

Penas temporalmente exorbitantes:
Su frustrada legitimación legal y jurisprudencial

SUMARIO: I.- Introducción; II.- El régimen del concurso real y las penas exorbitantes: su insostenibilidad fáctica, no solo jurídica. El proyecto de vida del delincuente destruido; III.- Intentos discursivos de la jurisprudencia para justificar montos exorbitantes; IV.- Las consecuencias del discurso y el fantasma del enemigo; V.- Bibliografía.

Por Emanuel G. Mora.

I.- Introducción:

Me propongo mediante el presente, en forma breve, casi fugaz, realizar una serie de disquisiciones relativas a una tendencia cada vez más extendida en los tribunales, mediante la cual se imponen penas que, prácticamente, agotan la expectativa de vida del condenado a cumplir privación de su libertad. Penas de 30 o 40 años de prisión no solo parecen desmedidas, también muestran una clara tendencia pretoriana hacia las abstracciones normativas, a costa de vidas humanas.

Advierto que no ahondaré en demasiadas citas de jurisprudencia y doctrina, me basaré en lo estrictamente necesario para no desviar el hilo conductor de la idea que deseo se vea reflejada en mis palabras, pues una profusa cantidad de notas tornarían necesario no solo una mayor investigación sino, más que nada, haría que lo esencial del mensaje se pierda en la catarata dogmático-doctrinaria.

Comencemos, sin más preámbulos, con el desarrollo de la idea.

II.- El régimen del concurso real y las penas exorbitantes: su insostenibilidad fáctica, no solo jurídica. El proyecto de vida del delincuente destruido.

En medio de marchas multitudinarias convocadas a raíz de la muerte de Axel Blumberg, hechos que son de público conocimiento y en el marco de las campañas mediáticas de ley y orden, el día 19 de septiembre de 2004 se publicó en el boletín oficial

de la República Argentina la ley nro. 25.928, que modificó el monto máximo a que puede aspirar el concurso real de delitos en nuestro país.

Previamente a dicha mutación legislativa, el art. 55 del C.P establecía el sistema de sumatoria de los máximos¹, el cual se mantiene al día de la fecha, pero fijando como límite que el monto de la pena no podría superar el “*máximun legal de la especie de pena de que se trate*”, siendo el art. 79 del mismo plexo normativo, que establece la punibilidad del homicidio en 25 años de prisión o reclusión, el caso paradigmático que determinaba el citado máximo de respuesta punitiva².

Con la reforma en análisis, el texto final se reemplazó por el siguiente: “*Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión*”, de manera que, independientemente de la cantidad de delitos que concurren materialmente, la respuesta penal no podrá exceder de los 50 años.

Ahora, cabe plantearse cuál es la motivación que persuadió al legislador a implementar semejante tope en la escala máxima del concurso real, para de tal modo analizar si la misma se corresponde con las bases dogmáticas del derecho penal del enemigo, en el sentido delimitado conforme a la doctrina del mismo.

Sabemos que dicha reforma legal fue dispuesta en medio de la presión social y mediática causada por el hecho delictivo que ya hemos traído a colación, basta revisar los matutinos de aquella época para verificar que el Congreso Nacional decidió tal modificación del concurso real en el medio de una campaña de reclamo social por penas más elevadas, por el denominado justo castigo a los criminales, a quienes se le atribuyen la provocación de los hechos de inseguridad ciudadana.

Si esta ha de ser la explicación política y social de la modificación legislativa, claramente la ley 25.928 se enmarca en aquél grupo de normas que se alinean en la

¹ Si bien el texto anterior a la reforma se refería al máximo especificando que se obtendría mediante “*la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos*”, el sentido de la reforma de la ley 25.928 sigue siendo el mismo, pues el reemplazo de la vieja fórmula por la actual “*suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos*”, en todo caso, clarifica que debía entenderse por *penas* antes de la reforma, esto es, el máximo de cada tipo penal concurrente.

² No obstante, también se tomaba como pena máxima la combinación entre los arts. 79 y 227 ter del C.P, de los cuales surge un tope de 37 años y 6 meses de prisión, allí cuando, por ejemplo en el caso de un homicidio, el hecho pudiere “poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”, en cuyo caso el máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio.

denominada “*lucha contra la delincuencia*”, que es la causante de la “*inseguridad ciudadana*”, lo cual provoca la imagen de una guerra contra un enemigo invisible.

En efecto: ¿qué es la “*delincuencia*”? ¿qué tipos de “*delitos*” quedan enmarcados en su concepción?, ¿todos?, ¿sólo algunos de ellos?, en su caso, ¿cuáles?, ¿sus autores son los causantes de los “*hechos de inseguridad ciudadana*”? en virtud de ello: ¿deben ser combatidos como enemigos de la sociedad civil?, ¿la pena tiene un sentido terapéutico, o un sentido neutralizante de su peligrosidad?

Pareciera que si se efectuara una encuesta general, la ciudadanía consideraría, luego de una reflexión, que no todos los “*delitos*” caen en este vago concepto de “*hechos de inseguridad*”, sino solo aquellos vinculados a la violencia callejera, a las bandas de piratas del asfalto, de secuestradores exprés, tráfico de drogas, prostitución, trata de personas, violencia de género, etc, quedando excluidos otros hechos típicos que no están vinculados a esta especial problemática social, como las calumnias e injurias, amenazas, delitos defraudatorios, etc.

Más a poco que se esboza esta explicación del fenómeno rotulado como “*inseguridad*”, pronto se cae en la cuenta de que el tope máximo de 50 años del art. 55 in fine del C.P se aplica a “*todos*” los delitos, no pura y exclusivamente a aquellos vinculados a la “*delincuencia callejera*”.

Hoy en día, la concurrencia material de, por ejemplo, un centenar de hechos encuadrables en el delito de estafa cometidos, claro está, por el mismo autor, podría provocar que el juez aplique la pena máxima de 50 años de prisión o reclusión, mas cabe preguntarse: ¿es coherente esta solución con el discurso y la campaña de ley y orden que precedió a la reforma legislativa?, no olvidemos que las marchas se justificaban a partir de los secuestros que día a día eran anunciados en los canales de noticias, en los homicidios causados por ladrones de bancos y en los robos callejeros, pero no en los ardidés pergeñados por un estafador.

Como dijimos, la “*delincuencia*” es un concepto demasiado vago y difuso, el cual genera la imagen de un enemigo que no podemos ver, pero que tenemos la necesidad psicológica de combatir, a partir de la base de los discursos neopunitivistas y las ya mencionadas campañas mediáticas de ley y orden. Tal como señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar, el poder punitivo siempre tiende a ensancharse y nunca a acotarse o limitarse, no

otra cosa explica que el máximo de 50 años pueda aplicarse a cualquier concurrencia material delictiva, sin quedar únicamente subordinada a los hechos de “*violencia callejera*”.

Pero demos una pequeña licencia y asumamos, a priori, su aceptación genealógica y consideremos que el máximo de 50 años se encuentra justificado discursivamente y en forma coherente en cualquier tipo de delitos, y no acotándolos solamente al indeterminado catálogo de “*hechos de inseguridad*”, cabe igualmente este interrogante: ¿se ajusta al principio de proporcionalidad una pena impuesta en tales parámetros?, y más específicamente: ¿cuál es la finalidad de la fijación de una pena de 50 años de prisión a una persona, por concepto, adulta?

Grafiquemos con un caso: un delincuente de 18 años de edad, comete varios asaltos bancarios a mano armada, en uno de los cuales muere una víctima a causa de un disparo de su arma. Llegado el momento de la sentencia, el magistrado le impone la pena de 50 años de prisión, aplicando las reglas del art. 55 in fine del C.P, con lo cual, debería permanecer hasta los 68 años de edad tras las rejas, es decir, ya superada la edad jubilatoria.

¿Puede considerarse afectado el principio de humanidad en un caso como ese?, desde lo discursivo: ¿es la pena resocializadora, o meramente neutralizante?

Lo mismo ocurriría con un autor que al momento del hecho cuenta con 30 años de edad, y es condenado a la pena de 30 o 35 años de prisión con el mismo método legislativo, pues egresaría del sistema carcelario al cumplir su edad jubilatoria o en un momento muy próximo, a lo cual cabe sumar la estigmatización social que provoca haber vivido tras las rejas y las innegables trabas que ello generará en la búsqueda laboral.

En definitiva, si tomamos los 18 años de edad como base de la plena capacidad de culpabilidad³ y el máximo de 50 años del art. 55 del C.P, parece difícil no considerar a la respuesta punitiva como violatoria del principio de razonabilidad de los actos de gobierno.

³ Art. 1, primer párrafo, de la ley 22.278: “No es punible el menor que no haya cumplido catorce (14) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación”, en consonancia con el art. 2 de la misma ley: “Es punible el menor de catorce (14) a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo primero”, de lo cual surge la regla básica, es decir, a los 18 años de edad se considera a la persona plenamente capaz de comprender la criminalidad del acto, no obstante las circunstancias que puedan hacerlo excusable, conforme al art. 34 del C.P.

Cabe observar que si el principio de proporcionalidad de la pena se mensura únicamente de conformidad con las reglas de los arts. 40 y 41 del C.P, esto es, conforme a la gravedad del injusto y al grado de reprochabilidad de su comisión al autor, resultaría factible legitimar semejante sanción, pues se parte únicamente de un análisis normativizado de la conducta, con el cual el juez, acudiendo solamente a la fuente legal, sólo suma los máximos de los delitos que concurren conforme al art. 55 del C.P, llegando al tope de 50 años, aplicando el mismo en virtud de que la acción es reprochable al autor, sin que existan o se meriten atenuantes en su conducta.

Claro que este análisis es puramente normativo y parte únicamente de la letra de la legislación criminal, desconociendo factores antropológicos fundamentales, en términos si se quiere kantianos: una pena así establecida parte de la pura razón legal de su imposición, pero desatiende elementales aspectos empíricos que hacen a que sus efectos se producen, en la praxis, en la personalidad del sujeto receptor de la misma, con lo cual se impone el interrogante ético sobre la finalidad concreta de dicha pena, es decir, de la *ratio essendi* de los 50 años de prisión impuestos a una persona de 18 años de edad, quien cumplirá su pena a los 68 años de edad, convirtiéndose prácticamente en un individuo sin oportunidades reales de progreso, para decirlo sin eufemismos: en material de descarte social.

Sigamos graficando: un hombre abusó sexualmente y en forma reiterada, durante varios años, de menores con las cuales cohabitó. La gravedad del injusto haría posible el máximo de 50 años de prisión o reclusión, si consideramos la plena reprochabilidad de su accionar, sin verificarse atenuantes y juzgando los hechos bajo el prisma del concurso real.

Mas existe un grave problema irresoluto con este razonamiento: aun considerando la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad del agente, lo cual es inobjetable, semejante pena lesiona su propia “expectativa vital”, resultando irrazonable, pues implica la negación del ideal resocializador de la pena, ya que el *medio* (el encierro carcelario, la terapéutica penitenciaria) para conseguir su *fin* (la resocialización) termina desvirtuando el discurso terapéutico.

Si el autor de los abusos tenía 20 años de edad y se le imponen 50 años de prisión, debiendo egresar de la penitenciaría a la edad de 70 años cumplidos: ¿puede considerarse en forma coherente y razonable que es la prevención especial positiva lo que busca lograr esta particular sanción penal?, ¿o será que la pena persigue su inocuización, es decir, la

neutralización de su peligrosidad o, lisa y llanamente, su castigo, sin importar en nada la readaptación social al medio?

Parece que es importante, al fin de cuentas, llamar a las cosas por su nombre, pues semejante sanción penal se asemeja más a una medida de seguridad, justificada por la “*peligrosidad*”, a la vieja usanza del positivismo criminológico, que a una “*pena*”, medida por el grado de culpabilidad por la lesión al bien jurídico.

Si el principio de proporcionalidad se vincula a la necesidad de fijar una pena adecuada al fin de “readaptar” al autor para la vida libre –soslayemos los problemas que tienen las ideologías “re” en la praxis-, si la pena concreta es un medio resocializador de su falta de adaptación a las reglas sociales, lo cual surge de la normativa internacional vigente (art. 5.6 de la C.A.D.H y 10.3 del PIDCyP) entonces es claro que el monto de la pena no debe lesionar la expectativa vital del autor del evento delictivo, pues en tal hermenéutica nos encontraríamos con el resultado paradójico de haber ejecutado una pena durante 50 largos años, para “preparar” al sujeto para la “*vida libre*”, mas egresando del sistema penitenciario el mismo cerca del final de su vida, máxime si consideramos el notable deterioro de la salud que sufren los internos en las unidades carcelarias.

Pero aún imaginando que el condenado viva un siglo, parece inverosímil y hasta contraproducente permitir su encierro durante tanto tiempo, “capacitándolo” para una “*vida libre*” en clara inferioridad de condiciones, si tenemos en cuenta la palmaria disminución de oportunidades laborales que ostentará una persona tan longeva y ex presidiaria, con relación a quienes hayan vivido en libertad ambulatoria toda su vida.

En tal inteligencia, parece muy claro que consistiría en una respuesta casi infantil e ingenua afirmar que la pena de 50 años de prisión o reclusión, cuya aplicación permite el art. 55 del digesto penal de fondo, consiste en una medida de terapéutica criminal, en virtud de las razones alegadas ut-supra.

Un monto penal de semejante envergadura nunca puede ser impuesto para readaptar a una persona, pues es evidente la afectación al proyecto de vida del condenado a tal pena, la expectativa de llevar una vida plena queda en una mera promesa y la resocialización se observa como un notorio eufemismo frente a la realidad de su egreso en edad jubilatoria o cerca de tal período.

Una pena de 50 años de prisión, o inclusive menor a dicha pena, pero provocando que la misma venza en la ancianidad del condenado, no puede ser más que una medida neutralizante del individuo, una forma de cancelar la posibilidad o eventualidad de que reincida en el delito, finaliza siendo, en la praxis, una medida de seguridad con la particularidad de contar con una fecha de vencimiento y no una pena.

Si analizamos las bases del derecho penal del enemigo, pronto notaremos que no concentra su fuerza en el hecho pasado, sino que más bien busca impedir el hecho futuro, que es lo que le daría sentido lógico al art. 55 in fine del C.P. Recordemos lo que dijo Jakobs: *“la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige -y sobre todo- hacia delante, al futuro, en el que una tendencia a cometer hechos delictivos de considerable gravedad podría tener efectos peligrosos para la generalidad”*⁴.

El profesor de Bonn finaliza confesando esta realidad cuando, en referencia al sentido que tiene la respuesta penal dada a quienes no dan una garantía de un comportamiento personal conforme a la expectativa normativa, es decir los enemigos, los no-personas, expresa que *“la reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de Kant entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acabada de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”*⁵.

Así las cosas, el máximo del art. 55 del C.P no busca la resocialización, sino la neutralización de un foco de peligro que es, en este caso, un enemigo que ha provocado un daño intenso, pues ha afectado varios bienes jurídicos, o bien el mismo pero en reiteradas ocasiones, permitiendo su regreso al medio libre una vez cumplida una edad que permite catalogarlo de “mínimo riesgo”, considerando su ancianidad.

Si la pena debe readaptar al reo –desde el deber ser-, entonces debe permitirle el retorno al medio libre *“a tiempo”* para desarrollar su proyecto vital, siendo que si la norma del art. 55 citada hace exactamente lo contrario, no solo resultará inconstitucional, pues lesiona el mismo concepto de persona, sino que también compromete la responsabilidad

⁴ JAKOBS-CANCIO MELIA, “Derecho penal del enemigo”, 1ra ed. Thomson Civitas, 2003, P. 24.

⁵ JAKOBS-CANCIO MELIA, obra citada, p. 40.

internacional de la República Argentina, al incumplir el art. 5.6 de la C.A.D.H y 10.3 del PIDCyP.

En esta inteligencia, puede considerarse al art. 55 in fine del C.P como un “*dispositivo legal de enemistad general*”, ya que faculta al juez a imponer penas desproporcionadas con respecto a la expectativa de vida del condenado, agregando que dicha declaración de enemistad no se circunscribe a un catálogo reducido de tipos penales, sino que se viabiliza su aplicabilidad a cualquier clase de delito o delitos, degenerando en un sistema amplificador de la punibilidad, habilitando una respuesta penal que lastima al propio concepto de persona.

III.- Intentos discursivos de la jurisprudencia para justificar montos exorbitantes:

Ya existen algunos precedentes que han abordado esta temática buscando, con esforzadísimas racionalizaciones, legitimar montos de pena similares a los ejemplificados en el acápite anterior. Citaré algunos fragmentos de ellos, considerados por mi parte como los más relevantes.

Así, en la causa N° 58.920 -“Sánchez, Pablo Héctor y Klenk, Esteban Gabriel s/ Recurso de casación”-, sentencia dictada por la Sala VI del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en la cual se mantuvo la condena dictada contra los imputados, respectivamente en el orden de aparición de la caratula, a las penas de 40 y 28 años de prisión, en virtud de una gran cantidad de ultrajes sexuales cometidos contra menores de edad juzgados en concurso real, el primer magistrado votante, Dr. Ricardo R. Maidana, expuso con respecto al tópico en trato que “...las penas impuestas de 40 y 28 años de prisión en el presente caso de abuso sexual infantil, no son violatorias del principio de legalidad constitucional ni constituyen una individualización judicial arbitraria. Las genérica invocación del Estatuto de Roma y su aplicación en función de lo dispuesto por la Ley 26.200 soslaya, en primer lugar, **el análisis de las particularidades de los ilícitos en tratamiento, a cuyo respecto rige la Convención sobre los Derechos del Niño y la consecuente responsabilidad del Estado en torno al debido abordaje de los casos de abuso sexual de niños...** Por otra parte, **vista la ponderación de los derechos fundamentales involucrados el monto de las sanciones impuestas se compadece con la observancia del principio de proporcionalidad, además de responder a un exigible**

cometido preventivo tutelar de la integridad sexual infantil... En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN) establece mecanismos de protección especial en materia de derechos contra el abuso sexual, al señalar en su artículo 19 –según la Observación General 13 (2011)–, que dicha prestación particular por parte de los Estados miembros implica “...proteger a los niños que han sido víctimas o testigos de violaciones de los derechos humanos, investigar y castigar a los culpables, y ofrecer vías de reparación de las violaciones de los derechos humanos.” La inclusión específica de los delitos sexuales en el texto de la Convención, así como su existencia implícita en lo que refiere a cualquier tipo de violencia, demuestra la importancia en la prevención y protección de los niños frente a delitos cuyas nocivas consecuencias, por su naturaleza, generalmente son, cuando no irreparables, duraderas en el tiempo e impiden un normal desarrollo actual y futuro. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que **las obligaciones que el Estado ha asumido mediante los tratados, deben ser por él cumplidas teniendo en cuenta el interés superior del niño**, derecho sustantivo que se debe evaluar y considerar al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, que constituye también un principio jurídico interpretativo fundamental de carácter especial, pues si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que mejor satisfaga el interés superior del niño... En la especie, el cumplimiento de **la obligación de prevenir la situación de ultraje no ha podido alcanzarse, por lo que se impone la reparación estatal mediante la aplicación del sistema de justicia**, medida que, por otra parte, tiene un efecto clínico reparador irremplazable en el psiquismo infantil (Berlinerblau, Virginia, “Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil”, en “Acceso a la Justicia de Niños/as Víctimas”, p. 141 Unicef, ADC y JUF EJUS, 2010). Ahora bien, cabe poner de resalto, que a diferencia de los tratados internacionales de derechos humanos expresamente incorporados al ordenamiento jurídico nacional con jerarquía constitucional – entre ellos la precitada Convención sobre los Derechos del Niño–, el Estatuto de Roma no goza de dicho status sino del genérico que le confiere el segmento del artículo 75 inciso 22 que expresa que “[l]os tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Por lo tanto, a diferencia de los primeros, que son operativos por naturaleza, ya que sus cláusulas están dirigidas a “una situación de la realidad en la que pueden operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba

establecer el Congreso,” (Ekmekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo, Fallos 315:1492), requiere de la sanción de una norma interna para su regulación. En razón de ello el Congreso sancionó la ley 26.200, que incorpora el aludido Estatuto al derecho interno, aunque determinando en su artículo segundo que su aplicación se ciñe a los delitos ante los cuales la Corte Penal Internacional es competente –genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra o de agresión- distintos, pues, a los de esta causa. Sin perjuicio de lo expuesto, **analizada la normativa del Estatuto en relación a la graduación de la pena y su máximo posible, se advierte también, que su artículo 12 estipula que dicha graduación “...en ningún caso podrá ser inferior a la que le pudiera corresponder si fuera condenado por las normas dispuestas en el Código Penal de la Nación”**. Es decir, el máximo de la pena aplicable queda supeditado a la existencia de penas mayores en el ordenamiento jurídico interno, lo que confirma la remisión de la ley que regula internamente el Estatuto al Código Penal argentino. Remisión que se vuelve a confirmar en la última parte del mencionado artículo cuando establece que además de aplicarse el artículo 78 del Estatuto de Roma en relación a la mensuración, se aplicará el artículo 41 del Código Penal. A mayor abundamiento, frente a la aseveración que el Estatuto de Roma determina una pena máxima de 30 años, cabe mencionar que su artículo 70 habilita la reclusión a perpetuidad cuando el caso así lo amerite por la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, lo que impide tildar de contrarias al mismo las sanciones impuestas a Sánchez y Klenk... Resta abordar la cuestión traída desde el principio de **proporcionalidad**, a cuyo fin debe tenerse en cuenta la relación entre la afectación de los bienes jurídicos amparados por la norma penal aplicable al caso concreto –relativos a las niñas damnificadas– y de aquellos puestos en juego pertenecientes a los sujetos condenados por el A Quo –básicamente la cuestión de la privación de libertad y lo que ella apareja–. En referencia al principio de mención, la CSJN ha sostenido que “son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (Art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad y extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos

fundamentales de nuestro orden constitucional” (CSJN, 14/5/91, “Pupelis, María Cristina y otros,” CSJN-Fallos, 314:424; JA, 1991-III-392). En consecuencia, el principio de proporcionalidad se consagra como un principio limitador de la discrecionalidad del Estado en la intervención que afecte los derechos fundamentales del individuo, y exige una relación de cierto equilibrio entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena. A su vez, esa nivelación no debe ser ajena a la “finalidad de tutela” o protección futura del “bien que da origen a la restricción”, es decir que “la pena proporcionada a la gravedad del delito será también, en abstracto, la adecuada a la finalidad de tutela;” no pretendiéndose evitar el delito ya cometido o referenciar exclusivamente a éste –retribución- pues es un hecho pasado inevitable, sino la aplicación de una protección a futuro sobre los bienes jurídicos afectados –prevención futura- (Mir Puig, Santiago “El Principio de Proporcionalidad como Fundamento Constitucional de Límites Materiales del Derecho Penal,” en “El Principio de Proporcionalidad Penal,” 1ra ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, págs. 337/339). **Pues no es el fin de la pena la realización de la justicia a través del castigo, sino la tutela de los bienes jurídicos cuyo disfrute pretende garantizar el derecho** (Idem, p. 338): en este caso, indemnidad y libertad sexual, integridad física, y desarrollo físico y mental de las niñas. La proporcionalidad se presenta pues, como un “criterio de interpretación de las limitaciones que cada derecho fundamental tolera en aras de la satisfacción de otros derechos fundamentales [...]” (Mir 36 Puig, ob. cit., p. 343). **En el caso concreto, se refleja en la limitación del derecho a la libertad restringido por la pena y la satisfacción futura de los derechos de las víctimas de los delitos de abuso sexual infantil...** Las razones dadas me convencen que la determinación punitiva establecida en el fallo no resulta lesiva del principio de legalidad constitucional y, en particular, que no transgrede límite máximo alguno emergente de la ley 26.200 y el Estatuto de Roma...”.

La larga cita se justifica por la elaborada fundamentación que realizó el magistrado votante, lo cual nos deja varios aspectos por analizar.

Tiene cierto grado de éxito en contrarrestar los argumentos vinculados a la pena prevista para el delito de genocidio que, como sabemos, es de lesa humanidad, si se lo compara con los delitos cometidos contra las niñas (abusos sexuales perpetrados durante varios años), ello al traer a colación la remisión que se realiza hacia el código penal, en el

sentido de que la pena, conforme al derecho internacional penal, no podrá ser inferior a la que surja del derecho interno.

Ahora, en los demás argumentos expuestos para justificar penas elevadísimas –no obstante lo luctuoso y aberrante de los hechos cometidos, desde luego- el razonamiento del distinguido magistrado presenta inconvenientes serios. Paso a explicarme.

Primeramente, parte de la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y la consecuente responsabilidad del Estado en torno al debido abordaje de los casos de abuso sexual de niños. Enganchado a ello, la primacía que debe darse al interés superior del niño ante múltiples interpretaciones normativas igualmente factibles (tutela vs privación de libertad). En dicho contexto surgen dos premisas, por una parte que **“las sanciones impuestas se compadece(n) con la observancia del principio de proporcionalidad, además de responder a un exigible cometido preventivo tutelar de la integridad sexual infantil”**, en el sentido que surge más adelante en el fallo desde que **“la obligación de prevenir la situación de ultraje no ha podido alcanzarse, por lo que se impone la reparación estatal mediante la aplicación del sistema de justicia”**.

Vale decir y en términos más sintéticos: el Estado, al suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene la obligación de sancionar aquellos episodios de abuso sexual infantil, lo cual permite verificar una necesidad preventiva de sanción a fin de tutelar el bien jurídico afectado por los hechos, debiendo primar siempre el interés superior del niño aun cuando pueda verificarse una hermenéutica normativa que no sea lo suficientemente protectora de tal interés superior –en su caso, una pena menor-.

Aun soslayando por completo los problemas que aparejan aquellas teorías enroladas en la idea general de “protección” o “tutela” del bien jurídico, la conclusión a la que arriba el magistrado se desentiende de las objeciones que realizara en el acápite anterior, es decir y concretamente, en la supresión del proyecto de vida del condenado, pues agotará gran parte de su tiempo vital en el sistema penitenciario, con todas las consecuencias que de ello derivan. Si bien los argumentos empleados por mi parte no conformaron la materia de agravios en aquél caso, el silencio en cuestiones tan elementales no puede generar menos que preocupación en la doctrina, y es que una intelección puramente intuitiva –aun

prescindiendo de los fundamentos expuestos- permite verificar que una persona mayor de edad consumirá más de la mitad de su vida en prisión, o inclusive llegar a agotarla, tomando la esperanza de vida general en nuestro país.

Una pena así, no nos asuste asegurarla es, lisa y llanamente la resurrección, en sus efectos prácticos, de la inveterada relegación del derecho penal antiguo, reservada a crímenes que convertían al delincuente en un hostis, en un enemigo, el cual debía ser excluido de la sociedad por su peligrosidad.

La fijación concreta de la pena, aun tomando en consideración el interés superior del niño, no puede desatenderse del principio de dignidad humana –inclusive citado en el fallo comentado a partir de precedentes de la CSJN- sumándole el criterio resocializador –aun con sus dificultades y hasta su negación en la praxis- que surge de los arts. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP. La pena debe ser, en su esencia y según la normativa con jerarquía constitucional citada, resocialización, no resultando legítima la desnaturalización del ser humano con su consideración, sea explícita o implícita, como enemigo social. Desde luego que esta última catalogación no ha surgido del precedente analizado, pero vale la pena recalcar el concepto vertido.

Se lesiona el principio de dignidad humana cuando la persona debe permanecer prisionera un tiempo equivalente o muy cercano al de su “utilidad laboral”, tomando en cuenta la edad jubilatoria, debiendo egresar ya cumplida la misma, en decir, con edad ya para su retiro laboral. Más aun cuando la longevidad del condenado lo coloca por encima de dicho umbral temporal.

La circunstancia de que el trabajo en la prisión también pueda ser llevado a cabo no excluye lo antes dicho, ello implicaría un eufemismo extremadamente fácil y reduccionista del fenómeno. Sería pretender dar un dejo de “normalidad” a la vida intramural que la misma nunca tuvo ni tendrá, es como decir que pasar la vida internado en un hospital es “vida”, si, efectivamente lo es desde su funcionalidad, pero el ser humano nace libre y no fue “pensado” para ser prisionero, esta es una situación biológicamente anormal tolerada por el Estado a raíz de normativizaciones aceptadas socialmente.

El fallo “Sánchez y Klenk”, de la Sala VI del Tribunal de Casación que ya fuera analizado, fue citado por el magistrado integrante del Tribunal en lo Criminal nro. 1 del departamento judicial La Plata, Juan José Ruíz, en el expediente N° 1007/4848 -“Martínez Poch”-, justificando así la imposición de la pena de 37 años de prisión ante la aberrante comisión de múltiples delitos sexuales, también en perjuicio de menores de edad.

Recalcó el Dr. Ruiz que “...la pena que voy a proponer guarda proporcionalidad, y es constitucional porque se condice con la extrema gravedad de los delitos en trato, y las obligaciones del Estado Argentino a nivel internacional frente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, particularmente en lo establecido en el art. 19 inc. 1 de la “Convención sobre los derechos del niño” (ley 23849 y art. 75 inc.22 CN), que reza: “Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres...”.

Vale decir, nuevamente, se invocan los ya tradicionales criterios preventivos, justificando así la retribución, de tal modo, ante un gran injusto, se justifica una gran pena.

No obstante los argumentos expuestos, Martínez Poch, nacido el 19 de noviembre de 1963, cuenta con 53 años de edad de modo que, abstrayéndonos del tiempo que haya permanecido en eventual prisión preventiva, cumpliría su pena a la longeva edad de 90 años, desde luego, si sobrevive a su estadía en prisión.

Parece realmente imposible conciliar los postulados “re” de la Convención Americana (art. 5.6) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3), suscriptos por nuestro país y que rigen nuestro derecho con semejantes sanciones. Los magistrados, en aquellos precedentes y en otros, existentes y venideros, emplearán múltiples argumentos, más o menos coherentes o, en el peor de los casos, más o menos artificiosos, acudiendo a abstracciones normativo-preventivas, pero de algo no podrán salir airoso jamás: penas temporales que tornan inútil el proyecto de vida desembocan en penas crueles y degradantes, pues niegan la dignidad del ser humano, la cual no es borrada por ningún crimen cometido, por atroz que este haya sido.

Ha dicho la Sala II del Tribunal de Casación, en autos “S., Emilio s/recurso de casación”, causa nro. 45.579 en la cual, en la instancia de grado, se impuso la pena de 40 años de reclusión, que “el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que **la resocialización del delincuente es la finalidad esencial, pero no excluyente, de la pena privativa de la libertad**. Y aunque de la redacción del artículo 1º de la ley 24.660 surge que esa finalidad ya no es esencial, sino única, **la sanción de otras normas posteriores**, modificatorias de la citada ley 24.660 (como **es el caso de la ley 25.948**), **ha relativizado claramente dicha finalidad**, introduciendo al régimen legal de fondo que rige la ejecución de las penas privativas de la libertad **un componente inocuidador que no puede ser soslayado en la interpretación integral de ese cuerpo normativo** (así lo he ratificado en Mahiques, Carlos Alberto y Grassi, Adrián Patricio, "La prevención especial a la deriva, o una inconfesada vuelta a la inocuidación", Revista Jurídica La Ley, Volumen 2007-F, págs. 1322 a 1332). Esto lleva igualmente a concluir que **de ningún modo nuestro régimen legal impide asignar a la pena privativa de la libertad todo fundamento retributivo**, y más allá de cuál sea el sentido que se le asigne a la retribución en sí misma, lo cierto es que **su razonabilidad se ve asegurada ante la constatación de que ella respeta las exigencias propias del principio de proporcionalidad**. X) Contra lo argüido por el recurrente, la ley 26.200 en modo alguno impide la imposición de una sanción de cuarenta años de reclusión. No sólo en el artículo 10 de dicho cuerpo legal se prevé la pena de prisión perpetua, la cual es más grave que cualquier pena temporal, sino que en el artículo 6 se establece la aplicación supletoria de las normas contenidas en el Código Penal, **entre las cuales se encuentra, precisamente, el artículo 55 de este último cuerpo normativo**, que es aquel que ha determinado la escala penal que rige el presente caso, y que además en modo alguno puede considerarse derogado por ninguno de los preceptos contenidos en la citada ley 26.200...”.

Este voto del Dr. Mahiques ha merecido una moderada crítica de mi parte en otro artículo⁶, al cual me remito, solo reiteraré mis conclusiones en las cuales expresé que “...en rigor de verdad, parece inadecuado esgrimir una presunta compatibilidad entre la prevención especial positiva (resocialización) y la mera retribución (prevención especial

⁶ “El inconstitucional carácter retributivo de la pena”, disponible en la revista jurídica “Derecho Penal Online” (www.derechopenalonline.com).

negativa, deducida en el precedente casatorio con el término “inocuidad”), como razón para justificar la pena 40 años de reclusión establecida en el caso, aplicable conforme el régimen del concurso real del art. 55 de nuestro ordenamiento, que fija una máxima de 50 años, desde que no aparecen como discursos penales compatibles, sino absolutamente antagónicos, donde la realidad social carcelaria se encarga sola de dar primacía a la mera retribución penal, eliminando, en la praxis, toda reeducación posible, inalcanzable con el sistema punitivo actual.

Luego, hemos visto que la mera prevención especial negativa, por cosificar al condenado y considerarlo un ente peligroso, implica un mero castigo al delincuente, sanción abiertamente inconstitucional a tenor del art. 18 de la C.N.

Desde el plano internacional de los derechos humanos, la Convención Americana, conforme el art. 5 inc. 6 de la misma, donde se establece que la resocialización es el fin teórico de la pena, siendo que expresamente establece que “*las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*”, si bien la Casación expresó que esta finalidad esencial no implica que sea excluyente de otras, la clara letra del art. 18 de nuestra Constitución Federal descalifica toda posible tendencia a considerar el mero castigo como fin coadyuvante de la pena.

Considerando estas razones, poco importa que el art. 55 del C.P haya sido modificado por la ley 25.928 y que la ley 25.948 haya alterado el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad, desde que la finalidad de castigo se encuentra vedada constitucionalmente...”.

IV.- Las consecuencias del discurso y el fantasma del enemigo.

Amén de las disquisiciones antes realizadas, no resulta coherente sostener el carácter resocializador de la pena de prisión, su progresividad y preparación para la vida libre para, ante la existencia de hechos terribles y que conmocionan a la comunidad, soslayar completamente del guarismo toda referencia a una cronología razonable, en el

sentido de respetar una expectativa de cumplimiento de la pena sensata para permitir el retorno al medio libre “en condiciones” ya no solo sociales, sino vitales, piénsese en los casos citados, donde el condenado cumple la pena largamente pasada la edad jubilatoria.

Pareciera que, ante las demandas vindicativas de la sociedad, los operadores judiciales solemos olvidar realizar un análisis global de la sanción a imponer, pues no solo deberíamos tener en cuenta la magnitud del injusto y el grado de reproche, sino también el tiempo que demandaría el cumplimiento de la pena y las condiciones en las cuales el condenado egresaría, que también deberían integrar la valoración del monto punitivo.

Así, pretender imponer 20 años de prisión, por muy razonable que pueda parecer el monto conforme a los lineamientos clásicos de la teoría de la pena, a una persona de 60 años de edad, a la luz del principio de dignidad humana no aparece como una pena razonable. Puede ser proporcional a la gravedad del injusto y al grado de culpabilidad, pero como acto de gobierno resulta irrazonable, pues el condenado finalizaría sus días en encierro, lo cual ni siquiera sería tamizado por una eventual prisión domiciliaria, pues esta también niega la libertad.

No existen seres humanos “menos dignos” a la luz de la CADH (art. 11.1), de manera que las necesidades de un castigo ejemplar que se suelen invocar, si bien bajo otros parámetros o ropajes como ser: el respeto a tratados internacionales, la protección integral del niño, de la mujer, etc, no obturan el debido respeto a la dignidad humana que hasta el peor de los genocidas mantiene para sí.

A colación de la idea de la prevención, invocar su carácter como parámetro de la pena aparece como un criterio abstracto al cual se recurre para justificar lo que parece difícil bajo el amparo de la racionalidad, funcionando casi como un comodín argumental. Si se necesitan 40 años de prisión ante la perpetración de una diversidad de atentados sexuales contra niñas, ¿cuánto más se precisaría si se agregara un homicidio cometido el concurso real?, ¿y si se cometen lesiones o amenazas?, como se ve, la necesidad preventiva podría englobar cualquier grado de injusto en su nebulosa abstracta, desembocando en una respuesta puramente intuitiva a la hora de definir el monto de pena a aplicar en el caso concreto.

Dicen Zaffaroni, Alagia y Slokar que “...desde lo teórico la criminalización sería un símbolo que se usa para sostener la confianza en el sistema, de modo que también mediatiza (cosifica) a una persona, utilizando su dolor como símbolo, porque debe priorizar el sistema a la persona, tanto del autor como de la víctima. Las categorías de análisis jurídico se vaciarían, pues el sistema sería el único bien jurídico realmente protegido; el delito no sería un conflicto que lesiona derechos, sino cualquier conducta que lesione la confianza en el sistema, aunque no afecte los derechos de nadie. El derecho penal fundado en esta teoría debería proponer a las agencias judiciales que impongan penas por obras delictivas toscas, porque se conocen y, de ese modo, lesionan la confianza en el sistema social, pero que se abstengan de hacerlo en los casos que no se conocen, que es lo que en la práctica sucede. La medida de la pena para este derecho penal sería la que resulte adecuada para renormalizar el sistema produciendo consenso, aunque el grado de desequilibrio del mismo no dependa de la conducta del penado ni de su contenido injusto o culpable, sino de la credulidad del resto...”⁷.

Bajo el subtítulo “vigencia de la norma como bien jurídico penal” existente en una de sus numerosas obras, Jakobs confiesa lo expuesto en el párrafo anterior cuando refiere que “...el derecho penal tiene por misión garantizar la identidad de la sociedad. Esto se lleva a cabo tomando el hecho punible en su significado... respondiendo ante él. Por medio de su hecho el autor se aferra a la afirmación de que su comportamiento, esto es, la defraudación de una expectativa normativa, se encuadraría dentro de los comportamientos que son válidos... Mediante la pena se declara en contra de esta afirmación, que esto no es así, que por el contrario, el comportamiento defraudador no pertenece, ni antes ni ahora, a aquella configuración social que hay que tener en cuenta. Cuando la sociedad pena, se niega a concebir un cambio de su configuración, el hecho punible como un acto de evolución, como una parte de sus posibilidades, sino que por el contrario se mantiene firme en el statu quo, en contra de la propuesta de cambio... El hecho punible consiste en la defraudación de expectativas en sí misma, dicho de forma tradicional, en el quebrantamiento de la norma y no ya en las consecuencias psico-sociales de este quebrantamiento. Por consiguiente, al concepto de pena pertenece la ratificación de la

⁷ “Derecho Penal: Parte General”, Ediar, 2da ed. 2002, pág. 61.

existencia de la norma, esto es, la refutación del hecho que cuestiona esta existencia; no menos..., pero tampoco más...⁸

Bajo dichos parámetros, una pena temporalmente desmesurada envía un mensaje a la sociedad, en el sentido de que el derecho penal argentino no tiene contemplaciones ante delitos aberrantes, en cuyo caso sus autores responden cronológicamente lo que la necesidad preventiva requiera, no importa que consuman su vida en prisión, siempre que esa imagen de funcionalidad del sistema se cumpla en debida forma.

Algo debe quedar claro, no digo con esto que quienes cometan delitos repugnantes como los juzgados en los casos citados no merezcan una pena, ello está fuera de toda discusión, lo que expreso es que no puede erigirse una suerte de abstracción normativa que, bajo el amparo de la retribución por el mal causado, justifique una pena inhumana desde la cronología, al punto que toda pretensión resocializadora se trunca en un eufemismo que encubre el aislamiento de personas implícitamente consideradas, a decirlo sin tapujos, enemigos sociales. Así lo siente la sociedad cuando reclama el duro castigo a violadores, piratas del asfalto, narcotraficantes, etc, y esto repercute en la forma en la cual los magistrados responden ante dichas demandas vindicativas.

Jakobs dice que *“el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo”⁹*, lo cual legitimaría, entre otros principios, excepciones a la debida proporcionalidad de las penas, justificando así un monto punitivo negador de la personalidad humana, pues permite que el delincuente agote gran parte de su vida en prisión, con las consecuencias ya remarcadas en torno a la supresión de su proyecto de vida.

Es evidente que, como sociedad latinoamericana, nos debemos un sincero y sano debate, libre de influencias externas y de intereses sectoriales, en donde escudriñemos qué es lo que queremos hacer con las penas privativas de libertad, ¿queremos combatir delincuentes?, ¿queremos eliminar la peligrosidad de ciertos “tipos criminales”, como

⁸ “Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”, ed. Thomson Civitas, 1ra edición, pág. 75/6.

⁹ “Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”, ed. Civitas, 1ra edición, 2004, pág. 43.

violadores, narcotraficantes, etc?, ¿queremos canalizar la venganza social?, de ser así, ¿cuál es el límite que podemos darle a la misma?, la eventual neutralización de la peligrosidad, ¿debe tener algún límite temporal?, ¿queremos resocializar?, ¿queremos educar al delincuente?, ¿se puede eso hacer sin la colaboración del reo o aun en su contra?.

Por lo pronto, no me parece sensato ni coherente defender la jerarquía constitucional del prisma resocializador que emerge claramente de los arts. 5.6 de la CADH y 10.3 del PICDyP para, párrafos posteriores en una sentencia, imponer una pena que desemboque en la eliminación de toda expectativa vital del condenado, de todo regreso en condiciones de afrontar, en plenitud, la vida libre para la cual, supuestamente, se lo “preparó” en prisión, aunque es una gran dicotomía, casi al borde de la “esquizofrenia argumental”, sostener que se prepara para la libertad a través del encierro. Claramente nos debemos un sano debate social.

Me permito citar al profesor Carlos Parma como final de estas breves reflexiones, cuando expone, en referencia a su idea del derecho penal convexo, que *“los venecianos conocían el secreto. Tal vez favorecidos por la salinidad de sus aguas, por el encanto y claridad que aportaban la combustión de arcanas maderas y la fórmula exacta en la combinación de sal y soda... ellos, solamente ellos, reflejaron la imagen perfecta. En otra ciudad de Italia, no muy lejana, siglos después, un médico creyó ser capaz, a través de una convincente teoría, de “inventar” un “espejo” capaz de reflejar cuanto delincuente nato llegue al sistema penal. Se llamaba César Lombroso, era de Turín y su cadáver aún está insepulto”*¹⁰.

V.- Bibliografía:

JAKOBS, “Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad”, ed. Thomson Civitas, 1ra edición.

JAKOBS-CANCIO MELIA, “Derecho penal del enemigo”, 1ra ed. Thomson Civitas, 2003.

PARMA, “El espejo convexo del derecho penal”, Fondo editorial de la Universidad de Ciencias y Humanidades, 2013.

¹⁰ PARMA, “El espejo convexo del derecho penal”, Fondo editorial de la Universidad de Ciencias y Humanidades, 2013, pág. 13.

ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, “Derecho Penal: Parte General”,
Ediar, 2da ed. 2002.