

# Penas ilícitas

Un desafío a la  
dogmática penal

E. Raúl Zaffaroni



Editores  
del Sur



# Penas ilícitas

Un desafío a la dogmática penal

**EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

ISBN 978-987-47556-4-3

Consejo editorial: Leticia Lorenzo y Mauro Lopardo  
Dirección editorial: Hernán Simkin



[editores\\_del\\_sur](#)



[editoresdelsur](#)



[contacto@editoresdelsur](mailto:contacto@editoresdelsur)



[editoresdelsur.mitiendanube.com](http://editoresdelsur.mitiendanube.com)

---

I. Poder punitivo lícito e ilícito .....	3
II. La situación fáctica en Latinoamérica: los hechos .....	5
1. Poder punitivo ilícito ejercido por agencias administrativas .....	5
2. Poder punitivo ilícito habilitado por jueces .....	7
III. El desafío sin respuesta.....	14
1. Las penas ilícitas son penas .....	14
2. Las objeciones formales.....	15
3. La respuesta punitiva limitada a funcionarios .....	16
4. El silencio doctrinario ante los jueces como autores mediatos de torturas ....	17
5. Las preguntas sin respuesta: los jueces en la contradicción y nadie es responsable de las muertes y torturas .....	19
IV. Una necesaria respuesta dogmática.....	25
1. La dogmática penal tiene capacidad para proporcionar una respuesta dentro del positivismo jurídico.....	25
2. El principio de proporcionalidad de las penas .....	28
3. El problema de las penas de prisión en ejecución.....	29
4. Las penas de prisión que no hubiesen comenzado a ejecutarse .....	31
5. No se trata de una eximente de responsabilidad de los jueces .....	32
V. Conclusión .....	32

A Esteban Righi, *in memoriam*

## I. PODER PUNITIVO LÍCITO E ILÍCITO

Es hoy imposible afirmar que en Latinoamérica sólo se ejerce el poder punitivo dentro de los límites señalados normativamente.

Quizá desde la criminología más o menos radicalizada pueda sostenerse que se trata de un fenómeno mundial, pero incluso admitiendo esta observación, lo cierto es que en nuestra región las manifestaciones ilícitas del poder punitivo son hartamente evidentes. Muchísimos de esos ilícitos consisten en delitos cometidos por funcionarios, la gran mayoría impunes, o sea que, en la práctica, son tratados como conductas atípicas.

Entre los formados en el derecho suele reiterarse la afirmación de que *una cosa es la doctrina y otra la práctica del derecho penal*, esgrimida como explicación de la desilusión de quienes, como estudiantes, encontraron en el derecho penal a su *primera novia*, pero luego siguieron otros caminos científicos o profesionales.

Si bien el *deber ser* nunca llega a *ser por completo* en la realidad y, por ende, no existe ninguna normativa jurídica –civil, administrativa, laboral, incluso constitucional– que se traduzca en la vida de la sociedad en un ajuste perfecto a las normas, este comentario –en apariencia inocuo– referido en particular al derecho penal, en el fondo está indicando que es en esta rama de la ciencia jurídica donde la escisión entre *deber ser* y *ser* alcanza una *dísparidad* que muchas veces llega a la dimensión del *disparate*, lo que –antes o después– redundará en un grave desprestigio para la doctrina jurídico penal que, en alguna medida, ya se halla en curso, aunque buena parte de sus cultores no lo perciban.

El *punitivismo demagógico y populachero de los medios dominantes* opera como factor de racionalización inconsciente en el penalismo, pero impide caer en la cuenta de que el silencio doctrinario frente a la realidad del ejercicio del poder punitivo concede razón a la afirmación de que el derecho es un mero instrumento de las clases dominantes.

Si bien es verdad que los grupos hegemónicos de todos los tiempos pretenden reducir el derecho a esa despreciable condición, la ciencia jurídica tiene el *deber ético* de confrontar con esa pulsión en una continua *lucha por el derecho* –en el viejo sentido de Jhering–, es decir, que se le impone hacerse cargo del sufrimiento de las víctimas del poder meramente represivo, para que la *lucha* se mantenga en el propio campo del derecho.

Aunque no haya garantía alguna de que ese esfuerzo doctrinario tenga éxito –dado que juegan otros muchos factores de poder y la ciencia jurídica no es omnipotente– se le impone como *mandato ético sumarse al esfuerzo de contención*.

Este es el punto donde se toca íntimamente *la ética con el derecho*, porque la historia muestra que cuando éste se degrada a puro instrumento de los grupos hegemónicos, un día los que sufren el poder represivo se lanzan a ponerle fin fuera del derecho –es decir, por la violencia–, lo que nunca es del todo bueno y significa siempre un fracaso del derecho. Por lo menos desde la *toma de la Bastilla* en adelante, el primer impulso de todo

cataclismo social y político, siempre se dirigió, real o simbólicamente, contra los aparatos de ejercicio del poder punitivo.

Por ende, desde lo doctrinario nos incumbe éticamente hacernos cargo de la realidad del ejercicio del poder punitivo ilícito en nuestra región: la ciencia jurídico penal debe proporcionar una respuesta a los interrogantes que su práctica le plantea, especialmente en las cuestiones cruciales que hasta el presente no ha enfrentado con decisión, como es el problema de las *penas ilícitas*.

Comenzaremos por echar una rápida mirada para relevar los hechos que debe considerar jurídicamente la dogmática jurídico penal; verificaremos en segundo lugar que, hasta el presente, la respuesta doctrinaria es muy pobre o directamente nula; por último, indagaremos acerca de los instrumentos conceptuales de que dispone la ciencia jurídico penal y la forma en que corresponde que ésta se haga cargo del problema.

## II. LA SITUACIÓN FÁCTICA EN LATINOAMÉRICA: LOS HECHOS

### 1. *Poder punitivo ilícito ejercido por agencias administrativas*

El poder punitivo ejercido en forma ilícita –típica o no– es un viejo problema en la región. Nos referimos a las conductas ilícitas imputables a funcionarios policiales o penitenciarios, como también a terceros, por omisión de los anteriores.

En primer lugar, no podemos ignorar que en nuestra región se siguen registrando desapariciones forzadas, aunque no todas ellas son imputables a funcionarios estatales, sino a violencia en Estados deteriorados, que han perdido el relativo monopolio del poder punitivo. Esto no significa que no las haya imputables a funcionarios, como el triste caso de los estudiantes de Ayotzinapa.

Fura de estos casos extremos, deben entrar en consideración –por su gravedad– las ejecuciones sin proceso, que son de antigua data y en ocasiones surgen como brotes y en otras son ya normalizadas. Se trata de la *pena de muerte real* en la región, donde el derecho la abolió formalmente, salvo algunos países del Caribe.

Las cifras latinoamericanas de *letalidad policial* registradas superan en mucho a las del hemisferio norte, lo que parece estar normalizado a través

de los medios masivos, con *(de)formadores de opinión* que se permiten incitar pública e impunemente al homicidio afirmando ante las cámaras y los micrófonos que *el mejor delincuente es el delincuente muerto*.

Cuando la frecuencia de muertes estatales o *letalidad policial* es alta, resulta posible comparar cifras y verificar en grandes números si se trata de muertes en enfrentamientos con las policías o de ejecuciones sin proceso<sup>1</sup>. Los casos particulares y no frecuentes no son de fácil comprobación, pues requieren la intervención activa de los jueces, de las autoridades políticas y de las propias cúpulas de las agencias comprometidas con esos homicidios<sup>2</sup>.

Al margen de este ejercicio ilícito letal del poder punitivo –y pese a la ratificación de tratados internacionales– abundan en la región las denuncias de delitos de torturas, malos tratos, lesiones o sufrimientos impuestos por funcionarios o no evitados por ellos, en especial a personas privadas de libertad o en el acto de hacerlo, como también las víctimas de *motines, violencias o tumultos carcelarios* y enfermedades contraídas y lesiones sufridas como resultado de deficientes condiciones prisionales, presos en dependencias policiales, lesiones en traslados y circunstancias análogas.

Casi todas estas lesiones a bienes jurídicos son producto de conductas típicas (activas u omisivas) de funcionarios estatales, aunque algunas los sean por negligencia o por circunstancias no imputables a los funcionarios de las agencias ejecutivas, sino del deficiente material de que estos funcionarios disponen o de las precarias condiciones en que deben cumplir sus tareas.

De toda forma, en el plano internacional se trata de violaciones a los derechos humanos que generan responsabilidad de los Estados, como lo prueban numerosas sentencias del sistema regional de derechos humanos.

Cuando estas lesiones configuran conductas típicas de los funcionarios, en gran medida resultan impunes, dada la dificultad para su investigación o la poca o nula atención que le dispensan los tribunales abarrotados de causas por hechos de menor gravedad, como también por la falta de

1 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Muertes anunciadas*, Editorial Temis, Bogotá, 1992. Reedición: Ediciones Universidad Nacional de Avellaneda, Avellaneda, Argentina, 2016.

2 Como ejemplo de casos pueden verse las dificultades para el esclarecimiento de dos muertes policiales en la represión a pueblos originarios en el sur argentino.

denuncia, ante la amenaza de represalias por parte de los mismos funcionarios o de sus agencias.

Hasta hace algunas décadas, prácticamente estos eran los hechos de poder punitivo ilícito que preocupaban en mayor medida. Hace casi tres décadas que publicamos con motivo de estas prácticas ilícitas un artículo titulado *Las penas crueles son penas*, que tuvo singular éxito en aquellos años<sup>3</sup> y cuyos argumentos centrales reiteramos en una publicación europea<sup>4</sup>.

## 2. Poder punitivo ilícito habilitado por jueces

**2.1. Continuo aumento del número de presos.** En las tres décadas que siguieron a aquellas publicaciones de la última del siglo pasado, se produjo un cambio cualitativo muy negativo, que plantea hoy el problema más agudo y generalizado y hasta *normalizado* en la región: se trata de la *sobrepoblación penitenciaria y del constante aumento de la prisionización* (conocido como el *gran encarcelamiento o encarcelamiento masivo*)<sup>5</sup>.

El número de presos en casi todos nuestros países aumenta incesantemente desde 1992 a ritmos anuales sostenidos, llegando a cifras absolutas y relativas antes nunca registradas. La Argentina pasó de 63 presos por cada cien mil habitantes en 1992, a más de 200 en la actualidad, Brasil de 74 a 333, El Salvador de 98 a más de 600, Perú de 76 a 270, Uruguay de 96 a 300.

Contribuye a ese aumento un mal antiguo de la región, que es el abuso de la prisión preventiva o cautelar<sup>6</sup>, cuyos porcentajes se mantienen altos, excediendo el 40% del total Ecuador (40%), Perú (48%), Argentina (48%),

3 Se publicó en 1992 en *Derecho Penal y Criminología* (Bogotá), pero fue reproducido en la *Revista Boliviana de Ciencias Penales* (La Paz, 1994), en *Nuevo Foro Penal* (Medellín, 1994), *Semanaria Jurídico* (Córdoba, 1995) y *Lecciones y Ensayos* (Buenos Aires, 1996).

4 Zaffaroni, E. R., *Cruel penalties and doubled punishment*, en "Festkrift till Jacob W. F. Sundberg, Juristforlaget, Estocolmo, 1993, pp. 469 y ss.

5 Sobre este concepto, Cuneo Nash, Silvio, *El encarcelamiento masivo*, Didot, Bs. As., 2017.

6 <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

Guatemala (53%), Panamá (54%), Honduras (59%), Dominicana (60%), Uruguay (61%), Venezuela (67%), Bolivia (70%), Paraguay (76%)<sup>7</sup>.

Los recursos pragmáticos procesalmente perfeccionados –como la supresión del plenario por vía de la *plea bargaining* o juicio abreviado– si bien implicaron algunas variantes en el curso de los años, en definitiva, no redundaron en una disminución significativa de estos porcentajes, pese a implicar el paso de *presos sin condena a condenados sin juicio*.

Todo sigue señalando que el alto porcentaje de presos preventivos es indicativo de una alta tasa de población penal *flotante*, imputada por delitos de menor gravedad.

Cabe observar que la creciente prisionización no guarda relación con el crecimiento poblacional general, ni tampoco con la mayor frecuencia de delitos graves, porque en la población penal de nuestra región predominan netamente los presos por delitos contra la propiedad –muchos sin violencia– y por comercio minorista de tóxicos prohibidos (distribuidores entre nuestras clases medias).

La composición de la población carcelaria en la región demuestra que domina la prisionización por hechos que corresponden a la llamada *delincuencia de subsistencia*, lo que se confirma verificando que el porcentaje de presos por homicidios, delitos contra la integridad física y sexuales, por regla no suele superar el 20% del total.

**2.2. Selectividad discriminatoria.** La composición de la población penal es sustancialmente masculina y joven, lo que no quiere decir que no constituya un problema serio la prisionización de mujeres –en especial imputadas por distribución minorista de tóxicos o como *mulas o transportadoras*–, con la gravísima y frecuente alternativa entre separar a madres de sus niños pequeños o mantenerlos junto a ellas en la prisión<sup>8</sup>, dramática opción entre trascendencia de la pena o aumento del sufrimiento por razones de género.

De toda forma, es bastante obvio que el patriarcado tiene –al menos– algún efecto paradójico, pues determina que la población penal sea muy

7 Cfr. Elías Carranza, *Sobrepoblación carcelaria en América Latina y el Caribe, ¿Qué hacer? ¿Qué no hay que hacer? El caso de México*, trabajo inédito en curso de publicación, Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Bs. As., 2020.

8 La Casación argentina acaba de recomendar la prisión domiciliaria de mujeres con hijos pequeños.

mayoritariamente masculina<sup>9</sup>, lo que pone de manifiesto nuevamente que –en nuestra región al menos– a la mujer se la sigue controlando socialmente mediante el dominio propio de la cultura patriarcal<sup>10</sup>. Si el hombre es beneficiario de esa hegemonía social discriminatoria, en lo carcelario la paga con su extrema discriminación prisionizante.

En algunos países donde se mantiene una seria discriminación étnica –sea como cicatriz histórica del sistema esclavócrata o de la colonización genocida originaria– se registran también altos porcentajes de presos (indios o negros y mulatos, según la composición poblacional), que sobrepasan en mucho el de su tasa en la población general (sobre-representación).

De cualquier modo, en todos nuestros países la población penal se compone en su casi totalidad por personas de los estratos más pobres de cada sociedad, es decir, seleccionada conforme a estereotipos clasistas, lo que en algunos se combinan con los elementos racistas señalados antes, o sea que se trata de hombres jóvenes, pobres y en algunos países preferentemente negros, mulatos e indios.

La composición de la población penal muestra que la selección criminalizante se lleva a cabo conforme a estereotipos configurados mediáticamente en el imaginario social con estas características, a las que suele agregarse la de morador de barrios precarios (los *slums* de nuestras ciudades: *villas miserias*, *favelas*, *pueblos jóvenes*).

**2.3. El estado de las prisiones.** Un John Howard moderno verificaría que, si bien no todas las prisiones de nuestra región se encuentran en similares condiciones de deterioro, lo cierto es que arrecia el número de establecimientos en los que la superpoblación excede los márgenes tolerables conforme a los estándares internacionales, en especial los de las Naciones Unidas (que señala una densidad máxima admisible de 120%) y

<sup>9</sup> La población femenina oscila entre un 3 o 4% del total en Dominicana, Uruguay y Argentina, hasta el 8% en Ecuador, Bolivia y Chile (Cfr. Elías Carranza, cit.).

<sup>10</sup> Las explicaciones insólitas de la vieja criminología etiológica, como la lombrosiana, que consideraba a la prostitución un “equivalente” de la criminalidad, es obvio que están por completo superadas.

sus reglas mínimas para el tratamiento de las personas privadas de libertad (*reglas Mandela*)<sup>11</sup>.

En Ecuador, Costa Rica, Brasil, Colombia, Paraguay, Honduras, Dominicana, Nicaragua, El Salvador, Perú, Venezuela, Guatemala y Bolivia, se superan estas cifras, llegando hasta una densidad de 342% en Guatemala y 354% en Bolivia. Diez de los dieciocho países del Caribe también superan el límite tolerable y Haití alcanza una densidad de 365%<sup>12</sup>.

Por lo general, cuando se producen estos excesos, al mismo tiempo se registra una enorme desproporción entre el personal penitenciario y el número de presos. El porcentaje óptimo de funcionarios de seguridad por preso parece estar entre 1 y 3 funcionarios por preso, que son los números europeos<sup>13</sup>. Cabe observar que –en razón de turnos y parte dedicada a la administración– en el servicio de seguridad exclusivamente la tasa ideal está entre 5 y 15 presos por funcionario.

Desde Uruguay, que registra 4 presos (en realidad de servicio 20) por funcionario, hasta Ecuador, con 24 presos (en realidad 120) presos por funcionario<sup>14</sup>, ninguno de los países de la región se encuentra con las cifras óptimas y muchos se alejan insólitamente de ellas.

En estas condiciones el Estado pierde el control del orden interno de las prisiones, que pasa a manos de los propios presos que, por regla son miembros de bandas o grupos estructurados de delincuencia, es decir, de la llamada *delincuencia organizada*.

El control interno por parte de los presos que integran estas organizaciones se torna violento, sometiendo a los que no forman parte de la banda dominante a humillaciones y servidumbres, incluso sexuales. Todo ello sin perjuicio de las eventuales disputas por la hegemonía entre bandas, con alto saldo de víctimas fatales y escenas de inusitada crueldad (ejecuciones, mutilaciones, decapitaciones, etc.), que se normalizan en la creación de

11 Las reglas mínimas originarias datan de 1955, pero han sido reformuladas y adoptadas por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 2015, conocidas ahora como *reglas Mandela*.

12 Cfr. Elías Carranza, op. cit.

13 Cfr. Elías Carranza, idem.

14 Ibidem.

*realidad mediática* como supuestas manifestaciones de la violencia *natural* de la delincuencia.

Las prisiones, en estas condiciones, pasan a ser instituciones en que no sólo se violan reglas que hacen a la alimentación, cubaje de aire, atención de la salud, sino que degradan al máximo la autoestima de los presos, los somete a servidumbre, ponen en peligro su vida en razón de la violencia interna, siendo impotentes para pedir ayuda o protección al personal de seguridad que, cuando existe, lo es en número por completo insuficiente para cumplir esa función elemental.

Si bien en todo el mundo, por efecto del inevitable deterioro de la institución total<sup>15</sup>, en las prisiones se producen más homicidios y suicidios que en la vida libre, esa relación alcanza límites muy altos en nuestra región, donde se ha calculado que por cada homicidio en la sociedad libre, se producen 25 en las prisiones, y por cada suicidio en la sociedad libre, 8 en las prisiones<sup>16</sup>.

**2.4. El efecto reproductor de violencia.** Lejos de cumplir cualquier objetivo que en algún momento permita al preso su reintegro a la vida libre en condiciones al menos no más negativas que las que determinaron su ingreso, la inmersión de una población masculina joven en prisiones degradadas la obliga incorporarse a una banda u organización interna, por elemental necesidad de supervivencia en esa sociedad artificial y violenta.

Esos jóvenes –en gran número poco más que adolescentes– están forzados a adoptar las pautas de conducta de las bandas en razón de una necesaria actitud defensiva de sus vidas que, prolongada en el tiempo, acaba por condicionarles la incorporación de los valores violentos del orden interno y la llamada internalización del estereotipo o asunción de la subjetividad delincencial, cuando se pasa del *yo robé* al *yo soy ladrón*.

Esto confirma las ya antiguas observaciones de la criminología norteamericana, que hace más de cincuenta años advertía que una errada intervención punitiva con motivo de una desviación de conducta (primaria),

15 Erving Goffman, *Internados, Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Bs. As., 1994.

16 Elías Carranza, op. cit.

daba lugar a una desviación (secundaria) más grave, condicionante de *carreras delincuenciales*<sup>17</sup>.

Dicho en términos más claros: en las prisiones deterioradas por superpoblación se internan ladrones y se externan potenciales homicidas, a los que, además, se los libera con el estigma de *ex-presos*, o sea, que el propio Estado se empeña en proveerles de un *certificado de incapacidad laboral* y de *capitis diminutio* social en general.

**2.5. La muerte violenta en la sociedad.** Este condicionamiento deteriorante de los presos, inductor de conductas violentas e incapacitante para la vida libre, no puede menos que incidir sobre las altísimas tasas de homicidios que registran algunos de los países de la región que, conforme a los estándares de evaluación de la ONU, se hallarían en situación crítica en cuanto a muertes violentas. Tengamos en cuenta además que, en esos países, cerca del 50% de los homicidios suelen quedar impunes, sea por falta de diligencia para su esclarecimiento o por tratarse de ejecuciones sin proceso.

Las tasas de homicidio se establecen por su número cada 100.000 habitantes. De los 221 países de la ONU, en 2015 se observan 42 que registran menos de un homicidio anual por cada 100.000 habitantes; hay 30 países que registran entre 1 y 2 homicidios anuales; en el resto de los países se observa que estas tasas van subiendo, hasta que en el extremo máximo aparecen los que se encuentran en situación crítica, con tasas que superan los 15 homicidios por 100.000 habitantes, llegando en algunos casos hasta una tasa de 100. Son 26 los países a los que corresponden estos últimos registros críticos, entre los cuales 21 corresponden a Latinoamérica y el Caribe; los cinco restantes son africanos. México, Colombia, Brasil, Guatemala, Belice, Jamaica, Venezuela, Honduras, El Salvador, superan con creces la tasa de 15 por 100.000 anuales, y este último país registraba en 2015 nada menos que 108<sup>18</sup>, en tanto que Brasil hoy alcanza algo más de 37.

<sup>17</sup> Edwin Lemert, *Desviación primaria y secundaria*, en Rosa del Olmo (ed.), "Estigmatización y conducta desviada", Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia, Maracaibo, 1978.

<sup>18</sup> Cfr. Elías Carranza, op. Cit.

La Organización Mundial de la Salud indica que es alarmante un padecimiento que supere 10 muertes anuales por cada 100.000 habitantes. Teniendo en cuenta que la mayoría de las víctimas de homicidio en los países con tasas más altas son jóvenes, resulta que la muerte violenta es la principal causa de muerte de esa faja etaria en varios países de nuestra región.

En Brasil, tomando en cuenta esa faja etaria y, dentro de ella, abarcando sólo a los jóvenes negros y mulatos, la tasa de muerte violenta alcanza a 100 por 100.000 anuales, lo que implica una verdadera cifra bélica. Estos datos revelan una selección discriminatoria clasista, etaria y racista en la victimización por homicidio, que guarda un casi exacto paralelo con la discriminación que rige la selección prisionizante.

**2.6. La prisión como tortura.** La privación de libertad bajo constante amenaza para la vida y la salud, la subalimentación, el riesgo de enfermedades infecciosas, el sometimiento a grupos violentos de presos –muchas veces humillante y servil–, en dormitorios con hasta tres niveles de camas, provistos de colchones no ignífugos de polietileno (cuya combustión produce asfixia letal por obstaculización de vías respiratorias), escaso o nulo personal de vigilancia, sin un mínimo de privacidad, maltrato a los visitantes, requisas violentas y vejatorias, insuficiente o inexistente personal médico y de enfermería, carencia de medicamentos, se ha considerado por los tribunales internacionales configurador de una forma o modalidad de tortura, dado que el art. 2º de la *Convención Interamericana contra la tortura* no limita la finalidad de ésta a la obtención de información de interés policial o de investigación, sino que los fines que menciona son meramente ejemplificativos, dado que agrega *o con cualquier otro fin*.

Quede claro que no nos estamos refiriendo a las habituales carencias de las prisiones de la región, ni tampoco a la sobrepoblación dentro de límites tolerables ni a los defectos corrientes por todos conocidos, sino a una deformación total de esta pena, de tal entidad que deja de ser de mera privación de libertad, para pasar a ser una pena corporal con posibles secuelas irreversibles o incluso una pena de muerte por azar. Mucho menos estamos haciendo referencia aquí los usuales efectos deteriorantes de la prisionización, conocidos desde la crítica sociológica del siglo pasado a las instituciones totales.

Sea como fuere –y más allá de la injustificada resistencia que puede generar la calificación de *tortura*– no cabe duda que, en las mencionadas condiciones, las penas de prisión (y con más razón aún las prisiones preventivas o provisionales) son penas ilícitas calificadas como *penas crueles, inhumanas y degradantes*, prohibidas por el art. 2,1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y por todas las constituciones de nuestras repúblicas.

### III. EL DESAFÍO SIN RESPUESTA

#### 1. *Las penas ilícitas son penas*

Al igual que hace tres décadas, advertimos ahora que las penas pueden ser *lícitas o ilícitas*, siendo estas últimas las *penas crueles, inhumanas y degradantes*, consideradas tales por el derecho constitucional de todos los países latinoamericanos y también por todos los tratados de derecho internacional de derechos humanos.

No tiene sentido eludir la realidad con finas especulaciones racionalizadoras, pretendiendo concluir que la tortura infligida por un funcionario estatal a una persona que está sometida o somete a su poder con motivo o pretexto de un delito, no sea una pena. La tortura y en general las penas crueles se ejecutan por funcionarios del Estado sobre personas imputadas o condenadas por delitos, de modo que es una forma clarísima de respuesta estatal a un delito cometido o imputado, o sea, que queda claro que estas *penas ilícitas también son penas*.

El Estado no puede ampararse en que no se trata de su responsabilidad, sino sólo de la propia e individual de sus funcionarios, puesto que resultaría una persona jurídica dotada de un muy singular e inadmisibles privilegio de irresponsabilidad jurídica absoluta: sólo se haría cargo de las conductas lícitas de sus agentes, pero se desentendería de las ilícitas y delictivas, ignorando que en todos los casos debería –como mínimo– responder por su culpa *in eligendo o in vigilando*.

Además, si faltase alguna razón para reafirmar la verdad de Perogrullo de que las penas ilícitas son penas, basta pensar que en estos casos los Estados cometen también un injusto internacional y la jurisdicción supranacional los condena a reparar el mal inferido a la víctima. A este respecto

cabe destacar que la carencia de una adecuada solución conforme al derecho en el plano interno, da lugar a una sanción internacional al Estado y, por ende, toda conducta, de funcionarios de cualquier rama del gobierno (ejecutivo, legislativo o judicial) que impida alcanzar esa solución en el orden interno, es una forma de participación en un ilícito internacional.

Frente a los delitos o ilícitos cometidos por funcionarios sostuvimos –y seguimos afirmando– que el sufrimiento que la víctima padeció como pena, necesariamente le debe ser descontado o *compensado* con una reducción –o incluso cancelación, según la gravedad del daño sufrido– de la pena lícita que se le imponga o que deba cumplir o le reste por cumplir, según el caso.

En este último sentido debemos aclarar que es obvio que la prisión preventiva es una pena. Sería absurdo que la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes o de torturas, se limitase a las penas a condenados y excluyese la prisión de procesados beneficiarios del principio de inocencia.

Los argumentos de algunos procesalistas que sostienen su analogía con las medidas cautelares del proceso civil, son inconsistentes: en el proceso civil es posible exigir *contracautelas*, lo que en la prisión preventiva es inimaginable; la medida cautelar civil sólo puede producir un indebido daño patrimonial que eventualmente es susceptible de reparación en la misma especie. Es claro que es imposible reponer en la misma especie la libertad y la existencia de las que priva una prisionización.

Los datos porcentuales de *presos sin condena* que hemos consignado antes, indican claramente que se mantiene la *inversión del proceso penal* en la región, o sea que, para más de la mitad del total de los presos latinoamericanos, primero se les ejecuta la pena (o comienza a ejecutársela) y luego se los condena: en los hechos, la verdadera sentencia condenatoria es el auto que dispone la pretendida medida cautelar, en tanto que la sentencia definitiva deviene una suerte de revisión extraordinaria.

## **2. Las objeciones formales**

Nuestra propuesta de hace tres décadas no tuvo gran repercusión en la región, pese a la alta frecuencia de penas ilícitas ejecutadas por funcionarios estatales. En aquel momento no profundizamos suficientemente en

la cuestión como problema de dogmática jurídico penal y nos limitamos a responder posibles objeciones, aunque no todas eran producto de nuestra imaginación de laboratorio.

Así, pensamos que nuestra tesis podía rechazarse argumentando en base a la intangibilidad de la *cosa juzgada* en caso de condenados. Frente a esa objeción nos parecía obvio que, tratándose de hechos posteriores o sobrevinientes, necesariamente debían dar lugar a una revisión de la pena impuesta, además de advertir que una garantía en favor del condenado nunca debe utilizarse en su contra.

Contrarreplicar que también la *cosa juzgada* operaría como una garantía para la sociedad o el Estado, implicaría una inversión del objetivo constitucional de la exigencia de legalidad, que pasaría a entenderse como garantía de la voluntad punitiva del Estado, al igual que en el derecho penal *fascista*, en especial cuando se identifica al Estado con la *sociedad*.

Menos aún admitíamos que la falta de previsión legal del caso impidiese a los jueces adoptar la solución *compensatoria*, cuando ésta no depende de la letra de la ley infraconstitucional, sino de la ley constitucional e internacional.

De máxima incapacidad justificante sería la objeción simplista de que resulta difícil *compensar*, por falta de criterios más o menos firmes, puesto que esta dificultad no es ni remotamente de imposible superación y, además, no faltan apelaciones a la compensación en la misma ley positiva, cuando imponen a los jueces la valoración de la intensidad de los daños, como son los supuestos de las injurias recíprocas, por no hablar de la ponderación que impone al juez el estado de necesidad justificante.

La propia gravedad o contenido ilícito de los hechos (lesiones al honor, humillaciones, privaciones ilegales de libertad, incumplimiento de los deberes funcionales, etc.), traducida en la cuantía de la escala penal correspondiente, dan una pauta a tener en cuenta respecto de cuánto deba restarse de las penas a imponer o en ejecución.

### **3. La respuesta punitiva limitada a funcionarios**

A partir de cualquier teoría legitimante de la pena, podría sostenerse que el Estado resuelve el conflicto limitándose a penar a los funcionarios

responsables de la ejecución de penas ilícitas, cuando éstas configuren conductas típicas.

Sin recorrer todo el elenco de teorías legitimantes del poder punitivo, creemos que es suficiente con referirnos a la más idealista de éstas, que sería la más idónea para rechazar la tesis *compensatoria*.

Por ende, adoptando –únicamente *ad effectum alegandi*– la legitimación más o menos hegeliana de las penas, se podría llegar a sostener que con la punición del autor del delito se reafirma el derecho y se cancela su negación, con lo cual la cuestión quedaría supuestamente zanjada.

Esta tesis podría ensayarse hoy por quienes postulan apodócticamente que la pena es la reafirmación de la vigencia del derecho<sup>19</sup>. Desde esta posición, se podría argumentar que penando al torturador se reafirmaría la vigencia del derecho y con eso se resolvería el problema.

Pero incluso dentro de esta tesis legitimante no podría ignorarse que el delito de tortura fue también una pena realmente ejecutada que, debido a su ilicitud, no sólo no reafirmó la vigencia del derecho, sino todo lo contrario, precisamente por ser un delito. Si la pena debe seguir al delito, en estos casos, la pena que sigue al delito es otro delito. La tortura sería una pena que no sólo no reafirma la vigencia del derecho, sino que, por constituir un delito, agrava o duplica la lesión, provoca una defraudación de expectativas sociales y de rol similar a la de un médico que en lugar de suturar una herida la profundice provocando más dolor. De allí podría deducirse, incluso en el marco del idealismo normativista, que en el caso de las penas ilícitas, para cancelar la doble negación de la vigencia del derecho y reafirmarla, es menester hacer algo más que limitarse a penar al funcionario infractor.

#### *4. El silencio doctrinario ante los jueces como autores mediatos de torturas*

La más profunda y radical diferencia con lo que planteamos hace tres décadas y lo que nos ocupa como fenómeno que se fue generalizando en el tiempo transcurrido es que, en aquel momento nos referíamos a penas ilícitas impuestas y ejecutadas por agentes del Estado que, ordinariamente

<sup>19</sup> Michael Pawlik, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Atelier, Barcelona, 2019.

eran personal policial y penitenciario, pero ahora se trata nada menos que de penas ilícitas *ordenadas por los jueces*, pues cada vez que un juez envía a una persona a una prisión degradada está imponiendo una pena ilícita, conoce el estado de la prisión y, por ende, actuaría también con dolo.

Si la doctrina es poco sensible frente a las penas ilícitas ejecutadas por funcionarios administrativos, el silencio ante los jueces que operan como autores mediatos de tortura resulta mucho más dramático para el prestigio y la credibilidad de la ciencia jurídico penal.

Los funcionarios encargados de ejecutar las penas habilitadas por jueces y que deban cumplirse en las cárceles deterioradas serían los autores directos, quizá amparados en la necesidad justificante o exculpante, incluso por un invencible error de prohibición, pero a los jueces no los podría beneficiar ninguna de esas eximentes.

Ni siquiera se podría argumentar en favor de los jueces que no son culpables, debido a su formación *positivista jurídica*, como se pretendió con los jueces nazis. En este caso no puede tener eficacia ese argumento, porque los jueces nazis obedecían las leyes de su tiempo, donde no había normas constitucionales ni internacionales válidas. Pero los positivistas de hoy no pueden ignorar las normas de máxima jerarquía, perfectamente válidas y que prohíben esa clase de penas. A los jueces nazis se los pretendió exculpar por no tener una formación *jusnaturalista*, pero en el caso de las prisiones crueles de nuestra región, para nada juega cualquier consideración *supralegal*, pues para comprender que se trata de torturas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes, basta con leer las constituciones, es decir, con ser un sano y correcto positivista jurídico.

El drama de nuestros jueces latinoamericanos frente a las penas ilícitas de prisión es mucho más grave, porque parece que se los coloca en una contradicción sin salida: parecen ser autores mediatos de torturas y hasta de homicidios, incluso valiéndose de autores directos amparados por eximentes; además, devendrían cómplices de ilícitos internacionales que hacen responsable al Estado y ni siquiera podrían ampararse con el argumento con que se pretendió beneficiar a los jueces nazis.

## 5. Las preguntas sin respuesta: los jueces en la contradicción y nadie es responsable de las muertes y torturas

**5.1. Las preguntas se dirigen a la doctrina penal.** Sea que las penas ilícitas se califiquen como *tortura* o simplemente como *penas crueles, inhumanas o degradantes*, las preguntas que inmediatamente vienen a la mente son las siguientes: ¿Puede admitirse que los jueces ordenen torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes? ¿Puede el derecho ordenarles asumir el papel de autores mediatos de torturas? ¿Obedecen los jueces la Constitución que juraron o se comprometieron a respetar y que prohíbe esas penas? ¿Serían responsables por las muertes y lesiones que se produzcan en esas prisiones? ¿Acaso esos resultados no son previsibles?

Estas no son preguntas dirigidas a los políticos, es decir, a los poderes ejecutivos y legislativos de cada Estado en reclamo de una *política* –llámese *criminal* o, simplemente, *política*– sino al propio derecho penal, a la propia dogmática jurídico penal, que debe una respuesta.

El saber o ciencia jurídico penal, no es un *art pour l'art*, sino que se trata de un conjunto de conocimientos con un claro objetivo práctico: *aspira a convertirse en jurisprudencia*. Se teoriza el derecho penal con destino a los operadores del poder jurídico (jueces, ministerios públicos, defensores, trabajadores judiciales), en vistas a convertirse en sentencias, es decir, en actos de *gobierno de la polis*, como es toda sentencia, sencillamente porque emerge de una rama del gobierno del Estado republicano.

Así las cosas, cabe preguntar cómo es posible que la ciencia jurídico penal latinoamericana pase por alto que proyecta la tarea de los jueces en forma que, en la práctica, éstos se conviertan en autores mediatos de delitos de tortura y hasta de homicidios.

Los penalistas podríamos no responder o evadir la respuesta con racionalizaciones, en cuyo caso también estaríamos respondiendo, porque dejaríamos las cosas como están y los jueces seguirían imponiendo penas ilícitas. Se trata de un claro caso en que *la no respuesta es una respuesta*.

Si la doctrina debe alimentar la jurisprudencia, si en definitiva es en nuestra tradición la encargada de proveer a los jueces de los instrumentos conceptuales con que resolver sus casos, las preguntas terriblemente embarazosas antes expuestas y los cuestionamientos, aparentemente dirigidos a los jueces, no deben dirigirse a éstos –o, al menos, no a ellos en

primer término— ni menos aún cargarles la responsabilidad de la falta de una respuesta adecuada al derecho, sino a los doctrinarios que asumen la función de proyectistas de su jurisprudencia. *La ciencia jurídico penal de la región no puede eludir la respuesta, esas preguntas deben ser respondidas por el derecho penal, como verdadero y auténtico problema de dogmática jurídico penal, pues de lo contrario deja a los jueces sin los instrumentos conceptuales para ensayar una jurisprudencia adecuada al Estado republicano de derecho.*

**5.2. La respuesta del derecho penal también la exige la jurisprudencia suprema.** Una respuesta por parte del derecho penal —de la ciencia jurídico penal— la urge la propia jurisprudencia constitucional e internacional, incluso fuera de nuestra región. Sin pretensión de agotar sus debidos reclamos —jurídicos, por cierto, pero fuera del derecho penal— cabe recordar que la Suprema Corte de los Estados Unidos ordenó al gobierno de California reducir en determinado plazo el número de presos<sup>20</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo lo mismo con Italia<sup>21</sup>; en nuestra región se registran decisiones de máximos tribunales en parecido sentido en Argentina<sup>22</sup> y en Colombia<sup>23</sup>. Hoy la Argentina enfrenta un problema similar en el sistema carcelario de la Provincia de Buenos Aires y el máximo tribunal provincial ha impartido algunas directivas que, a su modo, también implican una demanda de respuesta a la doctrina penal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ordenó medidas provisionales contra Brasil acerca de dos prisiones (Recife y Rio de Janeiro)<sup>24</sup>, disponiendo que se compute a todo efecto doble el tiempo de detención en esas prisiones, excepción hecha de delitos contra la vida y

20 Supreme Court of the United States, No. 09–1233, Edmund G. Brown Jr., Governor of California, et al., Appellants Vs. Marciano Plata et al. On Appeal from the United States District Courts for the Eastern District and the Northern District of California.

21 Cfr. *Emergenza Carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, *Atti del Convegno Teramo*, 6 marzo 2014, a cura di Rosita Del Coco, Luca Marafioti e Nicoa Pisani, Torino, 2014.

22 [https://www.cels.org.ar/common/documentos/fallo\\_csjn\\_comisarias\\_bonaerenses.pdf](https://www.cels.org.ar/common/documentos/fallo_csjn_comisarias_bonaerenses.pdf)

23 Cfr. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

24 [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido\\_se\\_03.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf)

la integridad física y sexual, en que también debería procederse de igual modo, pero después de una peritación criminológica.

Pero en todos estos casos se trata de decisiones de las máximas instancias jurisdiccionales nacionales e internacionales dirigidas a resolver o paliar la superpoblación, que se dirigen a los Estados para que adopten medidas generales de reducción de población penal por la vía de alguna o de todas las ramas de sus gobiernos; cuál de ellas lo haga y cómo es una cuestión interna de cada Estado, en la que el derecho internacional no se entromete.

Pero lo cierto es que ninguna de ellas se funda en consideraciones de estricta dogmática jurídico penal, sino –como corresponde a la naturaleza de las decisiones– que se adoptan conforme al saber jurídico propio del derecho constitucional y del internacional, sin que hasta el momento se haya ensayado una respuesta desde la doctrina jurídico penal.

Aunque en algún caso, como el de la medida provisional de la Corte Interamericana, incumbe también a los jueces su acatamiento, lo cierto es que, incluso en ese supuesto, los jueces decidirían conforme a lo ordenado por la jurisdicción internacional para no hacer incurrir al Estado de un injusto internacional, pero no lo harían en función de consideraciones proporcionadas por la doctrina o ciencia jurídico penal.

**5.3. Los libros y el juez preocupado.** Aquí es donde se plantea el problema crucial para el saber o ciencia jurídico penal, pues cuando un juez, consciente y preocupado por enviar personas a una prisión donde sufrirá torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, abra los libros de los doctrinarios del derecho penal, no encontrará una sola línea que le resuelva su contradicción jurídica y de conciencia.

Hallará en esos libros variadas teorías del delito, finísimamente elaboradas y discutidas, pero muy pocas páginas sobre la pena, porque en el curso del último siglo la doctrina ha hipertrofiado la teoría del delito, frente a una teoría de la pena crecientemente raquílica y con frecuencia contradictoria.

Respecto de la pena, el juez hallará en los libros de derecho penal la consabida reiteración de la vieja clasificación de las llamadas *teorías de la*

*pena* de Anton Bauer<sup>25</sup> –copiada sin cita la mayoría de las veces–, en que se postulan objetivos *absolutos* válidos para Estados éticos (como el imaginado por Kant) o racionales (como el ideado por Hegel), que nada tienen que ver con el Estado real en el cual ejerce su jurisdicción, cuya abismal selectividad punitiva poco tiene de ético y de racional.

Abrirá otros libros, donde se sostenga que las penas deben disuadir a los que no delinquieron, para que no lo hagan, en cuyo caso, como nunca se sabe hasta dónde deben *asustar* a los ciudadanos, todos supuestamente sospechados de estar prontos para cometer delitos (presupone un pueblo de potenciales criminales), puede llegar a postular que todos los delitos sean penados con las penas máximas.

En otros libros, el juez leerá que las penas deben *reforzar el prestigio del Estado como proveedor de seguridad jurídica*, lo que resultará bastante paradójico, porque es impensable que una pena cruel, inhumana y degradante pueda reforzar la imagen positiva del Estado, salvo que se tomen en cuenta los reclamos del *punitivismo populachero* de los medios de comunicación hegemónicos de la región.

Abrirá más libros y verá que algunos afirman que las penas *deben cumplir* supuestos cometidos de *re-socialización*, *re-personalización*, *re-inserción*, hasta *re-moralización*, etc., cuando ante sus ojos es evidente que no sólo no los cumplen, sino que producen exactamente el efecto contrario, como es el de condicionar futuras carreras criminales. Tampoco faltarán otros libros donde se dirá que la función de la pena debe ser la *inocuidación* del delincuente, para que nunca vuelva a cometer un delito, en cuyo caso todo indicaría que lo mejor es matarlos a todos.

Pero en la gran mayoría de los libros, el juez preocupado y consciente hallará la extraña afirmación de que las penas que debe habilitar en sus sentencias deben servir para cumplir todas estas anteriores funciones ensambladas y confundidas en nebulosidades teóricas de difícil o imposible comprensión, en las que se mezcla el *deber ser* con el *ser*, cuando no directamente se ignora este último.

El juez preocupado dejará de lado todos estos libros, porque caerá en la cuenta de que ignoran la realidad del poder punitivo y, por ende, revisará

<sup>25</sup> Baur, Anton, *Teoría de la advertencia y una exposición y evaluación de todas las teorías del derecho penal*, EDIAR, Bs. As., 2018. Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni.

las opiniones de quienes optan por incorporar los datos sociológicos de la tortura carcelaria a sus investigaciones y, por ende, reconocen y denuncian abiertamente el problema. Pero allí se encontrará con quienes se limitan a la descripción de lo que ya conoce, como también con algunos que avanzan soluciones que postulan directamente la abolición del poder punitivo o su radical reducción.

Ante semejantes respuestas, el juez quedará más desconcertado, porque se dará cuenta de que éstas no están dirigidas a él, sino a políticos o reformadores sociales, a los que les proponen proyectos de futuras sociedades y culturas bien diferentes de las actuales y, por ende, modelos de Estados tan inventados o imaginarios como el kantiano o el hegeliano, sólo que esta vez sin penas o con muy pocas penas.

El juez preocupado, después de consultar los libros, tanto de quienes legitiman las penas como de los que las deslegitiman, deberá cerrarlos resignadamente, porque no hallará nada que le ayude a resolver la contradicción jurídica y ética que le plantea habilitar con sus decisiones penas crueles, inhumanas o degradantes –y tal vez torturas o muerte–, es decir, penas ilícitas y prohibidas por la propia constitución de su país.

Conforme hemos visto, en el caso, *un derecho penal que no responde, en verdad, le está respondiendo a los jueces que continúen haciendo lo que hacen, es decir, que continúen habilitando privaciones de libertad ilícitas, incluso torturas y hasta penas de muerte por azar.*

En verdad, de todos esos libros surge la siguiente directiva hacia el juez:  *siga sentenciando como lo hace, no se preocupe si las penas que impone son en realidad torturas, ese no es su problema y tampoco el nuestro como doctrinarios y penalistas. No nos moleste ni importune con esas preguntas. No se entrometa en lo que no le incumbe, ese es problema de los políticos, ni suyo ni nuestro.*

**5.4. La compartimentalización del sistema penal.** Realmente, una dogmática jurídico penal que no sea capaz de ofrecer una respuesta al juez consciente y preocupado de nuestra región, no sólo está fallando en aportar racionalidad republicana al derecho, sino que incurre en un mal mayor: *compartimentaliza* al sistema penal de un modo tan extremadamente radical que invita a los operadores de las agencias del poder jurídico (jueces, fiscales, defensores, personal judicial) a desentenderse por

entero de lo que hacen las otras agencias del propio sistema; desarticula y descoyunta en tal forma el sistema penal, que induce a los jueces a omitir toda consideración acerca del resultado real de sus actos de *gobierno de la polis*, cuando esta naturaleza es esencialmente inherente a su función en un sistema republicano que, por definición, impone la racionalidad en todo acto de gobierno.

Al segmentar de esta manera al sistema penal, cada agencia de éste (policía, jueces, penitenciarios, legisladores, políticos, medios de comunicación, académicos) concluirán que en su respectivo ámbito hace lo debido y, por ende, nadie será responsable del resultado del conjunto, es decir, de las torturas, muertes y penas crueles, inhumanas y degradantes.

Extremando este planteo hasta el límite del absurdo e incluso de lo terrorífico, cabe recordar que también Eichmann alegaba que se limitaba a cumplir con su labor de programador de trenes y nada más. La ciencia jurídico penal que legitimase el argumento del programador de trenes, no sólo caería en el descrédito, sino que perdería toda legitimidad, como saber limitado a la programación del reparto de penas crueles, inhumanas y degradantes, semejante a un autómata o a un aparato mecánico de producción de órdenes de penas ilícitas y de torturas. Estaríamos ante una nueva *banalización del mal*.

Esta inadmisibles conclusión pone de manifiesto que es obvio que se requiere una respuesta desde la propia dogmática jurídica, que incluso se la están reclamando las decisiones antes señaladas de tribunales supremos y de la jurisdicción internacional, es decir, que se las reclama el propio saber jurídico desde sus ramas constitucional e internacional.

Basta leer disposiciones como la de la Constitución argentina para llamar a la realidad al saber o ciencia jurídico penal, como saber proveedor de respuestas a los jueces: *Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de los que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice* (art. 18 *in fine*).

**5.5. ¿Una respuesta jurídica idealista?** El mínimo realismo jurídico –inevitable para proponer algo racional– tampoco puede admitir una respuesta reducida a pura lógica jurídica, que pretenda simplemente que el juez libere a los presos para evitar que sigan sufriendo estas torturas, aunque

desde la lógica pura el planteo sea irrefutable: si las penas son ilícitas deben cesar de inmediato<sup>26</sup>.

Ante semejante propuesta, el juez imaginará que con el punitivismo populachero reinante en todos nuestros países tardocolonizados, rápidamente sería linchado por los medios hegemónicos y destituido, pero aun aceptando heroicamente ese destino, lo cierto es que, en el plano de la realidad, al menos su intuición le indicará que esa propuesta no se ajusta al objetivo político que a su función –y a la de todos los agentes del Estado– le señala la Constitución Nacional.

Esta respuesta –en el fondo tan idealista como el silencio doctrinario– generaría alarma social, igualaría a los pequeños ladrones o fumadores de marihuana catalogados con distribuidores con los feminicidas y parricidas, no tendría en cuenta el grado de deterioro ya sufrido por las víctimas, confundiría a condenados con procesados, es decir, trataría de igual modo a personas que se hallan en situaciones desiguales, todo lo cual dista de ser racional y acaba por confundir más las cosas, sin perjuicio del riesgo de desatar una reacción paradójica de mayor represión.

El juez preocupado, incluso dispuesto a afrontar la agresión despiadada del *punitivismo populachero*, no podría dejar de pensar que esa respuesta no es la adecuada a los objetivos generales del derecho que –en el caso argentino– le señala la Constitución Nacional: *afianzar la justicia, consolidar la paz interior, promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad (Preámbulo)*.

#### IV. UNA NECESARIA RESPUESTA DOGMÁTICA

##### 1. *La dogmática penal tiene capacidad para proporcionar una respuesta dentro del positivismo jurídico*

En modo alguno es verdad que la dogmática jurídico penal carezca de elementos conceptuales para ofrecer una respuesta racional a la contradicción planteada. Es imposible que la paciente elaboración de la doctrina jurídico penal a lo largo de un milenio carezca hoy de los elementos capaces

<sup>26</sup> Cfr. Jesús-María Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, 2018, p. 154 y bibliografía allí citada.

de brindar a los jueces un sistema que satisfaga los requerimientos más elementales de un modelo aproximado de Estado republicano y constitucional de derecho.

El método llamado usualmente *dogmático* exige que la ley a interpretar se descomponga en elementos o *dogmas* que deben disponerse en forma de sistema sin alterarlos en lo más mínimo. Es algo así como hacer del barro ladrillos, apilarlos y luego seleccionarlos y disponerlos en forma armónica en la construcción de un edificio, que en nuestro caso es el *sistema o modelo jurídico*. Así como el edificio no debe desafiar la ley de la gravedad, en nuestro caso, la recomposición de estos *dogmas* en forma de sistema debe respetar el principio de *no contradicción* o de *completividad lógica*.

En el actual momento de nuestra cultura jurídica, para elaborar una respuesta no es necesario invocar ningún principio o criterio *supralegal*, como sucedía en el siglo XIX europeo, en que los doctrinarios (Feuerbach, Carrara, etc.) debían superar el nivel del derecho positivo, porque carecían de constituciones y de derecho internacional de los derechos humanos.

El planteo dogmático penal actual no tiene ninguna necesidad de exceder los límites del puro positivismo jurídico, porque lo que antes se buscaba *supralegalmente*, hoy está incorporado a la ley positiva constitucional e internacional. Si bien esto no cancela las respetables discusiones jusfilosóficas entre *jusnaturalistas* y *positivistas*, lo cierto es que, a los efectos prácticos y en cuanto a nuestro objetivo actual, estas disputas carecen de relevancia, porque la cuestión se resuelve en el marco del derecho positivo.

Es claro que, para hallar esa solución, como también como respuesta a quienes pretendan que la que proponemos no está prevista en la ley, debemos comenzar por subrayar que los *dogmas* que deben emplearse en la construcción del sistema también están jerarquizados. El sistema se construye dogmáticamente como un edificio, y para eso hay ladrillos (*dogmas*) más grandes y fuertes que los otros y que, por ende, deben colocarse en la base.

Estos son los *dogmas* o elementos resultantes del análisis y descomposición de las leyes de mayor jerarquía: la ley constitucional e internacional (en el caso argentino, esta última está incorporada a la Constitución en función del inciso 22° del art. 75).

La objeción que podría alzarse contra la solución que propondremos, argumentando que se trata de decisiones supuestamente *extralegales*,

obedecería a un errado entendimiento de cuáles son los *dogmas legales* que debe recomponer la dogmática jurídico penal.

Esa objeción sólo la podría argüir quien –incurriendo en un gravísimo error– se limitase a recomponer los dogmas de la ley penal de menor jerarquía y desdeñase los que provienen del análisis de las leyes de mayor jerarquía. Con este extraño y tan curioso como inexplicable criterio, nunca la dogmática jurídico penal podría hacerse cargo de la enorme contradicción que implica dejar sin solución la evidencia aberrante de que los jueces se convierten en autores mediatos de torturas.

Estos errores son –en buena medida– fruto de una tradición legislativa y doctrinaria contradictoria. Nuestras constituciones, desde los orígenes de nuestros Estados, han seguido las líneas generales del modelo norteamericano, no por servilismo, sino porque en tiempos de nuestras independencias era casi el único vigente de carácter republicano. Por ello, al menos en el plano del *deber ser*, siempre tuvimos Estados *constitucionales* de derecho, o sea que dispusimos de un tribunal que debió ejercer el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

No obstante, a la hora de elaborar la doctrina correspondiente a casi todas las otras ramas del derecho, nos inspiramos (y muchas veces copiamos) la doctrina europea, sin advertir que los Estados europeos eran Estados *legales* de derecho, que no conocían en control de constitucionalidad, puesto que éste apareció allí esporádicamente en Austria hace apenas un siglo, desapareció y sólo se difundió por todo el continente a partir de la última posguerra.

De esta contradicción en las fuentes resulta la extraña idolatría doctrinaria a la ley de menor jerarquía, que en la dogmática jurídico penal tiende a desdeñar los *dogmas básicos* de las leyes de máximo nivel cuando se trata de las penas.

La solución dogmática a que llegaremos conforme al método así entendido, es decir, reconstruyendo el sistema con su base asentada en los dogmas resultantes del análisis de las leyes constitucionales, tiene un claro fundamento legal: las constituciones y el derecho internacional son las normas fundamentales y las primeras que debe tomar en cuenta la construcción jurídica. La realidad de las prisiones hace que las penas de prisión sean ilícitas e incluso configuren torturas. Estas penas están prohibidas por esas normas fundamentales: por ende, por mandato constitucional, el

juez debe habilitar sólo penas lícitas o, al menos, lo menos ilícitas que sea posible en sus circunstancias concretas.

## 2. *El principio de proporcionalidad de las penas*

Descartada la vieja *peligrosidad* de cuño policial y propia del reduccionismo biológico racista del siglo XIX, hoy impera casi general coincidencia en que la pena debe adecuarse a la culpabilidad por el hecho, que corresponde siempre al contenido ilícito de cada injusto.

Esta adecuación la impone el llamado *principio de proporcionalidad*, que no es necesario explicar apelando a cualquier teoría retributiva de la pena, sino como simple criterio de racionalidad impuesto por el principio republicano de gobierno: no es admisible que el Estado responda con penas desproporcionadas al contenido ilícito (a la jerarquía y entidad de la lesión del bien jurídico causada por el injusto) y al grado de reproche de culpabilidad conforme a las circunstancias concretas del hecho. En el extremo inferior, cuando el ilícito sea insignificante, incluso se debe prescindir de la respuesta punitiva (*principio de insignificancia*), en función del antiquísimo principio *de minimis non curat praetor*.

Por cierto, es obvio que *una pena importa un contenido penoso*, aunque el sujeto la esté procurando consciente o inconscientemente para resolver su subjetividad *culpógena*, como lo sostenía Freud. Nadie puede sentirse muy feliz de estar preso, salvo los casos muy avanzados de deterioro institucional total.

Ese contenido penoso es el propio e inherente a la privación de libertad de movimientos y traslado que implica la privación de libertad locomotiva prisional y de sus inevitables consecuencias. Esa es la base sobre la cual el legislador mide en el código penal las penas privativas de libertad en tiempo lineal, fijándolas en las respectivas escalas penales.

En el plano de la realidad de la ejecución penal, es posible que se haya normalizado un contenido penoso un tanto superior a lo estrictamente ilícito, lo que por lo general sucede, pero cuando se supera este exceso normalizado y el contenido penoso alcanza el nivel de una pena cruel, inhumana y degradante o el de un delito de tortura e incluso de alto riesgo de muerte, ese *plus*, que es obviamente ilícito, desequilibra la relación

*tiempo-sufrimiento* presupuesta por el legislador en el código al establecer las escalas penales.

La pena de prisión proporcional implica un determinado tiempo de sufrimiento adecuado a la culpabilidad por el hecho, pero si el sufrimiento es mucho mayor, ese tiempo de sufrimiento superior quiebra la proporcionalidad y viola el correspondiente principio republicano: se está infligiendo a la persona un sufrimiento que no fue calculado por el legislador en el código al momento de establecer el tiempo de duración de la pena de prisión.

La razón indica que: si ( $X$  sufrimiento =  $Z$  tiempo); a ( $X \times 2$  sufrimiento) debe corresponder ( $Z - 2$  tiempo). Se trata de una cuestión de pura lógica, que hace a la completividad de la construcción dogmática dirigida al juez y a los operadores del poder jurídico en general.

Al contrario de quienes creen que con esto violamos el método dogmático, afirmamos que lo aplicamos en forma correcta, tomando en cuenta que ( $X \times 2$ ) es un dato de la realidad igual a que el sujeto activo de un hurto se apoderó de una cosa mueble ajena. Si el dato real debe tomarse en cuenta para determinar la tipicidad de lo que *no debió ser* (el delito), también debe tomarse en cuenta para determinar si su consecuencia es *como debe ser* (la pena).

Al hacerlo se hace patente que ese tiempo de pena no corresponde al que previó el legislador que hizo el código, sino a una pena que quiebra el principio constitucional de proporcionalidad y, por ende, que nos manda recalcular el tiempo adecuándolo al grado de sufrimiento, para restablecer la vigencia y el acatamiento al principio de proporcionalidad (a la Constitución).

### **3. El problema de las penas de prisión en ejecución**

Pero lamentablemente, las penas privativas de libertad ilícitas no se limitan a imponer un sufrimiento indebido a sus víctimas, sino que, atendiendo a lo que enseña la experiencia y las ciencias sociales –y tal como lo señalamos–, ejercen un efecto gravemente deteriorante sobre éstas, condicionándolas para conductas más violentas, haciéndoles internalizar los caracteres estereotípicos que decidieron su selección criminalizante y, por ende, reproduciendo violencia y determinando las llamadas *carreras delincuenciales*, con su secuela de reiteraciones, incluso de mucha mayor gravedad lesiva.

Esas penas ilícitas han sido ejecutadas –al menos en parte– y ese efecto reproductor no puede descartarse ni dejarse de lado a la hora de resolver el problema en la dogmática jurídica, puesto que se trata de otro dato de la lamentable realidad: el daño de la pena ilícita se ha producido en muchos casos.

Es obvio que este hecho no autoriza a ningún derecho penal a convertirse en *derecho penal de autor*, por lo cual esta variable debe descartarse.

No obstante, el saber o ciencia penal que incorpore los datos reales no puede dejar de tener en cuenta la información acerca del efecto deteriorante sufrido con frecuencia por las víctimas y, dado que el derecho penal de autor es un camino prohibido, *debe adoptar un criterio objetivo para tomar decisiones* cuando se le impone hacer cesar penas ilícitas.

Este criterio no puede ser otro que la naturaleza del delito por el cual la persona está procesada o condenada, o sea, adoptar alguna precaución en el caso de condenados por delitos contra la vida, la integridad física o sexual y mediante el uso de armas de fuego con potencialidad letal.

Pero este criterio objetivo aplicado a rajatabla, también resulta inadecuado para la paz interior y a la vez lesivo de la proporcionalidad, porque no todas las personas condenadas por estos delitos –y con mayor razón las que ni siquiera han sido condenadas y no se sabe si realmente son culpables– presentan los mismos signos de deterioro con características que hagan que la reducción del tiempo de pena, la adopción de medidas de control menos severas que la privación de libertad o su eventual liberación sean susceptibles de alterar la *paz interior*.

Queda claro que el *camino prohibido* del derecho penal de autor impide volver a la vieja *peligrosidad* como *pronóstico de conducta* que –como dijimos– es un concepto policial propio del positivismo racista, que pretende penar delitos que no sólo no se han cometido, sino que ni siquiera han sido imaginados.

Ante la evidencia de que el criterio puramente objetivo abarcaría a muchas personas no deterioradas en el antes mencionado sentido, se impone reducirlo mediante peritajes que determinen el grado de *agresividad* de la persona privada de libertad por alguno de los antedichos delitos, para adoptar medidas más prudentes al compensar el sufrimiento con el tiempo en caso de particular agresividad, como por ejemplo controles electrónicos, sometimiento a vigilancia con asistente de prueba o semejantes.

Nos referimos a la *agresividad* –y en modo alguno, reiteramos, a la *peligrinidad*– porque ésta es un dato verificable pericialmente, puesto que se trata de una característica real y existente, en tanto que la vieja peligrosidad era un simple juicio de probabilidad sin mayor fundamento. Ningún juez puede estar muy seguro de lo que hará en el futuro un condenado o procesado y ni siquiera tampoco el propio juez; en lugar, con una adecuada peritación psicológica puede tener una altísima certeza acerca de la agresividad presente en la personalidad de quien tiene delante.

De cualquier manera, sabemos que los presos por los delitos que señalamos, no suelen superar el 20% de la población penal, de modo que lo antes dicho no afectaría el nuevo cálculo de tiempo en aproximadamente los cuatro quintos de los casos y, dentro del 20% que podría ser afectado, lo sería sólo en los supuestos de personalidades con alto nivel de agresividad.

#### **4. Las penas de prisión que no hubiesen comenzado a ejecutarse**

De toda forma, el nuevo cálculo de tiempo, si bien restablece la observancia del principio de proporcionalidad no resuelve la totalidad de los problemas, porque igualmente, una pena ilícita no deja de serlo del todo porque se acorten sus tiempos, dado que el período que reste de cumplimiento lo seguiría siendo en una cárcel deteriorada. *Compensar* el tiempo el *plus* de sufrimiento, no legitima ese *plus* que, en definitiva, la Constitución no permite, cualquiera sea el tiempo durante el que se lo haga sufrir.

Además, queda en pie la cuestión de quienes aún no hayan sufrido prisión, en cuyo caso también sería inaceptable que los jueces los encierren en prisiones deterioradas, puesto que seguirían habilitando y disponiendo penas ilícitas.

En este último supuesto, el primer paso para una solución pasaría por atenerse estrictamente a los límites fijados por la jurisprudencia internacional para las prisiones provisionales o preventivas, es decir, estrictamente limitadas a los supuestos de riesgo de rebeldía o de interferencia de la investigación y por plazos cortos, conforme a la misma jurisprudencia.

Un segundo paso consistiría en limitar las prisiones preventivas o provisionales a las personas procesadas por los delitos que señalamos como criterio objetivo, dejando de imponer detención preventiva o pena privativa de libertad para todas las demás. Incluso en ese 20% de delitos

objetivamente demarcados, tampoco se impondrían prisiones preventivas si las peritaciones no pusiesen de manifiesto una alta agresividad o bien, cuando la libertad de la persona sea susceptible de generar conflictos graves o represalias.

De este modo, al no incrementar innecesariamente el ingreso de personas a las prisiones y, paralelamente, reducir proporcionalmente las penas de los ya presos, se iría provocando una paulatina reducción de la población penal, hasta lograr, por la mera acción de los jueces, que ésta alcance una aproximación tolerable en relación a la capacidad de cada establecimiento.

La solución conforme a la dogmática jurídico penal de la pena así entendida, convertida en jurisprudencia, no eliminaría la ilicitud de todas las penas instantáneamente, sino que –dinámicamente– daría lugar a una reducción de las penas ilícitas habilitadas y a una menos ilicitud de las habilitadas, hasta que la continuidad jurisprudencial llevaría a la eliminación del resto de ilicitud de las habilitadas.

Es menester precisar que la solución respecto de las penas cuya ejecución no hubiese comenzado, no debe confundirse con lo que sucede en Brasil desde hace años, en que se mantienen las prisiones sobrepobladas, pero al mismo tiempo no se cumplen las órdenes de captura, acumulándose éstas hasta alcanzar la cifra astronómica de 600.000. Cada vez que se produce una vacante en la prisión superpoblada, se selecciona a alguna de las personas sobre las que pesa orden de captura y se la lleva a la cárcel.

Esta insólita situación, al tiempo que mantiene la superpoblación carcelaria –las prisionizaciones continúan siendo ilícitas–, proporciona una nueva fuente de recaudación autónoma a la policía, encargada de seleccionar a quién escoge en caso de vacante en la prisión.

##### **5. *No se trata de una eximente de responsabilidad de los jueces***

Si bien la situación de los jueces que adopten estos criterios señalados dogmáticamente podría considerarse análoga a la del estado de necesidad del médico que no cuenta con los medios técnicos adecuados ni puede obtenerlos oportunamente ante un paciente que, en caso de no atenderlo de inmediato con los precarios medios disponibles, inevitablemente habría de morir. Es deber del médico intentar salvarle la vida con los elementos

que tiene a su disposición, puesto que de no hacerlo incurriría en una tipicidad de omisión de auxilio.

Por lo general hemos considerado que el médico en esa emergencia se hallaría amparado por una justificación de estado de necesidad, pero es llegado el momento de reflexionar al respecto. En el caso del médico, estaría violando un deber de cuidado, pero en su circunstancia sería de imposible observancia y la solución tradicional, por vía del estado de necesidad, se justificaría porque la conducta sería típicamente culposa.

No obstante, sería cuestión de reflexionar si esta solución –postulada por lo general hasta el presente– es correcta, porque si en realidad al dejar de asistir al paciente con los precarios medios disponibles incurre en una conducta típicamente omisiva, se trataría de un cumplimiento de deber jurídico que dejaría atípica su conducta.

Pero en el caso del juez la situación es aún más clara, porque si ignorase la situación que le impone la administración con sus acciones u omisiones permitiendo el deterioro de las prisiones, incurriría en una grave violación a su deber de obedecer ante todo los mandatos constitucionales.

En este caso ni siquiera se puede plantear la posibilidad de una causa de justificación por necesidad –ni menos aún por necesidad exculpante–, sino que, al recalcular el tiempo o reducir las órdenes de prisión preventiva, con las debidas precauciones antes mencionadas, no estaría haciendo otra cosa que cumplir directamente con su deber jurídico, conforme se lo impone la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, es decir, se trata una conducta completamente atípica.

No faltará quien pueda pensar que el juez que aplica esta doctrina incurre en la conducta de prevaricato (*el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo*, art. 269 del código penal argentino).

No obstante, respecto de este tipo, la conducta del juez que siga lo que una sana dogmática jurídico penal le indica, sería por completo atípica, porque sólo podrían alegar la tipicidad el ministerio público o los querellantes que interpreten la palabra *ley* del respectivo tipo legal, como limitada a las leyes penales ordinarias y excluyan del concepto a la *ley constitucional* que, lo que –como vimos– es la inadmisibles fuente de todos los errores en la materia.

Esta interpretación aberrante y la consiguiente imputación de prevaricato al juez –como lo hemos señalado– estaría basada en una dogmática jurídico penal por completo ajena a la que corresponde a un Estado constitucional de derecho, como son todos los latinoamericanos. El juez actuaría atípicamente en cuanto al tipo de prevaricato, porque estaría decidiendo conforme a la *ley constitucional* en todos los casos y, además, interpretando la ley ordinaria (el código penal) conforme al principio de proporcionalidad en la forma que el legislador ordinario presupuso al fijar las escalas penales en tiempo.

## V. CONCLUSIÓN

La sobrepoblación penal es un problema político para la administración (poder ejecutivo) y también para los legisladores, pero cuando éstos hacen caso omiso del deterioro carcelario, a los jueces no les resta otro camino que resolver habilitando únicamente penas lícitas, so pena de convertirse en autores mediatos de tortura y hasta de homicidio culposo o con dolo eventual.

El principio de proporcionalidad –implícito en la exigencia de racionalidad de toda medida de gobierno republicano– debe ser restablecido cuando las condiciones de deterioro carcelario hubiesen roto la relación que presupone el legislador ordinario entre el tiempo de privación de libertad y el sufrimiento que implica.

Cuando el grado de sufrimiento alcanza el nivel de pena cruel, inhumana o degradante o de tortura, son los jueces los que –en obediencia al mandato constitucional y a la consiguiente prohibición de esas penas ilícitas– deben restablecer la observancia del principio de proporcionalidad conforme a las reglas de su arte, las que le deben ser indicadas por la ciencia jurídico penal con su metodología dogmática bien entendida, es decir, fundada sobre los *dogmas* básicos derivados del análisis de la ley constitucional.

---

Zaffaroni, Eugenio Raúl

Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal  
/ Eugenio Raúl Zaffaroni. - 1a ed. - Ciudad  
Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur,  
2020.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: online

ISBN 978-987-47556-4-3

1. Derecho Penal. I. Título.

CDD 345

---



© 2020. Editores del Sur

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Consejo editorial: Leticia Lorenzo y Mauro Lopardo

Dirección editorial: Hernán Simkin

**contacto@editoresdelsur.com**

Diseño de portada: Eduardo Argañarás

Diseño interior: Eleonora Silva

---



**editores\_del\_sur**



**editoresdelsur**



**contacto@editoresdelsur**



**editoresdelsur.mitiendanube.com**

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones publicadas por Editores del Sur incumbe exclusivamente a los autores firmantes. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo y expreso del Editor.