

# CASOS DE PERFORACIÓN DE LOS LÍMITES MÍNIMOS PENALES POR DESPROPORCIÓN CON LA CULPABILIDAD Y CON LA LESIVIDAD

## CASES OF BREACHING MINIMUM PENAL LIMITS DUE TO DISPROPORTIONALITY WITH CULPABILITY AND HARMFULNESS

Manuel Serrano

<https://orcid.org/0000-0002-1515-2395>

Instituto de Investigaciones en Ciencias Humanas y Sociales (IICHS-UNSL) - CONICET

[mserrano@unsl.edu.ar](mailto:mserrano@unsl.edu.ar)

Argentina

<https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.05>

Recibido: 2 de mayo del 2024.

Aceptado: 14 de octubre del 2024.

### SUMARIO

- Introducción
- La desproporcionalidad entre el mínimo penal y la culpabilidad del agente
- La desproporcionalidad entre el mínimo penal y la lesividad de la conducta del agente
- Valor normativo de los principios en la perforación de los mínimos penales
- Conclusiones
- Referencias bibliográficas

### RESUMEN

Una de las estrategias legislativas más extendidas en el ámbito penal es la de establecer límites mínimos y límites máximos para cada delito. De esta manera, al momento de determinar la pena para el caso en concreto, los jueces utilizan estos límites como guías de menor o mayor reproche por la conducta cometida. Entre los elementos en los que se apoyan los jueces para esta determinación se encuentran la culpabilidad del agente al momento de cometer el hecho y la lesividad de su conducta delictiva. Sin embargo, existen ciertos casos en los cuales la pena mínima se muestra desproporcionada con el reproche que merece el agente. En particular, en este trabajo abordaré estas situaciones a fin de reconstruir algunas discusiones existentes en la filosofía jurídica y política.

### PALABRAS CLAVE

compasión, culpabilidad, lesividad, límites mínimos, proporcionalidad.

### ABSTRACT

One of the most widespread legislative strategies in the criminal field involves establishing minimum and maximum limits for each offense. In this way,

when determining the sentence for a specific case, judges use these limits as guides for the level of censure to be applied to the committed conduct. Among the elements judges rely upon for this determination are the culpability of the agent at the time of committing the act and the harmfulness of their criminal behavior. However, there are certain cases in which the minimum penalty appears disproportionate to the censure deserved by the agent. In particular, this paper will address these situations to reconstruct some existing legal and political philosophy discussions.

### KEYWORDS

culpability, harmfulness, mercy, minimum punishment, proportionality.

### INTRODUCCIÓN

En la doctrina penal existe un acuerdo compartido en que la determinación de la pena para los casos concretos depende, principalmente, de dos elementos:<sup>1</sup> la culpabilidad del agente al momento de cometer el hecho y la lesividad de su conducta delictiva. Esto, a su vez, se relaciona con las reglas penales que establecen límites máximos y mínimos de punición.

En nuestros sistemas jurídicos liberales, este límite máximo se presenta como una barrera infranqueable que los jueces no pueden superar. Sin embargo, otra cuestión sucede con los límites mínimos. Existen diversos casos en los cuales los jueces se enfrentan con situaciones que convierten

<sup>1</sup> Esto no significa circunscribir la determinación de la pena a estos dos únicos elementos. Por el contrario, con esta afirmación únicamente pretendo destacar que la culpabilidad y la lesividad suelen ser aspectos que los jueces toman en cuenta para condenar a un sujeto. Cada ordenamiento jurídico puede modificar estos aspectos y brindarle mayor importancia a otros elementos, como la necesidad de resocialización. Agradezco al evaluador anónimo por los comentarios en este sentido.

la pena establecida por la legislación en injusta para el caso particular. En particular, en el presente trabajo me interesan dos fenómenos que se observan en la práctica jurídica: la desproporción entre la pena mínima y la culpabilidad del agente, y la desproporción entre la lesión al bien jurídico y el monto mínimo de la pena. El primer fenómeno se refiere a aquellos casos en los cuales si bien no hay una culpabilidad disminuida, la culpabilidad del agente no es proporcional a la pena mínima. En otras palabras, el agente no tiene disminuidos sus frenos inhibitorios para actuar ni se encuentra sufriendo una emoción violenta; sin embargo, su ámbito de autodeterminación se encuentra obstaculizado por ciertas experiencias en su vida o el contexto en el que vive o vivió, lo que facilita la comisión del crimen. La segunda situación, por su parte, se refiere a aquellos casos en los cuales sin que se esté frente a una lesión insignificante, la misma es mucho menor que el monto de la pena mínima establecida en la legislación penal. Estamos ante situaciones que escapan a las previsiones establecidas en la legislación penal, de aquí que el foco del análisis se centre en la justificación judicial de la determinación de la pena para estos casos particulares.

Mi objetivo aquí será proponer algunos elementos que permitan distinguir los casos elementados de perforación de mínimos por desproporción con la culpabilidad y la lesividad. Para ello, abordaré estas dos situaciones a fin de reconstruir algunas discusiones existentes en la filosofía jurídica y política. En particular, para ilustrar las discusiones y las conclusiones, me apoyaré en la jurisprudencia argentina. Con esto, defenderé que la decisión judicial de perforar los mínimos se debe sustentar en ciertos principios jurídicos que son obligatorios para los jueces.

### **LA DESPROPORCIONALIDAD ENTRE EL MÍNIMO PENAL Y LA CULPABILIDAD DEL AGENTE**

La culpabilidad constituye uno de los elementos que permiten determinar la pena para el caso concreto. Esta afirmación es ampliamente compartida tanto por la doctrina jurídica, la jurisprudencia y los teóricos del castigo. Como afirma Patricia Ziffer (2013, p. 61), la culpabilidad es el reproche social al autor que no ha realizado aquello que se le exigía como ciudadano responsable en esa situación. Se reacciona al fracaso del autor frente a ciertas exigencias de comportamiento.

En particular, me interesa abordar aquellos casos en los cuales la culpabilidad del sujeto es desproporcionada en relación con la pena mínima establecida por la ley

penal. Esto ocurre cuando existen circunstancias que limitan considerablemente el ámbito de autodeterminación del sujeto, sin que por ello la conducta deje ser culpable y, por lo tanto, punible. En otras palabras, estamos frente a situaciones en las cuales el sujeto que comete un delito se encontraba inmerso en un contexto que limitaba su libertad de acción—como la pobreza—, sin suprimirla totalmente. Específicamente, no se incluyen en este análisis los casos relacionados con la culpabilidad disminuida, la emoción violenta y la imputabilidad disminuida, es decir, aquellos relacionados con el estado mental del agente.

### **La compasión y su relación con la culpabilidad**

Los casos que escapan a las previsiones establecidas en la legislación penal no son novedosos en la literatura especializada. Menos aún aquellos que, sin dejar de ser reconocidos como delitos—por estar presentes todos sus elementos característicos—entran en conflicto con las penas mínimas establecidas en la legislación. En particular, en la filosofía del castigo suele ser abordada como un ejemplo paradigmático de la compasión judicial. Esta puede ser caracterizada como una emoción que, frente al sufrimiento de otro (que no es del todo culpable de su situación), busca mitigar o no empeorar su situación porque el agente compasivo reconoce que puede ser vulnerable de manera similar (Serrano 2021, p. 329). En efecto, el problema radica en si es legítimo ser compasivo con algunos casos particulares o si esta compasión implica una violación a la igualdad en tanto implicaría otorgar privilegios a algunos agentes<sup>2</sup>. En este punto, sin desconocer la prolífica discusión que existe en el ámbito filosófico, es posible reconstruir el debate existente entre dos filósofos: Claudia Card y John Tasioulas, toda vez que permite ilustrar claramente los problemas que se hacen presentes al momento de pensar en la justificación de la perforación de las penas mínimas para los casos particulares<sup>3</sup>.

Claudia Card (2002, p. 190) comienza afirmando que la compasión es la mitigación de la pena que

2 De ninguna manera pretendo afirmar que este sea el único problema aquí. Por el contrario, la compasión en el castigo presenta múltiples aristas, tales como sus condiciones de aplicación, su vínculo con las víctimas, si es razonable o no su aplicación, si corresponde a una emoción de los jueces o forma parte del derecho, etc.

3 Este debate no se ha dado de manera explícita en conferencias o intercambios académicos, sino que obedece a las posturas contradictorias de ambos académicos. Apelo al término “debate” a fin de proponer un diálogo entre ideas que me permita evaluar cuáles son los elementos que permiten justificar la perforación de mínimos por desproporción de culpabilidad.

se tiene la autoridad o el poder de infligir a otro. La compasión para reducir o cancelar el castigo es una manifestación del perdón, aunque no todos los demás elementos del perdón estén presentes, más aún, puede haber compasión sin perdón. Es por ello que quien ha cometido un mal ve a la compasión como algo deseable. Sin embargo, esto puede constituirse en una especie de sacrificio para las víctimas en tanto existen daños tan profundos que dificulten la posibilidad de sentir esta emoción (Tirrell 2018, pp. 128-129). Citando a Peter Twambley (1976), Card afirma que la compasión en el ámbito penal es controvertida porque presenta el desafío de establecer una base que permita justificar cuáles son los casos pasibles de ser beneficiados con la compasión y cuáles no, de tal forma que se elimine la arbitrariedad de la decisión.

La base que permite justificar la compasión se encuentra –para Card– en lo que el agente ha sufrido, no por lo que ha hecho. Más precisamente, en las desgracias que ha vivido quien comete un delito. Estas desgracias deben ser inmerecidas y, además, extraordinariamente graves. En otras palabras, lo determinante radica en el sufrimiento del agente, aunque no se vincule con el delito por el cual se lo acusa. Sin embargo, este sufrimiento del agente que delinque se debe sopesar con el sufrimiento de las víctimas de su delito (Card 2002, p. 192). De aquí que en ciertos delitos atroces, como los genocidios, sea difícil pensar que el genocida haya sufrido más que las víctimas o el colectivo atacado<sup>4</sup>.

Por su parte, Tasioulas (2003, pp. 101-115) también reconoce que la compasión debe encontrarse justificada para no caer en privilegios que violenten la igualdad ante la ley. Sin embargo, luego de reconstruir una serie de desacuerdos sobre este punto, afirma que en ellos se plantea una simplificación: se parte de la idea de que la justicia y la compasión son dos valores irreductibles, diferentes y, por lo tanto, propensos al conflicto. Apoyándose en la concepción comunicativa formal del castigo<sup>5</sup>, defiende que la compasión escapa de

la noción de injusticia, al menos en los casos en que la pena establecida, para ser justa, requiera disminuirse. En concreto, para Tasioulas la compasión se vincula con la equidad, pero esta vinculación no se encuentra en los presupuestos fácticos del delito, la benevolencia judicial o el principio de legalidad, sino en el carácter del sujeto juzgado y ciertas vicisitudes de su vida, siempre que adquieran relevancia en la perspectiva comunicativa del castigo<sup>6</sup>.

Como se observa, Tasioulas (2003, pp. 115–117) entiende que la determinación de la pena no se debe limitar a observar el delito, dejando de lado al sujeto. Por el contrario, aspectos como la gravedad del hecho deben entrar en consideración junto con el carácter e historia de vida del delincuente, en tanto que permiten reconocer la posibilidad que tuvo para adecuar su conducta a las previsiones normativas. Los ejemplos en los cuales se apoya están dirigidos a situaciones de violencia y privaciones que afectan la formación de un agente moral autónomo, y aquellos obstáculos que le impiden al agente actuar conforme a la ley. Aquí, la compasión no implica negar o disminuir la responsabilidad penal. No se trata de una pérdida de responsabilidad o un error; no hay justificación o excusa que permita afirmar que el agente no es culpable del delito reprochado. Más bien, existen razones que indican que merece una pena menor a la establecida en la ley penal.

Esta discusión entre Card y Tasioulas permite reconocer algunos puntos de acercamiento. En primer lugar, ambos autores parten de una caracterización similar de la compasión, en cuanto emoción que permite disminuir el castigo y que debe estar justificada para no violentar el principio de igualdad. Además, los dos teóricos se enfocan en la compasión que merece quien es responsable de la comisión de un delito. A su vez, el punto nodal de la compasión se encuentra en vicisitudes de la vida, en circunstancias pasadas que impactan negativamente en la vida del agente. Sin embargo, mientras Card limita la compasión a lo que el agente ha sufrido, no lo que ha hecho; Tasioulas vincula este sufrimiento con la equidad en la perspectiva comunicativa del castigo. Para este autor, no es solo el sufrimiento pasado lo que interesa, sino cómo ese sufrimiento impacta en la pena a aplicar en el caso concreto.

4 Posteriormente, en *Confronting Evils. Terrorism, torture, genocide*, Card va a afirmar que tampoco es posible utilizar la compasión como una causa de justificación para la tortura, como tampoco que estos sujetos sean pasibles de compasión (Card 2010).

5 La concepción comunicativa formal del castigo entiende que el castigo penal debe comunicar al ofensor la censura que merece por su crimen. Con la pena se busca persuadirlo para que se arrepienta de su accionar delictivo, que trate de reformar su carácter y que se reconcilie con la víctima. Esto constituye el piso mínimo sobre el cual se asienta la concepción normativa del castigo, toda vez que es posible que en determinadas situaciones se castigue a alguien apelando –además de comunicar la reprobación– a fines preventivos o de compasión (Tasioulas 2006; y Serrano 2023, p. 119).

6 Es interesante observar que para Tasioulas la compasión es una especie de “obligación imperfecta” en tanto que si bien los jueces pueden tener la obligación de ser compasivos, de esto no se sigue que los criminales tengan derecho a un trato compasivo (Tasioulas y Tasioulas 2013; y Tasioulas 2015).

Es cierto que la compasión lejos se encuentra de ser el fundamento normativo de la perforación de penas mínimas, toda vez que los jueces deben apelar a normas o principios jurídicos para justificar sus decisiones<sup>7</sup>. Sin embargo, la discusión entre estos teóricos anglosajones brinda luz para pensar qué características debe tener un caso para aplicar una pena por debajo del límite mínimo. En efecto, los acuerdos que presentan ambos filósofos del castigo son plenamente reconocidos en los casos en que se perforan las penas mínimas: estamos frente a agentes responsables de la comisión de un delito cuya culpabilidad –entendiéndola como el nivel de autodeterminación para adecuar su comportamiento a la exigencia normativa– se ve afectada por circunstancias que impactan en el agente, como ciertas vicisitudes en su vida.

Estas circunstancias ingresan al razonamiento judicial porque afectan la proporcionalidad que existe entre la pena establecida en el marco penal y el nivel de culpabilidad del agente. El principio de proporcionalidad ocupa un lugar fundamental en toda teoría normativa del castigo porque tiene un contenido altamente intuitivo que se observa en las reacciones negativas de las personas ante una condena excesiva o insuficiente. Esto es así porque funciona como un principio categórico de justicia en cuanto requisito para que el castigo sea justo (Duff 2001, p. 140 y Serrano 2022, p. 870).

Aunque haya una aceptación general de la importancia de este principio, esto no significa que haya un acuerdo sobre cuál es el contenido de este principio. En particular, en este trabajo me voy a apoyar en que la proporcionalidad no busca que los jueces impongan *el* castigo proporcional; sino que identifica el  *rango*  de castigos posibles que serían satisfactorios. En otras palabras, el respeto de este principio no exige que los delitos similares tenga una pena idéntica, sino que es suficiente con que sean razonablemente similares. Dado que no es posible determinar todas las penas de todos los delitos de manera estricta, tampoco es posible especificar todas las circunstancias que admiten una disminución de la pena (Duff 2001, pp. 139–140). Por esto es que, precisamente, existen marcos penales y no una única pena para cada delito. Dentro de estos marcos

penales, es posible que algunos casos admitan penas diferentes aunque constituyan el mismo delito (Serrano 2022, p. 870).

### Ejemplos jurisprudenciales

Teniendo presente esta delimitación, un claro ejemplo de perforación de los mínimos basada en la desproporcionalidad con el nivel de culpabilidad es la causa “Caballero Flores y otras”, en la cual se juzgó la comisión del delito de transporte de estupefacientes agravado por el número de personas. Durante el juicio se comprobó que dos de las acusadas actuaron bajo la modalidad de “mulas” para trasladar clorhidrato de cocaína desde Bolivia hacia la ciudad de Mendoza, Argentina. Esta tarea sería abonada con seiscientos dólares estadounidenses a cada una. La tarea de la tercera acusada era vigilar que las dos primeras realizaran el transporte. Ya en territorio argentino fueron detenidas en un control policial y llevadas a un hospital donde se constató que las mismas transportaban estupefacientes.

Los jueces concluyeron que las tres mujeres habían cometido el delito que se les atribuía y eran responsables penalmente por ello; sin embargo, para determinar la pena que les correspondía, debían tenerse en cuenta algunas circunstancias particulares. En palabras de los jueces:

[...] teniendo en cuenta que si bien se encuentra plenamente acreditado la comisión del ilícito que se le acusa a las encartadas y su participación penalmente responsable – transporte de estupefacientes, agravado por el número de personas – que importa el peligro abstracto o potencial del bien jurídico tutelado: la salud pública. Este cuerpo colegiado estima que a los fines de determinar la sanción penal que corresponde a las imputadas Placida Caballero Flores y Angélica Durán Martínez, se debe tener presente, las particulares circunstancias que emanan de las constancias obrantes en autos y situaciones personales de las encartadas y el móvil que las llevo a participar en la comisión del ilícito que se le adjudica – estado de vulnerabilidad –, ello en aras de imponer la medida justa de la sanción punitiva, so pena de evitar sanciones excesivas e irracionales en base a los principios de proporcionalidad, racionalidad, culpabilidad y humanidad que vedan la posibilidad de imponer pena crueles e inhumanas<sup>8</sup>.

En efecto, las historias de vida de estas acusadas ilustran claramente las vicisitudes a las que se refieren Card y Tasioulas. En su declaración,

7 Una postura diferente es la de Guillermo Lariguet y Luciana Samamé (2017), quienes defienden la existencia de un principio de compasión que sirve de justificación para los casos de pena natural. Por otro lado, Lawrence Solum (2003) propone pensar la compasión como una virtud judicial para lograr sentencias justas.

8 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca “Caballero Flores, Placida; Duran Martinez Angelica y Guzmán Contreras Juana S/ Infracción a la Ley 23.737”, 30 de noviembre de 2015, p. 39.

una de las acusadas explicó que aceptó cometer el delito por necesidad, ya que su padre debía afrontar una cirugía que no podían pagar, dado que su único ingreso provenía del trabajo de ella en un taller de costura donde ganaba seiscientos pesos bolivianos al mes. A esto se sumaba que no había podido estudiar y se encontraba ejerciendo su responsabilidad parental en soledad. Durante la tramitación del juicio, su hija quedó a cargo de su hermana. La otra acusada, por su parte, declaró que cometió el delito por debilidad, para poder mantener a sus cinco hijos (dos de los cuales eran personas con discapacidad) y su hermano (que también era una persona con discapacidad) cuyo cuidado afrontaba en soledad. Ella se desempeñaba como ama de casa y vendía comidas y refrescos para subsistir. No había podido finalizar su formación escolar. A su vez, es necesario destacar que ambas acusadas efectuaron una confesión espontánea, reconociendo que cometieron una conducta delictiva.

El contexto en el que se desenvuelve la vida de estas mujeres lejos se encuentra de ser propenso para lograr sujetos autónomos, tan es así que ambas reconocieron haber delinquido por necesidad. Más aún, las situaciones personales de cada una dan cuenta de vivir en situaciones de pobreza ya que sus ingresos mensuales eran menos de la mitad del salario mínimo en Bolivia<sup>9</sup>, ello sumado a su rol de madres que maternan en soledad, responsables de familias numerosas y con problemas de salud (una con hijos con discapacidad y otra con un padre que debía enfrentar una cirugía). Estas circunstancias permiten reconocer que existen ciertos obstáculos que dificultaban a las acusadas elegir un camino diferente. La medición del nivel de culpabilidad depende de la dificultad que tuvo el agente para adecuar su conducta a la norma. En este caso, es fácil observar que el contexto de necesidad en que se encontraban las acusadas, sumado a la recompensa monetaria prometida –que excedía con crecer sus ingresos mensuales– parece determinante para la comisión del delito. Tan es así que una de ellas declaró durante el juicio que si hubiera tenido un trabajo fijo, no hubiera aceptado cometer el ilícito<sup>10</sup>.

Otra cuestión a tener en cuenta se relaciona con las conductas en sí que tuvieron que desplegar

las acusadas para cometer el delito. Viajaron desde Bolivia hacia Argentina por diferentes medios de transporte con el temor constante de que descubrieran su delito. Además, todo ese recorrido lo hicieron transportando en su interior ciento sesenta y nueve cápsulas que, en total, contenían más de dos kilos de clorhidrato de cocaína, con todo el peligro y malestar que conlleva. Más aún, durante el juicio las acusadas contaron que, al momento de ingerir las capsulas, comenzaron a vomitar y la respuesta de sus “jefes” fue darles antieméticos para poder continuar.

Con todas estas circunstancias, el tribunal entendió que,

[...] en este caso en particular esta magistratura considera que al haberse valorado la confesión espontánea de la comisión del ilícito que realizaron, también corresponde proveer y valorar las circunstancias que las rodeaban en aquel momento, que sin duda alguna las determinaron a delinquir, y que al mismo tiempo, pese a haberse comprobado la comisión de un grave delito, razones elementales de justicia también nos lleva a considerarlas en parte como víctimas del perverso sistema y fenómeno delictual del narcotráfico ya que resultan ser el último eslabón de la cadena del tráfico, que según la experiencia - y que a nadie escapa y pueden pretender ignorar – el estado de vulnerabilidad que se vislumbra en las procesadas, resultan ser aprovechados por los verdaderos responsables de este tipo de crímenes organizados para extender y facilitar la concreción del tráfico ilícito de estupefacientes y que casi siempre permanecen impunes percibiendo importantes beneficios económicos a costa de las condenadas que utilizan como “mulas o camellos”, aprovechándose de su desinformación, de su situación familiar, socio-económica, y de que ponen en peligro su propia salud y vida personal, propendiendo en definitiva tal estado de vulnerabilidad que se observa en las acusadas de referencia, a una reducción del reproche por el injusto penal cometido<sup>11</sup>.

Teniendo presente estas circunstancias y el marco punitivo existente para este delito (seis a veinte años de prisión), los jueces fueron enfáticos en afirmar que el límite mínimo existente era excesivo en relación al nivel de culpabilidad de las dos acusadas que actuaron bajo la modalidad de “mulas”, toda vez que la vulnerabilidad social en que se encontraban ambas mujeres expresaba una clara desproporción con dicha pena. Por ello, la

9 Según Decreto Supremo N° 1988, 2 de mayo de 2014 el salario mínimo en Bolivia en el año 2014 (fecha en que es cometido el hecho) era de mil cuatrocientos cuarenta pesos bolivianos.

10 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca “Sra. a y Otras S/ Infracción a la Ley 23.737”, 30 de noviembre de 2015, p. 15.

11 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca “Sra. a y Otras S/ Infracción a la Ley 23.737”, 30 de noviembre de 2015, pp. 38 – 39.

conclusión de los jueces fue la de condenar a las acusadas a cuatro años de prisión.

Este caso, además de dar cuenta de los acuerdos existentes entre Card y Tasioulas para caracterizar la compasión en el castigo penal, permite darle la razón a este último con respecto a las circunstancias que lo habilitan. Los hechos que impactan decisivamente en la decisión del tribunal no son ajenos a la comisión del delito. Por el contrario, están íntimamente vinculados con él a tal punto de que si las acusadas no hubieran tenido dichas necesidades económicas, no hubieran cometido el delito. Además, estas vicisitudes de la vida y del carácter de las acusadas adquieren relevancia desde la perspectiva comunicativa del castigo. En primer lugar, ambas mujeres reconocen que actuaron incorrectamente y se arrepienten por ello, situación que impacta en el nivel de reproche merecido<sup>12</sup>. En segundo lugar, la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las acusadas impacta negativamente en su posibilidad de autodeterminación y, por lo tanto, en su nivel de libertad para verse influenciadas por la norma. Estas dos cuestiones son las que habilitan una disminución de la pena<sup>13</sup>. Además, la sentencia establece que las acusadas son responsables de la comisión del delito, a tal punto que son condenadas a cuatro años de prisión. Las circunstancias que impactan negativamente en la culpabilidad no implican una eliminación del reproche o un perdón por el delito, sino un reproche menor.

Es importante remarcar que las vicisitudes de deben vincular indefectiblemente con el delito. Si un sujeto ha sufrido la muerte de su pareja y, al pasar el tiempo decide asesinar a una persona por motivos religiosos sin que tenga relación con este sufrimiento previo, la viudez no impactaría en el reproche penal. A lo sumo se podría pensar como un dato anecdótico, al menos que se pueda probar que el fallecimiento de su pareja violentó sus frenos inhibitorios

12 Soy consciente que el rol del arrepentimiento en la determinación del castigo no es un aspecto exento de problemas. Para una profundización del mismo ver Serrano 2023.

13 Un punto adicional a tener en cuenta es el concepto de peligrosidad propuesto por Zaffaroni (1988, p. 326), caracterizado como “la calidad que presenta todo autor de delito, demostrada por las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del mismo y valorada en el momento de imponer la pena, que expresa el mayor o menor grado de probabilidad de que cometa otro delito que guarde cierta relación de especificidad con el cometido”. En este punto, el arrepentimiento de las acusadas puede ser pensado como un indicio que permite concluir que no volverán a cometer otro delito similar. Sin embargo, poder afirmar esto requiere de un análisis mucho más profundo que excede con creces al presente trabajo.

para matar. Harina de otro costal es ver cómo este hecho ingresa en la evaluación de la pena: puede significar una disminución mínima, significativa o no tener importancia alguna, tal como se verá más adelante.

Estos dos elementos adquieren importancia en este apartado toda vez que en la doctrina penal el reproche se encuentra íntimamente vinculado con la culpabilidad. Como afirma Zaffaroni (1999):

Lo que se le reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podía exigírsele que no lo realizara ... En la posibilidad exigible que el autor tuvo de actuar conforme a derecho es, en lo que finca el reproche, porque es lo que evidencia la disposición interna que el autor tuvo para el hecho” (p. 27).

Teniendo en cuenta el arrepentimiento inmediato de ambas mujeres y las circunstancias personales que las motivaron a delinquir, se evidencia una menor reprochabilidad que impacta en una pena menor.

Por otro lado, en este caso también se puede hablar de la equidad en tanto corrección de la justicia legal para abarcar a aquellos casos excepcionales (caracterizados por estar atravesados por circunstancias que dificultan la adecuación al tipo penal y su reproche) (Aristóteles 2015, pp. 120-121). Los jueces reconocen que se ha cometido un delito que merece ser castigado, pero el castigo establecido es desproporcionado en atención a las particularidades del caso. No reniegan de la ley, sino de la pena para el caso particular, de aquí que su solución sea la perforación de la pena mínima.

Ahora bien, debe quedar claro que la perforación de los mínimos por desproporción de la culpabilidad obedece a un nivel de culpabilidad menor al mínimo establecido en el tipo penal. Esta menor culpabilidad no necesariamente se debe encontrar en un contexto de pobreza o necesidades materiales. Lo determinante aquí es que el autor, sin estar constreñido en la posibilidad de elegir un curso de acción compatible con la exigencia normativa, sí se enfrenta con algunos obstáculos que dificultan considerablemente su voluntad para actuar. Estos obstáculos constituyen vicisitudes en la vida del agente y ciertas características de su carácter que impactan en la comisión del delito por el cual se lo juzga.

Teniendo presente estos elementos habilitantes de la perforación de los mínimos por desproporción

de la culpabilidad, inmediatamente surge la pregunta por cómo se relacionan con la víctima. Más precisamente, cuál es el rol de la víctima en la determinación de la pena. El principio de proporcionalidad adquiere relevancia al entender que el castigo penal debe ser proporcional al reproche o la culpabilidad, los cuales abarcan tanto al acusado como a la víctima. Algunos delitos, como el homicidio o la agresión, se definen, al menos en parte, por su impacto real en otras personas, independientemente de cómo lo perciba el autor (Gardner 2007, pp. 245-250). Este impacto en las víctimas se relaciona con la gravedad de la conducta delictiva. De hecho, la reprochabilidad no solo se basa en la culpabilidad del individuo, sino también en la lesividad de su conducta y en cómo afectó a la víctima.

El caso “Guffanti” es un claro ejemplo de este problema. En un primer momento nos encontramos con el juicio que condena al acusado a una pena de cinco años de prisión por el delito de homicidio simple (que tiene una pena mínima de ocho años de prisión). La decisión de los jueces para establecer esta condena estuvo marcada por el contexto particular en que se produce el delito y las vicisitudes de la vida del acusado. El delito fue cometido en un basural, donde tanto la víctima como el acusado trabajaban clasificando y vendiendo basura. La paga por kilo de plástico era ínfima, por lo que debían juntar cerca de quinientos kilos para obtener una suma de dinero mínima para una subsistencia muy precaria. En este basural trabajaban niños de siete años en adelante y el lugar estaba marcado por la violencia y la presencia generalizada de armas, alcohol y estupefacientes. Con respecto al acusado, se trataba de un joven que presentaba serios problemas de adicciones a tal punto que en el momento del hecho delictivo había consumido vino con clonazepam y aspirado combustible.

Frente a esta situación, los jueces entendieron que estaban frente a un caso de desproporción de la culpabilidad y, por lo tanto, la pena mínima de ocho años de prisión resultaba inconstitucional para el caso específico. De aquí que decidieron perforarla y condenarlo a la pena de cinco años de prisión efectiva. Pero el problema de esta solución se encontraba en que, precisamente, los jueces reconocieron que el daño que había causado Guffanti era sumamente significativo: se había asesinado a una persona inocente, un joven en las mismas condiciones que él. Tan es así que los mismos jueces reconocieron:

No debemos perder el norte porque pese a lo dicho, Guffanti aun con su conciencia disminuida, sesgó la vida de Martín Fichera, un joven de apenas 19

años de edad, con toda una vida por delante, con una familia que lo quería y amaba, era un joven solidario, sano que no anda[b]a en nada raro, era una persona pacífica y querido por todos los que lo conocían ... y a su madre se la ha visto durante el juicio clamando justicia también<sup>14</sup>.

Esta circunstancia no fue pasada por alto por el tribunal superior en jerarquía que, a partir de una apelación por parte del órgano acusador, decidió revocar la sentencia y proponer la pena mínima de ocho años de prisión para el acusado<sup>15</sup>.

### Tensión con el derecho penal liberal

Ahora bien, puede surgir un problema al evaluar la corrección de la perforación por desproporción con la culpabilidad del agente: la existencia de ciertas vicisitudes en la vida y el carácter del acusado que han obstaculizado su adecuación a la norma es un elemento altamente dependiente de la historia de vida. De esta manera, parecería que se pone el foco argumentativo en el sujeto y no en el delito, lo que puede generar una tensión con el derecho penal liberal. Sin embargo, la solución de este problema se encuentra en la vinculación que genera Tasioulas entre estas vicisitudes y el delito. En efecto, las circunstancias personales del acusado solo entran en consideración cuando se vinculan con la comisión del delito. Más aun, es una constante en los códigos penales determinar ciertos parámetros o elementos que los jueces deben tener en cuenta al momento de determinar la pena. En este punto, con diferentes términos, se suele apelar al reconocimiento de las circunstancias personales del autor del delito como así también a las circunstancias fácticas del hecho en sí. De esta manera, “la pena debe adecuarse a la personalidad del autor, pero sólo en la medida en que continúe reflejando la gravedad del ilícito concreto” (Ziffer 2013, p. 116).

Por otro lado, estas circunstancias son constitutivas de la culpabilidad del agente por lo cual, para tener relevancia en el análisis que efectúa el juez, deben tener relación con el nivel de autodeterminación del sujeto al momento de cometer el delito. De lo contrario, estas historias de vida tendrían una función meramente anecdótica y, como tales, sí ingresarían en la prohibición del derecho penal de autor.

14 Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata “Guffanti, Marcelo Daniel s/ Homicidio”, 30 de septiembre de 2013, p. 27.

15 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.

Además, las circunstancias personales del acusado son relevantes en la evaluación, ya que constituyen su culpabilidad y son, por lo tanto, uno de los elementos fundamentales para determinar la pena. De esta manera, lejos de tensionarse la noción de derecho penal de acto, se respeta la autonomía de los sujetos, en cuanto se reconoce las diferentes realidades y posibilidades de adecuarse a la norma. En los casos aquí analizados, la falta de adecuación se debe a circunstancias de su vida que les llevan a cometer el delito por el cual se los juzga.

### **Elementos de la desproporción de la culpabilidad con la pena mínima**

En concreto, la perforación de la pena mínima por la desproporción con la culpabilidad del agente requiere de un responsable por la comisión de un delito. Sin embargo, el nivel de culpabilidad de este agente no se condice con el límite mínimo establecido en la legislación penal, ya que existen ciertas vicisitudes en su vida y en su carácter que han funcionado como obstáculos que dificultaron su adecuación a la norma. Estos obstáculos no obedecen a una causa psíquica (como una culpabilidad disminuida), sino a circunstancias diferentes que limitan considerablemente el ámbito de autodeterminación del sujeto. Las vicisitudes de la vida del agente que tienen importancia al momento de determinar la pena son aquellas que afectan considerablemente su ámbito de autodeterminación para cometer el delito por el cual se lo está juzgando. Los fundamentos normativos que habilita esta perforación son los principios de culpabilidad, de proporcionalidad y de prohibición de condenas crueles, inhumanas o degradantes. Por último, la pena, al ser proporcional al reproche del sujeto, debe contemplar su culpabilidad y la lesividad de su conducta.

### **LA DESPROPORCIONALIDAD ENTRE EL MÍNIMO PENAL Y LA LESIVIDAD DE LA CONDUCTA DEL AGENTE**

Teniendo presente los elementos que permiten perforar el límite mínimo por desproporcionalidad con la culpabilidad del agente, corresponde ahora elucidar cuáles son las circunstancias que lo habilitan por desproporción de la lesividad de la conducta del agente. Si bien es posible realizar una distinción analítica de estos dos casos, en la realidad ambos se encuentran íntimamente vinculados, ya que la determinación de la pena depende de la conjunción de ambos elementos:

la culpabilidad del agente y la lesividad de su conducta.

Al igual que en los casos de desproporcionalidad con la culpabilidad, aquí también estamos frente a un sujeto que ha cometido un delito y es responsable. Sin embargo, al momento de determinar la pena, el cálculo del reproche demuestra que la lesividad de su conducta es menor en relación al monto establecido en la pena mínima.

### **El principio de lesividad**

Entre los presupuestos fundamentales del sistema penal moderno de corte liberal se encuentra el principio de lesividad que, entre otras cuestiones, establece que una conducta, para ser punible, debe lesionar derechos de terceros. Uno de los principales formuladores de este principio fue John Stuart Mill en *On liberty*. El objetivo de este ensayo era defender el principio de que la única razón legítima para usar la fuerza contra un miembro de una comunidad es impedirle perjudicar a otros. A su vez, el único motivo que autoriza a las personas, ya sea de forma individual o colectiva, a limitar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa (Mill 2015, pp. 12-13).

De esta manera, para tipificar una conducta como delito se debe probar que la misma ataca a algún bien jurídico particular que debe ser protegido mediante la amenaza penal<sup>16</sup>. Con respecto a la determinación de la pena existe un acuerdo generalizado en que la lesividad de la conducta ocupa un lugar preponderante. Además de evaluar la libertad del sujeto para adecuar su conducta a la norma, también se considera qué tan lesiva fue la conducta delictiva que cometió. A mayor lesividad, mayor reprochabilidad. Esto se observa claramente

16 Con esta afirmación no pretendo desconocer las prolíficas discusiones en torno al principio de lesividad o de daño. Tal como afirmaron Antony Duff y Sandra Marshall (2015), en principio, de la caracterización propuesta por Mill es posible reconocer dos formulaciones: a) tenemos buenas razones para criminalizar cierto tipo de conductas si (y sólo si) esto es eficiente para prevenir el daño a terceros. b) Tenemos buenas razones para criminalizar cierto tipo de conductas si (y sólo si) son lesivas para terceros. Asimismo, existen diferentes interpretaciones de este principio que conllevan a aplicaciones diferentes a la pensada por Mill, por ejemplo ver Vargas 2018.

Por otro lado, Santiago Truccone Borgogno (2017) ha explicado detalladamente los diferentes problemas prácticos que se derivan del concepto de daño en el derecho. Teniendo en cuenta que esto abre un marco de discusión que excede por demás los límites de este trabajo, aquí me restringiré al problema de la lesividad en cuanto elemento que permite la determinación de la pena en sede judicial.

cuando comparamos el hurto de una golosina en un gran supermercado con el hurto de todo el dinero recaudado al final de la jornada en un pequeño local. Evidentemente, aunque los dos se tipifican de la misma manera, nos parece mucho más reprochable el segundo delito que el primero.

Otro acuerdo compartido entre los teóricos del castigo es que no toda conducta que cause un daño debe ser penalizada. Únicamente se deben castigar penalmente aquellas que impliquen una mayor lesividad efectiva a los derechos legítimos de terceros. Según Duff (2001, pp. 59-64), los delitos se caracterizan por ser conductas categóricamente incorrectas. Son consideradas incorrectas dentro de la comunidad y, por lo tanto, públicamente inaceptables para todos los ciudadanos, no solo para las víctimas. Sin embargo, para que adquieran el carácter de delito, deben causar o amenazar con provocar daño a terceros (Duff 2015, p. 125).

Desde una perspectiva consecuencialista, Carlos Nino (1980, pp. 314-315) entiende que la función de la pena es disuadir a las personas de cometer delitos. Sin embargo, el teórico argentino es claro al afirmar que su propuesta “no es que se castigue toda acción que cause el daño o peligro que el derecho está destinado a prevenir, sino que ninguna acción que esté prevista por la ley penal sea reprimida si no genera ese daño o peligro”.

De esta manera, autores como Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002, p. 128) definen el principio de lesividad como aquel que impide “legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo”.

Con esto, es posible hablar de una especie de consenso superpuesto entre diferentes teorías del castigo que acuerdan en torno al contenido del principio de lesividad<sup>17</sup>.

### Ejemplos jurisprudenciales

Existen diversos ejemplos jurisprudenciales en los cuales el agente es responsable por la

comisión de un delito, pero la lesividad de su conducta se presenta desproporcionada con respecto a la pena mínima. Uno de los casos más ilustrativos lo constituye el caso “Ríos”, en el cual se encontró que el acusado era responsable de la comisión del delito de comercialización de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (delitos cuyas penas van de cuatro a quince años de prisión). Si bien el tribunal de juicio condenó al acusado a la pena mínima, un tribunal superior revocó esta pena y propuso una de tres años de prisión en suspenso. En particular, el acusado tenía en su poder aproximadamente siete gramos y medio de *cannabis sativa* distribuidos en diferentes envoltorios para su comercialización.

Entre las circunstancias que los jueces destacaron para disminuir la condena se encontraban las siguientes:

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 a 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<sup>18</sup>.

Lo determinante para tomar esta decisión fue que el acusado no solo tenía una cantidad ínfima de *cannabis sativa* para comercializar, sino que, además, la concentración de tetrahidrocannabinol (THC), el principal elemento psicoactivo, no superaba el 3%<sup>19</sup>.

Otro caso similar es “Sartori y otros”, en el cual se juzgó la comisión del delito de abigeato agravado por la cantidad de ganado y de personas. A los acusados se les juzgaba por haber sustraído siete porcinos. Al momento de los alegatos, tanto los abogados defensores

17 La idea de consenso superpuesto (*overlapping consensus*) propuesta por Rawls (2005) entraña consideraciones de teoría política que permiten comprender cómo diferentes personas aceptan la idea de justicia como imparcialidad (Seleme 2003).

De esta manera, es posible realizar un paralelismo que abarque ciertos acuerdos entre diferentes concepciones del principio de lesividad.

18 Fiscalía General N° 4 - Cámara Nacional de Casación Penal - Sala II “Dictamen N° 7285 en ‘Ríos, Mauricio David s/ recurso de casación’”.

19 Generalmente, el promedio de THC de *cannabis sativa* para consumo se encuentra entre el 14% y el 28%.

como el órgano acusador acordaron que el caso presentaba ciertas particularidades que habilitarían la perforación de la pena mínima. En primer lugar, porque las agravantes de esta norma estaban destinadas a bandas delictivas que contarán con división de tareas y cierta profesionalización en su funcionamiento. Esta situación no se daba en el presente caso, donde los sujetos actuaron torpemente iniciando el desposte a la vista de las personas que transitaban en sus vehículos y sin orquestar un plan para asegurarse el botín. En segundo lugar, la detención se produjo rápidamente, lo cual permitió recuperar los animales mientras se encontraban aptos para consumo humano; además, los acusados no causaron daños como romper tranqueras o candados<sup>20</sup>.

Al igual que en los casos anteriores, aquí no cabía duda de que se había cometido un delito. El conflicto se presentaba al momento de determinar la pena que debía imponerse a cada uno de los acusados. Por un lado, la legislación penal argentina establecía un marco punitivo de cuatro a diez años de prisión; pero, por otro lado, tanto el órgano acusador como los abogados defensores solicitaron una condena de tres años de prisión, efectiva por el primero, en suspenso por los segundos. El juez, reconociendo el conflicto que se le presentaba, decidió:

Tres años es un monto punitivo bisagra que guarda una significación particular en toda la sistemática del Código, pues habilita tanto la imposición de una pena en suspenso, como la obtención de la libertad condicional con ocho meses en caso de cumplimiento efectivo. Es además la pena mínima prevista por el art.167 ter, segundo párrafo, C.P., que tipifica el primer supuesto agravado de abigeato. Pero no es tal supuesto, pues el legislador agravó la figura no solo por el número de cabezas y la utilización de un medio motorizado, sino por la pluralidad de intervinientes. Por lo tanto, respetando la sistemática de un legislador coherente no puedo equiparar ambas conductas, cosa que ocurriría de imponer una pena de tres años de prisión en suspenso, que no sería otra cosa que el mínimo del 167 ter, segundo supuesto.

En consecuencia, la modalidad de prisión efectiva es la que más se ajusta, a mi criterio, a una solución equitativa del caso, donde se tenga en cuenta la intención del legislador, que previó una sanción importante, la proporcionalidad de la pena con el hecho -de modo tal que no resulte una iniquidad manifiesta-, o un apartamiento

irrito del principio de igualdad conforme a precedentes análogos<sup>21</sup>.

Como se observa, en ambos casos los jueces se interesan por la intención o propósito de los tipos penales, en cuanto puente entre la idea de que estos tipos protegen ciertos bienes jurídicos y los casos cuyo problema radica en torno a los bienes jurídicos lesionados. A la vez, entra en juego la noción de principio jurídico, en cuanto puente entre la justificación política de que los casos similares deben ser decididos de manera semejante y aquellos casos difíciles en los que no está claro cómo debe funcionar dicha justificación (Dworkin 1978, p. 105). Esta idea da cuenta de la importancia del principio de lesividad al juzgar y, sobre todo, calcular la condena que le corresponde a quien ha cometido un delito.

En los casos analizados, los tribunales plantean que aunque las conductas se ajustan a un tipo penal específico, no son aquellas que se buscaba prevenir mediante la imposición de una pena. Los jueces afirman enfáticamente que se ha cometido un delito y que el acusado es responsable de su comisión; sin embargo, consideran que la pena establecida es desproporcionada en relación con la gravedad de su conducta. El marco penal para cada tipo delictivo se enfoca en conductas que lesionan un bien jurídico específico. Los casos abordados en este apartado, si bien son lesivos, no alcanzan el nivel de reproche necesario para imponer la pena mínima.

En sus argumentaciones, los jueces sostienen que el objetivo del tipo penal es castigar ciertas conductas lesivas a fin de proteger determinados bienes jurídicos y explican el porqué del monto punitivo; pero luego se concentran en demostrar que el caso que les toca decidir no ingresa en dichas consideraciones. Esto se ve claramente cuando, en el caso “Ríos”, los jueces reconocen que el delito da cuenta de una escasa lesión al bien jurídico tutelado (la salud pública). En sus palabras:

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

20 Juez Unipersonal de la segunda circunscripción judicial de La Pampa “Ministerio Público Fiscal c/Sartori, Sandro Alfredo; Jofré, Walter Darío; Juárez, Ángel Francisco; Juárez, Ángel Fabián (m) s/Abigeato Agravado”, 8 de julio de 2015.

21 Juez Unipersonal de la segunda circunscripción judicial de La Pampa “Ministerio Público Fiscal c/Sartori, Sandro Alfredo; Jofré, Walter Darío; Juárez, Ángel Francisco; Juárez, Ángel Fabián (m) s/Abigeato Agravado”, 8 de julio de 2015, pp. 25–26.

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>22</sup>.

Por otro lado, en la causa de abigeato, los jueces explican que este delito busca proteger un bien jurídico valioso –el ganado porcino– de conductas que implican el funcionamiento de bandas delictivas con división y profesionalización de tareas:

Las graves penalidades por abigeato tuvieron en miras proteger bienes de valía para la economía de nuestro país, que por lo general se encuentran desprotegidos, desalentando la acción orquestada de bandas rurales, donde no solo existe un concierto de voluntades, sino una división de tareas específicas y la utilización de medios motorizados que permiten un rápido desapoderamiento. El catálogo de agravantes, que prevé la norma, tienen que ver con un mayor refinamiento en la comisión de tareas específicas –vg: falsificar marcas y señales, adulterar guías de transporte, conocer el rubro como criador, faenador, comercializador o transportista, cumplir funciones públicas relacionadas a la actividad pecuaria-. En el caso, los acusados mostraron destreza en el faenamiento de ganado menor, pero resulta muy forzado suponer que el vehículo utilizado sea el transporte motorizado que pensó el legislador, o que la participación activa de más de tres sujetos pueda equipararse a una banda dedicada a atracos rurales<sup>23</sup>.

En estos dos casos se observa que los acusados son responsables de la comisión de un delito y han lesionado el bien jurídico protegido por la norma penal, pero el nivel de lesividad es menor que el establecido en la pena mínima. Para poder concluir de esta manera, el punto al que apelan los jueces es la finalidad de la norma; más precisamente, qué conductas se busca desalentar a través de la persecución y el castigo penal. Esta interpretación se muestra plenamente coherente con la concepción generalizada en torno al principio de lesividad: solo las conductas que implican una mayor lesividad deben ser perseguidas penalmente. Este principio, que ilumina la finalidad política al momento de crear tipos penales, permite

comprender qué características debe tener una conducta para ingresar dentro de la pena pensada para desalentar su comisión.

### **Relación con el principio de insignificancia y de oportunidad**

Es importante remarcar que los agentes cometieron un delito y su conducta fue lesiva, a tal punto que no se puede obviar la necesidad de una condena –sea de cumplimiento efectivo o no. Este aspecto permite distinguir estos casos de aquellos que quedan amparados en el llamado principio de insignificancia o son abrazados por el principio de oportunidad procesal. En ambas situaciones nos encontramos ante previsiones de índole pragmática que generalmente se encuentran establecidas en los códigos procesales, los cuales permiten que el órgano acusador desista de la persecución penal en orden a la insignificancia del daño cometido o el monto efímero de la pena que le pudiera corresponder. Asimismo, algunos jueces suelen apelar al principio de insignificancia para no continuar algunos procesos debido a que el delito cometido no implica una lesión significativa a bienes jurídicos, como por ejemplo, el sujeto que hurta un paquete de arroz en un supermercado.

La necesidad de esta distinción radica en poder diferenciar los casos subsumidos por el principio de insignificancia y los casos que implican una desproporcionalidad con el principio de lesividad. Si bien ambos se encuentran relacionados, el segundo da cuenta de una mayor dificultad para descubrirlos en el caso particular. En efecto, en los casos analizados, únicamente luego de un juicio en el que se pudieron probar todos los extremos, los jueces se hallaron en condiciones de reconocer las circunstancias particulares que llevaban a la conclusión de que la lesividad era desproporcionada respecto al mínimo penal. Esto es así porque en estos casos nos encontramos ante la comisión de delitos por parte de agentes imputables que lesionaron un bien jurídico; sin embargo, esta lesión es inferior a la que se buscaba prevenir.

Al igual que el caso de desproporción con la culpabilidad, la determinación de la pena, al depender del nivel de reprochabilidad que merece el sujeto, no se puede limitar a su lesividad. Este elemento debe ser analizado en conjunto con la culpabilidad del agente, toda vez que un análisis completo de ambos elementos podrá establecer un nivel apropiado

22 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, p. 12.

23 Juez Unipersonal de la segunda circunscripción judicial de La Pampa “Ministerio Público Fiscal c/Sartori, Sandro Alfredo; Jofré, Walter Darío; Juárez, Ángel Francisco; Juárez, Ángel Fabián (m) s/Abigeato Agravado”, 8 de julio de 2015, pp. 22-23.

de proporcionalidad. Esta cuestión permite reconocer que, aunque se puedan distinguir los casos de desproporcionalidad de la culpabilidad y desproporcionalidad de la lesividad, ambos están estrechamente vinculados, a tal punto de que no se puede determinar la pena de manera totalmente independiente de estos dos elementos.

### **Elementos de la perforación de los mínimos por desproporción con la lesividad**

De esta manera, para la perforación de los mínimos por desproporción con la lesividad es necesario que exista un delito por el cual los acusados son responsables. Aquí no hay dudas que la acción cometida es típica, antijurídica y culpable. El problema se encuentra en que la lesividad de la conducta es inferior a la que se buscó prevenir. Por esta razón, a fin de no violentar los principios de lesividad, de proporcionalidad ni de prohibición de condenas crueles, inhumanas o degradantes, los jueces deben aplicar una pena por debajo del límite mínimo.

### **VALOR NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS EN LA PERFORACIÓN DE LOS MÍNIMOS PENALES**

Una vez justificados los elementos constitutivos de la perforación del mínimo por desproporción de la lesividad de la conducta del agente y la perforación del mínimo por desproporción con la culpabilidad del agente, corresponde ahora justificar el fundamento normativo de la perforación. En otras palabras, una vez acreditada la existencia de estos elementos, los jueces, además de reconocerlos y explicar su importancia en la decisión que tomarán, deben encuadrarlos en las normas jurídicas correspondientes. En estos dos casos se da una situación *prima facie* problemática: los hechos juzgados no encajan en las reglas que se deberían aplicar. Por esta razón, los jueces apelan a los principios jurídicos para poder dictar una sentencia válida.

Ahora bien, incluso si aceptamos esto, aún queda por resolver si los jueces están obligados a perforar los límites mínimos cuando se presentan los elementos que justifican tal decisión. Esta cuestión no es trivial, ya que los jueces solo pueden apartarse de las reglas establecidas en circunstancias excepcionales. Además, dicho apartamiento debe estar debidamente fundamentado y sustentado. En los casos analizados aquí, a menudo se recurre a la declaración de inconstitucionalidad del límite mínimo, lo cual requiere un esfuerzo

argumentativo considerable. Sin embargo, es posible que, incluso reconociendo la existencia de los elementos constitutivos que justifican la perforación de los límites mínimos, algunos jueces se nieguen a tomar tal decisión. En este punto, defenderé la obligación de los jueces de apartarse de los mínimos cuando las circunstancias que lo justifiquen estén debidamente acreditadas.

Es claro que los principios jurídicos se diferencian de las reglas jurídicas en varios sentidos. Mientras estas últimas se aplican de manera disyuntiva, esto es, se aplican o no a los hechos particulares; los principios funcionan como estándares que deben ser observados. De aquí que la formulación de los dos sea diferente. Los principios son amplios, en el sentido de que establecen derechos que pueden cumplirse de diferentes maneras. Las reglas, por su parte, sí lo hacen (Dworkin 1978, pp. 22–28). Aunque estas dos características son aceptadas y compartidas, existen un sinnúmero de discusiones abiertas en torno a una clara conceptualización de los principios y qué es lo que los diferencia de las normas jurídicas.

En particular, el problema principal radica en lo siguiente: los principios, al no funcionar como normas, tampoco pueden sustituirlos. Por lo tanto, sería un exceso de atribuciones exigir a los jueces que determinen cuándo estos principios permiten condenar por debajo de las reglas establecidas. No obstante, esto no significa que sea imposible. Hay una serie de elementos (vicisitudes en la vida y el carácter del agente que han afectado su culpabilidad o una lesividad menor de la que se buscaba prevenir) que permiten elucidar que se está ante un caso de desproporción entre la culpabilidad o la lesividad y la pena mínima. Para lograr esto, es necesario que el juez reconozca y justifique los rasgos destacados que respalden dicha conclusión. Esto no es una opción, sino una exigencia que suele estar establecida en los códigos penales, al obligar a los jueces a tomar en cuenta el hecho juzgado y las circunstancias personales del acusado al determinar la pena. Más aún, estas exigencias se refieren a la determinación de la pena, razón por la cual se deben interpretar bajo la luz de los principios de humanidad, de lesividad, de culpabilidad y de proporcionalidad (Serrano 2021).

Por otro lado, si la perforación de los límites mínimos fuera una decisión facultativa y no obligatoria, podría suceder que hechos similares tuvieran condenas diferentes ya que algunos jueces perforarían el límite mínimo, mientras que otros no. Esto sería una abierta violación al principio de igualdad ante la ley (Serrano 2021).

Por estas razones es que no se puede negar la obligatoriedad de los jueces de perforar los límites mínimos, una vez acreditada la existencia de las circunstancias que lo justifican.

### CONCLUSIONES EN TORNO A LA PERFORACIÓN DE MÍNIMOS

El objetivo de este trabajo fue proponer algunos elementos que permitan distinguir los casos justificados de perforación de mínimos por desproporción en relación con la culpabilidad y la lesividad. En particular, estos elementos se refieren a ciertas circunstancias en la vida de los acusados y a la lesividad que se buscó prevenir al legislar el delito por el cual se les acusa.

En los casos legítimos de perforación de la pena mínima por desproporción con la culpabilidad del agente, nos encontramos ante sujetos que han atravesado ciertas vicisitudes en su vida y en su carácter, las cuales han funcionado como obstáculos que dificultaron su adecuación a la norma. En otras palabras, son circunstancias que afectaron considerablemente su capacidad de autodeterminación al cometer el delito por el cual están siendo juzgados. Se trata de personas responsables del delito imputado, pero cuya culpabilidad es menor a la contemplada en el límite mínimo del marco punitivo. Por ello, para no vulnerar el principio de culpabilidad los jueces deben perforar estos mínimos para adecuar la condena a la culpabilidad del agente.

En los casos legítimos de perforación de mínimos por desproporción con la lesividad, el problema radica en que la lesividad de la conducta es inferior a la que se buscó prevenir. Nuevamente, nos encontramos ante sujetos que han cometido un delito que ha causado daño a terceros. En otras palabras, el delincuente debe ser castigado; sin embargo, el grado de lesividad de su conducta entra en conflicto con el límite mínimo establecido por la legislación penal. Por esta razón, los jueces deben perforar dicho límite mínimo a fin de respetar el principio de lesividad.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aristóteles (2015). *Ética nicomáquea*. Gredos.
- Card, C. (2002). *The atrocity paradigm. A theory of evil*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/0195145089.001.0001>
- Card, C. (2010). *Confronting Evils. Terrorism, torture, genocide*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511782114>

Duff, A. (2001). *Punishment, communication, and community*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780195104295.001.0001>

Duff, A. (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Siglo Veintiuno Editores.

Duff, A. y Marshall, S. E. (2015) “Abstract Endangerment”, Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalisation. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 3(2), 131-161. <https://doi.org/10.15845/bjclcj.v3i2.905>

Dworkin, R. (1978). *Taking right seriously*. Harvard University Press.

Gardner, J. (2007). *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*. Marcial Pons.

Lariguet, G. y Samamé, L. (2017). El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial. En A. Amaya y otros. *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica*. Tirant lo Blanch, 81–103.

Mill, J. S. (2015). *On Liberty, Utilitarianism, and other essays*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/owc/9780199670802.001.0001>

Nino, C. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Editorial Astrea.

Rawls, J. (2002). *Political liberalism*. Columbia University Press.

Seleme, H. (2003). Equilibrio reflexivo y consenso superpuesto. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (18), 189-200. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i18.504>

Serrano, M. (2021). La discusión en torno al estatus jurídico conceptual o naturaleza jurídica de la pena natural (*poena naturalis*). *Cadernos de Dereito Actual* (16), 322-344.

Serrano, M. (2023). *El concepto de pena natural en la doctrina y la jurisprudencia penal*. Universidad Nacional de Quilmes.

Serrano, M. (2023). ¿Cuándo el arrepentimiento puede disminuir el castigo penal?. *Cadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 50, 165-188. <https://doi.org/10.7203/CEFD.50.26456>

Solum, L. (2003). Virtue Jurisprudence A Virtue-Centred Theory of Judging. *Metaphilosophy* 34(1/2), 178–213. <https://doi.org/10.1111/1467-9973.00268>

- Tasioulas, J. y Tasioulas, J. (2013). “Lawful Mercy” in Measure for Measure. En J. Keown y R. P. George (edit.) *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis*. Oxford University Press, 219-235. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199675500.003.0015>
- Tasioulas, J. (2003). Mercy. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 103, 101-132. <https://doi.org/10.1111/j.0066-7372.2003.00066.x>
- Tasioulas, J. (2006). Punishment and Repentance. *Philosophy*, 81(2), 279–322. <https://doi.org/10.1017/S0031819106316063>
- Tasioulas, J. (2015). On the Foundations of Human Rights. En R. Cruft, S. Liao y M. Renzo (edit.), *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford University Press, 45-70. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199688623.003.0002>
- Tirrell, L. (2018). Perpetrators and Social Death: A Cautionary Tale. En R. S. Dillon y A. T. Marsoobian (edit.), *Criticism and Compassion. The Ethics and Politics of Claudia Card*. Wiley, 113-132. <https://doi.org/10.1002/9781119463030.ch8>
- Truccone Borgogno, S. (2017). Un concepto de daño y sus consecuencias para la parte general del derecho penal. *Política criminal*, 12(24), 1184-1210. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992017000201184>
- Twambley, P. (1976). Mercy and forgiveness. *Analysis*, 36(2), 84–90. <https://doi.org/10.1093/analys/36.2.84>
- Vargas, M. (2018). El principio del daño. Una posible interpretación a partir de Gardner/Shute. *En Letra: Derecho Penal*, V(8), 154-177.
- Zaffaroni, E. (1988). *Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo V*. Editorial Ediar.
- Zaffaroni, E. (1999). *Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo IV*. Editorial Ediar.
- Zaffaroni, E.; Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Ediar.
- Ziffer, P. (2013). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Ad Hoc.

### Jurisprudencia citada

- Fiscalía General N° 4 - Cámara Nacional de Casación Penal – Sala II “Dictamen N° 7285 en ‘Ríos, Mauricio David s/recurso de casación’”, s/f.
- Cámara Federal de Casación Penal - Sala II “Ríos, Mauricio David s/recurso de casación, 16 de abril de 2013.
- Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata “Guffanti, Marcelo Daniel s/ Homicidio”, 30 de septiembre de 2013.
- 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.
- Juez Unipersonal de la segunda circunscripción judicial de La Pampa “Ministerio Público Fiscal c/Sartori, Sandro Alfredo; Jofré, Walter Darío; Juárez, Ángel Francisco; Juárez, Ángel Fabián (m) s/Abigeato Agravado”, 8 de julio de 2015.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca “Sra. a y Otras S/ Infracción a la Ley 23.737”, 30 de noviembre de 2015.