

Teoría de la ley penal, constitución y derechos humanos

Prof. Dr. Matías Bailone



Imagen de Carlos Barberena sobre la obra original de Alberto Durero (Los cuatro jinetes del Apocalipsis, 1498).

En esta materia vamos a abordar temáticas por todos conocidas, pero desde una óptica que permita la incorporación del pensamiento crítico de **Raúl Zaffaroni** y también (como en todo curso de doctorado) una interacción necesaria entre docente y alumnos, sobre la actualidad de estos temas que pueblan los manuales y tratados de derecho penal. Todos estos temas son abordados desde siempre por la literatura científica más respetada y más seguida, sin embargo no pasan de ser declamaciones formales rimbombantes que muy pocas veces tienen aplicación práctica.

Elegí la imagen de Carlos Barberena que preside este texto, porque como pastiche e intervención de una obra clásica de la iconografía medieval (Durero, 1498), simboliza cómo el poder absolutista del sistema punitivo encuentra nuevos aliados y nuevas formas de aniquilamiento de las llamadas garantías y límites constitucionales y supra-legales. Trataremos de analizar los desafíos de un pensamiento crítico del sistema penal, también de una teoría democrática y popular de la justicia, en los tiempos aciagos que nos tocan sufrir.

La relación entre la ley penal, la constitución y los derechos humanos se basa en la supremacía constitucional y el respeto a los derechos humanos. La constitución actúa como el marco supremo que limita y guía la legislación penal, asegurando que las leyes penales y su aplicación por los tribunales no violen los principios y derechos fundamentales establecidos en ella, como la prohibición de penas inhumanas, la garantía del debido proceso, la presunción de inocencia y la protección contra la retroactividad de las leyes penales más gravosas. Además, los tratados internacionales de derechos humanos, que tienen jerarquía constitucional, imponen obligaciones a los estados para proteger y respetar los derechos humanos, garantizando que las leyes penales y su aplicación sean compatibles con estos estándares internacionales. Entre los principios fundamentales que deben respetarse en la legislación penal se encuentran la legalidad, la proporcionalidad, la lesividad, la prohibición de la doble punición, la humanidad de las penas y la intrascendencia de la pena. También un principio muy propio para nosotros los nuestroamericanos, que es el pluralismo jurídico y su sistema de sanciones. Estos principios aseguran que la ley penal no sea arbitraria y que respete los derechos fundamentales de las personas, equilibrando la sanción de las conductas delictivas tipificadas con la protección de los derechos humanos y el valor de la diversidad.

Este seminario, en el marco del doctorado dirigido por el profesor Zaffaroni, se quiere hacer cargo no solamente de los conocimientos teóricos y la validación académica, sino de la praxis transformadora de las experiencias y de las prácticas cognitivas de los agentes penales que participan de este doctorado. Vamos a adentrarnos en los temas bajo el compromiso político con nuestro modelo constitucional de derecho social y con el instrumental convencional del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, así como con nuestro apego al pensamiento crítico decolonial y popular.

El objetivo de este seminario en particular, es plantear los temas más convulsos de nuestro tiempo, las preocupaciones más prístinas que tenemos quienes enseñamos derecho penal y también quienes participamos del sistema punitivo de alguna u otra manera. Los problemas del castigo desde una mirada constitucional garantista *nuestroamericana* y vinculada al plexo normativo y convencional de los derechos fundamentales.





Soy **Matías Bailone**, trabajé con Raúl Zaffaroni como secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ahora estoy con el mismo cargo pero cumpliendo funciones en la Cámara Nacional de Casación en lo criminal y correccional de la Capital Federal, (hasta “Levinas” CSJN, 2024). Me dedico a la docencia universitaria de grado y de posgrado desde hace 20 años, en la Universidad de Buenos Aires y en varias universidades argentinas y de la región. También doy clases en universidades españolas e italianas. Con Zaffaroni hemos compartido incesantes tareas académicas y profesionales, en las cuales he aprendido de mi maestro no solamente su sapiencia jurídica, sino su coherencia humanista. Estuvimos en varias

comisiones de reforma de códigos penales, en momentos transformadores de la realidad latinoamericana, que lamentablemente parecen de un pasado remoto: Bolivia, Ecuador, Guatemala, Chile, Brasil. También con mi maestro, hemos compartido tareas de divulgación, no sólo en medios académicos, como la Revista de Derecho Penal y Criminología de la Editorial La Ley (gentrificada por Thomson Reuters y fundada en su día por el polémico Jiménez de Asúa), sino también en medios más populares como la edición de “La cuestión criminal” en el matutino Página/12 y en el diario ecuatoriano “El Telégrafo” (con Miguel Rep en las ilustraciones), en aquellos años dorados de nuestra era. Dirijo varias revistas de jurisprudencia penal y dogmática jurídica y escribo sobre criminología, teorías criminológicas, derecho penal internacional, jurisdicción universal y teoría del genocidio. En los últimos años me he dedicado especialmente al campo de estudios que se denomina “Criminología de los crímenes de estado”, donde no sólo abordo una cuestión criminológica sino también dogmático jurídico penal sobre los crímenes cometidos por los estados, como exacerbación del poder punitivo (también comparto tareas desde la sociología con Daniel Feierstein sobre estos temas). Comencé mis estudios de doctorado en Derecho penal en la Universidad de Castilla-La Mancha, donde soy investigador posdoctoral del Instituto de derecho europeo e internacional (UCLM), y terminé mi doctorado en la tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala (2012), una de las decanas del conocimiento jurídico y del pensamiento crítico en toda América Latina. Realicé diversos cursos de posgrado e investigaciones académicas con grandes maestros como Louk Hulsman, Cherif Bassiouni, Antonio Beristain y Luigi Ferrajoli. En la Corte Suprema también me tocó dirigir el extinto Instituto de Investigaciones que fundó el mismo Zaffaroni. En estos momentos estoy trabajando sobre la necesidad de las obras de filosofía jurídica de Norberto Bobbio como referente del antifascismo europeo en este presente tan parecido a aquel tiempo de entreguerras. Tarea que estoy llevando a cabo con uno de los más conspicuos discípulos de Bobbio en América Latina, el italo-venezolano Alberto Filippi. Más info bibliográfica en www.matiasbailone.com

Buzón de consultas

por cualquier consulta me pueden escribir a: matiasbailone@derecho.uba.ar

Programa

I.- Teoría del Estado y el poder punitivo.

- Limitaciones estructurales e históricas de una teoría del Estado en los márgenes. *Nuestramérica* y el concepto de “república” en la organización de nuestros modelos constitucionales.
- El Estado y la sociedad. Un fantasma leviatánico recorre Europa. El racismo y el colonialismo en la configuración de lo público y de la cultura. Características del poder político y el Estado como resistencia antifascista. Resistencias y supervivencias en el tardocolonialismo financiero.
- El Estado y el poder. Configuraciones burguesas y reminiscencias iluministas. Los derechos humanos y la dialéctica negativa. El Estado como campo estratégico de lucha. Enfoque estratégico-relacional.
- Metateoría de los derechos. Modelos autoritarios y garantistas. Esquema epistemológico de los principios garantistas. La constitución como Carta Magna. Los modelos de constitución.
- Perspectiva crítica marxista de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos como resistencias de los pueblos y herramientas para dismantelar la lógica inhumana del sistema penal. Derecho penal humano.

II. El programa penal de la constitución. Derecho constitucional aplicado al sistema de castigo.

- Epistemología y axiología del poder penal. La pena en los diversos modelos constitucionales. El estatuto metateórico de la justificación de la pena. Eficiencia y garantía.
- Reconstrucción hermenéutica del programa penal constitucional en las sociedades contemporáneas. Análisis político criminal de las democracias constitucionales. Consecuencias del principio del Estado Social y Democrático del Derecho en el programa penal de la Constitución.
- Teoría del poder penal y la pretensión punitiva. El cuerpo del Estado. La burocracia estatal del castigo y su fundamento constitucional. Normativas procesales penales de los modelos constitucionales.

III. Concepto constitucional del delito. Teoría penal constitucional y convencional.

- El horizonte de proyección del derecho penal. Relaciones de integración secante del derecho penal con el derecho constitucional.

- Principios limitativos constitucionales y convencionales. Derecho comparado y derecho internacional. La armonización de la legislación suprapenal en Europa, América Latina y en el ámbito del derecho internacional.

IV.- Principios limitativos derivados del mandato de legalidad.

- Principio de legalidad formal. Reserva absoluta de ley. Ley penal en blanco. Principios de irretroactividad de la ley penal más gravosa y de retroactividad de la más benigna. Principio de máxima taxatividad legal e interpretativa.
- Interpretación restrictiva de la ley penal. Prohibición de interpretación analógica de la ley penal. Principio de respeto histórico al ámbito de las prohibiciones.
- Definiciones teórica y legal del delito. Los principios garantistas del positivismo jurídico. Codificaciones y descodificaciones. El principio de Código. El modelo axiomático.

V.- Principios limitativos derivados del mandato de respeto mínimo a los Derechos Humanos.

- Principio personalista. Principio de respeto a la autonomía moral del ser humano.
- Principio de lesividad u ofensividad. Bienes jurídicos y teorías penales. Principios de proporcionalidad, equidad y certeza. Usos perversos o de mala fe del bien jurídico.
- Principio de proporcionalidad mínima. Principio de insignificancia.
- Principio de culpabilidad. Principio de humanidad. Principio de mínima trascendencia (intrascendencia). Leyes anómalas desincriminatorias más benignas. La retroactividad de la jurisprudencia. Principios limitativos que excluyen violaciones groseras a los derechos humanos.
- Principio de prohibición de doble punición. Principio procesal de Ne bis in ídem. Penas naturales. Derecho penitenciario constitucional. Derecho a la esperanza.
- Principio de buena fe y principio pro homine. Principios de mayor autonomía del ser humano y de los pueblos (moral de la cooperación y procesos de autonomización del juicio moral).

VI.- Principios limitativos derivados del mandato republicano de gobierno y del Estado de Derecho.

- Poder punitivo y acotamiento material de su ámbito de proyección. Omnipotencia legislativa y criminología mediática. Regla de limitación máxima de la respuesta contingente y emergencial.
- Principio de superioridad ética del Estado. Principio de saneamiento genealógico.
- La necesidad de principios de limitación material. Proscripción de la grosera inidoneidad de la criminalización primaria y secundaria.
- El efecto de desaliento («chilling effect») sobre el ejercicio de derechos constitucionales.

- Principio de culpabilidad (de exclusión de la imputación por la mera causación del resultado y de exigibilidad).
- Principio de la diversidad de los sistemas jurídicos en los casos de justicia indígena o justicia comunitaria.

VII.- Principios limitativos emanados de las relaciones de integración del sistema penal con el derecho internacional.

- Relaciones integradoras con el derecho internacional de los derechos humanos. Obligación de perseguir y de castigar.
- Responsabilidad internacional y crímenes de Estado. Tribunales internacionales.
- Jurisdicción universal y soberanía jurisdiccional. Los derechos vulnerados y las víctimas globales. Los tribunales de opinión y el derecho penal internacional.
- El sistema interamericano de derechos humanos y su función hemisférica en la política internacional.
- Imperialismo humanitario y la dialéctica negativa. Los derechos humanos en el tardocolonialismo financiero.
- Jurisprudencia penal al amparo del sistema interamericano de Derechos Humanos. La imposición de estándares como derecho positivo local. Temas propios de la jurisprudencia interamericana.
- Control jurídico del poder punitivo. Integración de estándares de derechos humanos en políticas públicas penales, con enfoque en la prevención de la tortura, de las detenciones arbitrarias y de la discriminación .
- Litigio estratégico y acceso a la justicia. Herramientas para articular jurisprudencia innovadora que contenga fenómenos como la violencia institucional o la criminalización de la protesta social .

Encuadre de trabajo y criterios de acreditación

El seminario consta de 8 clases sincrónicas, con una duración aproximada de 4 horas cada una. Además, se contempla un tiempo de trabajo asincrónico. En el aula virtual encontrarán los recursos necesarios para acceder a los contenidos teóricos (bibliografía y materiales audiovisuales), actividades, así como el espacio para entregar trabajos y recibir su calificación..

El seminario contará con una evaluación final que consistirá en un trabajo escrito individual que dé cuenta de la reflexión e integración de los contenidos desarrollados en las clases teóricas y su vinculación con el tema que se pretende investigar en el marco de su tesis doctoral.

Para la regularización del seminario, el/la doctorando/a deberá:

- Cumplimentar al menos el 75% de las actividades establecidas en el programa.
- Aprobar las instancias de evaluación del proceso establecidas en el programa.

La regularidad tendrá una vigencia de UN (1) año a partir de finalizada la cursada, conforme surja del acta respectiva, debiendo darse por cumplimentada la aprobación dentro de ese plazo.

Para la aprobación de seminario, se deberá:

- Conservar la regularidad.

- Aprobar la evaluación final.
- El/la doctorando/a será calificado de 0 a 10, siendo 6 (seis) la nota de aprobación.

Este seminario será evaluado por la participación durante la cursada y por el grado de involucramiento en el desarrollo del mismo. También será formalmente evaluado con una monografía final individual donde se desarrolle monográficamente algunos de los temas desarrollados, con la bibliografía dada y con los enfoques sugeridos en las clases.

Formalmente tendrá los requisitos usuales de toda monografía de posgrado, con una extensión no superior a las 20 págs. y con el uso de la bibliografía aportada.

BIBLIOGRAFÍA:

- Althusser, Louis: Política e historia. De Maquiavelo a Marx. Katz, Bs As, 2007.
- Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (eds): El principio del ne bis in idem en el derecho penal europeo, UCLM, Ciudad Real, 2007.
- Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán; Bailone, Matías (ed): Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías : nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional, UCLM, Ciudad Real, 2007.
- Arroyo Zapatero, Luis: *Fundamento y función del sistema penal, el programa penal de la Constitución*, en Roxin, Claus (Eds) Derecho penal y modernidad, ARA, Lima, 2010, p. 21.
- Badie, Bertrand: Diplomacia del contubernio. Los desvíos oligárquicos del sistema internacional. Eduntref, Bs As, 2013.
- Badie, Betrand: El tiempo de los humillados. Una patología de las relaciones internacionales. Eduntref, Bs As, 2016.
- Bailone, Matías; Risso, Guido (dir): Poder judicial y Estado de Derecho, Hammurabi, Bs As, 2019.
- Bailone, Matías: Antiterrorismo, respuestas penales y criminológicas en el Estado de Derecho. Olejnik, Santiago de Chile, 2019.
- Binder, Alberto M.: Derecho procesal penal, Tomos I y II, Ad-Hoc, Bs As, 2014.
- Bobbio, Norberto: Teoría de la Justicia, Tirant, UNLA, Lanús, 2023.
- Bobbio, Norberto: Teoría General de la Política, Trotta, Madrid, 2003.
- Bricmont, Jean: Imperialismo humanitario. El uso de los Derechos Humanos para vender la guerra. El viejo topo, Madrid, 2005.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos (ed): Derecho Penal y orden constitucional. Límites de los derechos políticos y reformas pendientes, Tirant, Valencia, 2024.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos: Derecho penal: Concepto y principios constitucionales, Tirant, Valencia, 1999.
- Cerezo Mir, José: Obras completas. Derecho penal, Parte general, Ara, Lima, 2006.

- Delmas Marty, Mireille; Pieth, Mark; Sieber, Ulrich: Los caminos de la armonización penal, Tirant, Valencia, 2009.
- Eymar, Carlos: Karl Marx, crítico de los derechos humanos. Tecnos, Madrid, 1987.
- Fanon, Frantz: Los condenados de la tierra, FCE, Bs As, 2009.
- Feierstein, Daniel: *El peligro del redireccionamiento de los conceptos del derecho internacional: las Naciones Unidas, la Corte Penal Internacional y el nuevo papel de los EE.UU.*, en Feierstein, D. (ed): Revista de Estudios sobre Genocidio, Prometeo, UNTREF, N. 12, 2016, p. 87.
- Feierstein, Daniel: Juicios, sobre la elaboración del genocidio II, FCE, Bs As, 2015.
- Feierstein, Daniel: *Los nuevos desafíos del Tribunal Permanente de los Pueblos en el siglo XXI: las luchas por la hegemonía en la creación del derecho penal internacional*, en Bailone, Matías (ed) Material de cátedra de Criminología de los crímenes de Estado, www.matiasbailone.com
- Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón, teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995.
- Ferrajoli, Luigi: Escritos sobre Derecho penal. Hammurabi, Bs As, 2013.
- Ferrajoli, Luigi: Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia, Trotta, Madrid, 2017.
- Filippi, Alberto: Constituciones, dictaduras y democracias. Los derechos y su configuración política. Infojus, Bs As, 2015.
- Foucault, Michel: Teorías e instituciones penales. Curso del College de France 1971-72, FCE, Bs As, 2021.
- Garcés, Joan: Soberanos e intervenidos, estrategias globales, americanos y españoles, Siglo XXI, Madrid, 2008.
- García Linera, Álvaro: Estado, democracia y socialismo, una lectura a partir de Poulantzas, en Sanmartino, Jorge (ed): La teoría del Estado después de Poulantzas, Prometeo, Bs As, 2020.
- García Linera, Álvaro: La comunidad ilusoria. Una reflexión sobre el Estado, lo público, lo común, la protesta ciudadana y la esperanza en tiempos de incertidumbre mundial. Sudamericana, Bs As, 2023.
- García Linera, Álvaro: La potencia plebeya. Acción colectiva e identidades indígenas obreras y populares en Bolivia. Prometeo, Bs As, 2009.
- García Ramírez, Sergio: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Porrúa, México, 2007.
- García Rivas, Nicolás: *El «Programa penal de la Constitución» de Arroyo Zapatero: una cuestión de principios*, en Muñoz de Morales, Marta, Nieto Martín, Adán (et alios ed) Un derecho penal humanista, libro homenaje a Luis Arroyo Zapatero, BOE, Madrid, 2021, Tomo I, p. 261.
- Garzón, Baltasar: No a la impunidad. Jurisdicción Universal, la última esperanza de las víctimas, Debate, Madrid, 2022.
- Gullco, Hernán: Principios de la Parte General del Derecho Penal, Editores del Puerto, Bs As, 2010.

- Guzman Dalbora, José Luis et alios (ed): Constitución y derecho penal en Chile, DER, Santiago de Chile, 2024.
- Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas: Tratado de Derecho penal, parte general, Volumen I, Instituto Pacífico, Lima, 2014.
- Jessop, Bob: *El Estado y el poder*, en Sanmartino, Jorge (ed): La teoría del Estado después de Poulantzas, Prometeo, Bs As, 2020.
- Jessop, Bob: El Estado, pasado, presente y futuro. Prometeo, Bs As, 2018.
- Larsen, Pablo: Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Hammurabi, Bs As, 2016.
- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio (ed): Manual de introducción al Derecho penal, BOE, Madrid, 2019.
- Linebaugh, Peter: El manifiesto de la Carta Magna, comunes y libertades para el pueblo, Traficantes de sueños, Madrid, 2014.
- Mir Puig, Santiago (dir): Constitución y sistema penal. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Montealegre, Hernán: La seguridad del Estado y los Derechos Humanos, Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, 1979.
- Nerín, Gustavo: Colonialismo e imperialismo, la grandeza perdida y el derribo de sus monumentos, Shakleton, Barcelona, 2022.
- Nino, Carlos S.: Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho. Siglo XXI, Bs As, 2011.
- Orsini Martinelli, Joao Paulo; Schmitt de Ben, Leonardo: Licoes fundamentais de Direito Penal, Saraiva, Sao Paulo, 2017.
- Pisarello, Gerardo: Procesos constituyentes, caminos para la ruptura de Democrática. Trotta, Madrid, 2014.
- Pisarello, Gerardo: Un largo Termidor, la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Trotta, Madrid, 2011.
- Poulantzas, Nicos: The Poulantzas Reader, Marxism, Law and the State (Martin, James ed.) Verso, Londres, 2008.
- Rafecas, Daniel: Derecho penal sobre bases constitucionales, Didot, Bs As, 2021.
- Remiro Brotons, Antonio: La hegemonía norteamericana, factor de crisis de la Organización de Estados Americanos, Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1972.
- Robertson, Geoffrey: Crímenes contra la humanidad. La lucha por una justicia global, Siglo XXI, Madrid, 2005.
- Roxin, Claus: Derecho penal, parte general, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.
- Roxin, Claus: Fundamentos político criminales del Derecho penal, Hammurabi, Bs As, 2008.
- Roxin, Claus: Política criminal y sistema del derecho penal, Hammurabi, Bs As, 1999.
- Ruotolo, Marco: Corso di diritto costituzionale, Giappichelli, Torino, 2025.
- Said, Edward W.: Cultura e imperialismo, Anagrama, Barcelona, 1993.

- Scarfi, Juan Pablo: El imperio de la ley. James Brown Scott y la construcción de un orden jurídico interamericano, FCE, Bs As, 2013.
- Silva Portero, Carolina (ed): Ejecución penal y derechos humanos, una mirada crítica a la privación de la libertad, MJyDDHH, Quito, 2008.
- Silvestroni, Mariano: Teoría constitucional del delito, Del Puerto, Bs As, 2004.
- Thompson, E. P.: Costumbres en común, estudios sobre la cultura popular, Capitán Swing, Madrid, 2019.
- Thompson, E. P.: Miseria de la teoría, Eduvim, Villa María, 2021.
- Thompson, E. P.: Orígenes de la Ley Negra, un episodio de la historia criminal inglesa, Siglo XXI, Bs As, 2007.
- Thompson, E.P.; Hay, Douglas; Linebaugh, Peter; et alios: Albion's fatal tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England, Oxford, 1994.
- Tiedemann, Klaus: *Constitución y derecho penal*, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 11, Nro. 33, Madrid, 1991, p. 145.
- Vitale, Gustavo: Límites constitucionales al poder penal, acerca del proceso, del delito y de la pena, Hammurabi, Bs As, 2024.
- Wessels, Johannes; Beulke, Werner; Satzger, Helmut: Derecho penal, parte general, el delito y su estructura. Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl et alios: Derecho penal, parte general. Ediar, Bs As. 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Bailone, Matías: La jurisdicción universal en el juicio al franquismo, la querrela argentina contra el genocidio en España, Olejnik, Santiago de Chile, 2021.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl: Colonialismo y derechos humanos, apuntes para una historia criminal del mundo, Taurus, Bs As, 2022.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl: Lineamientos de derecho penal, Ediar, Bs As, 2023.