

## LAS PENAS CRUELES SON PENAS\*

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI\*\*

### I. PLANTAMIENTO

El título de la presente relación es una verdad de Perogrullo, pero con demasiada frecuencia este género de verdades deben ser descubiertas en el plano jurídico, donde suelen ocultarlas los discursos que no discriminan entre lo descriptivo y lo prescriptivo.

Por ello apelo a ese enunciado simplista para tratar de plantear los efectos que debe tener sobre la pena legal la circunstancia de que al sujeto de la misma se lo victimice por parte de los propios agentes del Estado —o por omisión de los mismos— y en razón del delito cometido, como sujeto pasivo de desaparición forzada, torturas, malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, prohibidas por el artículo 12<sup>1</sup> constitucional.

Mucho se ha escrito en cuanto a la depuración de las fórmulas que garantizan contra tales hechos en el plano consti-

\* El presente artículo fue publicado con anterioridad en la revista *Nuevo Foro Penal*, Medellín (Colombia), 1994.

\*\* Profesor en la Universidad de Buenos Aires, Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología.

<sup>1</sup> N. de la R. El artículo 12 de la Constitución política de Colombia dice: "Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".

tucional e internacional, como también en cuanto a la técnica de construcción de los tipos penales de *delicta propria* de los funcionarios responsables. No obstante la cuestión del efecto que esos actos deben tener sobre las penas que se impongan o que vengan cumpliendo sus víctimas, puede decirse que se ha pasado por alto. Dicho vacío parece significar que la mencionada victimización es absolutamente irrelevante en cuanto a la punibilidad y en cuanto a la cuantificación e individualización de las penas.

Algunas leyes de la región han dispuesto rebajas generales de penas, acudiendo a fórmulas emparentadas con la amnistía, en razón del maltrato sufrido en cárceles dictatoriales. Tales fueron los casos de Argentina y Uruguay al término de las dictaduras militares en la década pasada. Pero en términos dogmático-jurídicos el debate respectivo no se ha planteado, o sea que, de *lege lata*, poco o nada se ha dicho. Alguna sentencia ha recogido esa circunstancia como atenuante, pero, como corresponde a una sentencia, sin una teorización al respecto. La doctrina latinoamericana guarda un silencio casi absoluto.

En las legislaciones no existe ninguna disposición expresa y el silencio absoluto de la doctrina latinoamericana puede atribuirse, en buena medida al menos, a que la principal fuente inspiradora de la misma es europea, doctrina para la cual, como mínimo desde la posguerra, el problema es casi abstracto en su realidad, especialmente en los países con mayor desarrollo teórico. Lamentablemente en América latina sucede todo lo contrario: los hechos que prohíbe el artículo 12 constitucional son muy numerosos y lo mismo puede decirse de la gran parte de los países periféricos del poder mundial, como es comprobable con la simple lectura de los informes y boletines de "Amnesty", por ejemplo.

El tema no es, pues, abstracto o especulativo en nuestra región, sino de altísimo nivel práctico cotidiano.

En la realidad operativa de nuestros sistemas penales, la omisión o silencio en torno del problema provoca una paradoja realmente irritante: la denuncia de los hechos, cuando las víctimas vencen el temor y la formulan, permite por lo general su comprobación por vía médico-forense o análoga, pero las precauciones tomadas por sus autores impiden en la mayor parte de los casos su individualización, por lo que la investigación policial concluye en sobreesimiento o prescripción, en

tanto que las víctimas son condenadas o continúan cumpliendo su pena, sin que esos hechos tengan sobre la pena que se impone o la que sufre más efecto que el de una mera circunstancia anecdótica o de lamentable accidente. La situación permanece "normalizada" en estos términos y como nadie la problematiza, pareciera que se presuponen argumentos jurídicos sólidos para sostenerla, cuando en realidad nadie los ha enunciado ni explicitado y su supuesta obviedad, cuando la tocamos levemente con criterio jurídico, se nos desmorona sorprendentemente, mostrando su inconsistencia.

La ausencia de debate y de problematización de la cuestión nos priva de los argumentos reales que sustentan la indiferencia de las victimizaciones del artículo 12 constitucional sobre las penas impuestas o en vías de ejecución sobre las víctimas. Por ende, no nos resta otro camino que apelar a argumentos imaginarios, no explicitados hasta ahora.

Así, en un nivel teórico muy bajo, podría argumentarse que ante el silencio de la ley se impone no relevar la victimización del autor respecto de la pena formal. También en el caso del penado sobre el que se ejecutase una pena cruel mientras está cumpliendo la pena legal, podría imaginarse la invocación de la intangibilidad de la "cosa juzgada".

En otro nivel, aunque no muy alto, es imaginable la invocación de una caricatura de dialéctica idealista, afirmando que las penas crueles son actos injustos que quedan cancelados con la aplicación de la respectiva pena que reafirma el derecho frente a ellos, por lo que no podrían ser relevados a ningún otro efecto, inclusive, por supuesto, en la cuantía de la pena que se imponga o se haga ejecutar a la víctima.

Insistimos en que estas argumentaciones son supuestas, por lo que nos vemos necesitados a confrontar discursos imaginarios. De los mencionados, no nos ocuparemos aquí de la caricatura de dialéctica idealista, porque corresponde a un concepto de pena que prácticamente se ha descartado en la doctrina contemporánea. Cabe aclarar, aunque la discusión no tenga más valor que el histórico, que incluso dentro de esa corriente no sería admisible, por lo que preferimos hablar de "caricatura" y no del verdadero discurso de la dialéctica idealista.

Del mismo modo, no vale la pena detenerse en la cuestión de la "cosa juzgada", puesto que ésta es una garantía para el

penado, que siempre cede ante un hecho posterior y cuya valoración jurisdiccional sólo puede beneficiarle. Es absurdo oponer una garantía para perjudicar al que la garantía ampara. Lamentablemente, éste suele ser el criterio perverso con que se manipulan algunos principios garantizadores, en particular cuando se invoca la "certeza" del Derecho, pretendiendo confundir la seguridad de respuesta con la seguridad jurídica. Se olvida que la seguridad jurídica la proporcionan los límites máximos claros a la autoridad estatal, pero que la posibilidad de que la autoridad estatal no avance hasta ese límite no afecta la seguridad del ciudadano o seguridad jurídica, aunque debilite la seguridad de respuesta. Un derecho penal que sancione todos los delitos con la pena de muerte tendría una seguridad de respuesta absoluta, aunque no tendría ninguna seguridad jurídica el sometido al mismo.

Como consecuencia de lo expuesto, nos centraremos únicamente en el argumento basado en el supuesto silencio de la ley. En tal sentido, es bien obvio que los códigos guardan absoluto silencio. No obstante, eso no prueba en modo alguno el pretendido silencio de la ley. En la actualidad es criterio unánime que la primera fuente de conocimiento del derecho penal es la ley constitucional y que ello corresponde exactamente a la moderna idea del "Estado de Derecho" (art. 1º constitucional)<sup>2</sup>. La Constitución colombiana dice claramente que ésta es "norma de normas" (art. 4º<sup>3</sup>). La cuestión se traslada, pues, a un interrogante de interpretación constitucional: ante el silencio de la ley penal ¿qué solución impone la ley constitucional?

<sup>2</sup> *N. de la R.* El artículo 1º constitucional dice: "Colombia es un Estado social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

<sup>3</sup> *N. de la R.* El artículo 4º constitucional dice: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

"Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades".

**II. EN LA CONSTITUCIÓN HAY DOS CONCEPTOS DE "PENA":  
 UNO DESCRIPTIVO, GENÉRICO (O SEMÁNTICO)  
 Y OTRO PRESCRIPTIVO (O CONSTITUCIONAL  
 EN SENTIDO ESTRICTO)**

No podemos pasar por alto la observación que seguramente se formulará de que no hay un concepto constitucional de "pena" porque la Constitución política no define a la pena. Este género de argumentos olvida que las vacas eran vacas antes de que alguien las definiera y, aún más, las vacas no se han enterado de que están definidas.

La Constitución política, como cualquier discurso que menta la pena, no necesita definirla, como no necesitamos definir todos los entes que mencionamos, ni en el lenguaje corriente ni en el legislativo. No hay definiciones constitucionales del hombre y de la mujer, del perro y del gato, de la casa y de los ríos y mares. Se mencionan las cosas y se presupone la incorporación de su sentido semántico corriente. Así, el sentido semántico corriente de la pena no puede ser otro que el de respuesta estatal a un delito. Esto es pena para cualquiera y también para la Constitución política. No es más que un sentido genérico al que la Constitución se vincula, para luego distinguir las penas constitucionales de las penas inconstitucionales o prohibidas.

La definición constitucional de pena —cuya ausencia algunos lamentarán— nunca puede pasar del conjunto de requisitos que deben cumplir las penas para ser constitucionales. Para continuar con los ejemplos vacunos, digamos que si la Constitución política dispusiera que el Estado compre vacas negras, esto no significaría que las restantes vacas no fuesen vacas. Las famosas definiciones constitucionales o legales de las penas no son más que síntesis de los requisitos que deben cumplir las penas para ser legales o constitucionales. Es una mera cuestión de técnica legislativa decidir si es preferible enumerar esos requisitos o exponerlos sintéticamente, o hacer ambas cosas. Por nuestra parte, preferimos que un texto constitucional los enumere claramente y que la síntesis la deje librada a la doctrina, pues justamente el cometido de la doctrina es la formulación de síntesis, en tanto que el de la legislación es precisar los requisitos con exactitud, en el entendimiento de que siempre se trata de requisitos de las penas constitucionales, o sea, prescripciones que

equivalen a decir "el Estado colombiano sólo debe imponer y ejecutar penas con los requisitos a, b, c..." o, lo que es lo mismo, "el Estado colombiano no debe imponer ni ejecutar penas sin los requisitos a, b, c...".

Las definiciones legales de pena siempre son conceptos prescriptivos que indican el *deber ser* de las penas legales, pero no son descripciones de "la" pena, que inevitablemente deben darse por presupuestas y pertenecientes al lenguaje ordinario, como género ineludible al que el discurso legislativo debe vincularse para elaborar sus prescripciones. Se puede prohibir u ordenar algo que acontece en la realidad y para ello no puede menos que apelarse a un lenguaje que denote la parte de la realidad que se quiere regular con la prescripción o la prohibición. De lo contrario se pretendería un absurdo inextricable e incomprensible: se pretendería construir por prescripción (*deber ser*) un ámbito para regularlo con otra prescripción (*deber ser*), con lo cual la prescripción sería como *debe ser* algo que *debe ser*: las vacas manchadas, overas, blancas, etcétera, no deben ser vacas; luego, se prohíben las vacas no vacas.

Este absurdo no sólo está vedado por el simple ejercicio de la razón, sino que lo prohíbe el principio republicano de gobierno (art. 1º constitucional), que impone la racionalidad de los actos de gobierno, abarcando en tal carácter, sin duda, a los actos jurisdiccionales o sentencias.

En el artículo 12 constitucional queda claro que no se pretende un absurdo semejante. Ese dispositivo prohíbe las penas crueles, inhumanas o degradantes. Esto significa que *no deben imponerse ni ejecutarse penas crueles (prescripción)*. Lo mismo puede decirse del artículo 29<sup>4</sup>: *no deben imponerse*

<sup>4</sup> *N. de la R.* El artículo 29 constitucional dice: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

"Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juicio; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presen-

ni ejecutarse penas sino después del debido proceso. El "las penas no deben ser así" (deber ser) presupone que "puede haber penas que sean así" (ser), pero las penas que sean y las que no sean así, ambas son penas, en el sentido semántico o descriptivo al que la Constitución se vincula, como único recurso para distinguir dentro de un género "pena" cuáles son las especies prohibidas y cuáles las no prohibidas. Para el artículo 12 constitucional, sin duda, las penas crueles, inhumanas o degradantes son penas.

Descendiendo al plano legislativo y pese a ser criticable (por su inexplicable y peligrosa contradicción) el artículo 12 del Código Penal ("la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora"), no se tratarían más que de requisitos legales de las penas que completarían los constitucionales, pero siempre como prescripción y no como concepto semántico o descriptivo. No puede ser entendido de otro modo que como "la pena legal debe tener por función", siendo pena ilegal la que no tenga esa función, sin que por ser ilegal deje de ser pena.

### III. LA ESTRUCTURA CONCEPTUAL DEL ARTÍCULO 12 CONSTITUCIONAL

La lectura superficial del artículo 12 constitucional, cuando declara enfáticamente que "nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", podría dar lugar a la falsa idea de que las desapariciones forzadas, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, no son penas. Esta lectura sería demasiado simplista y aún menos que exegética. Este texto, como cualquier texto jurídico, requiere una interpretación dogmática.

Los conceptos del artículo 12 no son independientes, sino que están vinculados por diferentes ámbitos abarcativos, que los conectan como más amplios y más reducidos dentro de un

---

tar pruebas y a controvertir las que se allegan en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

"Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

fenómeno único. La jerarquización por el ámbito connotativo de sus enunciados, responde a un doble criterio: a) en cuanto a la entidad del mal inferido; b) en cuanto a la causa por la cual se infiere ese mal.

a) Es innegable que la tortura es un trato cruel, inhumano y degradante. También lo es la desaparición forzada de personas. Podría decirse que ambos son casos extremos dentro del género de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Luego:

Tratos crueles, inhumanos o degradantes	}	desaparición forzada de personas;
		torturas;
		otros tratos análogamente crueles, inhumanos o degradantes.

b) El texto se refiere a "tratos o penas crueles". Toda pena es, sin duda, un trato que se depara a una persona. Según el sentido descriptivo o semántico al que la Constitución se vincula, la pena sería el trato que se depara a una persona por parte del Estado en razón o a causa de un delito que esta persona haya cometido. Por ende, los tratos crueles, inhumanos o degradantes pueden o no ser penas, según que sean impuestos a causa de un delito que la víctima haya cometido o por otra causa diferente (mera antipatía política, por ejemplo).

Por ende, "tratos crueles, inhumanos o degradantes" es un género que abarca a los que se imponen con sentido punitivo tanto como a los que se imponen sin ese sentido.

Luego:

Tratos crueles, inhumanos o degradantes	}	penas crueles, inhumanas o degradantes
		simples tratos crueles, inhumanos o degradantes

En ambos casos (a y b), el *género prohibido* son los *tratos crueles, inhumanos o degradantes*, con la *aclaración o precisión* en cuanto a su *intensidad*, de que en sus grados máxi-

mos abarcan la desaparición forzada y la tortura y, en cuanto a su causa, de que también abarcan los que se impongan como respuesta a un delito cometido por la víctima (las penas crueles, inhumanas o degradantes).

#### IV. LAS PENAS ILÍCITAS Y EL ESTADO

No es nuestro propósito criticar a los teóricos del Estado y ni siquiera penetrar en su ámbito, pero lo cierto es que el Estado frecuentemente asume los caracteres de un personaje curioso, cuyas calidades ambicionaríamos muchas personas de carne y hueso. Sería muy útil para cualquiera de nosotros tener, por ejemplo, la posibilidad de espiritualizarnos y materializarnos a gusto y de asumir la autoría de nuestros actos cuando son buenos y descargarla en otros cuando son malos. Cualquiera que sea la racionalización teórica que se esgrima para hacer del Estado tan curioso como escurrizado personaje, creo que nadie puede admitir estas características en un "Estado social de Derecho" (art. 1º constitucional).

Creemos que en la Constitución política hay sobrada normativa que obliga al Estado a asumir su responsabilidad por los actos lesivos de sus servidores. En principio, además de principio republicano generalizado, está escrito expresamente que el Estado existe y se justifica precisamente porque debe proteger los derechos de los ciudadanos y de los habitantes. Claramente se dice que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades" (art. 2º constitucional)<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> N. de la R. El artículo 2º constitucional dice: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."

"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

La ley constitucional prescribe cómo deben ser las penas, pero, lógicamente, admite como dato de realidad que las penas pueden ser crueles y, justamente, ese dato de realidad es el supuesto fáctico que da vida a los tipos penales de los artículos 272 (privación ilegal de la libertad), 273 (prolongación ilícita de la privación de libertad), 274 (detención arbitraria), 275 (desconocimiento del hábeas corpus), que sólo pueden cometer sus servidores, y del artículo 279 cuando lo cometa uno de éstos. La propia Constitución incorpora el dato fáctico de posibilidad de incumplimiento de los deberes de sus funcionarios, al consagrar la responsabilidad patrimonial estatal en los daños causados por acción u omisión de las autoridades<sup>6</sup> públicas (art. 90) y la responsabilidad personal de sus servidores por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 67<sup>F</sup>).

Sería absurdo, pues, que el Estado pretenda escurrirse "espiritualizándose" con el argumento de que sus servidores son terceros ajenos al mismo cuando imponen y ejecutan penas ilícitas o cuando omiten las medidas necesarias para evitar que un tercero las ejecute. Semejante pretensión se asemeja a ciertas reglas que los niños pretenden introducir arbitrariamente en sus juegos cuando pierden, más que a argumentos con un mínimo de seriedad.

No caben en este sentido argumentos formales. Sería también inadmisibile, por ejemplo, sostener que "penas crueles" sólo pueden ser las que imponen los jueces en forma no racional. Sin duda que los jueces pueden imponer penas crueles, pero no vemos la razón para considerar tales sólo a las que impone la jurisdicción y dejar fuera del concepto las que no sólo imponen sino que también ejecutan funcionarios del sector ejecutivo o subordinados que, por su mayor arbitra-

<sup>6</sup> N. de la R. El artículo 90 constitucional dice: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."

"En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

<sup>7</sup> N. de la R. El artículo 67<sup>F</sup> constitucional dice: "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

riedad y falta de forma son más lesivas, más peligrosas y más inconstitucionales. Repugnaría a la racionalidad republicana que sólo se tomasen en cuenta como penas crueles las de los jueces y que quedasen fuera del concepto las que más lesionan a la Constitución, a los ciudadanos y al prestigio del país.

El dolor del torturado, del mutilado, del incapacitado, del sometido a vejámenes, a secuestro, a intromisión arbitraria en su privacidad, a escarnio, por una autoridad estatal y en razón de haber cometido un delito, más allá de cualquier racionalización, no puede dejar de ser vivenciado como una pena cuando es ejecutado por un servidor público que pertenece al poder del sistema penal (juez, policía, penitenciario) o cuando es permitido libremente por éstos. Sólo negando obstinadamente lo que la realidad pone delante de nuestros ojos puede sostenerse que eso no es una pena.

Jamás los padres del liberalismo político y penal al emprender la tarea de limitar la pena, humanizarla y rodearla de garantías, han podido imaginar que sus argumentos limitadores pudieran pervertirse hasta el colmo de que, en lugar de suprimir las penas crueles y atroces, se instrumenten para que, además de éstas, se impongan a las personas penas no crueles. Desde Beccaria hasta Carrara y desde Locke hasta Kant y Feuerbach, se rasgarían las vestiduras: todo su esfuerzo humanista, en lugar de llevar a la supresión de las penas crueles, habría llevado a sumar a las penas inhumanas penas humanas. Triste e inmerecido destino para tantos desvelos: Verri y Hommel lamentarían sus libros contra la tortura.

La Constitución política no puede refrendar este absurdo. La prohibición del doble juzgamiento (art. 29), además de la garantía de la "cosa juzgada" (en materia penal en favor de la persona), implica a fortiori, la prohibición de la doble punición. La doctrina colombiana ha reconocido ampliamente la prohibición de la doble punición y su ley penal ha sido pionera en el derecho penal comparado en cuanto a la abolición de la reincidencia con este fundamento.

## V. UNA CURIOSA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LA PENA

Las penas no pueden ser inhumanas (art. 12). Este principio se ha invocado reiteradas veces en la legislación comparada para proceder al perdón judicial, a atenuaciones extraordinarias de las penas o a beneficios análogos, cuando el autor de un delito hubiese sufrido en su persona o en la de los próximos parientes un grave daño como resultado o con ocasión de su comportamiento delictivo.

Algo análogo suele disponerse en algunos textos para enfermedades graves o probablemente incurables sobrevinientes. Sin embargo el Estado, este curioso personaje que algunos conciben con los caracteres tan originales que señalamos, no tiene la misma humanidad cuando él mismo es el autor o responsable de esos pecances y sus leyes callan al respecto. Esto es mucho más llamativo cuando, en lugar de la humanidad, en esos casos se habla de "inutilidad" de la pena: el Estado consideraría que la pena no tiene utilidad si esas circunstancias las provocan terceros o la fatalidad, pero la seguiría considerando útil si las hubiese provocado él mismo violando la Constitución política y el derecho internacional.

No pretendemos con esto afirmar que las penas crueles deben descontarse de las penas constitucionales o legales en función del principio de humanidad de las penas o de cualquier utilidad que se le asigne a la misma. Esos serían, en último caso, argumentos de refuerzo, porque insistimos en que el fundamento básico de este descuento lo impone la prohibición de *doble punición*. Sólo mostramos la forma en que se manipulan los principios de humanidad y de utilidad de la pena para excluir de su ámbito los supuestos de victimización del autor del delito por parte de los propios agentes del Estado, con la intención de probar los silenciosos esfuerzos que se han realizado para esquivar la cuestión, o bien, hasta dónde el inconsciente ha traicionado a los teóricos y legisladores. Por esta vía se pretende que estos principios operan si el grave daño lo causó cualquiera o el azar, pero no cuando los hubiera causado quien justamente tenía el deber jurídico público de haberlo evitado, porque para eso existe y esa función es la única que justifica su autoridad (art. 2º constitucional).

## VI. LA PROHIBICIÓN DE DOBLE PUNICIÓN RECONOCIDA EN PENAS NO ESTATALES

No es menos curioso que se olviden las penas crueles estatales o que se les niegue el carácter de penas y que, sin embargo, con toda razón se invoque la prohibición de la doble punición para impedir que, cuando una persona perteneciente a una comunidad indígena haya sido sancionada conforme a los usos y leyes de su propia etnia, lo sea nuevamente por la ley estatal. Es más que razonable el criterio, pero lo llamativo es que el Estado vaya abriendo las puertas a este argumento frente a penas que en definitiva son impuestas y ejecutadas por terceros ajenos al mismo y que no muestre la menor atención al problema que se plantea cuando son sus mismos funcionarios quienes las imponen y ejecutan.

Esto significaría que considera a sus propios servidores como más extraños a sí mismo, que el consejo de ancianos de una comunidad indígena.

## VII. LA TORTURA ES UNA PENA

Un argumento que podría esgrimirse en favor de la irrelevancia penal de la tortura sufrida, buscando entre los que son imaginables y pensando que siempre el derecho penal autoritario puede apelar a los recursos más extraños, sería o podría ser de carácter histórico, donde la tortura siempre ha sido considerada como un instituto procesal penal y no penal puro. Basándose en que la tortura fue un medio de prueba y no una pena, se sostendría que no corresponde que sea descontada a la pena legal como pena cruel, pues no tendría ese carácter. Quedarían fuera de este concepto de tortura sólo los tormentos impuestos en las viejas penas de muerte "aggravadas". También podría pretenderse circunstanciar el hecho y, según que el funcionario haya empleado la tortura para obtener información o para castigar a la persona, no se la descontaría de la pena legal o se la descontaría de la misma, respectivamente.

Creemos que estas argumentaciones y posibles tentativas de distinguir circunstancias quedarían descartadas por perder importancia frente a la moderna teoría procesal. Aun-

que algunos autores se resisten, nos parece que ha llegado el momento de reconocer como es debido que toda la coacción procesal (incluyendo la prisión o detención preventiva) tiene carácter penal y que la misma y el principio de inocencia son, en definitiva, incompatibles. Cuanto mayor sea la coacción procesal, mayor será la violación al principio de inocencia, porque la coacción procesal no deja nunca de ser una pena anticipada.

La incompatibilidad de la coacción procesal y el principio de inocencia es una realidad que la doctrina debe asumir, junto con la de que no existe ningún principio penal que sea respetado en toda su extensión, sino que todos son violados en alguna medida, y es nuestra función el constante esfuerzo para hacer retroceder los *standards* de violación de tales principios y avanzar los de su realización. Desde este ángulo, poco importa que la tortura haya sido un medio de investigación judicial o que el funcionario que la emplea lo haga para averiguar datos acerca del hecho o de los coautores o partícipes, pues en cualquier caso como parte de la naturaleza de coacción procesal que, en el marco de un proceso concebido acusatoriamente, siempre tiene carácter punitivo. La disposición del artículo 54 del Código Penal y las análogas que existen en casi todos los códigos del mundo, al disponer el cómputo de la prisión preventiva como parte de la ejecución de la pena privativa de la libertad, reconocen implícitamente este carácter, aunque la doctrina trate de ocultarlo bajo una nebulosa apelación de la "equidad", que no parece tener en caso de absolución.

#### VIII. CONSECUENCIAS DE LA CONSIDERACIÓN DE LAS PENAS CRUELES COMO PENAS

Las penas crueles, inhumanas o degradantes no sólo son penas impuestas, sino también generalmente ejecutadas, es decir sufridas, con las que eventualmente debe enfrentarse una magistratura republicana en el momento de imponer una pena o durante la ejecución de una pena, tratándose de hechos desgraciados pero reales, cuya existencia no puede ignorar, dentro de una sana interpretación constitucional.

No cabe duda de que el reconocimiento de esta realidad genera problemas hasta ahora no planteados y jurídicamente curiosos. No es suficiente considerar que hay un supuesto más no escrito en el artículo 64<sup>º</sup> del Código Penal, dado que no se trata de una atenuación de la pena, sino del descuento de una pena sufrida, que puede llegar a suprimir completamente la punibilidad legal, en caso de que la entidad de la pena cruel la haya igualado o superado.

Debido a que se trata de descontar una pena ya ejecutada en razón del imperativo constitucional de evitar la doble prohibición, lo que reste cumplir de la pena legal puede ser inferior al mínimo de la escala penal del delito de que se trata o bien puede llegar a dar por agotada la pena. En modo alguno se trataría de la usurpación de una función ejecutiva de indulto o conmutación, puesto que sería un recurso análogo al del artículo 54<sup>º</sup> del Código Penal, sólo que derivado directamente de la interpretación de la Constitución política.

No hay a este respecto reglas expresas que indiquen cómo se convierte una pena de torturas en tiempo de privación de libertad de una pena legal, por ejemplo. La conver-

<sup>6</sup> *N. de la R.* El artículo 64 del Código Penal colombiano dice: "Atenuación punitiva: Son circunstancias que atenúan la pena en cuanto no hayan sido previstas de otra manera:

"1<sup>º</sup>) La buena conducta anterior.

"2<sup>º</sup>) Obrar por motivos nobles o altruistas.

"3<sup>º</sup>) Obrar en estado de emoción o pasión excusables, o de temor intenso.

"4<sup>º</sup>) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho.

"5<sup>º</sup>) Haber obrado por sugestión de una muchedumbre en un tumulto.

"6<sup>º</sup>) Procurar voluntariamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias.

"7<sup>º</sup>) Resarcir voluntariamente el daño, aunque sea en forma parcial.

"8<sup>º</sup>) Presentarse voluntariamente a la autoridad después de haber cometido el hecho o evitar la injusta sindicación de terceros.

"9<sup>º</sup>) La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto haya influido en la ejecución del hecho, y

"10) Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución del hecho (C.P.P., 534<sup>º</sup>).

<sup>7</sup> *N. de la R.* El artículo 54 del Código Penal colombiano dice: "Cómputo de la detención preventiva. El tiempo de detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad".

sión cuantificadora de la entidad de las penas crueles para computarlas en las penas legales será cuestión discutible. Una vez más será necesario recordar a los críticos del esfuerzo que se realice la necesidad de distinguir entre seguridad de respuesta y seguridad jurídica: es muy probable que quienes pretendan mantener el *statu quo* a este respecto, también argumenten que, como es discutible la cuantificación para computarla como pena legal sufrida, preferirían que, por "seguridad," nunca se compute nada y siempre se someta a la persona a una doble punición.

Descartado este ridículo argumento que, insistimos, no será insólito, cabría reconocer que cualquier pena es, ante todo, una inflicción de dolor físico o moral, causada por la privación de uno o más derechos y, cada uno de estos derechos tiene una jerarquía que resulta de la Constitución misma y de los instrumentos internacionales, en tanto que, por otro lado, es necesario tener en cuenta el parámetro de la intensidad de lesión al respectivo derecho. Esas serían las bases de comparación que permitirían establecer un acuerdo primario para la conversión. A partir de allí la jurisprudencia y la doctrina deberán encuadrar los casos concretos que se presenten.

Si a este respecto no hay una matemática aplicable, cabe reconocer también que nunca hubo tal exactitud en la cuantificación de la pena, ni siquiera en el arcaico sistema de penas fijas, pues códigos tales como el imperial brasileño lo flexibilizaban con una referencia al dolor sufrido por la víctima.

Siempre ha sido la cuantificación penal uno de los temas dotados de menor certeza, raquítico en comparación con el gigantismo alcanzado por el desarrollo de la teoría del delito. Posiblemente un nuevo debate, con la consiguiente incorporación de otros planteamientos e interrogantes a su problemática, tenga el efecto paradójico al de impulsar su crecimiento teórico.

En el plano procesal penal se impondrá la apertura de una vía de revisión extraordinaria para los casos en que se ejecuten penas crueles durante el cumplimiento de una pena impuesta por sentencia firme. La creación pretoriana de esta vía, en consideración a los imperativos constitucionales, no es una novedad en la región. Por vía jurisprudencial se han satisfecho necesidades constitucionales, como la admisión del "amparo" en la jurisprudencia constitucional argentina cuando la ley no lo reglaba, o la "prescripción retroactiva" en el derecho penal brasileño, incorporada a la ley después de muchos años.