

# La compensación de las derivaciones ilegales del castigo

## Breve contribución para releer *Penas ilícitas. Un desafío a la dogmática penal* de E. Raúl Zaffaroni

Fernando Gauna Alsina<sup>1</sup>

*“[...] es imposible una teoría jurídica destinada a ser aplicada por los operadores judiciales en sus decisiones, sin tener en cuenta lo que pasa en las relaciones reales entre las personas”<sup>2</sup>*

**SUMARIO:** I.- Introducción; II.- Compensación por penas ilícitas: deberes y sanciones para jueces y juezas; III.- Problemas y debilidades; IV.- Respuestas y lecturas posibles; V.- A modo de cierre VI.- Bibliografía

### I.- Introducción

A comienzos de 2020, E. Raúl Zaffaroni publicó *Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal*.<sup>3</sup> Se trató de un libro pequeño, editado en formato electrónico y de acceso gratuito, que recuperó ideas que el autor ya había deslizado al inicio de la década del 90,<sup>4</sup> y que continuó trabajando por años con varios/as de sus

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad de Palermo. Especialista en derecho penal, Universidad Torcuato Di Tella. Magister en sociología jurídico penal, Universidad de Barcelona. Maestrando en criminología, Universidad Nacional del Litoral. Integrante del Área de sociología de la justicia penal de la Universidad Nacional de La Plata. Director Ejecutivo de Asociación Pensamiento Penal. Correo: [fer\\_gaunaalsina@yahoo.com.ar](mailto:fer_gaunaalsina@yahoo.com.ar)

<sup>2</sup> Zaffaroni, E. Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2002), *Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, pág. 22.

<sup>3</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), *Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>4</sup> Zaffaroni, E. Raúl (1994), *Las penas crueles son penas*. Recuperado de:

discípulos/as.<sup>5</sup> La obra, además de generar debate y discusiones en ámbitos académicos, recibió una recensión crítica de Leandro A. Días,<sup>6</sup> uno de los mejores profesores que tuve la suerte de tener en la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella, quien sintetizó y señaló las mayores debilidades del planteo de Zaffaroni.

Así entonces, lo que me propongo en este breve ensayo es volver sobre aquel debate, que a mi criterio no ha perdido vigencia, y poner de relieve que el libro tiene menos flaquezas que las atribuidas y varias fortalezas –quizás solapadas– por explorar. Para comenzar, sintetizaré las ideas centrales del libro. Luego, identificaré los puntos problemáticos que desarrolló Leandro. A continuación ofreceré mi punto de vista y finalizaré con unas palabras como conclusión.

## II.- Compensación por penas ilícitas: deberes y sanciones para jueces y juezas

El punto de partida de Zaffaroni radica en señalar que el castigo en Latinoamérica, y en Argentina en particular, se lleva adelante en prisiones que vulneran sistemáticamente derechos humanos. Varias de estas trasgresiones serían hechos delictivos cometidos por los propios encargados y encargadas de la custodia de las personas privadas de libertad que, en su mayoría –por no decir en todos los casos–, no reciben una sanción penal. Desde ese lugar, considera que la dogmática jurídico-penal debería hacerse cargo de esa realidad y proporcionar una respuesta. Especialmente, para las y los jueces *preocupados*.<sup>7</sup>

En este sentido, subraya que la privación de libertad que exceda de las habituales carencias de las prisiones de la región, así como de una sobrepoblación dentro de límites tolerables, constituye una forma de tortura y, por ende, una pena ilícita. Puntualmente, una pena cruel, inhumana y degradante prohibida por la Convención Americana de Derechos Humanos y por todas las constituciones de nuestras repúblicas.<sup>8</sup> Y, en tanto se trataría de un sufrimiento que rebasaría del permitido por la ley, debería ser compensado con una reducción o cancelación del

---

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/66/las-penas-cruelles-son-penas.pdf>

<sup>5</sup> Ver al respecto Zaffaroni, E. Raúl (2012), *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, EDIAR, Buenos Aires.

<sup>6</sup> Días, Leandro A. (2020), *Recensión a "Penas ilícitas" de Eugenio Raúl Zaffaroni*. Recuperado de: <http://endisidencia.com/2020/04/recension-a-penas-ilicitas-de-eugenio-raul-zaffaroni/>

<sup>7</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 4-5 y 21.

<sup>8</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 14.

tiempo de encierro previsto por el castigo legal.<sup>9</sup> Sobre esta base, pone de relieve que esa operación de adecuación es viable a través del *principio de proporcionalidad* que deriva del principio republicano de gobierno.<sup>10</sup> En concreto, sostiene:

[...] 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 «XX2 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.<sup>11</sup>

Y, a colación de ello –y quizás sea éste el aspecto más problemático del planteo– considera que las juezas y jueces que se desentiendan de la realidad de las prisiones y que no cumplan con el deber de compensar penas ilícitas operarían como *autores mediatos* de tortura. Básicamente, porque “...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”.<sup>12</sup> Pero de seguido, y de acuerdo a lo que parecería un ajuste o excepción a la regla, sostiene que deberían tomarse precauciones en casos de personas condenadas por delitos contra la vida, la integridad física o sexual y mediante el uso de armas de fuego con potencialidad letal. Es que

[...] 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.<sup>13</sup>

Sin embargo, advierte que esta corrección –por llamarla de algún modo– no podría descansar estrictamente o a rajatabla en el hecho atribuido pues, al margen del problema de los presos preventivos, no todas las personas acusadas o condenadas por dichos delitos presentarían los mismos signos de deterioro. Así,

---

<sup>9</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 15.

<sup>10</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 28.

<sup>11</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 29.

<sup>12</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 18.

<sup>13</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 30.

tampoco sería adecuado que se basara en pronósticos de *peligrosidad*, cuyos orígenes se encuentran en la criminología positivista y en un derecho penal de autor incompatible con nuestros estándares legales.<sup>14</sup>

Por lo que

[...] 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.<sup>15</sup>

Y al respecto, precisa

[...] Nos referimos a la agresividad –y en modo alguno, reiteramos, a la peligrosidad– porque esta 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 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.<sup>16</sup>

De manera que –resumiendo– Zaffaroni propone que las penas ilícitas –a las que identifica con la tortura y malos tratos que prohíbe la Convención Americana de Derechos Humanos– deben compensarse del tiempo de encierro previsto por el castigo legalmente impuesto. De otra manera, además de quedar comprometida la responsabilidad del Estado argentino frente a la comunidad internacional, los jueces y juezas serían autores mediatos de las torturas sufridas en prisión. Con todo, subraya que frente a determinados hechos delictivos –que a su criterio no comprenderían a más del veinte por ciento de la población penitenciaria– debería practicarse sobre las personas acusadas o condenas un peritaje de *agresividad* que

---

<sup>14</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 30-31.

<sup>15</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 30.

<sup>16</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 31.

permita dar cuenta si es viable efectuar la compensación mediante libertades vigiladas o medios afines. Por último, cabe señalar que estos mismos peritajes deberían utilizarse para reducir el encierro preventivo y, por ende, evitar la concreción de penas ilícitas que aún no hayan comenzado a ejecutarse.<sup>17</sup>

### **III.- Problemas y debilidades**

Como señalé, en este apartado me detendré en la recensión de Leandro A. Días. Pero no me limitaré a dichas líneas, sino que también recurriré a los argumentos –igual de agudos– que desarrolló en clase. Quizás sea poco ortodoxo, pero es adecuado y justo señalar que las observaciones críticas no son de mi autoría. Sobre todo, cuando son manifiestamente lúcidas.

Dicho esto, podría decirse –y tal vez peque de arbitrario– que Leandro encuentra cuatro cuestiones problemáticas al planteo de Zaffaroni. Primero, la utilización del principio de proporcionalidad en beneficio exclusivo de la persona imputada. Luego, la aplicación de una formula general en desmedro de las escales penales establecidas en leyes formales del congreso. En tercer término, la atribución de responsabilidad penal sobre juezas y jueces en calidad de autores/as mediatos. Y por último, que se recurra a un concepto amplio o laxo de tortura.

En el primer supuesto, Leandro se pregunta qué ocurriría si el sufrimiento excesivo en la ejecución termina dando como resultado una pena completamente irrisoria respecto de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor. En esta línea, piensa en el caso de un asesino que cometió un homicidio aberrante y que en principio debería recibir una condena a 25 años de prisión de acuerdo al derecho vigente, pero que sufrió un enorme dolor inflingido informalmente durante la investigación ¿debería descontarse tiempo de encierro o eximírsele de pena en ocasión de aplicar la sanción formal? Quien ofreciese un sí como respuesta – sugiere– debería sostener que el principio de proporcionalidad solo puede operar a favor del imputado. Y esto –respecto de lo que Zaffaroni no se ocupa– desatendería los intereses de las víctimas y, dado el caso, de la sociedad “de que el autor del delito reciba un castigo proporcional, que no desnaturalice la reacción estatal ante una violación grave de derechos de terceros”. Así entonces, asevera “quien sostenga eso debería hacerlo expreso y señalar que los intereses de esta

---

<sup>17</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 31.

parte del conflicto no valen al momento de imponer o ejecutar una pena, o al menos no valen tanto”.

En el segundo caso, que cataloga como el problema democrático, destaca que la aplicación de la fórmula esbozada por Zaffaroni podría llevar a jueces y juezas a imponer una condena por debajo del mínimo de la escala prevista en los tipos penales. Y en este sentido, aun cuando Zaffaroni se limita a señalar que su postura sería compatible con el derecho positivo, subraya que en ningún momento se detiene en la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la escala penal. Eso sería insoslayable en nuestro sistema jurídico, a la vez que se trataría de una acción de *ultima ratio* con un costo para el Estado de derecho –particularmente por la legitimidad democrática que respalda la actividad legislativa– que Zaffaroni no parecería dispuesto a asumir.

Con relación a la calidad de jueces y juezas como autores mediatos de tortura –lo que en su opinión constituiría el punto más problemático del libro–, pone de relieve que difícilmente cuenten con un nivel de control o dominio del acontecer ilícito que permita justificar responsabilidad en dichos términos. Pero, aún así, es decir, asumiendo que eso no sea hipotéticamente problemático, destaca que el aspecto clave estaría en el ámbito del dolo. Es que:

[...] Parecería que (nuevamente, salvo casos extremos) resulta dudoso que el juez actúe con el dolo necesario para justificar una autoría mediata respecto de los delitos que puede sufrir la persona detenida. En específico: difícilmente conozca de antemano el delito (y todos sus elementos objetivos) que sufrirá la persona detenida y probablemente no desee que tales delitos sucedan.

Y en este sentido, sugiere que

[...] La única forma de admitir un dolo, al menos si entiendo bien la propuesta de Zaffaroni, sería aceptando una “normativización” (sobre esto, por todos, Ortiz de Urbina Gimeno, *Pensar en Derecho* 2, 2013, pp. 357 ss.), que permita imputarle un comportamiento intencional al juez, como dolo eventual, a pesar de que fácticamente desconocía al menos algunas características de los hechos delictivos puntuales y/o no los deseaba (pero, por ejemplo, debía haberlos conocido). El lector podrá llegar a tener una postura favorable a esta clase de construcciones sobre dolo/intencionalidad, que en definitiva suelen ampliar la vehemencia de la reacción penal al clasificar como dolo a conductas que, según el entendimiento clásico, habrían de ser consideradas como meramente imprudentes. Pero difícilmente esto sea compatible con una postura tendente a reducir el poder punitivo.

Por lo demás, desliza que la responsabilización de juezas y jueces traería consigo la paradoja de promover penas ilícitas en casos de no acatar el deber de compensación. Lo que sería contradictorio con su posición reductora del poder punitivo, al tiempo que si

[...] cataloga al menos a ciertas penas ilícitas como torturas, un delito que por su extremo disvalor está acompañado de una prohibición absoluta (...) no sería posible tolerarla (al menos desde una perspectiva deontológica fuerte) en ningún caso, ni contra los jueces, ni contra la población carcelaria “agresiva” (sobre el carácter absoluto de la prohibición de la tortura, Greco, InDret 4/2007).

Y esto, más allá de constituir un intento loable por llamar la atención sobre lo que Zaffaroni define como penas ilícitas

[...] a partir de una terminología sugestiva (clasificación de las penas como tortura, posible imputación a los jueces a partir de la figura de la autoría mediata, etc.) y de brindar herramientas para solucionar el problema (...) no estaría exenta de problemas de legitimación si es se la toma en serio y se la lleva hasta sus últimas consecuencias.

Finalmente, Leandro advierte que Zaffaroni utilizaría un término laxo de tortura que podría ser útil en el terreno de la disputa política, pero que acabaría banalizando el término y no podría prosperar en el ámbito de la dogmática penal. Cuanto menos, reitero, teniendo en cuenta su punto de partida –la reducción del poder punitivo– y el rechazo por la prisión –penas ilícitas–, pues las excepciones o correcciones de su propuesta –sanción a jueces y juezas o peritajes de agresividad– implicarían la subordinación de la dignidad humana.

#### **IV.- Respuestas y lecturas posibles**

Para comenzar, debo decir que estoy de acuerdo con Leandro en que la propuesta de Zaffaroni tiene algunos problemas, tal vez «puntos ciegos» –en palabras de Greco–,<sup>18</sup> y que carecería de explicaciones ineludibles. Pero considero – y con esto no justifico las presuntas carencias del libro– que una lectura contextualizada de la obra de Zaffaroni ofrecería mejores respuestas que fortalecerían el planteo y obligarían a efectuar otro esfuerzo para sostener las críticas. Veamos.

---

<sup>18</sup> Greco, Luis (2010), *Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho Penal*, InDret, Revista para el análisis del derecho. Recuperado de: <https://indret.com/conveniencia-y-respeto-sobre-lo-hipotetico-y-lo-categorico-en-la-fundamentacion-del-derecho-penal/>

En primer lugar, entiendo que no es apropiado plantear una suerte de dicotomía entre los intereses de la víctima y los derechos de la persona condenada por la comisión de un delito. Me refiero a cuando se objeta la utilización del principio de proporcionalidad para compensar las derivaciones ilícitas del castigo. Sencillamente, porque las víctimas podrán tener el derecho de que el Estado exprese una desaprobación sobre el hecho que las damnificó y a que quien haya sido responsable de ello sufra un castigo. Y ambas cosas, de hecho, no dejarían de suceder. Pero la ejecución de dicha sanción no puede llevarse delante de cualquier modo, sino en los términos expresamente previstos en la legislación. Y ello no se reduce –como ahondaré de seguido– a las escalas penales del tipo penal atribuido. También comprende los estándares que derivan de la Constitución Nacional, el derecho internacional de los derechos humanos y, particularmente, a las leyes de ejecución penal. Por lo que cualquier *plus* o imposición de dolor que, parafrasando a Leandro, *desnaturalice* la sanción formal será ilegal, desproporcionada y, por qué no, pasible de generar un escenario de doble punición.<sup>19</sup> De modo que habría buenas razones para ajustar el período de encierro.

Así entonces, lo que intento señalar es que la compensación o descuento de tiempo de encarcelamiento no se realizaría en *desmedro* de los intereses de la víctima. Mucho menos de la sociedad que, dicho sea de paso, también integran quienes hayan delinquido. En suma, se adecuaría el castigo haciendo valer el interés social de que la respuesta estatal frente al crimen –por más aberrante que fuere– sea ajustada a derecho y respetuosa de la dignidad humana que, justamente, no es susceptible de renuncia,<sup>20</sup> ni de pérdida por un comportamiento ilícito previo.<sup>21</sup> Por lo demás, no se puede soslayar, independientemente de la obligación del Ministerio Público Fiscal de representar los intereses generales de la sociedad, que las víctimas del delito tienen la facultad de constituirse en el proceso en parte querellante y, por derivación legal, de impugnar un castigo formal “irrisorio”, así como el de hacerse oír previo a que una persona acusada o condenada obtenga una salida anticipada.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Zaffaroni, E. Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2002), pág. 133. De hecho así lo entendió la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en el caso “Brian Nuñez”. Ver especialmente voto del juez Luis Niño. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/fallos42126.pdf>

<sup>20</sup> Greco, Luis (2010), pág. 18-19.

<sup>21</sup> Greco, Luis (2007), *Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones detrás de la tortura en los grupos de casos de las ticking times bombs*, InDret, Revista para el análisis del derecho. Recuperado de: <https://indret.com/las-reglas-detras-de-la-excepcion-reflexiones-respecto-de-la-tortura-en-los-grupos-de-casos-de-las-ticking-time-bombs/>

<sup>22</sup> Ley 27.372.

De modo que cuentan con verdaderas posibilidades de hacer valer sus derechos que, reitero, no quedarían anulados por una eventual compensación del castigo.

En segundo término, entiendo que la objeción o “problema democrático” pierde de vista que las escalas penales no son las únicas normas que regulan la respuesta del Estado frente al castigo. En este sentido, la Constitución Nacional expresamente prevé que las cárceles deben ser sanas y limpias,<sup>23</sup> al tiempo que legislación de igual jerarquía que el Código Penal de la Nación –en el ámbito federal la Ley 24.660– dispone un piso mínimo de derechos que deberían estar satisfechos y gozarse en prisión. Sin ir más lejos, contempla expresamente que las personas condenadas por la comisión de un delito podrán ejercer todos los derechos no afectados por la condena.<sup>24</sup> De manera que no es tan sencillo –y exigiría más esfuerzo– sostener que una pena por debajo del mínimo de la escala penal vulneraría el principio de legalidad. Es más, solo podría llegarse a esa conclusión asumiendo que los derechos de las personas privadas de libertad o, técnicamente hablando, las leyes que regulan la vida en prisión tienen menor valor que el Código Penal o cualquier otra norma que prevea delitos y castigos.

Esta posición debería tener un costo enorme –que por supuesto no tiene–, pues en los hechos implicaría que los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad se encontrarían devaluados en comparación con quienes viven en libertad;<sup>25</sup> a la vez que se traduciría en el acatamiento o respeto de ciertas leyes por sobre otras sin más criterio que el decisionismo judicial. Y, amén de lo expuesto, considero que Zaffaroni no le escapa a la discusión ni a cualquier costo de lo que dice. Todo lo contrario. Se diferencia de la postura dominante –que sostiene que apartarse de una norma por disposición de un principio constitucional superior obliga a declarar la inconstitucionalidad de aquella–<sup>26</sup> y asegura que los mínimos de las escalas penales son meramente indicativos.<sup>27</sup> Esto también lo han sostenido, dicho sea de paso, Maximiliano Rusconi, Mario Alberto Juliano y Alberto Binder,<sup>28</sup> a quienes no traigo a cuento como citas de autoridad, sino para

---

<sup>23</sup> Artículo 18.

<sup>24</sup> Artículo 2 Ley 24.660.

<sup>25</sup> Rivera Beiras, I. (1997), citado en Anitua, G.I. & Gual R. (2016). *Privación de la libertad. Una violenta práctica punitiva*. Didot, Buenos Aires, pág. 10.

<sup>26</sup> Así lo sostiene Días en la recensión. Pero respecto de que se trata de la postura dominante puede consultarse Uriburu, Gregorio José (2019), recuperado de: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8641/1/perforacion-topes-minimos-escalas.pdf>

<sup>27</sup> Zaffaroni, E. Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2002), pág. 133.

<sup>28</sup> Por otros, ver Uriburu, Gregorio José (2019), ob. cit.

demostrar que no hay consenso, como lo sugeriría Leandro, en que sea insoslayable declarar la inconstitucionalidad del mínimo legal.

En tercer lugar, respecto de jueces y juezas como autores mediatos de tortura, comparto con Leandro en que se trata de uno de los puntos más problemáticos del libro. Pero, aun así, considero que hay elementos para no descartarlo sin más y, especialmente, para no sugerir incoherencias con la postura global de Zaffaroni sobre el funcionamiento real del sistema penal. Primero, no me parece que sea tan sencillo descartar que jueces y juezas no tengan control o dominio sobre el “acontecer ilícito”. Son quienes deciden enviar a una persona a prisión y quienes tienen la facultad de liberarlas así como de aplicar medidas de protección o morigeradoras. Sin ir más lejos, las leyes de ejecución les atribuyen el deber de que la vida en prisión se desarrolle dentro de los estándares constitucionales y convencionales,<sup>29</sup> al tiempo que la Constitución nacional expresamente los responsabiliza de autorizar toda medida que, bajo pretexto de precaución, conduzca a mortificarlas más allá de lo que la ley exija.<sup>30</sup>

Sobre esta base que, a mi criterio, es útil para visibilizar que jueces y juezas no estarían tan lejos de tener las riendas de un eventual suceso ilícito que pueda suceder en contextos de encierro,<sup>31</sup> adquiere relevancia el hecho de que tampoco son ajenos al conocimiento de cómo y en qué condiciones se vive en prisión. En efecto, además de las noticias que trascienden en medios de comunicación o los casos que visibilizan las agencias oficiales de comunicación del Poder Judicial y o del Ministerio Público Fiscal,<sup>32</sup> el trabajo empírico refleja que las y los integrantes de la justicia penal están completamente al tanto de que en dichos espacios se

---

<sup>29</sup> Artículo 2 Ley 24.660.

<sup>30</sup> Artículo 18 CN.

<sup>31</sup> En este sentido, pienso que no sería inadecuado explorar los estándares utilizados para responsabilizar a directores de prisiones por hechos de torturas protagonizados por personal subordinado –al respecto es elocuente la sentencia dictada por el TOF de Neuquén el 20 de marzo de 2019 en el expte. 31000047/2008/TO1, caratulado “Vergara...”, accesible en <https://ppn.gov.ar/institucional/noticias/2156-fallo-historico-condenan-a-funcionarios-del-spf-por-torturas-seguidas-de-muerte-y-encubrimiento>– o aquellos promovidos para sostener la complicidad de integrantes de los poderes judiciales en sucesos ocurridos durante la última dictadura cívico-militar (Ver <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/48-ex-jueces-fiscales-y-funcionarios-judiciales-estan-siendo-investigados-por-delitos-de-lesa-humanidad/>

<sup>32</sup> Me refiero a los sitios web del Sistema Interinstitucional de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias en el ámbito del Poder Judicial de la Nación o al de la Procuraduría de Violencia Institucional en el marco del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Accesibles en <http://sistemacontrolcarceles.gob.ar/registro-multimedia/>

vulneran sistemáticamente derechos humanos.<sup>33</sup> Solo que en un supuesto contrapunto entre satisfacer el derecho de las personas privadas de libertad o el de la sociedad –a la que reducen como un ente del que no formarían parte aquellos/as que viven en prisión– deciden privilegiar el de esta última que, todavía más problemático, emparentarían con exclusivas exigencias y demandas de castigo.<sup>34</sup> Y a ello se suma que, aun cuando toman contacto con hechos de notoria gravedad,<sup>35</sup> consideran que los órganos de la justicia penal no tienen responsabilidad alguna sobre cualquier episodio de violencia en la cárcel y que solo se pueden limitar a exigir mejores condiciones de encierro a las autoridades del Poder Ejecutivo.<sup>36</sup>

En resumidas cuentas, entiendo que, otra vez, no sería tan sencillo rechazar la tesis de Zaffaroni y que cualquier objeción merecería más análisis. De hecho, la práctica judicial enseña que en otros ámbitos de la función pública han prosperado imputaciones que podrían trasladarse.<sup>37</sup> A la vez, el trabajo empírico da cuenta que las y los integrantes de la justicia penal saben muy bien que es un ámbito donde se vulneran sistemáticamente derechos humanos, pero aun así disponen el envío de personas a prisiones con esas características –degradadas en palabras de Zaffaroni– y, lo que es peor, resisten cualquier libertad anticipada o medida morigeradora. Me parece que al común de las personas que tienen la desgracia de tener contacto con el sistema penal se les exige bastante menos en materia de *conocimiento*; lo que sirve para pasar al último tramo del trabajo.

En ningún momento Zaffaroni sostiene que juezas y jueces que actúen como autores mediatos de tortura, así como la población carcelaria *agresiva*, merezcan o deban tolerar penas ilícitas. Desde el vamos, destaca que sería inaceptable recurrir a prisiones deterioradas frente a cualquier castigo que no haya comenzado a

---

<sup>33</sup> Gauna Alsina, Fernando (2020), *A espaldas del dolor: aproximaciones a la relación de los judiciales con la prisión*, en Kostenwein, E. (Dir.), *La condición judicial. Dimensiones sociales de la justicia penal*, Ad-hoc, Buenos Aires.

<sup>34</sup> Al respecto son interesantes los trabajos de Daniel Varona Gómez (ver entre otros <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/599.pdf>) o los casos protagonizados por *Víctimas por la paz* (ver [www.victimasporlapaz.org.ar](http://www.victimasporlapaz.org.ar)).

<sup>35</sup> En el trabajo de campo de los trabajos de mi autoría que cité aquí sobresale el caso protagonizado por el juez de ejecución del Departamento Judicial de San Isidro, Alejandro David. En una visita a la cárcel de mujeres de Los Hornos se encontró con que setenta y cinco de ellas –que estaban embarazadas o vivían en prisión con sus hijos– dormían en condiciones insalubres y con roedores en las propias celdas. Ordenó el arresto domiciliario de todas en el acto y envió un informe y fotografías a los jueces de sus causas. Ninguno de ellos concretó el arresto domiciliario o visitó la cárcel luego. Además, varios denunciaron al juez David.

<sup>36</sup> Gauna Alsina, Fernando (2017). Detrás del castigo. Primeras aproximaciones a la relación de la justicia penal con la prisión. *Derecho Y Ciencias Sociales*, 1(17), 44-69.

<sup>37</sup> Ver nota 32.

ejecutarse –lo que quizás comprendería a jueces y juezas–. Y en esa línea, subraya la necesidad de aplicar encierros preventivos con estricto apego a la jurisprudencia internacional y solo frente hipótesis delictivas de singular gravedad donde los peritajes citados revelen altas manifestaciones de agresividad.<sup>38</sup>

Y en este último caso –que comprendería a un porcentaje menor de la población penitenciaria– insiste con el deber del poder judicial de “no incrementar innecesariamente el ingreso de personas a las prisiones y, paralelamente, reducir proporcionalmente las penas de los ya presos”, lo que “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”.<sup>39</sup> De modo que

[...] 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.<sup>40</sup>

Así entonces podrá discreparse con este escenario. Pero no podría decirse que se contraponga con el propósito reductor del poder punitivo que Zaffaroni encomienda al derecho penal. Justamente

[...] La propuesta de una constante contrapulsión jurídica al poder punitivo del estado policial, como un *unfinished*, importa asignar al juez penal la función de un personaje trágico, cuyas decisiones nunca aparecerán como completamente satisfactorias, porque debe oponer toda su resistencia al poder punitivo que pugna por rebalsar el dique, habilitado por las leyes con función punitiva latente y por las punitivas eventuales; pero respecto del poder punitivo que habilitan las leyes penales manifiestas, y que sea menos irracional, no puede cerrarle completamente el paso, aunque debe agotar los esfuerzos para abrirlo sólo cuando haya sorteado las compuertas de los sucesivos momentos procesales (las entreabre con el procesamiento, las abre con la prisión preventiva, determina la cantidad que deja pasar con la sentencia y controla la que pasa durante la ejecución) y en todos ellos haya probado legalmente que se da un supuesto en que la racionalidad del poder está menos comprometida.<sup>41</sup>

Con todo, lo sugestivo es que es esta misma coherencia dificultaría escaparle a la crítica apoyada en una mirada deontológica fuerte –como trae a colación Días– en contra de la tortura. Sencillamente, porque el posicionamiento aun reductor del

<sup>38</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 31-32.

<sup>39</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 32.

<sup>40</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 32.

<sup>41</sup> Zaffaroni, E. Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2002), pág. 83.

poder punitivo de Zaffaroni sugeriría que habría ciertas torturas que deberían tolerarse para no quebrar el dique del Estado policial. Lo que, parafraseando a Greco,<sup>42</sup> implicaría que la dignidad humana sería algo disponible bajo determinadas circunstancias. De modo que llevaría la razón Leandro en que la postura de Zaffaroni no podría llevarse hasta sus últimas consecuencias. Sin embargo, se pierde de vista –y esto también ofrece una respuesta a la presunta utilización de un concepto laxo del término– que Zaffaroni no identifica a la prisión en sí misma con la tortura, sino a

[...] 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 (...)<sup>43</sup>

Y esto tiene que distinguirse de las carencias usuales, la sobrepoblación dentro de límites tolerables, así como de los defectos corrientes conocidos por todos. En suma, cuando Zaffaroni se refiere a tortura habla de una deformación tal del castigo que dejaría de ser una mera privación de libertad para traducirse en una pena corporal con posibles secuelas irreversibles o incluso una pena de muerte por azar.<sup>44</sup> Y quizás pueda parecer sobreactuado, exagerado o alarmista, pero lo cierto es que los niveles de muertes en prisión son verdaderamente preocupantes. Especialmente, si se repara en que gran parte de éstas obedecen a causas evitables en el medio libre.<sup>45</sup> Es éste, en definitiva, el terreno de las penas ilícitas.

## **V.- A modo de cierre**

Para finalizar, deseo insistir en que el propósito del texto ha sido el de contribuir a un debate que, en mi opinión, no ha perdido vigencia y no debería clausurarse. Como sugiere Leandro, hace falta más diálogo en el ámbito del

---

<sup>42</sup> Greco, Luis (2007), pág. 11.

<sup>43</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 13.

<sup>44</sup> Zaffaroni, E. Raúl (2020), pág. 13.

<sup>45</sup> Ver informes de la Procuración Penitenciaria de la Nación. Accesibles en: <https://www.ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/cuadernos/cuadernos-ppn-13.pdf>

penalismo argentino. Por lo que espero que este trabajo no sea leído como un punto de llegada, sino como un aporte preliminar que, discusión mediante, podría derivar en un artículo con posiciones más definidas. Sin ir más lejos, se podría decir que, en gran medida, solo me limité a señalar algunas objeciones –y debilidades en los términos que señalé en la introducción– respecto las críticas que se le hicieron al trabajo de Zaffaroni. Sin dudas, esto merece más profundidad y detenimiento futuro.

Sin perjuicio de ello, me permito una observación final. Considero que la postura de Zaffaroni está lejos de banalizar la tortura. En mi opinión, se trata de una de las pocas contribuciones dogmáticas en el país –por no decir la única– que procura hacer derecho penal sobre la base del funcionamiento real del sistema penal. Y ello, pues, implica tomarse muy en serio la tortura y la prisión.

## VI.- Bibliografía

- Días, Leandro A. (2020), *Recensión a “Penas ilícitas” de Eugenio Raúl Zaffaroni*. Recuperado de: <http://endisidencia.com/2020/04/recension-a-penas-ilicitas-de-eugenio-raul-zaffaroni/>
- Gauna Alsina, Fernando (2017). Detrás del castigo. Primeras aproximaciones a la relación de la justicia penal con la prisión. *Derecho Y Ciencias Sociales*, 1(17), 44-69.
- Gauna Alsina, Fernando (2020), *A espaldas del dolor: aproximaciones a la relación de los judiciales con la prisión*, en Kostenwein, E. (Dir.), *La condición judicial. Dimensiones sociales de la justicia penal*, Ad-hoc, Buenos Aires.
- Greco, Luis (2007), *Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones detrás de la tortura en los grupos de casos de las ticking times bombs*, InDret, Revista para el análisis del derecho. Recuperado de: <https://indret.com/las-reglas-detras-de-la-excepcion-reflexiones-respecto-de-la-tortura-en-los-grupos-de-casos-de-las-ticking-time-bombs/>
- Greco, Luis (2010), *Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho Penal*, InDret, Revista para el análisis del derecho. Recuperado de: <https://indret.com/conveniencia-y-respeto-sobre-lo-hipotetico-y-lo-categorico-en-la-fundamentacion-del-derecho-penal/>
- Rivera Beiras, I. (1997), citado en Anitua, G.I. & Gual R. (2016). *Privación de la libertad. Una violenta práctica punitiva*. Didot, Buenos Aires.
- Zaffaroni, E. Raúl (2012), *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, EDIAR, Buenos Aires.
- Zaffaroni, E. Raúl (1994), *Las penas crueles son penas*. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/66/las-penas-cruels-son-penas.pdf>
- Zaffaroni, E. Raúl (2020), *Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Zaffaroni, E. Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2002), *Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires.