

La necesidad de revisión del monto de la pena durante su ejecución

Pena ilícita y pena natural⁽¹⁾

por **MARÍA SOLEDAD CARROZZA**⁽²⁾

I | Resumen

Dado que el tema que nos convoca este año es el de **los problemas constitucionales de la determinación de la pena**, el presente trabajo surge ante el interrogante de qué pasa con esa pena ya establecida por el juez de sentencia durante el tiempo de su ejecución. Teniendo en cuenta lo manifestado por la Dra. Ana Messuti respecto de las diferencias existentes entre el tiempo lineal en que se establece una pena y el tiempo existencial en el que se vive la misma, surge el cuestionamiento sobre cómo debe adaptarse la pena impuesta a partir de, o teniendo en cuenta, los distintos acontecimientos que puedan suceder en el transcurso de su ejecución.

(1) Trabajo presentado en el *XXIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal*, Bariloche, septiembre de 2013.

(2) Abogada, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Actualmente cursando el Posgrado de Especialización en Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la UNR, y la carrera de Licenciada en Comunicación Social en la Facultad de Ciencias Políticas y RRH de la Universidad Nacional de Rosario. Coordinadora del Sistema de Pasantías del Colegio de Abogados de Rosario por convenio con la provincia de Santa Fe, que tiene a cargo la representación y asesoramiento de internos/as alojados/as en las Unidades Penitenciarias del Sur de la provincia de Santa Fe. Docente Adscripta a la asignatura "Derecho Penal 1", de la cátedra del Dr. Daniel Erbetta, en la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UNR.

Nos referimos particular y principalmente a los distintos acontecimientos que puede sufrir una persona cumpliendo una pena privativa de su libertad en un instituto carcelario, y analizaremos dichos acontecimientos desde la perspectiva de la “pena ilícita” conforme la concepción de Raúl Zaffaroni, y su posibilidad de asimilación a la noción de pena natural. En otras palabras, por medio de este trabajo se intentará analizar la posibilidad de que el juez revise o adapte la pena impuesta en la sentencia, reduciendo o considerando incluso cumplida la misma, a partir de un hecho sufrido por el interno en ocasión del cumplimiento de la pena privativa de la libertad que se pueda considerar como pena sufrida —y por ende cumplida—, atento a que, de no realizar el juez esta adaptación, pueden verse afectados los principios constitucionales de proporcionalidad y racionalidad de la pena impuesta.

2 | Introducción

El presente trabajo se propone analizar la posibilidad de determinación o individualización de la pena en la instancia de ejecución penal, es decir, en un momento **posterior** a la determinación de la pena ya realizada en una sentencia condenatoria firme. No podemos dejar de advertir que la **determinación de la pena** ya de por sí habilita a no pocos debates e interpretaciones doctrinarias, pero su importancia exige una constante revisión y profundización de sus fundamentos. Es que siendo la pena la máxima expresión del poder punitivo estatal, su determinación o cuantificación representa la coronación del esfuerzo de contención de ese ejercicio de poder, que incumbe y es propio del derecho penal.

Ha manifestado Patricia Ziffer que “la determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito”, agregando que:

“no se trata únicamente de la “...elección de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida.⁽³⁾ “(...) La doctrina argentina tradicional, siguiendo a Saleilles, ha distinguido tradicionalmente entre individualización legal, judicial y administrativa o ejecutiva de la pena. Según esta clasificación, individualidad legislativa es la que reali-

(3) ZIFFER, PATRICIA, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad-Hoc, 1996, p. 23.

za el legislador cuando preestablece distintas clases de penas o de medidas, de manera tal que el juez encuentra una clasificación individualizante a la que debe someterse. Pero debido al carácter abstracto que necesariamente debe conservar la ley, queda en manos del juez el proceso de "individualización de la pena". (...) La pena debe adecuarse al individuo concreto, tarea que sólo puede ser efectivamente llevada a cabo por el juez. La individualización administrativa, por su parte, designa a todas aquellas medidas relativas al tratamiento penitenciario, que en esta división quedan a cargo de la autoridad administrativa. Detrás de esta clasificación se encuentra una concepción de la pena dividida en tres fases, una a cargo del legislador, otra a cargo del juez y otra a cargo del personal penitenciario".⁽⁴⁾

Observa Ziffer que esta posición doctrinaria que distingue etapas en la individualización fue oportunamente criticada desde la perspectiva que el juez no puede desentenderse de la forma de ejecución de la pena, pues es justamente una parte esencial de ella, que compromete incluso su legitimidad.

Al respecto ha manifestado Zaffaroni que "la cuantía de poder punitivo que la agencia judicial debe permitir que se ejerza en cada uno de los casos de criminalización secundaria sometido a su conocimiento, es lo que suele llamarse cuantificación de la pena...". Y agrega

"...individualización de la pena es la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada. La idea tradicional de individualización de la pena considerada como un proceso con tres etapas, no responde al marco de un estado constitucional de derecho, sino a una distribución de tareas extraña al hoy generalizado sistema de control de constitucionalidad. En efecto: el derecho penal debe contener la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo y, por ende, debe hacerlo desde que se abre el marco abstracto para su ejercicio hasta que se agota el que se impone sobre cualquier persona criminalizada. Pretender que el derecho penal no puede objetar los ámbitos de arbitrio punitivo señalados por las agencias legisla-

(4) *Ibid.*, p. 24.

tivas, y que la administración tiene un encargo casi exclusivo en la ejecución, es tanto como negar ese control sobre la actividad criminalizante de las agencias políticas y penitenciarias".⁽⁵⁾

Partiendo de esta perspectiva, el interrogante que motivará este trabajo se encuadra precisamente en **saber qué y cómo se hace para contener ese poder punitivo durante la instancia que transcurre entre la determinación judicial de la pena realizada en la sentencia por el juez del hecho, hasta el total agotamiento de ésta respecto a la persona criminalizada.**

Una rápida e incluso no necesariamente exhaustiva mirada a la realidad de nuestras cárceles nos obliga a admitir que existen innumerables posibilidades de que la pena impuesta mute, se modifique, e incluso se transforme en otra. Todos los acontecimientos, circunstancias y condicionamientos personales que pueden hacer que la pena se modifique, se convierta o se agrave exceden las posibilidades reales de previsibilidad de cualquier juez al momento de la sentencia, y exigen una constante revisión a medida que se transita el período de ejecución.

Considero que excede el objetivo de este trabajo el explayarme o insistir sobre la necesidad de que la etapa de ejecución debe contar con el contralor judicial. Por su parte, la figura del juez de ejecución en Santa Fe responde, al menos desde lo formal, a esta exigencia. Pero encuentro aún pendiente una segunda cuestión, tan trascendental como la anterior, que es la posibilidad de revisar esa pena ya establecida en un cuánto y un cómo ante el riesgo de que resulte más gravosa a causa de sucesos ocurridos con posterioridad a su determinación y en oportunidad de su ejecución. Es en esta readaptación constante de la pena determinada en donde el control judicial debe hacerse efectivo, con miras a que la pena establecida **y cumplida** no afecte los principios de racionalidad y proporcionalidad.

Siendo la pena "una coerción que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes",⁽⁶⁾ **la función del juez de ejecución**

(5) ZAFFARONI RAÚL, ALAGIA ALEJANDRO, SLOKAR ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 948.

(6) *Ibid.*, p. 43.

deberá ser, cuanto menos, garantizar que la pena efectivamente cumplida no signifique más dolor ni privaciones que la pena impuesta por el juez del hecho al dictar la sentencia.

La ejecución de la pena es referida generalmente como un tema olvidado, aplazado. Citando al Dr. Ramón Teodoro Ríos,

“El principio de legalidad referido a los delitos y las penas (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), al decir de Manzanares Samaniego encierra cuatro garantías: criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución. De las cuatro garantías —señala el autor español— sólo las tres primeras han sido respetadas más o menos escrupulosamente. La garantía de ejecución se nos muestra como la Cenicienta. Parece que quienes se ocupan de la justicia (jueces, fiscales y defensores) ‘agotaran sus energías y preocupaciones en la tarea de llegar a una sentencia’. Después suele campear el olvido y hasta el desprecio para la etapa del cumplimiento de aquella. Comúnmente es la autoridad administrativa la que individualiza, le imprime contenido y reduce —en cuanto a intensidad y duración— la pena impuesta por la sentencia condenatoria. De esta manera, los tribunales imponen penas previstas en la ley, pero estas se cumplen extramuros de la legalidad. Son penas en blanco, entregadas a la Administración para que esta las llene de contenido y se adjudique tan importante individualización final”.⁽⁷⁾

El presente trabajo no tiene otro objetivo más que el análisis de algunos de los acontecimientos que, al suceder durante la ejecución de la pena, obligan a una revisión de esa individualización final, con el fin inmediato de que la pena cumplida no exceda a la impuesta.

3 | Determinación judicial de la pena

Pese a los esfuerzos doctrinarios realizados en lo relativo a este tema, la exactitud en la determinación de la pena está aún lejos de ser lograda.

(7) ROXIN CLAUS, et al, *Determinación judicial de la pena*, Bs. As., Editores del Puerto, 1993, pp. 128/129.

Esta realidad atenta un sinnúmero de derechos y garantías del imputado, dado que

“...el eje del derecho penal y procesal radica en la pena, lo demás son sólo presupuestos de ella. Lo que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por lo tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece. Toda las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado”.⁽⁸⁾

Por ello es que la determinación judicial de la pena adquiere una importancia fundamental.

“La determinación de la pena por el tribunal, dentro del ámbito que la ley deja para esa decisión o bien, la determinación de las consecuencias jurídicas de un hecho penal por el juez, según la clase, gravedad y posibilidad de ejecución, en vista a la elección dentro de una pluralidad de posibilidades legalmente previstas, es tarea que abarca la determinación de la clase de pena, de la cuantía de ella dentro de los límites legales y de la forma de imposición o de cumplimiento. No obstante, no tiene mayor sentido práctico introducir esta subclasificación, porque la cuantificación y el resto de la determinación son actividades judiciales prácticamente inescindibles, dado que no se concibe juzgador que fije una cuantía de pena sin establecer la clase, o la forma de imposición o de cumplimiento, sin perjuicio de las facultades de posponer algunas precisiones de determinación”.⁽⁹⁾

Respecto a esta cuestión, Patricia Ziffer ha manifestado que

“...reconocer que la pena debe ser ‘individualizada’, y que es el juez quien valora las particularidades del autor y de su hecho, no significa que él es señor absoluto sobre la decisión por ser el único capaz de conocer lo específico del caso a reflejarse en la

(8) *Ibid.*, p. 132.

(9) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, p. 949.

gravedad de la sanción. No es suficiente con que exprese que en su íntima convicción ha ponderado las razones que justifican su decisión, pues sobre él recae el deber de explicitarlas. El principio de individualización de la pena no se refleja en un menor deber de fundamentación jurídica, sino que debe conducir a uno mayor".⁽¹⁰⁾

Agrega la autora,

"...la individualización de la pena no es, como se sostuvo durante mucho tiempo, una cuestión propia de la discrecionalidad del juez, sino que en su estructura misma es 'aplicación del derecho'. Esto significa que su corrección debe ser comprobable desde el punto de vista jurídico. Esto supone que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos. El juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica".⁽¹¹⁾

Entonces, ¿qué sucede a partir del momento en que el juez, haciendo uso de las herramientas brindadas por el art 40 y 41 del Código Penal, determina que a un hecho delictivo corresponde una x cantidad de pena? Existe un sinnúmero de circunstancias que no se pueden prever y que pueden afectar la naturaleza, extensión e intensidad de esa pena, al punto de convertirla en otra, afectando principios constitucionales centrales y orientadores de nuestro derecho.

"Para que el acto de la pena sea un acto 'con medida' debe ser proporcional al acto del delito. Y esa proporción sólo se conocerá midiendo la intensidad de ambos actos. No obstante, ya no se trata de la medida como cualidad del acto sino de una medida que tiene un significado muy diverso (...). En la pena de prisión el más o el menos de la lesión que supone la pena es la duración. Por ello señala Beccaria que no es la intensidad de la

(10) ZIFFER, *op. cit.*, p. 28.

(11) *Ibid.*, p. 96.

pena sino su extensión la que hace el efecto mayor en el alma humana. Pero esa 'extensión' debe corresponder a determinada 'intensidad': de lo contrario no sería posible compararla con el delito, que es una lesión con determinada 'intensidad' (gravedad). Es necesario medir la intensidad de ambos. Si la pena se mide por su duración, ¿qué intensidad corresponderá a determinada duración?".⁽¹²⁾

4 | La noción de “tiempo” en la determinación de la pena

Si tenemos que pensar en una unidad de medida con la cual determinar la pena, inevitablemente pensamos en el tiempo, en duración medida en cantidad de meses y años. Ana Messuti es una de las autoras que más ha investigado y desarrollado este concepto, definiendo e intentando comprender la prisión a partir de la noción de **tiempo**. Según esta reconocida autora

“...así como hay una ruptura en el espacio señalada por los muros de la prisión, también hay una ruptura en el tiempo. La pena de prisión se diferencia de toda otra pena por la forma en que combina estos dos elementos: el tiempo y el espacio. Esta intersección entre tiempo y espacio marca el comienzo de una duración distinta, cualitativamente diversa. Y ello a pesar de que la pena se mide con la misma unidad que se utiliza para medir el tiempo social, el tiempo común”.⁽¹³⁾

Messuti distingue dos calidades de tiempo, el tiempo social o común que transcurre en el espacio social, fuera de las fronteras que construye la prisión, y un tiempo de la pena, que le es propio, que la constituye, y al que se identifica una duración distinta. Esta diferencia no es cronológica, no reside en su extensión, sino en su calidad, en la intensidad con la que se vive.

“Al construirse la prisión se pretende inmovilizar el tiempo de la pena. Separarlo del tiempo social que transcurre en el espacio

(12) MESSUTI A., *El tiempo como pena*, Bs. As., Ediar, 2008, pp. 29/30.

(13) *Ibid.*, p. 27.

social. La prisión es una construcción en el espacio para calcular de determinada manera el tiempo. Al fluir del tiempo se opone la firmeza del espacio. El orden jurídico, mediante la prisión, intenta dominar el tiempo. Parecería que el tiempo en el que transcurre la vida social normal fuese un tiempo relativo, y que el tiempo de la pena, que transcurre en la prisión, asumiera un carácter absoluto".⁽¹⁴⁾

Esta utilización del tiempo como pena, explicará Messuti, remite necesariamente a la relación entre tiempo y derecho. En la pena, el derecho subordina el tiempo a los fines que desea.

"Cuando el derecho vincula consecuencias jurídicas a las circunstancias de la realidad social, excluye el flujo de esa realidad hacia un futuro incierto. Dada su vocación de trascendencia, el derecho intenta liberarse de la duda, de la transitoriedad. Las normas jurídicas fijan un mundo que no conoce la duda. (...) Sin embargo, para que el derecho se concrete en la realidad, para que 'se realice', debe pasar del mundo 'destemporalizado' que ha creado a la realidad social que responde al flujo natural del tiempo. Es decir, debe volver a la dimensión temporal de la que se había separado".⁽¹⁵⁾

Messuti diferencia el tiempo objetivo captado por la norma del tiempo que experimentamos cada uno de nosotros como sujetos. Como dice Husserl, el tiempo objetivo no transcurre más velozmente o más lentamente según sea un niño, un anciano, un paciente en el dentista, un orador en una reunión pública o un soldado en el campo de batalla o el afectado por el transcurso temporal.. **Ahora bien, cabe decir exactamente lo contrario si ese transcurso se experimenta en el interior de la conciencia.** ¿Qué sucede con la pena? La norma jurídica que establece la pena anticipa el futuro, determinando una cantidad de tiempo que será la duración de la pena.

Pero no será la mera duración como sucesión de instantes del tiempo natural, sino una duración objetiva, abstracta, medida

.....

(14) *Ibid.*, p. 27.

(15) *Ibid.*, p. 35.

con independencia de los contenidos concretos ajenos a su finalidad. La pena, cuando se aplica al sujeto, se 'temporaliza' en el tiempo de vida del sujeto. Es decir, su transcurso seguirá el fluir del tiempo natural en el que transcurre la vida biológica del sujeto: seguirá su gradual envejecimiento, e incluso podrá ser interrumpida por su muerte. En este caso el tiempo objetivo impedirá cumplir el término que el derecho le había fijado. Pero también el tiempo de la pena es experimentado en la conciencia del sujeto que la vive. También la pena tiene su tercera dimensión temporal: la del tiempo subjetivo, el tiempo de la conciencia. Si comprendemos bien qué significa, por ejemplo, 'vivir el tiempo', nos damos cuenta de que cada persona vive un tiempo común, que puedo comprender, pero vive también un tiempo suyo propio, un tiempo intraducible, que siente por sí misma, así como un hambre que sólo ella experimenta, una vida que sólo ella vive y una muerte que sólo ella muere.... Nadie puede sustituir al otro en esta experiencia, nuestra y a la vez de cada uno.⁽¹⁶⁾

Es inevitable aquí el planteo respecto a lo insustituible que resulta la experiencia de quien vive la pena, resultando ésta una experiencia única, irrepetible, e imposible de encasillar en esa pena prevista y cuantificada por el juez de manera uniforme y objetiva, atento a que cada uno la vivirá como propia y de una manera diferente. De esta forma, mientras la unidad de medida (tiempo) mide el transcurso de la pena, ésta se va formando a sí misma a medida que transcurre y a partir de la percepción que tiene el sujeto de ese mismo transcurrir. En esa percepción encontramos una **intensidad** que ni la norma ni el juez que impone la pena en la sentencia pueden prever, menos aun cuantificar, pero que agravan la pena y la determinan, que implican pena vivida, que no se puede medir a partir de una unidad de tiempo objetivo, pero que significa pena efectivamente sufrida. "La calidad del tiempo que se vive durante la pena, por ser precisamente el 'tiempo de la pena', no puede ser la misma que la del que se vive libre de pena. Cualquier actividad que se realice durante ese tiempo no será

(16) *Ibid.*, p. 36.

verdadera actividad, estará impregnada del tiempo y del espacio de la pena".⁽¹⁷⁾ Agrega la autora

"...en la prisión confiamos al tiempo la ejecución de la pena. El sujeto que, expulsado de la comunidad de personas, entre en la prisión no será el mismo que el que salga de la prisión y se reintegre a esa comunidad de la que fue expulsado. El tiempo (independientemente de las condiciones en que transcurra) operará su gradual transformación. Porque el tiempo de la pena, por muy peculiar que sea, tiene en común con el que transcurre libre de pena que siempre es tiempo de vida de un ser humano".⁽¹⁸⁾

Ahora bien, para que comprendamos en su intensidad lo que implica la condena impuesta, a este tiempo vivido de la pena —que es tiempo diferente de por sí, por el solo hecho de estar impregnado del tiempo y del espacio de la pena—, del aislamiento y la exclusión social que lo resignifican, hay que agregarle luego las condiciones en que transcurrió ese tiempo, es decir, las condiciones en que se ejecutó la pena, y los eventos, hechos y circunstancias que se sucedieron en su transcurrir.

Considero que no es necesario en esta instancia, o al menos excede los alcances del presente trabajo, el recordar o enumerar los nefastos efectos que genera en una persona el encontrarse en prisión, o en palabras de Erving Goffman, en una institución total.⁽¹⁹⁾ La misma definición de **pena** enunciada por Zaffaroni da cuentas de que no se puede esperar del encierro fin positivo alguno. Podríamos discutir, en cambio, si los efectos negativos generales son previstos o no por los jueces al momento de la determinación de la pena, en la medida que abundan las obras que describen con gran precisión y detalle los efectos desocializantes del encierro.⁽²⁰⁾

(17) *Ibid.*, p. 37.

(18) *Ibid.*, p. 42.

(19) GOFFMAN, ERVING, *Internados*, Bs. As., Amorrortu, 2001. El autor define la institución total como "un lugar de residencia y trabajo donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente. Las cárceles sirven como ejemplo notorio...".

(20) Agregaré Goffman al respecto que "... las instituciones totales desbaratan o violan precisamente aquellos actos que en la sociedad civil cumplen la función de demostrar al actor, en presencia de los testigos ocasionales, que tiene cierto dominio sobre su mundo".

Pero quedan fuera de toda posibilidad de previsión los distintos acontecimientos o circunstancias que puedan ocurrir durante la ejecución de la pena, generando un agravamiento de esta y afectando en consecuencia la proporcionalidad y racionalidad de la misma. La realidad de las cárceles de nuestro país⁽²¹⁾ se hace conocida con frecuencia en los medios a partir de casos de malos tratos o torturas extremos, a lo que debemos sumar una multiplicidad de circunstancias derivadas de las pésimas condiciones de alojamiento, "accidentes", peleas internas, e incluso altas probabilidades de contracción de enfermedades (sida, tuberculosis, y otras). Zaffaroni hace referencia a ellas a partir de la denominación de "penas ilícitas". Ninguna de estas circunstancias, o penas ilícitas, se pone en consideración al momento de fijación de la pena.

5 | Pena natural y pena ilícita: sucesos en el transcurrir de la pena

Dentro del sinnúmero de circunstancias que pueden alterar la intensidad de la pena impuesta y afectar su racionalidad, encontramos aquellos sucesos denominados pena natural o pena ilícita.

En oportunidad de manifestarse sobre la inconstitucionalidad del valor vinculante de los mínimos de la escala penal,⁽²²⁾ Zaffaroni introduce la dis-

(21) "En nuestro país, los relevamientos efectuados por la Procuración Penitenciaria de la Nación, demuestran una triste y difícil realidad carcelaria, por cuanto se ha constatado a lo largo y ancho del país, que los internos residen en centros penitenciarios superpoblados, bajo condiciones de vida inhumanas, con aplicación de medidas de aislamiento interno y externo, requisas personales exhaustivas, invasivas y vejatorias, con escaso tiempo de contacto con sus familiares, y constantes y permanentes robos de sus efectos personales por empleados del mismo servicio penitenciario, entre otras circunstancias (falta de educación, trabajo, etc.); todas las que influyen considerablemente en la personalidad de los reos, a quienes en ese marco se les pretende explicar y enseñar a vivir en un sistema dirigido por normas", MIQUELARENA MERITELLO, A., "Las cárceles y sus orígenes", en *Revista pensamiento penal*, n° 158, 2013.

(22) Manifiesta Zaffaroni que en principio, debe reconocerse que existen y que tienen el valor de regla general, pero esto no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos. Son casos bien claros de inconstitucionalidad de los mínimos en supuestos concretos, aquellos en los que a) se hubiesen operado las llamadas penas naturales, y b) en los que se hubiesen ejecutado sobre la persona penas ilícitas.

cusión relativa a la pena natural y a la pena ilícita. En palabras de este autor, "se llama *poena naturalis* el mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste", y agrega que

"de componerse la pena estatal sin referencia a esta pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad".⁽²³⁾

Desde esta perspectiva entonces, la **pena natural** es la que se

"autoinflige el autor a raíz de la comisión del delito, sea porque directamente se causa a sí mismo la pérdida o porque lo hacen terceros con motivo de su autopuesta en peligro; por ello es indistinto que el autor se lesione gravemente al manipular un explosivo o que esa lesión sea impuesta por la autoridad mediante un disparo de arma de fuego en cumplimiento de un deber".⁽²⁴⁾

A esto agrega Zaffaroni que no hay motivos para limitar la pérdida o dolor padecido a las lesiones físicas, pueden ser económicas, o de cualquier otra naturaleza, lo esencial es que sean sufridas con motivo de su delito, sin importar si fueron previstas o previsibles, atento a que lo que se busca evitar es la violación de principios constitucionales que resultaría de no tenerlas en cuenta (irracionalidad mínima y humanidad). Incluso considera un caso especial de pena natural las dilaciones indebidas del proceso penal, que afectan el derecho a un juicio en tiempo razonable. "En cualquier caso, el art. 41 del Código Penal impone al juez tomar conocimiento (...) de las demás circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso, lo que, por supuesto, abarca los casos de penas naturales".⁽²⁵⁾

(23) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, p. 952.

(24) *Ibid.*, p. 953.

(25) Aquí Zaffaroni hace referencia a la pena natural vinculada a la inconstitucionalidad de los mínimos de la escala penal, manifestando que si bien el art. 41 "sirve, por regla, para establecer la pena desde el mínimo, pocas dudas caben que cuando en el cumplimiento de este deber topa con una circunstancia que hace que el mínimo viole en el caso los citados principios constitucionales, debe abstenerse de imponer una pena cruel. Es absurdo que

Asimismo también refiere Zaffaroni a las **penas ilícitas**, dejando en claro en primer lugar, que son penas, y agregando que “el sujeto de las penas ilícitas es victimizado por parte de los propios agentes del estado —o por omisión de éstos— y en razón del delito cometido, como sujeto pasivo de torturas, malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, prohibidas por el art. 18 constitucional y el art. 5.2 de la CADH”. A esto agregará el autor que:

“La definición constitucional de pena nunca puede basarse en el conjunto de requisitos que deben cumplir para ser constitucional; por eso, las definiciones legales de pena siempre son preceptos prescriptivos que indican el deber ser de las penas legales, pero no son descripciones de la pena, pues ésta es una categoría que abarca tanto las penas lícitas como las ilícitas”.

De no tener en cuenta esto se caería en el absurdo de plantearse que como las penas ilícitas o prohibidas no son penas, por ende, no habría razón para prohibirlas. Las normas constitucionales e internacionales prohíben la tortura y otras penas crueles, inhumanas o degradantes, eso significa que esas penas no deben imponerse ni ejecutarse, pero no significa que no sean penas.

“Los padres del liberalismo político y penal, al emprender la tarea de limitar la pena, humanizarla y rodearla de garantías, jamás hubieran podido imaginar que sus argumentos limitadores pudieran pervertirse hasta el colmo de que en lugar de suprimir las penas crueles y atroces, se manipulen para no considerarlas como penas y, en los casos que se impongan y ejecuten no se las tenga en cuenta y, además de éstas, se les impongan penas no crueles. Desde Beccaria hasta Carrara, desde Locke hasta Kant y Feuerback, todo el esfuerzo humanista en lugar de llevar a la supresión de las penas crueles habría llevado a sumar penas humanas a las penas inhumanas. El texto constitucional no puede refrendar este retroceso; la prohibición del doble juzgamiento, además de la garantía de la cosa juzgada

.....
cuando una pena concreta sea inconstitucional, se pretenda que esto lo remedie el indulto o la conmutación, renunciando el juez a ejercer su poder y su deber de aplicar en primer término las normas constitucionales”.

en materia penal a favor de la persona implica, a fortiori, la prohibición de la doble punición”.⁽²⁶⁾

La **pena** es definida desde un concepto genérico como **toda inflicción de dolor o privación de derechos estatalmente impuesta como castigo a una persona como agente de un delito**, y a partir de allí se distinguen penas lícitas e ilícitas. Cuando en los hechos concretos una pena ilícita se ha impuesto y ejecutado, el estado no puede ignorarlo. El Estado no puede ser sólo autor de sus acciones lícitas, no responsabilizándose de las ilícitas.

“Es claro que en los casos de penas ilícitas ejecutadas, se trata de penas sufridas por el agente que deben descontarse de las penas legales que pudieran corresponderle por el delito cometido. Debido a que se trata de descontar una pena ya ejecutada en razón del imperativo constitucional de evitar la doble punición, lo que reste cumplir de la pena lícita puede ser inferior al mínimo de la escala penal o bien puede llegar a dar por cumplida la pena lícita. Las dificultades para calcular el descuento en estos casos de penas ilícitas ejecutadas no pueden ser argumento para rechazar el planteo e ignorarlas, pues sería un uso perverso de la seguridad jurídica, confundida con una seguridad de respuesta”.⁽²⁷⁾

En síntesis, ¿cómo debe proceder el juez ante la observación de que se ha cumplido una pena natural o ilícita? En los casos relativos a la pena natural, gran parte de la doctrina considera que dicho instituto esta previsto en nuestra legislación, deduciéndose de la aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal.⁽²⁸⁾ También en nuestra provincia, el art. 19 de la ley 12.734 (nuevo código procesal penal santafesino), establece la pena natural como criterio de oportunidad a partir del cual el Ministe-

(26) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, p. 954.

(27) *Ibid.*, p. 954.

(28) En relación a ello, el art. 40 CP establece que “los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso...”; dejando al libre arbitrio del juez la determinación de la pena dentro de la escala establecida en ese hecho particular (no hace falta aquí recordar que cuando hablamos de libre arbitrio no nos referimos a una resolución arbitraria o infundada, sino que el juez tiene libertad para meritarse esas circunstancias particulares de cada caso, y disponer a partir de ello de manera fundada). Asimismo establece que esa determinación se realizará a partir de las reglas establecidas en el art. 41, entre las cuales encontramos “...los demás antecedentes y condiciones personales” y “las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

rio Público podría no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal.⁽²⁹⁾

Esta doctrina también fue receptada por la jurisprudencia, que en reiteradas ocasiones aplicó el instituto de la pena natural. Los casos más comunes son aquellos en los que, a modo de ejemplo, se absuelve al imputado de un delito culposo (lesiones o muerte en accidente de tránsito) donde quien resulta ser víctima es el mismo imputado o algún familiar directo.⁽³⁰⁾ En otros casos, la defensa ha recurrido a este instituto cuando el imputado de un delito doloso (por ejemplo un robo agravado por uso de arma) es herido o sufre lesiones derivadas del mismo hecho que se le imputa (ser lesionado por un arma de fuego resultante de un disparo efectuado en el mismo robo).⁽³¹⁾

De esta forma, podemos encontrar variados ejemplos de reducción o eliminación de la pena estatal a aplicar como consecuencia de haber sufrido el imputado una pena natural. Diferente es la situación respecto a lo que denominamos pena ilícita, en relación a la cual no encontramos ni jurisprudencia ni abundante doctrina que la desarrolle (menos aún que la aplique). A mi entender, creo necesario observar que ambos institutos son en realidad muy similares, abarcando en algunas oportunidades los mismos casos, distinguiéndose solamente por el hecho de que la pena natural es analizada al momento de determinar la pena, y sucede *ex ante* de la sentencia, habilitando al juez a tenerla en cuenta a la hora de fijar la pena, dado que, en el caso contrario, dicha sentencia sería contraria a los principios constitucionales de racionalidad, proporcionalidad y doble

.....

(29) Cuando “las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena...”, según inc. 3.

(30) Podemos citar algunos ejemplos, como el de la causa “Sánchez María Elena s/ Homicidio y lesiones graves culposas”, del Juzgado Correccional N° XIV de la II Circunscripción Judicial (Río Negro), en la que se absolvió a la imputada por dar muerte en un accidente de tránsito a su padre, que la acompañaba en el vehículo. En similares términos el juez federal Bonadío determinó que las graves lesiones que sufrió un imputado por el delito de entorpecimiento del servicio ferroviario luego de que pasara un cruce a nivel del Ferrocarril San Martín con las barreras bajas y fuera embestido por una formación, son “pena natural suficiente”, por lo que evitó dictarle una condena de prisión.

(31) En el caso “Maximiliano Lautaro Maidana”, la defensa apela el procesamiento del nombrado como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado, por considerar que a partir de la participación en el hecho, Maidana ya había sufrido una “pena natural” —atento a haber sufrido lesiones provocadas por el disparo de un arma de fuego—, circunstancia que lo exime de merecer una “pena estatal”.

punibilidad. En oposición a ello, la pena ilícita sucede o es sufrida durante la ejecución de la condena, es decir *ex post* la determinación de la pena en la sentencia, por lo que no pudo ser prevista por el juez al aplicar la misma. Si bien no podemos identificar totalmente pena ilícita con pena natural, ambas revisten cualidades comunes. Al fin y al cabo, la pena ilícita no deja de ser una pena natural, atento a ser un mal grave que el agente sufre con motivo de su injusto y en razón de él —a menos que consideremos que la pena no se impone como consecuencia del mismo—, pero con la característica de que se produce durante la ejecución —y en ocasión— de la pena lícita legalmente impuesta. De esta forma, al determinar el juez la pena previamente en **cantidad de tiempo objetivo**, sin contar con la posibilidad de prever la intensidad de sufrimiento derivado del **tiempo existencial o subjetivamente vivido**, y sin contar tampoco con herramientas que le permitan adecuar la pena a lo largo de su ejecución, adaptando el dolor efectivamente sufrido como pena al *quantum* de sufrimiento legalmente impuesto por la sentencia, se genera y da lugar a una situación insólita e irracional de afectación al principio de proporcionalidad e igualdad ante la ley.

Esta situación —y la similitud entre ambos institutos—, se vuelve más evidente en los casos en los que el instituto discutido en la sentencia es una pena natural sufrida como consecuencia del actuar de los agentes del Estado, o que no resulta del daño sufrido por el sujeto en la comisión del ilícito, sino del sufrido posteriormente en consecuencia o con motivo del mismo. A modo de ejemplo, puede citarse el fallo “O. G., P.A.R.S s/ Recurso de Casación, N° 13.921”, de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (26/10/11), donde en la que el imputado, O. G., “efectúa una presentación en la que detalla diversas situaciones vivenciadas durante su encierro cautelar, explicita los sucesivos traslados a los que fue sometido, como así también las diversas lesiones sufridas entre las que se destaca la pérdida de un órgano. Al respecto, solicita expresamente la compensación por pena natural o en su caso la reducción de la sanción”. En este caso, se analiza la posibilidad de aplicación de la pena natural por los sufrimientos padecidos por O. G. a causa de su encierro, y el tribunal, al tomar conocimiento de la causa, analizó

“la situación psicofísica del imputado, como así también las dificultades atravesadas a raíz de sucesivos y continuos traslados entre diversas unidades de detención, la pérdida permanente de un órgano y las lesiones padecidas tanto por herida de arma

de fuego por actividad de funcionarios del servicio penitenciario como por conflictos con otros internos en los lugares de detención donde fuera alojado” [entendiendo que]

la valoración de la pena natural como entidad compensatoria cuenta ya con numerosos precedentes y una amplia receptación doctrinaria, incluso tiene expresa receptación legislativa en nuestro ordenamiento procesal como parte de las herramientas que se brindan como alternativa para la resolución de conflictos. En esencia, la situación que da lugar a la compensación por pena natural parte de un supuesto donde la sanción aparece como ‘manifiestamente errada’ o, en su caso, para supuestos donde puede verificarse que el sujeto ha sido ‘suficientemente castigado’ por las repercusiones de su delito (Ver ROXIN, *op. cit.*).

Más allá de que en este caso particular la pretensión de que se aplique el instituto de pena natural por las lesiones sufridas no prospera dado que el tribunal consideró que las mismas habían sido consecuencia de la conducta asumida a propio riesgo por el imputado al atacar a otro interno —lo que daría lugar a un amplio debate que excede nuevamente este trabajo—, es indiscutible que habilita la discusión considerando la posibilidad de aplicar pena natural al castigo sufrido en manos de funcionarios del servicio penitenciario. Al mismo tiempo y en este mismo caso, finalmente dispone el tribunal que

“sin perjuicio de lo expuesto, se verifica en el proceso que se le sigue a O. G. una extensión indebida del proceso, escenario que ya fuera alertado por la defensora oficial ante la instancia de grado, pero que recibiera por toda respuesta que tal situación no obedecía a demoras de esa judicatura. En rigor, poco importa cuál ha sido la jurisdicción responsable de la dilación indebida del proceso, en definitiva es el Estado el que ha presentado un déficit en la prestación del servicio de la jurisdicción y no admite excusas de competencias. Por esta razón, entiendo que la excesiva demora del proceso debe ser atendida como atenuante al momento de asumir competencia positiva y fijar la individualización de la sanción”.⁽³²⁾

(32) Voto del Juez Dr. Daniel Carral, de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa N° 13.921(Reg. de Presidencia N° 44.358) caratulada “O. G., P. A.

Del análisis de este fallo se observa cómo puede considerarse pena natural al sufrimiento padecido por el imputado por las lesiones ocasionadas por funcionarios del servicio penitenciario, e incluso por el padecimiento sufrido a causa de las dilaciones indebidas sufridas en el mismo proceso. En relación a las primeras, exactamente la misma situación sucede en forma cotidiana con personas ya condenadas, que con motivo de que su sentencia se encuentra firme y no se prevén herramientas para su revisión, se encuentran privados de acceder a una compensación que equilibre la pena impuesta con la sufrida, cumpliendo penas irracionales por desproporcionadas y viendo afectado su derecho a la igualdad con quienes en su misma situación aún no han sido condenados,⁽³³⁾ y por ende tienen la posibilidad de que se tenga en cuenta el hecho sufrido como pena natural al momento de la determinación de su pena. Aun admitiendo las diferencias sutiles existentes entre ambos institutos, considero necesario que ante una pena ilícita se proceda con los mismos principios que ante una pena natural, atento a que el sujeto ya ha sido “suficientemente castigado”.

6 | Conclusión

Como hemos venido analizando hasta aquí, al momento de determinar la pena la mayoría de los autores consideran como necesario establecer una relación comparativa entre el ilícito realizado y la pena a imponer. Dicha relación debe analizarse cada vez que se impone una pena y a partir de los datos que arroja el caso concreto, individual e irrepitable. “La historia de la determinación de la pena se ha debatido siempre entre dos valores, el de la seguridad jurídica —que conduciría a penas absolutamente predeterminadas— y la idea de ‘justicia’, traducida en el principio de la individualización de la pena: una pena justa sólo es aquella que se adecua a las particularidades del caso concreto”.⁽³⁴⁾ Como también ya hemos analizado previamente, la determinación de la pena no consiste en un acto

.....

R. s/ Recurso de Casación” y acum. N° 13.907 (Reg. de Pres. N° 44.243) “M., C. M. s/Recurso de Casación”, 26 de octubre 2011.

(33) Al margen del presente trabajo queda la situación aun más injusta de quien sufre una pena ilícita en prisión preventiva, declarándose luego inocente. El sufrimiento padecido no es compensado de manera alguna.

(34) ZIFFER PATRICIA, *op. cit.*, p. 27.

que acaba con la imposición de una pena en la sentencia, sino que esa determinación continúa hasta el agotamiento de la pena impuesta.

“Cuando hablamos de la individualización legal en la fase de ejecución penitenciaria, no nos estamos refiriendo al simple cometido de hacer cumplir pasivamente el lapso de la condena (...). La sentencia de condena, en el ámbito de esta individualización final, opera como límite y elemento indicativo de un sistema cambiante en función de las circunstancias del condenado y con amplios márgenes de flexibilidad. Ello, por supuesto, en una individualización ejecutiva bien entendida y correctamente regulada. El cumplimiento efectivo de la pena debe poder reducirse o modificarse en una especie de novación permanente para que tenga sentido la existencia del Juez de Ejecución. La ejecución de una pena privativa de libertad representa, en cuanto a sus efectos, tantas condenas como vicisitudes sufra aquella. Es decir, la sentencia penal no debe ser algo estático sino un principio de actividad que dinámicamente se atenúa o se modifica”.⁽³⁵⁾

De esta forma, el juez (en Santa Fe, el juez de ejecución), debe atenuar o modificar la pena oportunamente impuesta al condenado a partir de las circunstancias y vicisitudes que vayan sucediendo durante la ejecución de la misma, de forma tal que en caso de que alguna de dichas vicisitudes implique un agravamiento de la pena sufrida, adapte (reduciendo o eliminando) la pena impuesta teniendo en cuenta esa nueva circunstancia, ese dolor o padecimiento sufrido, con miras a tutelar que la pena total sufrida no exceda la impuesta afectando los principios de racionalidad y proporcionalidad. Atento a que la pena se determina en forma proporcional con la gravedad del ilícito cometido, esa proporcionalidad marca un límite máximo, un techo a la posibilidad de imposición de pena por parte del Estado, que se manifiesta en oportunidad de la sentencia. A partir de ella y durante la ejecución esa pena fijada será el límite inquebrantable, y toda pena que exceda ese límite deberá ser considerada inconstitucional en cuanto implica un acto carente de racionalidad.

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acordado rango constitucional al principio de proporcionalidad de la pena,

.....

(35) ROXIN CLAUS *et al*, *op. cit.*, p. 132.

estableciendo que 'son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél (...). La importancia de la pena natural encuentra también sustento en el principio de humanidad, en virtud del cual se encuentran proscriptas las sanciones crueles, inhumanas o degradantes (art. 18 CN), y también en los criterios de necesidad real de la pena, estrictamente vinculados con la racionalidad de su aplicación. En esta línea, una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en el supuesto concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Así ocurre cuando ella ha sufrido un grave castigo natural, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias de su hecho'''.⁽³⁶⁾

Resulta desde todo punto de vista evidente que si la pena natural busca evitar aplicar una pena a un sujeto que ya fue **suficientemente castigado**, o desde otra perspectiva, evitar que un sujeto sea **excesivamente castigado** más allá de la medida proporcional a su ilícito, más aún debe evitarse la aplicación de penas ilícitas, y en casos de su existencia, tomar todas las medidas necesarias para evitar que las mismas hagan devenir inconstitucional por irracional y desproporcionado el acto estatal que representa la respuesta punitiva. Por los motivos expuestos considero que las denominadas por Zaffaroni como "penas ilícitas" deben interpretarse, respetando sus propias características, en forma análoga a las penas naturales, debiendo computarse como penas impuestas de manera que, a partir de su sufrimiento, se habilite la revisión del *quantum* de pena aplicada.

Si bien para algunos autores el indulto y —sobre todo— la conmutación pueden ser los canales adecuados para el objetivo propuesto conforme al orden jurídico positivo vigente, considero que, siguiendo a Zaffaroni, es absurdo que cuando una pena concreta sea inconstitucional, se pretenda

(36) TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE LA PCIA. DE BS. AS., Sala II, Fallo "JSB", voto de los Dres. Mahiques, Mancini y Celesia.

que esto lo remedie el indulto o la conmutación, renunciando el juez a ejercer su poder y su deber de aplicar en primer término las normas constitucionales. Ante esta situación, y mientras no se prevean mecanismos particulares al respecto, la presentación de un *habeas corpus* correctivo sería una herramienta útil a los fines de solicitarle al juez la revisión de la pena impuesta y su nueva determinación teniendo en cuenta la intensidad de la pena —natural o ilícita— sufrida. Dicha revisión indefectiblemente llevará a una reducción del *quantum* en tiempo objetivo de la pena impuesta, o en caso de así considerarlo el juez, la eliminación de la misma por considerar que el mal sufrido implica el cumplimiento de la totalidad de la pena, resultando de la continuidad de la aplicación de la misma un exceso de castigo o sufrimiento que resulta contrario a los principios de racionalidad, proporcionalidad y humanidad, deviniendo por ende en inconstitucional. El Estado prescinde de la pena, atento a que la culpabilidad del autor por el ilícito cometido fue compensada por las graves consecuencias del hecho, entre ellas la pena efectivamente sufrida.

En este sentido, resulta concluyente el Dr. Gustavo Vitale al manifestar que

“la imposición de una pena para los supuestos de la llamada ‘pena natural’, violentaría abiertamente el principio de estricta necesidad de la pena. A su vez, importaría una reacción estatal verdaderamente cruel, con lo cual se estaría transgrediendo el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Por supuesto que, a su vez, ello sería un modo ilegítimo de desconocer el principio de racionalidad de los actos de gobierno y razonabilidad de las decisiones judiciales, resultando la pena en concreto una respuesta del Estado incapaz de servir para el cumplimiento del fin de ‘reinserción social’ que las normas fundamentales le atribuyen a su ejecución...”⁽³⁷⁾

Asimismo, se recuerda que la proporcionalidad entre hecho y pena no es más que el techo o límite máximo al que puede alcanzar la pena, por lo que tiene una función limitadora de la respuesta punitiva.

Para finalizar, considero necesario poner énfasis o recordar lo ya manifestado en relación a los objetivos que motivaron la prohibición de de-

(37) IRIBARREN PABLO, “La *poena naturalis* y su aplicación en la provincia de Río Negro” [en línea], en <http://pinedairibarrenasoc.com.ar/pdf/pena%20natural1.pdf>

terminadas penas consideradas crueles, inhumanas o degradantes, así como hacer referencia a la misma evolución de la prisión, o de la pena privativa de la libertad que, entre otros fines tal vez más utilitaristas, nació como un instrumento que humaniza la pena en tanto sustituye el castigo corporal por la privación de la libertad.⁽³⁸⁾ En este contexto, el vivir en una sociedad donde el castigo corporal como respuesta estatal se encuentra prohibido no resulta superador de nada si no conlleva un mecanismo encaminado a evitar que dicho castigo, o prácticas similares, se desarrollen. Prohibir penas crueles en el texto de nuestra Constitución es un sinsentido si no actuamos en consecuencia a partir de los hechos que cotidianamente suceden en las cárceles de nuestro país. Reiterando lo dicho, prohibir el castigo físico, la tortura y los malos tratos como pena, no implica desconocer la naturaleza de **pena** de estas prácticas. No podemos permitir que la tarea desarrollada de limitar la pena, humanizarla, rodearla de garantías, traiga aparejada como consecuencia la posibilidad de aplicarlas libremente, bajo otra denominación, a la par de penas hoy consideradas **más humanas**. Los constantes intentos del liberalismo político y penal por limitar la pena no pueden ser manipulados para habilitar una pena mayor.

Es pena todo sufrimiento padecido por el sujeto y/o generado por el Estado en respuesta a un ilícito cometido. La pena privativa de libertad se compone de todas las vicisitudes que se producen en su transcurrir, sea cual fuese la naturaleza de las mismas y su *quantum* se define por la totalidad de sufrimiento al que es sometido el condenado. Y es precisamente en ese sufrimiento donde la misma no puede perder de vista su anhelado intento de **humanidad**.

.....

(38) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI, Bs. As., 2004. Allí se referencia a la prisión como "pieza esencial en el arsenal punitivo, que marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la 'humanidad'".

