

03.

Doctrina

Sobre la mensuración de las penas ilícitas

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 3/10/2022

Aprobado: 3/11/2022

Sobre la mensuración de las penas ilícitas¹

On the measurement of illicit penalties

Por Marcelo Oscar Villanova²

Universidad Nacional del Comahue

Resumen: El texto aborda las divergencias existentes entre el castigo como debiera ser y como efectivamente es. Analizaré la incidencia en la calidad de la pena del décalage entre la programación normativa de los tratos debidos con aquellos efectivamente aplicados a las personas detenidas. Repasaré algunos de los precedentes más relevantes en cuanto a la consideración jurisdiccional del trato sufrido al margen de la ley, con especial referencia al rol de la defensa pública en la determinación de la consecuencia normativa a la infracción del deber.

Palabras clave: Castigo – Igualdad de trato – Pena ilícita – Mensuración de la pena.

1. El presente texto, con algunas modificaciones, es una exposición que efectué en el marco del XI Encuentro de la Defensa Pública de la provincia de Buenos Aires, celebrado del 12 al 17 de septiembre de 2022.

2. Abogado (Universidad Nacional del Comahue). Doctor en derecho (Universidad Nacional de Mar del Plata). Titular de la Secretaría de Ejecución Penal de la Defensa Pública de Necochea. Correo electrónico: marcelo_villanova@hotmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0581-659X>.

Abstract: *The text addresses the existing divergences between the punishment as it should be and as it actually is. I will analyze the impact on the quality of punishment of the mismatch between the normative programming of the due treatment to those actually applied to detainees. I will review some of the most relevant precedents on the jurisdictional consideration of the treatment suffered outside the law, with special reference to the role of the public defense in determining the normative consequence of the breach of duty.*

Keywords: *Punishment – Equal treatment – Illicit punishment – Penalty measurement.*

En lo que sigue me centraré en cuestiones que puedan servir a los operadores del sistema penal a fin de encausar una serie de situaciones descritas bajo el rótulo de litigar de manera estratégica el castigo.³ Con este fin, prescindiré de consideraciones y elaboraciones dogmáticas específicas, por caso, la “herramienta” para efectuar la mensuración del castigo ilícito, la utilización de baremos eminentemente objetivos –o también subjetivos– y las posibles implicaciones de ello en el principio de igualdad de trato, entre otros. También prescindiré del análisis del marco fáctico del asunto, las condiciones concretas en que se cumplen las penas. Como en el caso anterior, no porque ello carezca de actualidad o devenga trivial; al contrario, el objeto del presente, con un fin utilitarista, si se me permite la licencia, contempla un marco más reducido en pos de la practicidad.

Esta especie de litigio implicó la incorporación de nuevas perspectivas y herramientas en los debates que a diario llevamos adelante. Aunque podría representar una gran parte del contenido de los casos que suceden en nuestros tribunales, aún se encuentra en desarrollo y, quizás tímidamente, comienza a traducirse en precedentes.

3. Propongo que sea agrupado aquí el litigio de todas aquellas cuestiones no inherentes a la programación normativa de la pena. En el texto me centraré específicamente en la consideración jurisdiccional de los tratos en el marco de la ejecución de la pena, o medida cautelar, y sus implicancias dogmáticas. Claro que, al referirnos al “litigio estructural”, la actividad no se agota allí, aunque sí las pretensiones del texto. El término también debiera abarcar las consecuencias normativas previstas para el responsable de la imposición de los tratos ilícitos, o la omisión de aquellos debidos, me refiero al litigio de las consecuencias criminales y civiles de tal conducta u omisión. En este sentido, bien puede guardar relación con un litigio “estructural”, por cuanto las consecuencias de las acciones desplegadas pretenden expandir el terreno de lo justiciable más allá de los intereses concretos de las partes del caso. A esto tiende precisamente el litigio de las consecuencias jurídico-criminales del trato, la atribución de responsabilidad penal a sus autores y su influencia en el campo.

Podemos estar en desacuerdo con las modalidades para efectuar un litigio estratégico del castigo, como para mensurar las penas ilícitas, pero sin duda alguna se trata de una herramienta de la que ya no podremos prescindir.

Breve descripción del marco teórico

Hace unos diez años tuve la posibilidad de elaborar un trabajo (Villanova, 2013) donde critiqué el desempeño de la dogmática penal en el derecho de ejecución penal. Ello derivaba en la ausencia de un conjunto de límites sistematizados que nos colocaran ante el cumplimiento legítimo del castigo, condiciones en presencia de las cuales la ejecución de la pena resultaba legítima en un Estado democrático de derecho. Estas condiciones, en cuya ausencia el castigo legítimo se torna ilegal, pueden ser analizadas bajo el rótulo de los tratos que el Estado se encuentra obligado, facultado o impedido de realizar.

El discurso de los juristas no abordaba acabadamente los temas aquí esbozados (salvo algunas excepciones que tanto ayer como hoy marcaron el camino de la sistematización).⁴ En general nos contrábamos con un discurso ceñido absurdamente a los textos

4. El Dr. Pablo Vacani fue quien mayor influencia tuvo en el desarrollo del tema en cuestión, no solo en la academia, sino principalmente en los diferentes precedentes jurisprudenciales que analizaré. Su insistencia en el tema ha derivado, en gran medida, en que la calidad de la pena forme parte del litigio cotidiano actual. Al respecto, véase, por ejemplo, Vacani (2015).

legales y los fines del castigo; allí comenzaba y finalizaba todo análisis. Hoy el escenario cambió: la actualidad de la ejecución penal se encuentra determinada por la calidad y el contenido del castigo, por la alegación y verificación de los tratos prohibidos, permitidos o debidos y la determinación de sus consecuencias normativas.

A mi modo de ver, entre las principales actividades de la dogmática penal y la defensa pública, en el marco de un diseño del proceso penal liberal, se encuentran aquellas acciones especialmente dirigidas a preservar el principio de igualdad de trato, la máxima predeterminación del castigo y la tesis garantista de la minimización de la violencia en la sociedad –en el caso, de aquella causada por la pena–. Dicho ello, describiré brevemente a qué problema nos referimos al hablar de pena ilícita o litigación estratégica del castigo.

Es que, si bien la calidad de la pena impuesta es previsible desde el dictado de la sentencia condenatoria, no es cuantificable hasta el momento de su ejecución, por lo menos no en toda su intensidad. Al establecer las escalas penales, el legislador presupone que las penas serán cumplidas de una manera predeterminada, conforme a derecho, es decir, con un contenido de dolor determinado. De la misma manera que los jueces, al imponer un monto determinado dentro de la escala penal, presuponen que se cumplirá de manera tendencialmente legítima, pues

se supone que no imponen penas ilícitas, utilizando palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).⁵

La pena de prisión debiera ser, básicamente, una privación de la libertad de circulación y sus inherentes consecuencias. Es probable, siguiendo a Zaffaroni (2020), que se encuentre naturalizado en la práctica un trato punitivo que determine un contenido penoso, una calidad de la pena, un tanto superior a lo estrictamente lícito. Pero, sin dudas, es en base a estas condiciones que el Código Penal establece las escalas penales y los tribunales imponen las penas.

La actividad jurisdiccional debiera tender a garantizar que el contenido penoso se mantenga siempre dentro de lo lícito, y eventualmente, mediante la alegación y comprobación de hipótesis fácticas referidas al dolor adicional no programado normativamente, balancear nuevamente la ecuación garantista entre el dolor generado por la pena y el introducido a la sociedad con el delito (Villanova, 2015 y 2019), o, en términos convencionales, mensurar la pena ilícita y eventualmente descontarla de la pena legal. Suele denominarse

5. En "Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho", del 22 de noviembre de 2018, la Corte IDH sostuvo respecto del plus punitivo antijurídico que: "Cabe presuponer en forma absoluta que las privaciones de libertad dispuestas por los jueces del Estado, a título penal o cautelar, lo han sido en el previo entendimiento de su licitud por parte de los magistrados que las dispusieron, porque los jueces no suelen disponer prisiones ilícitas. Sin embargo, se están ejecutando ilícitamente y, por ende, dada la situación que se continúa y que *nunca debió existir pero existe*, ante la emergencia y la situación real, lo más prudente es reducirlas en forma que se les compute como pena cumplida el sobrante antijurídico de sufrimiento no dispuesto ni autorizado por los jueces del Estado" (p. 24). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf.

esta actividad –consistente en mensurar y traducir en algún tipo de consecuencia normativa– “compensaciones de pena”.⁶

Ese plus punitivo, evidenciado por el trato antinormativo, debe ser relevado y medurado no solo para neutralizar los efectos de la desigualdad de trato, minimizar la violencia en la sociedad y evitar la doble punición, sino a fin de evitar la responsabilidad internacional, pues la Corte IDH ha sostenido en los precedentes “Plácido de Sá Carvalho” y “Curado”⁷ que: “las penas ilícitas deben ser medidas y descontadas de la pena legal”. Precisamente, en relación con las personas privadas de libertad en el complejo, en “Plácido de Sá Carvalho” sostuvo que:

pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenderse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que

6. En este contexto, y con esas condiciones de aplicación, no discutiremos respecto del uso del término, aunque tenga mis reparos. Incluso la propia Corte IDH hace uso de la expresión.

7. “Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del Complejo Penitenciario de Curado”, del 28 de noviembre de 2018. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06.pdf.

no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional. (p. 28)⁸

El Estado tiene el deber de compensar la pena ilícita sufrida por las personas detenidas. Este deber surge cuando al contenido inherente a la pena se suma un plus punitivo no programado normativamente. Aquí entra en juego el litigio estructural del castigo, la necesidad de utilizar distintas herramientas a fin de obtener la consideración jurisdiccional de los diversos tratos que exceden lo estrictamente lícito.

Es que, si bien la pena debiera ser un castigo taxativamente predeterminado e igualitario, varía no solo de cárcel en cárcel, de pabellón en pabellón, sino incluso de persona en persona. Dentro de ella, cualquier violación a los derechos y la dignidad imaginable es posible y seguramente ya sucedió. Existe una distancia incomprensible entre cómo debe ser la pena y cómo es, de ahí que resulte impostergable el desarrollo de garantías y mecanismos que permitan, aunque más no sea tendencialmente, disminuirlas.

8. La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina sostuvo en sentido similar que: "Una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado". Recurso de Hecho, "Germano, Karina Dana s/ Causa N° 12.792", del 14 de febrero de 2012.

Como excusa, algunas sentencias relevantes

Las discusiones brindadas por los juristas acerca de la calidad de la pena que cumplen las personas detenidas comenzaron a traducirse en algunos precedentes jurisprudenciales. Ello es básicamente lo que hoy conocemos como el litigio estratégico del castigo. El derecho de ejecución penal se ha ido moldeando conforme el espíritu de este tipo de litigios, y quizás incluso pueda ser presentado como un progreso.

Dados los límites de esta publicación, simplemente destacaré, sin mayor análisis, una especie de pausa, o quizás un retroceso, en lo que alguna vez conocimos como “clearing de penas”⁹, casos donde se computa, en una causa actual, el tiempo sufrido en detención preventiva en otra causa donde el imputado fue absuelto. Por ejemplo, la Sala I del Tribunal de Casación bonaerense lo reconoció en los casos “Núñez”¹⁰ y “Garriga”¹¹, entre otros.

Sobre este asunto existieron varios precedentes de diversos tribunales. No obstante, ello deberá ahora tamizarse por la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Castelli,

9. En alguno de los viajes compartidos por el sur del país con el juez Mario Alberto Juliano, hace unos doce años, recuerdo que colegas nos comentaron de esta novedosa doctrina ya transformada en precedente en la provincia de Chubut. Si mal no supe, ese juez fue el primero en aplicarla en ámbito bonaerense.

10. Causa N° 105.771, “Núñez, Iván Mariano s/ recurso de Casación”, del 6 de abril de 2021 por la Sala I del Tribunal de Casación bonaerense.

11. Causa N° 104.634, “Garriga Mendoza Carlos Daniel s/ Recurso de Queja”, del 7 de mayo de 2021.

Néstor”¹², donde se revocó la decisión de la Cámara de Casación Penal, que había procedido a otorgar el descuento, por entender que carecía de fundamento válido. Exigió como condición para efectuar el descuento que existan los requisitos previstos por el legislador para unificar las condenas. Este criterio había sido sostenido, por ejemplo, por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en el caso “Cabrera Salinas”¹³, donde, si bien resolvió computar el tiempo sufrido en prisión preventiva en una causa paralela en la que el imputado luego fue absuelto, estableció como condición que se tratara de procesos sucesivos, pues, de lo contrario, nos encontraríamos ante una especie de crédito para cometer un nuevo delito.

Vinculado al contenido de la pena y su calidad, la Corte IDH, en el caso “Hernández vs. Argentina”¹⁴, estableció como doctrina que determinados padecimientos que no forman parte del contenido normativo de la pena pueden implicar incluso la imposición de penas crueles e inhumanas. El caso fincó centralmente en las afecciones comprobadas al derecho a la salud –la pérdida de visión en un ojo, la pérdida de memoria, la incapacidad parcial y permanente en un brazo–, debido a que no fueron oportunamente tratadas por el Estado.

12. Causa “Castelli, Néstor Rubén y otros s/ Incidente de recurso extraordinario”, sentencia del 3 de mayo de 2022.

13. Causa N° P 757615/19, “F.C Cabrera Salinas Neri, Alejandro p/ Robo Agravado p/ Recurso Ext. de Casación”, del 28 de diciembre de 2020.

14. Caso “Hernández vs. Argentina”, del 22 de noviembre de 2019 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

Los daños o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral que no sea consecuencia natural y directa de la privación de libertad en sí misma. Reiterando su doctrina, la Corte estableció la necesidad de reparar, del modo más cercano posible a una plena restitución, los daños causados. Esta necesidad ha sido especialmente considerada por los tribunales domésticos para traducir en alguna consecuencia normativa el trato antijurídico.

En la provincia de Buenos Aires suelen destacarse en este sentido los precedentes “Reyna”¹⁵ y “Bellot”¹⁶ del Tribunal de Casación, quizás por ser los primeros (al menos de los que tuve conocimiento) de

15. Causa N° 75.213, “Reyna Damián Ezequiel s/ recurso de Casación”, del 2 de junio de 2016. En este caso el penado había sido víctima de una agresión a manos de un agente penitenciario, quien le rompió el tímpano con una patada en lo que se consideró una sesión de tortura. La lesión fue constatada mediante pericia médica inmediata, que se realizó en el marco de una acción de habeas corpus intentada por la defensa. En el marco de un pedido de libertad asistida se debatió la necesidad de que el tribunal se apartara del dictamen de “inconveniencia” emitido por el Servicio Penitenciario en los términos del artículo 100 de la Ley N° 12.256 y se congloba con el hecho que había modificado sustancialmente la proporcionalidad original de la pena impuesta: la tortura sufrida en encierro. El tribunal dispuso la libertad del señor Reyna, considerando especialmente la situación subjetiva particular y la tortura a la que había sido sometido por los agentes que debían cuidarlo. En sus palabras: “Si la pena debe ser proporcional a la magnitud del injusto y a la culpabilidad del autor [...] tal principio se infringe cuando su ejecución se torna cruel o inhumana [...] la pena [...] no puede ser expresada más que de modo lineal [...] fijando la extensión máxima de la intervención punitiva estatal. A su vez, implica de consuno, el cumplimiento regular de la misma, aventando toda posibilidad de actos que la tornen en una pena cruel, inhumana o degradante. Cuando así sucede, y a fin de evitar una sanción de orden internacional, es ineludible atender a esta faceta existencial recomponiendo la situación violatoria de derechos del penado o detenido, o reparando sus efectos, siempre que sea posible, del modo más aproximado a una plena restitución”.

16. Causa N° 78.881, “Bellot, Gustavo Adolfo s/ recurso de Casación”, del 13 de octubre de 2016. Aquí se tuvo en cuenta especialmente la afectación del derecho a la salud del penado en el marco de su encierro. El tribunal nuevamente se apartó del dictamen desfavorable del Servicio Penitenciario y concedió la libertad condicional. Para fundamentar dicho apartamiento se consideró especialmente la sistemática vulneración al derecho de acceso a la salud de Bellot. Se probó la falta de prestación del servicio de salud valorándose los diversos informes médicos que surgieron a partir de peticiones concretas realizadas por la defensa.

dicho organismo.¹⁷ En lo medular, las defensas públicas de ambos plantearon la concesión de libertad asistida y libertad condicional respectivamente, para lo cual reunían la condición temporal, aunque contaban con dictámenes técnicos desfavorables.

En ambos casos se constató la aplicación de tratos ilegítimos, agresiones y torturas en el caso del Sr. Reyna y violaciones sistemáticas al derecho a la salud en el caso del Sr. Bellot. Se consideró que esto traducía la pena como cruel y se valoró específicamente la necesidad convencional de reparar el trato ilícito del modo más cercano posible a una restitución. La consecuencia normativa que el tribunal

17. Debe destacarse que previo a estos precedentes bonaerenses, el 11 de septiembre de 2015 la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal dictó sentencia en la causa "Núñez, Brian Oscar s/ homicidio simple en grado de tentativa" (Reg. 451/2015). Aquí el imputado había sido condenado a la pena única de once años de prisión con declaración de reincidencia, comprensiva de las penas de siete años y seis meses de prisión y de cuatro años y seis meses de prisión. Se valoraron específicamente los tratos prohibidos a los que había sido sometido el imputado, precisamente la tortura sufrida durante su encierro en el marco del cumplimiento de la pena de siete años y seis meses de prisión, lo que determinó, por un lado, que fuera dejada sin efecto la declaración de reincidencia, considerando la imposibilidad de exigir al agente una motivación fundada en la pena donde sufrió el trato ilegal. Por otro lado, se redujo el monto punitivo a siete años y seis meses de prisión, para lo cual se consideró el trato ilegal sufrido en el marco del cumplimiento de la pena de siete años y seis meses de prisión que integraba la unificación. Si bien resultaba razonable y objetivo descalificar como un acto jurídico válido la declaración de reincidencia, no alcanzo a comprender el porqué de ese monto punitivo exacto y no otro; es decir, si se cancelaba la pena en cuyo marco fue torturado, ¿por qué no se estableció el monto en cuatro años y seis meses de prisión en lugar de los siete años y seis meses? Claro que ello era mejor que mantenerlo once años encerrado, pero parecería que la razonabilidad se encuentra dada por no computar los cuatro años y seis meses de prisión, aunque en el marco del cumplimiento de esa pena no había sido torturado, sino en la de siete años y seis meses.

derivó fue apartarse de los dictámenes de inconveniencia y conceder los “beneficios” solicitados.¹⁸

En un sentido similar merece destacarse el precedente “Ybarra”¹⁹, de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal. En apretada síntesis, conjuntamente la defensa del imputado y la fiscalía solicitaban la reducción de la pena impuesta o la modificación de su cumplimiento, proponiendo se adelantasen las fases de progresividad y se obliterase la necesidad de contar con las dos terceras partes de la pena, en función de serios tratos ilícitos impuestos a Ybarra. A diferencia de los casos de la provincia referidos, Ybarra no

18. Recientemente, la Cámara de Apelaciones Departamental de Necochea, en la Causa N° 5685/22, “Sparta, Pablo Matías / Incidente de Libertad Condicional”, del 27 de septiembre de 2022, resolvió una cuestión similar a la planteada en el caso “Bellot”, apartándose de los dictámenes de inconveniencia que valoraban la ausencia de realización de tratamientos psicológicos y contra las adicciones, en función del complejo estado de salud del imputado y las reiteradas insatisfacciones a sus requerimientos médicos (numerosas pérdidas de turnos médicos por falta de traslados al HIGA o realizados fuera de horario, imposibilidad de sanitizar y controlar heridas y sondas, entre varias otras). Se revocó la decisión de primera instancia, fundada en tales informes, otorgando la libertad condicional e imponiendo la realización de los tratamientos en libertad. Es de destacar que el delito por el que cumplía pena era de los denominados de género.

19. Causa N° 1790/20, “Silvero Ybarra, Juan Carlos s/ recurso de casación”, dictada el 16 de diciembre de 2020. Muy brevemente, la defensa del Sr. Ybarra había solicitado, en el marco de lo previsto por el artículo 504 del Código Procesal Penal –al referirse a otra razón legal–, la reducción de la pena oportunamente impuesta o de las condiciones de su cumplimiento, proponiendo su inclusión en un régimen de libertad condicional, planteo que fue rechazado en primera instancia por carecer, aparentemente, de sustento legal. Debe resaltarse que el pedido obtuvo el acompañamiento fundado, razonado y motivado del Ministerio Público Fiscal. Se denunció que Ybarra había sido víctima de serias afecciones a sus derechos, que incluían agresiones sexuales, amenazas, lesiones y torturas. El tribunal consideró que: “la materialidad del hecho denunciado por Silvero Ybarra es incuestionable, porque se constataron oficialmente las graves lesiones sufridas por el imputado, como así también que ellas fueron producidas mientras se encontraba detenido en una unidad carcelaria”.

se encontraba en condiciones temporales de acceder a la libertad que solicitaba. Se consideró acreditada la violación al deber de indemnidad y con ello configurada la infracción al deber estatal de garantía, se revocó la decisión de primera instancia y se ordenó que el *a quo* practique una modificación a la pena impuesta, o de su cumplimiento. La jueza Ana María Figueroa sostuvo que:

El encartado Juan Carlos Silvero Ybarra ha sufrido un daño en su integridad física y psíquica asimilable a tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante estando alojado en el Servicio Penitenciario Federal [...] respecto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana que dispuso que la reparación del daño requiere, siempre que sea posible, la plena restitución y que, de no ser esto posible –como en el presente caso–, se debe determinar las medidas que garanticen los derechos conculcados, eviten nuevas violaciones y reparen las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer la indemnización que compense por los daños ocasionados entiendo que corresponde hacer lugar a la modificación del monto de la pena impuesta al encartado a la luz del art. 504 CPPN.

A mi modo de ver, en los supuestos fácticos donde han existido tratos prohibidos u omisiones debidas, aunque no superaron el daño introducido a la sociedad con el delito, el tipo de consecuencias normativas puede fincar en lo que se denomina “compensaciones”, como ya referí. Podrían ser los casos “Bellot” y “Sparta” y las múltiples violaciones a su derecho de acceder a la salud, o podemos

discutir si ingresaría en esta categoría el caso de “Hernández vs Argentina”. Como ejemplo, me interesa destacar aquí una sentencia del 15 de septiembre de 2021 dictada por el juez titular del Juzgado Correccional N° 3 de Mar del Plata, el Dr. Jorge Rodríguez, en causa seguida al Sr. Juan Carlos Moraschia,²⁰ por la cual se adicionó al tiempo en detención cumplido un total de dos meses y ocho días, tiempo que, además, lo colocaba dentro de los parámetros temporales previstos para acceder a la libertad asistida (art. 169.10 del Código Procesal Penal).

Debe recalcar el baremo utilizado por el juez: determinar doble el cómputo del tiempo de detención que el imputado había permanecido alojado en condiciones incompatibles con el sistema normativo vigente.²¹ El juez fundamentó su decisión especialmente en la prohibición de doble punición contenida por el artículo 1 del Código Procesal Penal, en la doctrina interamericana surgida de los precedentes de la Corte IDH en los casos “Plácido de Sá Carvalho” y “Curado” y en la analogía del presente con la recompensa prevista por el legislador bonaerense en el artículo 41 bis de

20. Causa N° 14.422.

21. Debe destacarse que se arribó a la sentencia mediante la solicitud de la defensa oficial de Mar del Plata, que había propiciado se otorgase al imputado un descuento total de ocho meses de prisión en función de las condiciones ilegítimas de detención sufridas. En efecto, había cumplido en prisión preventiva hasta la fecha de la resolución un total de cinco meses y trece días, de los cuales se probó que dos meses y ocho días fueron bajo condiciones ilegítimas de detención, precisamente desde su ingreso a la celda 4 del pabellón C del Área 1 de la Unidad Penal 44 de Batán (27 de abril de 2021) hasta su reubicación en el pabellón F de la misma Unidad Penal (4 de julio de 2021).

la Ley N° 12.256,²² por el cual se compensa al interno trabajador o estudiante en razón de diez días por año en el que efectivamente lo hubiera hecho.

A mi modo de ver, es el primer precedente de un tribunal doméstico que aplica los estándares interamericanos conforme han sido específicamente diseñados, es decir, mediante la realización de un “cálculo objetivo razonable”, en el caso, valorando el plus punitivo implicado por la aplicación de tratos prohibidos, traduciéndolo en el cómputo doble del período temporal por el que fuera sometido a ellos.

En base al cálculo objetivo reclamado y propuesto por la Corte IDH, podemos colegir que correspondería un día de descuento de pena por cada día en que no se hubieran garantizado condiciones normativas dignas de alojamiento; en otras palabras, computar doble el tiempo por el que las personas hubiesen sido sometidas a tratos ilegales. Siguiendo la lógica del tribunal interamericano, si el establecimiento penitenciario se encuentra preparado para abastecer la salud, la alimentación, dispensar condiciones normativamente dignas de alojamiento a un determinado número de personas, por encima del mismo debe computarse un plus punitivo adicional,

22. “Los actos del interno que demuestren buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el aprendizaje y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados mediante un sistema de recompensas. Sin perjuicio de lo que determine la reglamentación y salvo los casos del artículo 100 de la presente, el Juez de Ejecución o Juez competente podrá recompensar al condenado que tuviera conducta ejemplar con una rebaja en la pena a razón de diez (10) días por año de prisión o reclusión cumplida en los cuales haya efectivamente trabajado o estudiado”.

pues se supone que recibirán peores condiciones de trato, ya no programadas normativamente.

Podríamos preguntarnos acerca de la razonabilidad del cálculo, aunque ello excedería el marco del presente trabajo. Brevemente, partiendo de la hipótesis sobre la existencia de una superpoblación cercana al 100 % en los complejos relevados, a la conclusión de que las personas allí alojadas reciben un doble de plus punitivo, debe considerarse la existencia de un salto lógico.

La superpoblación relevada por el organismo no determina, necesariamente, que el plus punitivo se coloque en ese 100 %, pues, independientemente de la existencia de una superpoblación cercana al doble, los tratos efectivamente soportados por las personas allí alojadas bien pueden colocarlo por fuera de ese baremo.

En efecto, el solo dato de la superpoblación no nos dice nada en cuanto a los tratos efectivamente recibidos (u omitidos). Estos pueden determinar la existencia de un plus punitivo muy superior al mismo; por ejemplo, cualquier persona que, en las condiciones relevadas, hubiera padecido además los tratos vistos en “Reyna”, “Bellot” o “Núñez”, dichos padecimientos, no necesariamente inherentes a la superpoblación, deberían ser valorados, mensurados y también descontados de la pena impuesta.

También me parece aplicable, por ejemplo, la reconocida objeción que efectuaba Gargarella (2007) a Zaffaroni, y podríamos pregun-

tarnos acerca de por qué los tribunales domésticos debieran continuar legitimando una situación sumamente ilegal y arbitraria y reproduciendo así un derecho injusto en lugar de darle la espalda incondicionalmente. Icásticamente, Gargarella argumentaba que:

En tal caso, la obligación del juez no podría ser otra que la de dejar absolutamente de respaldar ese derecho, para aplicar, en todo caso, otras medidas no contaminadas de esa inaceptable injusticia. En tal sentido, la respuesta favorable a la manutención de niveles bajos de coerción estatal resulta llamativa y en principio implausible. Es como si, luego de identificar a la tortura, apropiadamente, como una aberración jurídica, aceptáramos aplicar dosis moderadas de tortura: frente a la tortura, la única respuesta estatal razonable es la de su rechazo incondicional (Y las cosas son, por supuesto, todavía más serias si se quiere sostener – como quiere hacerlo Zaffaroni – que ese comportamiento judicial es moralmente debido o éticamente irreprochable).

Llevado a nuestro caso, aun aplicando el cálculo objetivo y razonable establecido en “Sá Carvalho”, legitimaríamos que las personas allí alojadas continuasen sufriendo las lesiones a los derechos relevadas, sometiéndolas a tratos prohibidos e ilegítimos, aunque ahora relevados jurisdiccionalmente. La única respuesta lógica posible quizás sea, en términos de Gargarella, su rechazo incondicional.

La Corte IDH evaluó la posibilidad de liberación de las personas alojadas en los complejos referidos, por lo menos hasta el límite de su

capacidad, aunque, claro, la consideró irreal y no realizable en función de las consecuencias en la sociedad que ello podría acarrear. En sus palabras:

Considera la Corte que la solución radical, antes mencionada, que se inclina por la inmediata libertad de los presos en razón de la inadmisibilidad de penas ilícitas en un Estado de derecho, si bien es firmemente principista y en la lógica jurídica casi inobjetable, desconoce que sería causa de una enorme alarma social que puede ser motivo de males aún mayores. (p. 23)

Cuando se dice que la lógica jurídica sería casi inobjetable, entiendo que quizás entonces un poquito de tortura sea aceptable. No alcanzo a comprender por qué sería impracticable. De hecho, la misma Corte IDH cita en apoyo de su resolución el conocido precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos “Brown Gobernador de California y otros vs Marciano Plata y otros”, del 23 de mayo de 2011, y lo cataloga como la sentencia más resonante de los últimos años de todo el continente. Recuerda que se ordenó al estado de California reducir en un 137,5 % la población penitenciaria en un plazo máximo de dos años.

El análisis de la Corte IDH no pone de relieve que esa trascendente resolución implicó la liberación de alrededor de 40.000 personas. Por ello, habida cuenta de lo difícil que es vaticinar el futuro, podríamos remitirnos solo a los hechos. Lejos de causar alarma o males mayores en la sociedad californiana, la resolución implicó rechazar

incondicionalmente el derecho injusto que garantizaba cualquier violación a la dignidad imaginable. En palabras de la Corte estadounidense:

Así como un interno puede morir de hambre si no se alimenta, puede sufrir o morir si no se lo atiende médicamente. Una cárcel que priva a sus internos del sustento básico [...] es incompatible con el concepto de dignidad humana y no puede tener lugar en una sociedad civilizada.²³

A mi modo de ver, esta es la única solución lógicamente viable en un Estado constitucional democrático y liberal de derecho, o en una *sociedad civilizada*, para utilizar las palabras de la Corte estadounidense. Es que, como sostenía Ferrajoli (1997): “Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer” (p. 555). Y justificar un poquito de tortura para no causar alarma social nos coloca dentro de una pendiente resbaladiza de la que se sabe el comienzo pero no el fin.

Entonces, más allá de las objeciones que puedan plantearse –y deban ser planteadas–, si a quien se encontró alojado en condiciones de hacinamiento, con una superpoblación cercana al 100 %, se le computa doble el tiempo de detención, en tanto se supone que el plus punitivo que representa encontrarse alojado en una cárcel

23. “Brown Gobernador de California y otros vs Marciano Plata y otros”, del 23 de mayo de 2011.

con este índice de superpoblación es doble, también lo es en caso de corroborarse ese plus punitivo aun sin superpoblación. Con mayor razón opera la mensuración en caso de que, aun sin haberse superado el cupo máximo de alojamiento, se hubiera comprobado que se brindó, por ejemplo, un trato no digno, irregular o cruel. Este fue el criterio adoptado por el juez marplatense en la sentencia referida.

La mensuración objetiva y razonable variará de caso en caso en función de las amplias y diversas circunstancias que los diferencian. En este sentido, cada sufrimiento adicional no programado normativamente podría descontarse de la pena, siempre y cuando no supere la magnitud total del injusto tenida en cuenta por el tribunal al dictar la sentencia, en cuyo caso correspondería cancelarla.²⁴

Entiendo necesario profundizar el desarrollo de mecanismos para asegurar la inmunidad de las personas frente a los castigos arbitrarios y la minimización de la violencia social. Si bien los juristas no tienen el poder de hacer desaparecer esos castigos, disminuir la violencia de la sociedad y transformar la cárcel, sí tienen el deber de traducir en consecuencias normativas concretas esa violencia adicional no programada.

La certeza y el mandato de máxima predeterminación legal se encuentran estrechamente vinculados al liberalismo político. De he-

24. En Villanova (2019) he efectuado algunas consideraciones al respecto.

cho, una de las principales razones para defenderlos radica en la objeción liberal representada por el principio de autonomía de la persona. Solo las leyes –y las penas– claras, ciertas y precisas permiten a las personas escoger libremente sus conductas y materializar sus planes de vida e ideales de excelencia con garantías. Con garantías de que la reacción punitiva será exclusivamente estatal, con garantías de que las consecuencias normativas del delito serán solo las previstas por el derecho y, sobre todo, con garantías de que, ante su incumplimiento, el ordenamiento normativo cuenta con los mecanismos necesarios para su reformulación.

El rol de la defensa pública como garantía de acceso a la justicia

Debo insistir en que la litigación estratégica de la pena, y con ello la actividad desempeñada por la defensa en los precedentes “Reyna”, “Bellot”, “Moraschia”, “Ybarra” y “Sparta”, ha sido esencial para determinar la consideración jurisdiccional del trato ilegítimo y su traducción en consecuencias normativas concretas.

Debe destacarse que en ninguno de los casos existió una sentencia firme que acreditara la entidad y magnitud de los tratos prohibidos. Ello obedece a la aplicación del estándar internacional en punto a la prueba de este tipo de hechos; estoy refiriéndome al principio interamericano de la “presunción incorporada”, por el cual, hasta tanto se pruebe lo contrario, debe presumirse que el Estado ha

sido responsable de los malos tratos inducidos por sus agentes a las personas detenidas.²⁵

Por ello, el rol de la defensa en el relevamiento de las condiciones en que las personas cumplen detención resulta fundamental, pues luego, al momento de litigar el trato, toda la información recolectada y acompañada al expediente, o asegurada, será esencial no solo para determinar la consideración jurisdiccional del trato, sino también para establecer sus consecuencias normativas concretas.

25. La Corte IDH ha sostenido al respecto que: “En virtud de la responsabilidad del Estado de adoptar medidas de seguridad para proteger a las personas que estén sujetas a su jurisdicción, la Corte estima que este deber es más evidente al tratarse de personas reclusas en un centro de detención estatal, caso en el cual se debe presumir la responsabilidad estatal en lo que les ocurra a las personas que están bajo su custodia” (Caso “Asunto de la Cárcel de Urso Branco vs. Brasil”. Resolución de medidas provisionales, del 18 de junio de 2002, párr. 8). En este mismo sentido entendió que “frente a personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia [...] De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro” (Caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala”. Fondo, reparaciones y costas, del 20 de junio de 2005, párr. 128). Continuando en la misma línea: “En virtud de la responsabilidad del Estado de adoptar medidas de seguridad para proteger a las personas que estén sujetas a su jurisdicción, la Corte estima que este deber es más evidente al tratarse de personas reclusas en un centro de detención estatal, caso en el cual se debe presumir la responsabilidad estatal en lo que les ocurra a las personas que están bajo su custodia” (Caso “Asunto de la Cárcel de Urso Branco vs. Brasil”. Resolución de medidas provisionales, del 18 de junio de 2002, párr. 8). Asimismo, y vinculado especialmente con la salud de las personas detenidas: “Cuando una persona es privada de la libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación satisfactoria y convincente de esa situación y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados” (Caso “Mendoza y Otros vs. Argentina”, del 14 de mayo de 2013, Serie C N° 260, párr. 203).

Entre los desafíos actuales de la defensa pública en particular y de la dogmática penal en general se encuentra el relevamiento del plus punitivo y su traducción en una consecuencia normativa concreta. El incumplimiento a los estándares internacionales en punto a las condiciones de detención debería generar consecuencias normativas tanto para el Estado como para los agentes estatales y la persona detenida.

Finalmente nos queda el punto en torno de la oportunidad para efectuar el planteo. Esta es una cuestión que viene planteándose en diversos espacios. Por caso, recuerdo que en el entrañable Encuentro de Secretarios y Defensores de Ejecución Penal de 2012 ya discutíamos sobre ello, y en las conclusiones se establecía que:

Este descuento de pena por tratos arbitrarios en prisión puede solicitarse en el marco de una petición de juicio abreviado; en la cesura de juicio; en ocasión de observarse el cómputo de pena. Resulta factible también solicitar la compensación del castigo propiciado en celda de aislamiento cuando la sanción disciplinaria fue luego anulada por el Juez competente. Se puede utilizar como categorización de la cualidad aflictiva de ese trato, tres criterios: severidad (ej.: una lesión grave o un hecho de tortura), reiteración o prolongación del maltrato (ej.: atención médica ne-

gligente o inadecuada o aislamiento constante), trascendencia a la familia a través del trato (ej.: traslados).²⁶

Recientemente, en las conclusiones del XI Encuentro de la Defensa Pública de la provincia de Buenos Aires, en el que fue presentado este texto, también se debatieron cuestiones vinculadas al momento en que podrían efectuarse los planteos de mensuración y se elaboró una guía al respecto. En lo que interesa, se valoraron a modo indicativo:

1. Durante la investigación penal preparatoria:

- Para que se considere el modo y eventual lugar donde se cumplirá la coerción.
- Con la apelación de la denegatoria de excarcelación.
- En oportunidad de recurrir la Prisión Preventiva y/o para revisar luego de un tiempo la misma.

2. Durante la etapa intermedia/juicio:

- Al plantear una salida alternativa del proceso: se puede pedir el reconocimiento de la situación para limitar “condiciones” que para el caso serían irrazonables (V.g. no es lo mismo la imposición de tareas comunitarias para una suspensión de juicio a prueba respecto de alguien que transitó libre el proceso a quien padeció un encierro previo en comisaría, etc.)

26. Disponible en: https://defensapublica.mpba.gov.ar/menu_varios.aspx?op=Documentos%20de%20trabajo&titulo=Biblioteca%C2%A0%C2%A0%C2%A0%C2%A0%C2%A0%C2%A0Documentos%20de%20Trabajo.

- Para negociar acuerdos: podría ser útil para fundar pedido de condena por debajo del mínimo tanto como para reclamar la condicionalidad de la eventual condena y/o alguna forma menos lesiva que el encierro efectivo total de cumplimiento de la misma, para humanizar el requerimiento fiscal que se haga en “abstracto”, etc.
- Al momento de los alegatos: se puede utilizar para pedir la imposición de un monto de pena mínimo o menor, de cumplimiento condicional, etc.
- El abuso de la prisión preventiva como ventaja para el estado (en particular p/ el Ministerio Público Fiscal) se puede sumar como atenuante en las distintas etapas del proceso.

3. Luego de la sentencia de condena:

- En la impugnación contra sentencia de condena siempre que se dé continuidad al pedido (no sería conveniente pretender introducirlo recién aquí).
- Pedidos liberatorios o atenuaciones y/o morigeraciones rechazadas.
- Denuncias por vejámenes archivadas y/o paralizadas.

4. Durante el trámite de los recursos interpuestos:

- En la revisión de la sentencia de condena. Debe ser una circunstancia sobrevenida a la misma. Se plantea directamente ante el tribunal que revisa y resulta importante el conocimiento de visu con el imputado a fin de acreditar estas cuestiones.

5. Durante la ejecución de la pena:

- En todas las alternativas previstas por las leyes de ejecución, cuando no se dan –por la acción/omisión del Estado– los requisitos subjetivos/objetivos exigidos por normas de inferior jerarquía. VG. Solicitar que la compensación deje de lado la falta de cumplimiento del tiempo legalmente establecido, la mala conducta y/o concepto, los informes desfavorables, etc.
- Con el pedido de conmutación de pena.

6. En la revisión del cómputo de pena:

- También resulta importante al momento de controlar los cómputos de pena no perder de vista la valoración de obligaciones impuestas en la excarcelación que deben computarse –como cumplimiento de pena– al practicar el respectivo cómputo.

7. Otro tipo de compensaciones:

- Algunos daños generan la posibilidad de compensaciones económicas por parte del Estado. Vg. Puede bien ejercerse la acción civil en el proceso penal que se investigue el hecho generador del agravamiento o bien utilizar el derecho a reclamo civil a fin de lograr en sede penal acuerdos compensadores, con renuncia a reclamos patrimoniales posteriores.²⁷

Con ello podemos concluir que los momentos para su planteo son bien amplios y variados. Siempre debemos considerar la necesidad de hacerlo en la primera oportunidad disponible o previsible, y efectuarlo en términos convencionales, pues, más allá del momento en que decidamos ingresar el planteo, poseemos una llave convencional para abrir la discusión en las diversas instancias procesales a que debamos acceder.

27. A fin de valorar las modalidades de las presentaciones al respecto, recomiendo la lectura completa del documento, disponible en: https://defensapublica.mpb.gov.ar/JURISDICCIONAL/Ejecuci%c3%b3n_penal/documentos_de_trabajo/Guia_Practica.pdf.

Bibliografía

- FERRAJOLI, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- (1997). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- GARGARELLA, R. (2007). “Todobien con Zaffaroni. Pero”. Recuperado de: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2007/12/todo-bien-con-zaffaroni-pero.html>.
- NINO, C. & E. R. ZAFFARONI (1991-1993). “El debate Nino-Zaffaroni”. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/03/doctrina43072.pdf>.
- VACANI, P. A. (2015). *La cantidad de pena en el tiempo de prisión. Sistema de la medida cualitativa*, vol. 1. Buenos Aires: Ad Hoc.
- VILLANOVA, M. O. (2019). “La teoría del Garantismo Penal: entre los fines y las funciones de las penas”. En: *Unidad en la Diversidad VI*. Buenos Aires: Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires.
- (2015). “Los fines del programa: ¿resocializar? Una mirada crítica desde el liberalismo”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año V, N° VI.
- (2013). “La dogmática penal y la ejecución de las penas de prisión”. En: *Suplemento Penal y Procesal Penal*, N° 11.
- ZAFFARONI, E. R. (2020). *Penas ilícitas. Un desafío a la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur.
- (dir.) (2012). *La medida del castigo*. Buenos Aires: Ediar.