

José Sebastián Cornejo Aguiar
Iván Pedro Guevara Vásquez
Directores

Gianni Egidio Piva Torres
Coordinador

SELECCIONES DE **DOG MÁTICA PENAL** LATINOAMERICANA

Presente y futuro

Eugenio Raúl Zaffaroni
Carlos Parma
Gustavo Alberto Arocena
José María Peláez Mejía
José Sebastián Cornejo Aguiar
Gianni Egidio Piva Torres

Alfonso Zambrano Pasquel
Rubén E. Figari
Iván Pedro Guevara Vásquez
Miguel Abel Souto
Eduardo Franco Loor

Con la presente obra titulada «Selecciones de Dogmática Penal Latinoamericana» damos inicio a una serie de abordajes en doctrina teórica y aplicada en el derecho penal de la Patria Grande, Latinoamérica, sede máxima de nuestras reflexiones y preocupaciones, por dos motivos principales: En primer lugar, por haber nacido en algunos de los países de Sudamérica, Centroamérica y el Caribe, de habla española o lengua romance. Y, en segundo lugar, por buscar un digno y mejor destino para la región latinoamericana en uno de sus sistemas más complicados que posee, como es el sistema penal, sin que ello signifique dejar de lado contribuciones de autores provenientes de la órbita hispana, o inclusive, de autores que pertenecen a sistemas jurídicos distintos al *civil law*.

Si bien los intentos de un Código Penal Tipo para Iberoamérica no resultan viables desde el nivel de la jurisdicción propia de una unidad política nacional, al ser Latinoamérica actualmente un conglomerado de países diversos e independientes entre sí, unidos básicamente por lazos de idioma y sistemas sociales con similares características y dificultades, es en el terreno dogmático y doctrinario en donde podemos encontrar las bases de solución para nuestros problemas y conflictos jurídico-sociales, teniendo en cuenta que en el sistema jurídico del *civil law* la doctrina se constituye como la primera fuente material del derecho, como la cantera de fértiles campos desde la cual se extraen las creaciones y recreaciones conceptuales que iluminan todo el edificio teórico de la dogmática, proyectando su luz cognitiva hacia el sistema jurídico en su integridad, toda vez que las creaciones y/o recreaciones doctrinarias pueden ser acogidas por la legislación, y ésta, al admitir tales creaciones y/o recreaciones, tras ser aplicada por los tribunales de justicia, se puede convertir en jurisprudencia.

**SELECCIONES DE DOGMÁTICA
PENAL LATINOAMERICANA**
PRESENTE Y FUTURO

José Sebastián Cornejo Aguiar
Iván Pedro Guevara Vásquez
DIRECTORES

Gianni Egidio Piva Torres
COORDINADOR

SELECCIONES DE DOGMÁTICA PENAL LATINOAMERICANA

PRESENTE Y FUTURO

Eugenio Raúl Zaffaroni
Carlos Parma
Gustavo Alberto Arocena
José María Peláez Mejía
José Sebastián Cornejo Aguiar
Gianni Egidio Piva Torres

Alfonso Zambrano Pasquel
Rubén E. Figari
Iván Pedro Guevara Vásquez
Miguel Abel Souto
Eduardo Franco Llor.

Barcelona
2020


BOSCH EDITOR

© DICIEMBRE 2020 JOSÉ SEBASTIÁN CORNEJO AGUIAR
IVÁN PEDRO GUEVARA VÁSQUEZ
Directores
GIANNI EGIDIO PIVA TORRES
Coordinador

© DICIEMBRE 2020



Librería Bosch, S.L.
<http://www.jmboscheditor.com>
<http://www.libreriabosch.com>
E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-122700-6-8
ISBN digital: 978-84-122700-7-5
D.L.: B 21508-2020

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

Presentación. Msc. José Sebastián Cornejo Aguiar	15
Introducción. Iván Pedro Guevara Vásquez	17
Siglas y abreviaturas	21

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

SECCIÓN I

Penas ilícitas: Un desafío a la dogmática penal. Eugenio Raúl Zaffaroni .	25
I. Poder punitivo lícito e ilícito.....	26
II. La situación fáctica en Latinoamérica: los hechos	28
1. Poder punitivo ilícito ejercido por agencias administrativas	28
2. Poder punitivo ilícito habilitado por jueces.....	30
2.1. Continuo aumento del número de presos.....	30
2.2. Selectividad discriminatoria.....	32
2.3. El estado de las prisiones	33
2.4. El efecto reproductor de violencia.....	35

2.5.	La muerte violenta en la sociedad	36
2.6.	La prisión como tortura	37
III.	El desafío sin respuesta	38
1.	Las penas ilícitas son penas.....	38
2.	Las objeciones formales.....	40
3.	La respuesta punitiva limitada a funcionarios	41
4.	El silencio doctrinario ante los jueces como autores mediatos de torturas.....	42
5.	Las preguntas sin respuesta: los jueces en la contradicción y nadie es responsable de las muertes y torturas ..	43
5.1.	Las preguntas se dirigen a la doctrina penal ..	43
5.2.	La respuesta del derecho penal también la exige la jurisprudencia suprema	45
5.3.	Los libros y el juez preocupado	46
5.4.	La <i>compartimentalización</i> del sistema penal	49
5.5.	¿Una respuesta jurídica idealista?	50
IV.	Una necesaria respuesta dogmática	51
1.	La dogmática penal tiene capacidad para proporcionar una respuesta dentro del positivismo jurídico ...	51
2.	El principio de proporcionalidad de las penas	54
3.	El problema de las penas de prisión en ejecución	56
4.	Las penas de prisión que no hubiesen comenzado a ejecutarse	58
5.	No se trata de una eximente de responsabilidad de los jueces.....	59
V.	Conclusión	61

SECCIÓN II

	En busca del futuro del derecho penal. Carlos Parma	63
I.	El futuro del «ahora»	63

II.	El pasado y el presente	65
III.	Volver al futuro. Neurociencias e inteligencia artificial.....	68
IV.	La respuesta del derecho penal posmoderno frente a la dogmática	71

SECCIÓN III

	Reflexiones mínimas sobre los principales aportes de las neurociencias a la teoría del delito. Gustavo A. Arocena	73
--	---	----

SECCIÓN IV

	Fundamentos constitucionales de la imputación objetiva. José María Peláez Mejía	107
--	---	-----

I.	Los orígenes y desarrollos de la Teoría de la Imputación Objetiva: unos breves apuntes	108
II.	Los límites al <i>ius puniendi</i>	123
1.	En cuanto al delito	124
1.1.	Límite 1: ¿Qué se debe prohibir penalmente? .	124
1.2.	Límite 2: ¿Cómo se debe prohibir penalmente?	127
1.3.	Límite 3: ¿A quiénes se les debe prohibir?.....	129
1.4.	Límite 4: ¿Cuándo y cuánto se debe prohibir?	131
2.	En cuanto a la pena.....	132
2.1.	Límite 1: ¿Cómo se debe sancionar?	132
2.2.	Límite 2: ¿Con qué finalidad se debe sancionar?, o ¿por qué se debe castigar?	132
III.	Toma de postura: los fundamentos de la imputación objetiva derivados a partir de los principios constitucionales ..	133
1.	La imputación objetiva como elemento general del injusto.....	137
2.	El posicionamiento de la imputación objetiva en el esquema general del delito	139

3.	Los fundamentos de la imputación objetiva.....	141
3.1.	Fundamentos a partir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.....	142
3.2.	Fundamentos a partir del principio de culpabilidad	152
3.3.	Fundamentos a partir del principio de lesividad	157
3.4.	Fundamentos a partir del principio de legalidad	160
IV.	Conclusiones.....	165

SECCIÓN V

	Mecanismos de justicia transicional en los delitos de graves violaciones de los derechos humanos en el Ecuador. José Sebastián Cornejo Aguiar	169
1.	Introito.....	170
2.	Antecedentes de la justicia transicional	173
2.1.	Justicia transicional en el Ecuador.....	176
3.	Judicialización de los casos obtenidos por la Comisión de la Verdad en el Ecuador.....	181
3.1.	Caso Vaca, Cajas, Jarrín	182
3.2.	Caso Arturo Jarrín	184
3.3.	Caso Lema y otros	186
3.4.	Caso González y otros.....	187
4.	La imprescriptibilidad de los casos obtenidos por la comisión de la verdad en el Ecuador el momento de su judicialización	189
5.	Medidas de reparación a las víctimas de los casos de graves violaciones de derechos humanos adoptadas en el Ecuador	193
6.	La razonabilidad del plazo y el acceso a la justicia como cumplimiento de los procesos de justicia transicional.....	195

SECCIÓN VI

Estructura de la teoría del delito, en el derecho penal chileno.

Gianni Egidio Piva Torres	199
1. Definición de delito	200
2. Noción formal y real de delito	204
3. Posiciones doctrinaria sobre la definición de delito .	210
3.1. Definición de delito en la Doctrina Alemana/ WELZEL HANS.....	210
3.2. Delito como injusto merecedor de pena/JESH- CHECK HANS HEINRICH.....	211
4. Definición de delito en la doctrina Española	213
4.1. Definición de delito conforme a MIR PUIG SANTIAGO.....	213
4.2. Definición de delito conforme a PUIG PEÑA FEDRICO.....	214
4.3. Definición de delito conforme a CALON CUE- LLO	214
5. Definición de delito en la Doctrina Argentina.....	215
5.1. Definición de delito SEBASTIAN SOLER	215
6. Definición de delito en la Doctrina Italiana	216
6.1. Definición de delito ANTOLISEI	216
7. Definición de delito en la Doctrina Colombiana	217
7.1. Definición de delito FERNADEZ CARRAS- QUILLA.....	217
7.2. Definición de delito REYES ECHANDIA.....	218
7.3. Definición de delito SALZAR MARIN	218
8. Nuestra posición/Delito típico, antijurídico y culpable.	219
9. Criterio de la Corte Constitucional sobre la defini- ción tripartita del delito.....	221
10. La tipicidad penal y el principio de legalidad.....	221

11.	Delito y contravención	223
12.	Delitos penales en blanco criterio Corte Constitucional	224
13.	Tipo Penal En Blanco-Requisitos para que remisión a normas de rango administrativo sea constitucional	225
14.	Delito en la teoría general del derecho	227
15.	Hechos no voluntarios o naturales.....	228
	15.1. Hechos voluntarios	228
	15.2. El delito como hecho jurídico voluntario.....	228
16.	Teoría del delito y sus divisiones	230
17.	Aspectos del delito	231
18.	Especie de delito	235

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

SECCIÓN I

Responsabilidad del abogado por lavado de activos en cobro de honorarios. Alfonso Zambrano Pasquel.....	239
1. El rol del abogado	239
2. Planteamiento del caso.....	241
3. Lavado de activos y derecho penal del enemigo.....	245
4. Lavado de activos e imputación objetiva	249
5. El caso de los abogados en Alemania.....	265
6. El § 261 del StGB y el defensor penal	268
7. El abogado defensor en USA y blanqueo de capitales.	278
8. La inconstitucionalidad del procesamiento por lavado de activos en contra del abogado defensor	283
9. Conclusiones.....	285

SECCIÓN II

Femicidio/Feminicidio. Travesticidio. Rubén E. Figari.....	287
I. Introducción	288
II. Femicidio de acuerdo al art. 80 inc. 11 del C.P.A.....	303
III. Travesticidio.....	311
IV. Homicidio transversal	318
V. Circunstancias extraordinarias de atenuación (último párr. del art. 80)	322
VI. El tipo de femicidio/feminicidio en el derecho comparado latinoamericano de habla hispana	337

SECCIÓN III

Hacia el nuevo bien jurídico: Vida No Humana. Iván Pedro Guevara Vásquez.....	351
I. Introducción	352
II. La protección de la vida de naturaleza humana frente a la vida de naturaleza animal	353
III. Un nuevo bien jurídico a partir de la potenciación del bien jurídico protegido en el Art. 206-A del Código Penal	356
1. Un nuevo tipo penal: El Art. 206-A del Código Penal.....	356
1.1. Los problemas de aplicación.....	358
1.2. El animal como bien mueble para el derecho penal.....	358
2. El problema del animus.....	361
IV. La comisión de actos de crueldad contra el animal.....	361
1. Sujetos	362
2. Conducta	363
3. Tipo subjetivo	363

4.	Grados de desarrollo del delito	364
V.	El acto del abandono del animal.....	364
1.	Conducta	365
2.	Tipo subjetivo	365
3.	Grados de desarrollo del delito	366
VI.	El problema de la muerte subsiguiente del animal doméstico o silvestre	366
VII.	Una involuntaria e inconcebible discriminación entre los seres vivientes	367
VIII.	Un potencial y nuevo bien jurídico: Vida no humana	370
IX.	Conclusiones	376

SECCIÓN IV

Expansión española del blanqueo de dinero en la última década de reformas penales. Miguel Abel Souto.....	381
---	-----

EXCURSO

SECCIÓN I

La motivación de las sentencias en materia penal como garantía del debido proceso. Eduardo Franco Looz	425
--	-----

Presentación

Constituye un verdadero orgullo y placer poder escribir la presentación de esta obra titulada: «*Selecciones de Dogmática Penal Latinoamericana: Presente y Futuro*», dirigida conjuntamente con un gran amigo el Dr. Iván Pedro Guevara Vásquez, con quien hemos afrontado esta dura tarea, con el apoyo de grandes juristas y excelentes amigos como lo son el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni; Carlos Parma; Gustavo Alberto Arocena; José María Pe-láez Mejía; Alfonso Zambrano Pasquel; Rubén E. Figari; Miguel Abel Souto; Eduardo Franco Loor y Gianni Piva.

Con la finalidad de poner a disposición de los lectores la presente obra, la cual cuenta con el enfoque de estudio del Derecho Penal Parte General, Derecho Penal Parte Especial y un Excurso de Derecho Procesal Penal.

Distribuido en secciones que como veremos son desarrollados de una manera secuencial y lógica a tal punto que en la selección de artículos de Derecho Penal parte general se estudia las secciones referentes a las penas ilícitas: Un desafío a la dogmática penal; En busca del futuro del derecho penal; Reflexiones mínimas sobre los principales aportes de las neurociencias a la teoría del delito; Fundamentos constitucionales de la imputación objetiva; Mecanismos de justicia transicional en los delitos de graves violaciones de los derechos humanos en el Ecuador.

Por otra parte en la selección de artículos de Derecho Penal – Parte Especial, se estudia las secciones referentes a la Responsabilidad del aboga-

do por lavado de activos en cobro de honorarios; Femicidio/Feminicidio. Travesticidio; Hacia el nuevo bien jurídico Vida No Humana; Expansión española del blanqueo de dinero en la última década de reformas penales.

De igual manera en la selección de artículos denominada excursus, se estudia la sección denominada: La motivación de las sentencias en materia penal como garantía del debido proceso.

Por todo lo antes anunciado es que sin lugar a equivocarme recomendando a todos los lectores que consideren en la presente obra una fuente de consulta obligatoria, ya que sin lugar a dudas resulta un excelente aporte académico que en esta ocasión entregamos conjuntamente con el Dr. Iván Pedro Guevara Vásquez, al público lector para su análisis y reflexión.

Quito- Ecuador, noviembre de 2020

Msc. José Sebastián Cornejo Aguiar

Docente de Postgrado en Derecho Penal en las Universidades Técnica del Norte, Regional Autónoma de los Andes, Universidad del Alto en Bolivia y Universidad Católica Santa Catarina de Arequipa.

Introducción

Toda obra colectiva tiene determinados propósitos comunes. Algunas tienen un propósito compartido más teórico y otras, una finalidad más práctica. Algunas tienen alcances locales; esto es, para un determinado país o nación; y otras poseen alcances regionales, como puede ser para la región latinoamericana o europa.

En nuestro caso, con la presente obra titulada «Selecciones de Dogmática Penal Latinoamericana» damos inicio a una serie de abordajes en doctrina teórica y aplicada en el derecho penal de la Patria Grande, Latinoamérica, sede máxima de nuestras reflexiones y preocupaciones, por dos motivos principales: En primer lugar, por haber nacido en algunos de los países de Sudamérica, Centroamérica y el Caribe, de habla española o lengua romance. Y, en segundo lugar, por buscar un digno y mejor destino para la región latinoamericana en uno de sus sistemas más complicados que posee, como es el sistema penal, sin que ello signifique dejar de lado contribuciones de autores provenientes de la órbita hispana, o inclusive, de autores que pertenecen a sistemas jurídicos distintos al *civil law*.

Si bien los intentos de un Código Penal Tipo para Iberoamérica no resultan viables desde el nivel de la jurisdicción propia de una unidad política nacional, al ser Latinoamérica actualmente un conglomerado de países diversos e independientes entre sí, unidos básicamente por lazos de idioma y sistemas sociales con similares características y dificultades, es en el te-

rreno dogmático y doctrinario en donde podemos encontrar las bases de solución para nuestros problemas y conflictos jurídico-sociales, teniendo en cuenta que en el sistema jurídico del *civil law* la doctrina se constituye como la primera fuente material del derecho, como la cantera de fértiles campos desde la cual se extraen las creaciones y recreaciones conceptuales que iluminan todo el edificio teórico de la dogmática, proyectando su luz cognitiva hacia el sistema jurídico en su integridad, toda vez que las creaciones y/o recreaciones doctrinarias pueden ser acogidas por la legislación, y ésta, al admitir tales creaciones y/o recreaciones, tras ser aplicada por los tribunales de justicia, se puede convertir en jurisprudencia.

Más allá de las clásicas fuentes formales del derecho en un sistema jurídico continental o romano germánico, en donde la legislación tiene primacía, al punto que en algunos países predomina más el Estado Legal de Derecho, que el Estado Constitucional de Derecho, es en el ámbito de las fuentes materiales del derecho en donde encontramos el papel relevante de la doctrina. Por ello, hemos emprendido la presente obra, rescatando las funciones de la doctrina, de manera general, y de la dogmática, de manera especial, pues el sistema penal se ilumina y al fin de cuentas se orienta y guía en su núcleo a partir de las creaciones y recreaciones teóricas, teniendo en cuenta la relación dialéctica que se detecta entre la teoría y la práctica.

Se ha dividido la obra en tres partes considerando la perspectiva del análisis del derecho positivo vigente, como son el nivel referido a la parte general del derecho penal, el nivel relacionado a la parte especial del derecho punitivo y un espacio referido a los excursus respectivos, que se pueden presentar por la propia dinámica del conocimiento, sin negar la presencia y pertinencia de estudios iusfilosóficos en materia penal cuando el caso estrictamente lo requiera.

En esta oportunidad en la Parte General de la obra contamos con la participación de muy destacados maestros en derecho penal, como Eugenio Raúl Zaffaroni, con su trabajo «Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal»; Carlos Parma, con su contribución «En busca del futuro del derecho penal». También en derecho penal general participan en el presente volumen Gustavo Arocena con su ensayo «Reflexiones mínimas sobre los

principales aportes de las neurociencias a la teoría del delito»; José María Peláez Mejía con su obra «Fundamentos constitucionales de la imputación objetiva», y José Sebastián Cornejo Aguiar con su artículo «Mecanismos de justicia transicional en los delitos de graves violaciones de los derechos humanos en el Ecuador».

En la Parte Especial de la obra en el presente volumen contamos con la participación de los muy destacados maestros en derecho penal como Alfonso Zambrano Pasquel, con su trabajo «Responsabilidad del abogado por lavado de activos en cobro de honorarios»; Rubén Figari con su contribución «Femicidio/Feminicidio. Travesticidio». También participan en derecho penal especial en el presente volumen Iván Pedro Guevara Vásquez con su ensayo «Hacia el nuevo bien jurídico vida no humana»; y Miguel Abel Souto con su artículo «Expansión española del blanqueo de dinero en la última década de reformas penales». Por último, dentro de la sección de Excurso tenemos la participación de Eduardo Franco Loor con su obra «La motivación de las sentencias en materia penal como garantía del debido proceso».

En la presente obra Argentina se hace presente a través de Eugenio Raúl Zaffaroni, Carlos Parma, Gustavo Arocena y Rubén Figari; Ecuador hace lo mismo por medio de Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y José Sebastián Cornejo Aguiar; Colombia es representada a través de José María Peláez Mejía; Perú, en la persona de Iván Pedro Guevara Vásquez; Venezuela en la persona de Gianni Pivay, finalmente, España se encuentra presente por medio de Miguel Abel Souto.

Entregamos la presente obra a la comunidad jurídica latinoamericana siendo conscientes que en materia del conocimiento jurídico se ha de asistir a un cambio de posta –más temprano que tarde– desde los centros fundacionales europeos hacia los márgenes del sur nuestro. Tenemos una firme convicción en ello a partir del arduo esfuerzo cotidiano

Lima, Latinoamérica. Noviembre de 2020

Iván Pedro Guevara Vásquez

Siglas y abreviaturas

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
COIP	Código Orgánico Integral Penal
CPCH	Constitución Política de Chile
fMRI	Imagen De Resonancia Magnética Funcional
iRMF	Imágenes Por Resonancia Magnética Funcional
FDR	Tasa de Descubrimiento Falso
FWER	Tasa de Error Familiar
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

Penas ilícitas: Un desafío a la dogmática penal

Eugenio Raúl Zaffaroni

A Esteban Righi, *in memoriam*

SUMARIO: I. Poder punitivo lícito e ilícito. **II.** La situación fáctica en Latinoamérica: los hechos. 1. Poder punitivo ilícito ejercido por agencias administrativas. 2. Poder punitivo ilícito habilitado por jueces. 2.1. Continuo aumento del número de presos. 2.2. Selectividad discriminatoria. 2.3. El estado de las prisiones. 2.4. El efecto reproductor de violencia. 2.5. La muerte violenta en la sociedad. 2.6. La prisión como tortura. **III.** El desafío sin respuesta. 1. Las penas ilícitas son penas. 2. Las objeciones formales. 3. La respuesta punitiva limitada a funcionarios. 4. El silencio doctrinario ante los jueces como autores mediatos de torturas. 5. Las preguntas sin respuesta: los jueces en la contradicción y nadie es responsable de las muertes y torturas. 5.1. Las preguntas se dirigen a la doctrina penal. 5.2. La respuesta del derecho penal también la exige la jurisprudencia suprema. 5.3. Los libros y el juez preocupado. 5.4. La *compartimentalización* del sistema penal. 5.5. ¿Una respuesta jurídica idealista? **IV.** Una necesaria respuesta dogmática. 1. La dogmática penal tiene capacidad para proporcionar una respuesta dentro del positivismo jurídico. 2. El principio de proporcionalidad de las penas. 3. El problema de las penas de prisión en ejecución. 4. Las penas de prisión que no hubiesen comenzado a ejecutarse. 5. No se trata de una eximente de responsabilidad de los jueces. **V.** Conclusión.

I. PODER PUNITIVO LÍCITO E ILÍCITO

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

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

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

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

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

Si bien es verdad que los grupos hegemónicos de todos los tiempos pretenden reducir el derecho a esa despreciable condición, la ciencia jurí-

dica tiene el *deber ético* de confrontar con esa pulsión en una continua *lucha por el derecho* –en el viejo sentido de Jhering–, es decir, que se le impone hacerse cargo del sufrimiento de las víctimas del poder meramente represivo, para que la *lucha* se mantenga en el propio campo del derecho.

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

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

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

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

II. LA SITUACIÓN FÁCTICA EN LATINOAMÉRICA: LOS HECHOS

1. Poder punitivo ilícito ejercido por agencias administrativas

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

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

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

Las cifras latinoamericanas de *letalidad policial* registradas superan en mucho a las del hemisferio norte, lo que parece estar normalizado a través de los medios masivos, con *(de) formadores de opinión* que se permiten incitar pública e impunemente al homicidio afirmando ante las cámaras y los micrófonos que *el mejor delincuente es el delincuente muerto*.

Cuando la frecuencia de muertes estatales o *letalidad policial* es alta, resulta posible comparar cifras y verificar en grandes números si se trata de muertes en enfrentamientos con las policías o de ejecuciones sin

proceso.¹ Los casos particulares y no frecuentes no son de fácil comprobación, pues requieren la intervención activa de los jueces, de las autoridades políticas y de las propias cúpulas de las agencias comprometidas con esos homicidios.²

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

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

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

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

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

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

Hasta hace algunas décadas, prácticamente estos eran los hechos de poder punitivo ilícito que preocupaban en mayor medida. Hace casi tres décadas que publicamos con motivo de estas prácticas ilícitas un artículo titulado *Las penas crueles son penas*, que tuvo singular éxito en aquellos años³ y cuyos argumentos centrales reiteramos en una publicación europea.⁴

2. Poder punitivo ilícito habilitado por jueces

2.1. Continuo aumento del número de presos

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

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

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

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

5 Sobre este concepto, CUNEO NASH, SILVIO, *El encarcelamiento masivo*, Didot, Bs. As., 2017.