimo de los delitos por los cuales se las condenaba. En sus palabras:

... la tipificación de conductas y los mínimos y máximos establecidos en las escalas penales emergentes resultan topes vinculantes para el juzgador que puede ser excepcionado en los casos en que se encuentre comprometida su constitucionalidad.

Pero también considero importante destacar que para ello es imprescindible que dicho enfrentamiento entre normas de diferente rango resulte claro, palmario, contundente y verificado, y que, en consecuencia, quede justificada suficientemente tan delicada actividad jurisdiccional.

En el caso, el Tribunal no explica ni demuestra la configuración de colisión normativa alguna que justifique la solución adoptada.

... En el caso, repito, el Tribunal no ha logrado poner en evidencia que el mínimo legal de pena prevista para el delito por los cuales se condenó a los imputados, en el marco de su escala legal (art. 5 inc. c) ley 23.737), sea desproporcionada o irracional desde la óptica constitucional.

Y en tal sentido las referencias realizadas a la escasa afectación al bien jurídico tutelado y a circunstancias particulares de los imputados, por sí solas no son suficientes para considerar que la norma no resulta aplicable por inconstitucional.<sup>16</sup>

Como se observa, los jueces no rechazan la posibilidad de perforación de los mínimos, pero sí exigen que este acto jurisdiccional se asiente sobre una base firme, donde las circunstancias que rodean el caso sean de tal magnitud que den cuenta de estar por fuera de la tipificación y su pena. Por esto, no basta con enunciar principios normativos o citar precedentes jurisprudenciales, sino que es necesario que en el juicio se encuentren probadas las circunstancias particulares que permitan justificar que el límite mínimo es desproporcionado para el caso concreto.

De esta manera, si bien los límites mínimos son importantes para facilitar la determinación de la pena y asegurar un mínimo de reproche, deben ceder ante los casos que se encuentran por fuera de su previsión normativa. Obviamente me estoy refiriendo al límite mínimo que es el único límite que puede ser perforado. Esta interpretación es la que mejor justificación ofrece a la naturaleza de los mínimos toda vez que permite respetar la finalidad de la pena, en cuanto consiste en castigar de acuerdo al reproche merecido. Sí, dada las especiales particularidades que rodean el caso, el reproche es menor que el límite mínimo entonces se debe perforar este último.

Por ello, la postura que defiende que los mínimos penales son imperativos no puede ser aceptada ya que desconoce las particularidades propias de los casos excepcionales. Con este análisis,

<sup>16</sup> Argentina, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala II “Sandoval, María José y Sandoval, José María s/ Recurso de Casación interpuesto por Agente Fiscal”, 3 de marzo de 2020, voto de la jueza María Florencia Budiño – al que adhieren los demás jueces. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/03/fallos48687.pdf>

corresponde ingresar a la postura que sostiene que los mínimos penales son vinculantes pero pasibles de perforación ante casos excepcionales y concretos.

#### 4. MÍNIMOS PENALES VINCULANTES PERO PASIBLES DE SER PERFORADOS

De acuerdo a lo desarrollado anteriormente, la postura que mejor explica la naturaleza de los mínimos penales es la que afirma que estos son vinculantes para los jueces, pero pasibles de ser perforados en casos particulares. En efecto, estos casos particulares se caracterizan por estar rodeados de ciertas circunstancias que convierten la pena mínima del caso particular en desproporcionada, situación que habilita su perforación.

Los principales teóricos que defienden esta postura son Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar (2002, p. 996). Si bien estos autores son citados como defensores de la postura que sostiene el carácter indicativo de los mínimos, en realidad, apelan a una idea diferente: reconocen la existencia de los límites mínimos como una norma jurídica válida que encorseta al juez al momento de determinar la pena y únicamente puede ser dejada de lado cuando una norma de mayor jerarquía lo exija. Estos autores entienden que el establecimiento de límites mínimos responde a una política legislativa que, como tal, escapa del ámbito de competencia de los jueces. Sin embargo, son los jueces los encargados de evaluar la constitucionalidad de las normas cuando juzgan los casos particulares.

Así también lo entiende la jurisprudencia de casación argentina tanto en los casos en los que avala la perforación como en aquellos en los que deniega que se hayan verificado los elementos necesarios para hacerlo. Entre los primeros, un claro ejemplo lo constituye el caso “Ríos” en el cual se revocó la sentencia que impuso la pena de cuatro años de prisión – pena mínima establecida en la legislación – por considerar que la misma era violatoria del principio de culpabilidad. En este caso se juzgaron delitos vinculados a la comercialización de estupefacientes. Los hechos pueden resumirse de la siguiente forma: en un operativo de investigación en contra de Ríos se pudo constatar que vendió *Cannabis sativa* a una persona. Al detener a esta última le encontraron un cigarrillo de setecientos cincuenta miligramos (0,75gr). A partir de esta prueba se ordenó el allanamiento del domicilio del acusado donde se encontró que tenía en su poder siete mil doscientos cincuenta miligramos (7,25gr) de este narcótico distribuidos en diferentes envoltorios con fines de comercialización. Hay una cuestión que es necesario tener en cuenta en este fallo: es el órgano acusador quien propone modificar la sentencia de grado e imponer una pena de tres años de prisión en suspenso. Esta circunstancia obliga a los jueces de casación a no poder superar este límite

impuesto por el órgano acusador, de lo contrario dictarían una sentencia *extra petita*. Sin embargo, en su desarrollo, los jueces comparten el análisis efectuado por el acusador y la solución propuesta.

El planteo del acusador es bastante esclarecedor con respecto a las circunstancias particulares que rodean el caso y que permiten concluir que escapa de los lineamientos generales. En otras palabras, es un caso excepcional y, por lo tanto, no encaja en las previsiones de reprochabilidad establecidas en la ley penal:

Entiendo que, en el presente caso se verifican circunstancias excepcionales por las cuales, la pena de cuatro años de prisión impuesta a [Ríos] vulnera el principio de culpabilidad.

... se patentizó una inequidad manifiesta pese a que se le impuso a Ríos el mínimo de la pena para el delito enrostrado, porque éste devino desproporcionado en el caso a la culpabilidad por el hecho. Por esa razón corresponde a los tribunales juzgar sobre él (Fallos 322:2346, a contrario sensu).

En efecto, en lo atinente a los datos objetivos, como ser la gravedad del ilícito y el daño causado al bien jurídico tutelado, cabe resaltar por un lado que, en el caso, el imputado no pertenece una organización dedicada al tráfico de narcóticos con amplia capacidad operativa, técnica y/o económica. Por el contrario, se trata de un individuo que operaba en forma solitaria que vendía droga al menudeo, en su domicilio y en pequeñas cantidades; además ese estupefaciente era marihuana y no otros de mayor poder adictivo y lesivo para la salud; la cantidad de droga secuestrada no sólo es extremadamente escasa (7,5 gramos de marihuana) sino que, su concentración de THC no superaba el 3%. En consecuencia, entiendo que la magnitud del ilícito no afectó de manera considerable el bien jurídico tutelado que, vale recordar, es la salud pública en general (delitos de peligro) y no la integridad corporal individual.

En lo atinente a los aspectos subjetivos, debe resaltarse que Ríos no tiene antecedentes penales, tiene una situación económica estrecha y además, tiene cinco hijos menores de edad a su cargo.

... Entiendo que una pena adecuada será la de tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso...<sup>17</sup>

Tal como se expresa en este planteo, “Ríos” presenta circunstancias excepcionales que permiten reconocer que es un caso que no encuadra completamente en los marcos penales de los delitos que cometió. Si bien la norma busca castigar la comercialización de narcóticos que afectan la salud pública, en este caso no solo hay escasa cantidad de estupefacientes secuestrados, sino que tienen tan poco nivel de Tetrahidrocannabinol (THC)<sup>18</sup> que no implican una afectación seria a la salud pública. Por otro lado, las circunstancias personales del acusado constituyen elementos atenuantes de su reprochabilidad. A su vez, la mayoría del tribunal de casación sostuvo que:

<sup>17</sup> Fiscalía General N° 4 - Cámara Nacional de Casación Penal – Sala II, Argentina “Dictamen N° 7285 en ‘Ríos, Mauricio David s/recurso de casación’”. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-rios-mauricio-david-recurso-casacion-fa13261027-2013-04-16/123456789-720-1623-1ots-eupmocsollaf>

<sup>18</sup> Es el principal constituyente psicoactivo del cannabis, cuya concentración suele ser entre el 6% y el 14%.

coincido con las apreciaciones que formula el [órgano acusador] ..., puesto que teniendo en cuenta las particularísimas circunstancias verificadas en el caso, especialmente la escasa afectación al bien jurídico tutelado por la norma, el tope mínimo indicado, excede la medida de culpabilidad, en franca violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes.

... Si de proporción se trata entre la conducta que se reprocha y la respuesta penal correspondiente, se debe tener especialmente en consideración al momento de decidir, insisto en esto, que el Sr. Fiscal General, Dr. De Luca, destacó que el encartado Ríos no pertenece a una organización dedicada al tráfico de narcóticos con gran capacidad operativa, sino que comercializaba estupefacientes en forma solitaria y en pequeñas cantidades, que se trataba de marihuana y no de otra sustancia de mayor poder adictivo y lesivo para la salud, y que la cantidad de droga secuestrada no sólo es extremadamente escasa, sino que su concentración de THC no superaba el 3%; por tales razones, consideró que la sanción a imponer, no debe superar los tres años de prisión ...<sup>19</sup>

La jueza Ledesma es clara al afirmar que el presente es un caso excepcional en el cual las circunstancias particulares relatadas por el órgano acusador dan cuenta que la pena mínima excede el nivel de reproche al acusado.

Ahora bien, hay una cuestión que es fundamental en esta postura y que la jurisprudencia de casación acepta: la pena en abstracto no es irracional, sino que se vuelve irracional en el caso concreto. Esto es compartido por otros tribunales de casación argentinos que, aun revocando sentencias que perforan mínimos, lo hacen argumentando que, precisamente, no se dan las circunstancias excepcionales que habilitan el apartamiento de estos límites. Un claro ejemplo de esto es el caso “Guffanti”, en el cual la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, revocó la sentencia de un tribunal que había condenado a cinco años de prisión al acusado por el delito de homicidio simple – cuya pena mínima es de ocho años de prisión.

La particularidad de esta sentencia radica en que el tribunal, al momento de argumentar la revocación, comienza rechazando la postura que entiende que los mínimos son indicativos y, citando el precedente “Pupelis”, afirma que es facultad exclusiva del legislador el establecimiento de los marcos penales. Sin embargo, no escapa a la posibilidad de analizar la perforación de los mínimos, y sostiene que:

los sentenciantes, únicamente se han limitado a hacer referencia a aquellas circunstancias personales del acusado, recurriendo a una fórmula genérica y dogmática, al afirmar que la norma penal en cuestión –art. 79 del Cpen- se encuentra en colisión palmaria con nuestra Carta Magna y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que la complementan, sin siquiera hacer

<sup>19</sup> Argentina, Cámara Federal de Casación Penal - Sala II “Ríos, Mauricio David s/recurso de casación”, 16 de abril de 2013, voto de la jueza Ángela Ester Ledesma. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-rios-mauricio-david-recurso-casacion-fa13261027-2013-04-16/123456789-720-1623-1ots-eupmocsollaf>

referencia a que norma Constitucional o de los Tratados mencionados se encuentra comprometida con la situación aquí planteada.

Sumado a ello debo agregar que tampoco considero que la escala penal con que se reprime el delito en estudio afecte el principio de proporcionalidad de las penas. En efecto la previsión legal no es “per se” irracional y la sentencia cuestionada no ha demostrado que supere el límite establecido por los principios de culpabilidad y proporcionalidad.<sup>20</sup>

En estos párrafos, el tribunal de casación deja en claro que el tribunal de juicio no explicó por qué en dicho caso correspondía perforar los límites mínimos establecidos por la ley. Por el contrario, al momento de establecer la condena, el tribunal se limitó a enunciar una “fórmula genérica y dogmática”, en el sentido de nombrar ciertas circunstancias y vincularlas a normativas de orden superior, sin justificar cómo convierten a la conducta juzgada en un caso excepcional que habilita la perforación del límite mínimo. Por esta razón, los jueces de casación concluyeron que se debía imponer una pena de ocho años de prisión (límite mínimo del delito).

Otro claro ejemplo de un caso de una errónea argumentación de perforación de los mínimos es “López”. En esta sentencia, los tres miembros del tribunal concluyen que el acusado ha cometido el delito de robo agravado por el uso de armas; sin embargo, al momento de determinar la pena, un juez en minoría propone seis años de prisión, mientras que los otros dos jueces proponen la pena de un año de prisión en suspenso. Como se observa, hay mucha distancia entre las dos propuestas de pena, pero lo más paradójico lo constituye la argumentación del voto en mayoría para llegar a una pena tan disímil con lo establecido en la legislación penal argentina (cinco a quince años de prisión). En efecto, la jueza Bernard se limitó a afirmar que compartía el mismo criterio del juez Juliano en otra causa e, inmediatamente, transcribió parte de la sentencia dictada para concluir que el mínimo penal establecido para el delito de robo agravado por el uso de armas era inconstitucional.<sup>21</sup>

Es claro que esta sentencia no cumplía con las exigencias necesarias para poder dictar la inconstitucionalidad del límite mínimo. En primer lugar porque, como afirmó la Corte Suprema argentina en “Pupelis”, no corresponde a los jueces el examen de la política legislativa de la determinación de los marcos penales – salvo, claro está, que estos sean irrazonables. En segundo lugar, no basta con la reiteración de argumentos dados en otra sentencia, sino que es necesario acreditar que las circunstancias que rodean el caso lo convierten en excepcional.<sup>22</sup> Estas

<sup>20</sup> Argentina, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala IV “Guffanti, Marcelo Daniel s/ Recurso de Casación interpuesto por Fiscal General”, 9 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=121569>

<sup>21</sup> Argentina, Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea “Lopez, Marcelo Ezequiel. Robo Agravado”, 10 de septiembre de 2002. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/15647-lopez-toc-1-necochea-robo-agravado-uso-armas-pena-minimos-legales-inconstitucionalidad>

<sup>22</sup> Con esto no quiero negar la posibilidad de que ante casos idéntico o cuyas circunstancias son análogas se puedan reiterar los argumentos expuestos en otra sentencia. Sin embargo, la sentencia debe argumentar por qué los dos casos son análogos y pueden decidirse de la misma manera. Por ello, no basta con citas textuales que signifiquen

circunstancias deben ser tales que lleven a la conclusión de que la pena mínima establecida en la ley es desproporcionada para el caso en particular.

Una de las cuestiones que cobran fuerza en estos casos de errónea perforación de los mínimos es la pérdida de interés en la víctima. Tanto en “Guffanti” como en “López” los jueces ponen el foco en el acusado, perdiendo de vista a las víctimas del delito. Hay un acuerdo generalizado en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de que el cálculo de la pena se realiza sobre la culpabilidad del acusado y la lesividad de su conducta. No se trata de una opción excluyente, sino que deben ser tenidos en cuenta ambos elementos y con ellos la perspectiva de la víctima se hace presente. En otras palabras, el principio de proporcionalidad cobra fuerza en la perspectiva que entiende que el castigo penal debe ser proporcional al reproche o culpabilidad, los cuales comprenden al delincuente y a la víctima, toda vez que algunas conductas delictivas – como matar o herir – son definidas, al menos parcialmente, en términos del impacto efectivo hacia otras personas, independientemente del modo en que le parecieron al autor (Gardner, 2007, pp. 245–250).

Teniendo presente esto, surge con claridad la importancia de la labor judicial al momento de discernir si se ha cometido un delito, la determinación de cuáles son las circunstancias que lo rodean y cómo impactan en el cálculo de la culpabilidad, la lesividad y la reprochabilidad de la conducta.

En concreto, la concepción que entiende que los mínimos penales son vinculantes pero pasibles de perforación puede ser reconstruida de la siguiente manera:

1. Los marcos penales son obligatorios porque, al reconocer un reproche mínimo para cada tipo penal, evitan que se viole la finalidad de la pena en cuanto comunica al sujeto responsable del delito, a la víctima y a la sociedad que la conducta del primero no puede ser aceptada ni justificada.

2. Los marcos penales son necesarios porque permiten o ayudan a garantizar la proporcionalidad relativa al establecer límites entre los que se tienen que mover los jueces para condenar. Con los marcos penales se disminuye la posibilidad de tener condenas muy diferentes para delitos similares.

3. Sin embargo, el marco penal – en su límite mínimo – no puede pensarse como imperativo, toda vez que existen casos excepcionales en los cuales el nivel de culpabilidad o lesividad es menor que el límite mínimo. Esta situación obliga a perforar los mínimos apelando a su declaración de inconstitucionalidad o apartamiento para el caso particular.<sup>23</sup>

---

una copia de los argumentos dados en el caso anterior, sino que es necesario justificar cómo el caso que se está juzgando es excepcional y por qué corresponde aplicar una pena menor a la establecida en la legislación penal.

<sup>23</sup> Un punto importante a tener en cuenta aquí es que los principios pueden ser derrotados, al menos en un sentido amplio. Los principios que establecen la obligatoriedad de los límites mínimos, en este caso, son derrotado por el



4. Para que esto último suceda es necesario que las circunstancias que rodean el caso lo conviertan en excepcional, de tal manera que, aun aplicando la pena mínima establecida en la ley, la condena sea irracional para el caso específico. En este punto, la culpabilidad y la lesividad son fundamentales para poder determinar el castigo proporcional.

5. Por último, en estos casos la pena no es irracional, se vuelve irracional para el caso concreto. De aquí que no basta con que los jueces realicen una crítica a las penas en abstracto, o realicen argumentaciones dogmáticas o meras citas con casos similares. Es necesario que, del proceso judicial, surja con claridad que el caso específico es excepcional y, por lo tanto, escapa a las previsiones pensadas por los legisladores al momento de establecer la pena en concreto.

Esta interpretación es la que mejor justifica la naturaleza de los mínimos penales toda vez que, además de reconocer la importancia de los límites mínimos, entiende que existen casos que escapan a las consideraciones legislativas y que no pueden ser tratados como los demás. La excepcionalidad que interesa aquí radica en que la culpabilidad del agente o la lesividad de su conducta impiden encuadrarlos en el marco penal establecido y obligan, a fin de respetar el principio de proporcionalidad, a condenar por debajo del límite mínimo.

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se han desarrollados tres posturas diferentes que discrepan en torno al estatus jurídico de los límites mínimos de los marcos penales. La primera postura sostiene que estos mínimos son meramente indicativos, en el sentido de que existen consideraciones de principio para no conceder peso alguno a los límites mínimos. Estos principios serían los de división de poderes, de culpabilidad, de lesividad, de prohibición de aplicación de penas crueles, inhumanas y degradantes, y de proporcionalidad. En el segundo apartado demostré que esta postura es incorrecta por tres razones. La primera es que los límites establecidos por la legislación facilitan el cálculo de proporcionalidad y de la determinación de la pena en concreto, ya que limita el abanico de penas posibles. Sin embargo, esto no significa negar el principio de pasimonia, más bien lo amplía en tanto exige su aplicación no solo al límite máximo, sino también al mínimo. En segundo lugar, los límites implican el establecimiento de un nivel de reproche mínimo para ciertos delitos que merecen ser castigados. Esto no significa que todos los delitos deban tener un límite mínimo establecido expresamente, ya que ciertos tipos penales podrían carecer de ellas en razón de que admiten un rango de conductas que pueden implicar un reproche ínfimo. En tercer lugar, el

---

juego de los principios que permiten perforarlos. No es mi intención desarrollar con mayor profundidad este problema sobre el cual diversos filósofos lógicos analíticos se han explayado en abundancia.



problema de esta postura es que plantea una propuesta de modificación de la legislación penal. En efecto, los límites mínimos existen y constituyen un corsé al momento de aplicar penas. Esto es reconocido por jueces y juristas que, lejos de limitarse a brindar una propuesta interpretativa, propugnan modificaciones legislativas que establezcan el carácter indicativo de los límites mínimos o, directamente, su supresión.

La segunda postura plantea una idea en las antípodas: los límites penales tienen carácter imperativo y, por lo tanto, no pueden ser dejados de lado por los jueces. El punto nodal de su argumentación radica en que estos límites tienen una función esencial en el sistema institucional: poner barreras a la discrecionalidad judicial. En el tercer apartado argumenté que esta postura no puede prosperar en tanto no brinda respuestas adecuadas a aquellos casos difíciles en los cuales la culpabilidad del agente o la lesividad de su conducta no se condicen con el límite mínimo. En efecto, en estos casos el problema no se encuentra en los marcos penales establecidos en la legislación penal, sino que la pena mínima es desproporcionada para el caso concreto. En otras palabras, aquí no se reniega de los límites penales, sino de la desproporción que representan para el caso particular que se está juzgando.

Finalmente, la tercera postura entiende que si bien los límites mínimos son vinculantes para los jueces, pueden ser perforados en casos particulares en los cuales esta pena se muestra desproporcionada. Esta postura es la correcta, en tanto entiende que los mínimos penales facilitan la determinación de la pena, establecen un reproche mínimo para ciertos delitos y reconoce la existencia de ciertos casos excepcionales en los cuales el nivel de culpabilidad o de lesividad es menor que el límite mínimo.

Luego de evaluar críticamente estas tres posturas en pugna se puede afirmar que el estatus jurídico de los límites mínimos es que son vinculantes para los jueces y únicamente se pueden dejar de lado cuando el caso particular presenta ciertas circunstancias que lo convierten en excepcional; más precisamente, cuando la culpabilidad del acusado o la lesividad de su conducta se muestran desproporcionadas con el límite mínimo legal. En su argumentación los jueces deben demostrar cómo estas circunstancias impactan en el cálculo de la pena, convirtiendo la pena mínima en inconstitucional para el caso particular. En concreto, lo que se debe demostrar no es que los marcos penales son desproporcionados, sino que lo son para el caso particular.

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*, España, Gredos, 2015.



BRAITHWAITE, John y PETTIT, Philip. *Not Just Desert. A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

DEVOTO, Eleonora y GARCÍA FAGÉS, Mercedes. “De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas.- Un camino con un retorno posible”. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* (11), pp. 2172–2179, 2007.

DUFF, Robert Antony. *Punishment, communication, and community*. New York: Oxford University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

GARDNER, John. *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

JULIANO, Mario. “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”. En ZAFFARONI, Eugenio y otros (dirs.) *Pensamiento Penal del Sur I*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, pp. 485-503, 2004.

MARTÍN, Adrián. “Determinación judicial de la pena: pautas para un sistema acusatorio de enjuiciamiento”. En TARRÍO, Mario (dir.) *Debates en torno al Derecho Penal II*. Buenos Aires: Cátedra Jurídica, pp. 93-137, 2009.

MARTÍN, Adrián. “Algo más sobre determinación de la pena. Notas sobre la necesaria disminución de habilitación de poder punitivo”. En ALAGIA, Alejandro, DE LUCA, Javier y SLOKAR, Alejandro (dirs.) *Determinación judicial de la pena y Ejecución de la pena. Compendio de doctrinas. Incluye las ponencias presentadas en el marco del “Congreso Internacional de Ejecución Penal”, realizado en la Facultad de Derecho (UBA), en agosto de 2013*. Buenos Aires: INFOJUS, pp. 295-308, 2014.



MORABITO, Rodrigo. “Apartamiento sistemático de los mínimos en las escalas penales”. *Derecho Penal y Criminología*, (III) 2, pp. 7–12, 2013.

PARMA, Carlos y GORRA, Daniel. *Código Penal. Analizado. Concordado. Anotado con referencias jurisprudenciales*. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.

PART, Daniela. “Mínimos de escalas penales indicativos”. *Derecho Penal y Criminología*, (IV) 7, pp. 37–45, 2014.

POPPER, Karl. *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*. New York: Routledge, 2002.

REKERS, Romina. *La democratización republicana del castigo. Más allá del populismo y el elitismo penal*. Córdoba: Editorial de la UNC, 2020.

TASIOULAS, John. “Mercy”. *Proceedings of the Aristotelian Society*, (103), pp. 101–132, 2003.

TASIOULAS, John. “Punishment and Repentance”. *Philosophy*, (81) 2, pp. 279–322, 2006.

ZAFFARONI, Euegnio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2002.

ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2013.

## **JURISPRUDENCIA CITADA**

Argentina, Cámara del Crimen de Laboulaye “Galíndez, Mariela Fabiana p.s.a. homicidio simple”, 10 de octubre de 2012.

Argentina, Cámara en lo Criminal de la 2<sup>da</sup> Nominación de Córdoba “Galíndez, Mariela Fabiana”, 19 de julio de 2009. Disponible en: <https://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/2519>

Argentina, Cámara Federal de Casación Penal - Sala II “Ríos, Mauricio David s/recurso de casación”, 16 de abril de 2013. Disponible en: <http://www.saij.gov.ar/camara-federal-casacion-penal-federal->



[ciudad-autonoma-buenos-aires-rios-mauricio-david-recurso-casacion-fa13261027-2013-04-16/123456789-720-1623-1ots-eupmocsollaf](#)

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación “Pupelis, M.C. y otros s/ robo con armas” (Fallos: 314:424), 14 de mayo de 1991. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=2791>

Argentina, Fiscalía General N° 4 - Cámara Nacional de Casación Penal – Sala II “Dictamen N° 7285 en ‘Ríos, Mauricio David s/recurso de casación’”. Disponible en: <http://www.saij.gov.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-rios-mauricio-david-recurso-casacion-fa13261027-2013-04-16/123456789-720-1623-1ots-eupmocsollaf>

Argentina, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala II “Sandoval, María José y Sandoval, José María s/ Recurso de Casación interpuesto por Agente Fiscal”, 3 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/03/fallos48687.pdf>

Argentina, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires - Sala IV “Guffanti, Marcelo Daniel s/ Recurso de Casación interpuesto por Fiscal General”, 9 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=121569>

Argentina, Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea “Lopez, Marcelo Ezequiel. Robo Agravado”, 10 de septiembre de 2002. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/15647-lopez-toc-1-necochea-robo-agravado-uso-armas-pena-minimos-legales-inconstitucionalidad>

Argentina, Tribunal Oral en lo Criminal Nacional N° 15 “Causa N° 3433, seguida contra Mario José Soria”, 5 de diciembre de 2011. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos32776.pdf>

Argentina, Tribunal Superior de Justicia de Córdoba - Sala Penal “Galíndez, Mariela Fabiana p.s.a. homicidio simple –Recurso de Casación-”, 29 de marzo de 2012. Disponible en Semanario Jurídico N° 1866 (19/07/2012).



**Sobre o autor:****Manuel Francisco Serrano**

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Magíster en Filosofía por la Universidad Nacional de Quilmes. Profesor Asistente de Ética en la Universidad Nacional de San Luis. Becario posdoctoral del CONICET.

Universidad Nacional de San Luis (UNSL) - Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)

Lattes: <https://www.researchgate.net/profile/Manuel-Serrano-18> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1515-2395>

E-mail: manu.602@gmail.com

