

La pena privativa de la libertad. Pasado, presente ¿futuro?

Alejandro TIZÓN¹⁾

Sumario

Introducción. Fundamentos, finalidad y resultado de la imposición de penas – Función penal a cargo del Estado. Fundamento, finalidad y objeto de la imposición de penas. Teorías absolutas o retribucionistas. Teorías relativas o utilitaristas. Teorías de la prevención general. Teorías de la prevención especial. Distinción: enmienda, defensa social, diferenciación de la pena. Teorías mixtas. Teorías vinculadas a la crítica de la pena. Abolicionismo. Historia de la cárcel. Primeros cuestionamientos al sistema carcelario. Legislación internacional sobre materia penitenciaria. Antecedentes penitenciarios en Argentina. Legislación penitenciaria en Argentina. Problemática carcelaria. El preso sin condena en América Latina y nuestro país. Relación entre la prisión preventiva, derivada del Derecho Procesal Penal, y el Derecho Penal Sustancial. Enfoque sociológico de la prisión preventiva. Prisión preventiva – Visión crítica. Aspecto normológico. Conclusión. Regla limitativa de la prisión preventiva. Crítica de la institución carcelaria. Falacia del tratamiento penitenciario. Conclusión del autor.

Resumen

En el presente estudio se recorren de las teorías que en el pasado, el presente y el futuro pretenden dar fundamento a la pena privativa de la libertad, a su morigeración o su negación, con el objetivo de brindar una aproximación a esta problemática no solo para quien está vinculado a la misma sino también a los ciudadanos en general a quien

se interese la cuestión debatida. El autor luego de efectuar el desarrollo evolutivo de estas ideas teóricas, plantea que la búsqueda de las soluciones a la problemática carcelaria debe efectuarse desde el umbral que proporciona la tesis de la mínima intervención.

¹⁾ Juez de Ejecución Penal de la ciudad de Santa Fe. Prof. del Posgrado de Criminología (FCJS-UNL). Prof. Adjunto de Derecho Constitucional (FCJS-UNL). Abogado especializado en Criminología y Derecho Procesal Penal.

Introducción

A partir de este trabajo se ha intentado recorrer el pasado, el presente y el futuro de la pena privativa de la libertad, efectuando un análisis de las distintas teorías en las que se ha basado el hombre para justificar, morigerar, o hasta negar, la facultad del Estado de castigar a los infractores imponiendo penas, especialmente las vinculadas a la prisión. Dentro de ese orden de ideas se estudió la cárcel, desde la antigüedad hasta el presente, analizando distintos autores vinculados a la misma, como también se realizó un desarrollo histórico de los sistemas penitenciarios desde que éstos se crearon, hasta la actualidad.

Desde esta visión, se ha profundizado sobre los aspectos legales de la ejecución penitenciaria, a partir de la elaboración de una reseña sobre las normas internacionales, nacionales o provinciales que, sobre el particular, se fueron sancionando. Asimismo, y ya dentro de la problemática carcelaria, estudiamos los inconvenientes derivados de la prisión preventiva en nuestro país y en América Latina, situación que ha dado lugar al denominado "preso sin condena", y también se ha profundizado sobre fenómenos como el de la prisionización. Intentamos sistematizar algunas de las críticas que se le hace a la cárcel, principalmente como institución total, desculturizadora y segregadora de los allí alojados.

Se ha pretendido además efectuar un estudio que pueda servir a todo aquel ciudadano que, preocupado por las cuestiones públicas, se interese por la problemática carcelaria, despertando en él la conciencia de que, al menos, se deben buscar otras alternativas y propuestas que hagan más humana la ejecución de las penas privativas de la libertad y, a partir de esta concepción, alcanzar una adecuada convivencia, aun con aquellos que han cometido un delito.

En definitiva el objetivo de todo el análisis ha sido el de brindar una aproximación a esta problemática de la pena privativa de la libertad y de la cárcel, no sólo para quien está vinculado a la misma, ya sea desde lo profesional, lo laboral, o desde la investigación y el estudio del tema, sino también el de ofrecer un trabajo que sea analizado y difundido dentro del ámbito académico y, por qué no, también fuera de él.

Por último, no queremos terminar esta introducción sin agradecer al Dr. Carlos Elbert, titular del Posgrado de Criminología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, con quien hace varios años trabajamos en sus actividades académicas, de docencia, de investigación, o de difusión de la Ciencia Criminológica, y quien permanentemente brega para que sus colaboradores publiquen sus trabajos, fruto de esa labor.

Fundamentos, finalidad y resultado de la imposición de penas. Función penal del Estado

El Estado no puede aplicar su poder punitivo de inmediato, sino que debe llevar adelante todo un procedimiento para comprobar la imputación contra la persona de que se tratare y, si correspondiere, arribar a una resolución judicial de condena. En ese sentido sabemos que la función penal a cargo del estado se cumple a partir de tres momentos: a) el legislativo, b) el jurisdiccional declarativo, y el c) jurisdiccional ejecutivo.

A través de cada una de estas etapas se conforma el proceso de individualización de la pena, y de la progresiva concretización del ordenamiento jurídico. En el primer momento, el legislativo, se establecen a través del Congreso normas, las normas penales, que tipifican las conductas que constituyen delitos y su correspondiente pena. Es la etapa de la conminación abstracta. Según Levene, es el primer paso de individualización de la pena porque se formula haciendo abstracción de la persona que comete la acción tipificada. En esta etapa el Poder Legislativo recepciona el sentir comunitario con respecto a determinados valores y establece las normas respectivas⁽¹⁾.

⁽¹⁾Levene Ricardo (h), Derecho procesal Penal, pag. 26, Editorial Plus Ultra, Buenos aires, 1975.

Los otros dos momentos, que continúan la individualización de la pena, son el jurisdiccional declarativo y el jurisdiccional ejecutivo. El primero es cuando el juez o tribunal de sentencia determina la existencia del delito, e impone una pena, reconociendo la pretensión punitiva del estado. El tribunal, en virtud de sus apreciaciones, y a partir de lo que fue surgiendo en el proceso, considera que el imputado ha realizado la conducta típicamente culpable que los legisladores habían establecido. Nos encontramos con que aquello que se había normativizado como caso abstracto, se tiene por materializado en la acción de una persona determinada, llegando la sentencia para el caso concreto, por la cual se obliga al condenado al cumplimiento de una sanción determinada. Finalmente, esa sanción establecida judicialmente, luego del respectivo proceso, da lugar al tercer momento, el judicial ejecutivo, que es cuando se ejecuta esa sentencia previamente dictaminada.

Desde el análisis de estos tres momentos, estudiaremos en profundidad la capacidad del estado para imponer penas, la aplicación concreta de ellas, y si el cumplimiento de las mismas ha logrado los objetivos para los cuáles fueron creadas. En ese sentido, muchos autores consideran que la doctrina vinculada al Derecho Penal, ha descuidado el estudio de la determinación e imposición de penas, como así también la etapa de la ejecución, o sea el cumplimiento efectivo de la misma, por lo que trataremos de ahondar en estos aspectos.

Dentro de esas ideas, por ejemplo Manuel de Rivacoba y Rivacoba, sostiene que: “la regulación que reciben en nuestros ordenamientos tanto la determinación e imposición de la pena, como, luego, su ejecución, es decir, el cumplimiento de ella, han sido despreciadas por la doctrina, y abandonadas a la empiria, al ojo del buen cubero, a la rutina o, en el más afortunado de los casos, a los esfuerzos de un espíritu sensible o de buena voluntad, pero también, en ocasiones, a prejuicios esteriotipados, criterios coyunturales, reacciones de desquite o impulsos de sadismo”⁽²⁾.

Esta situación obliga al estudioso de esta disciplina a profundizar el análisis de esta etapa de la pena, dado que, como dijéramos en el párrafo introductorio, en este momento del Derecho Penal, lo que era una amenaza de sanción jurídica, incierta, de carácter ideal, pasa a ser una sanción concreta, sobre una persona en particular, con un tiempo específico de cumplimiento, con determinadas modalidades en ese cumplimiento que varían conforme las etapas que lleva adelante la persona que se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad.

Fundamento, finalidad y objetivo de la imposición de penas

Es aquí donde vamos a comenzar este estudio tratando de realizar una síntesis sobre las teorías vinculadas al fundamento, finalidad y, como llaman algunos autores, el objeto de la pena, teorías que buscan dilucidar, al decir de Roxin, “...de qué modo debe actuar la pena para cumplir con la misión del Derecho Penal”⁽³⁾. Es en este sentido que desde la antigüedad se discute acerca del fin de la pena a partir de distintas concepciones: las que la legitiman, y buscan su fundamento, que han sido a lo largo de la historia del pensamiento jurídico y político, de lo más dispares, y las teorías que cuestionan este *Ius Punendi* del estado, llegando algunas hasta propugnar directamente su abolición.

Entre las legitimantes de la pena, o también llamadas teorías “justificacionistas”, tenemos las que consideran que ésta conlleva un fin en sí misma, como una consecuencia inevitable del delito. La pena sigue al delito, como el efecto a la causa. Son las teorías absolutas o retribucionistas. La imposición de la pena es un castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco. Se dice que la pena mira hacia el pasado⁽⁴⁾.

⁽²⁾Rivacoba y Rivacoba Manuel de, *Función y aplicación de la Pena*, pag 1, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.

⁽³⁾Roxin Claus y otros, *Determinación judicial de la Pena*, pag. 15, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

⁽⁴⁾Ferrajoli Luigi, *Derecho y razón*, pag. 253, Editorial Trotta, Madrid España, 1995.

Para algunos, la pena es un medio tendiente a otros fines. Son las teorías relativas, o “utilitaristas”, que consideran y justifican la pena como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos. La pena no se justifica en ella misma, sino en otros principios. A través de ella se busca evitar la comisión de futuros hechos antijurídicos, en este caso mirando hacia el porvenir.

Estas teorías utilitarias se pueden dividir en la de la prevención general, obrando sobre la totalidad de la comunidad de que se trate, ante la efectiva imposición de una pena a quien delinque, o de la prevención especial, obrando sobre el propio condenado, buscando que no reincida en su actividad delictiva. A su vez, la prevención general puede ser dividida en general negativa, que obra sobre los frenos inhibitorios de la sociedad, evitando los impulsos que conducen a sus integrantes a cometer delitos, y prevención general positiva que es la que refuerza la confianza de la población en el sistema legal, ante la imposición de una pena a quien viola este ordenamiento.

Dentro de este esquema Ferrajoli sostiene que también las teorías de la prevención especial pueden dividirse en especial positiva, cuando se realiza positivamente la corrección del delincuente, o especial negativa, que es el caso que mediante la pena se neutraliza a la persona que ha cometido el delito⁽⁵⁾. Entre las dos teorías, las retribucionistas, y las utilitaristas, tenemos las teorías mixtas, que asumen ambos criterios. Para ellas, la pena mira a la vez hacia el pasado y hacia el futuro, retribuyendo el delito ya perpetrado, y previniendo al mismo tiempo la realización de otros nuevos.

Por último, y como ya dijéramos al principio de este apartado, existen teorías vinculadas a las corrientes del Derecho Penal y a la criminología crítica, que cuestionan este *Ius Punitivum* del Estado, y plantean diversas alternativas, que van desde el Neorealismo de izquierda de J. Lea y J. Young (su obra “What is to be done about law and order? Crisis, in the eighties”), el Minimalismo (Derecho Penal mínimo) de Luigi Ferrajoli, hasta el Abolicionismo de Louk Hulsman y Thomas Mathiesen.

Teorías absolutas o retribucionistas

Son aquéllas que sostienen que la pena no es un medio para ningún fin fuera de ella misma, sino que es la mera sanción del delito, consecuencia inevitable de la comisión de éste, agotándose su finalidad en ella misma. No buscan la legitimación fuera de ella, interpretando a la pena como un “mal”, que sigue necesariamente a la realización del delito, como un efecto indispensable de él, sin que importe cuál puede ser su influencia.

Mediante este mal se retribuye al autor del delito, por el mal perpetrado con su conducta, teniendo la pena el destino de reparar el delito en la misma voluntad viciada del autor, “reparando” esa voluntad al purgarla de su vicio⁽⁶⁾. Algunos autores argumentan que estas concepciones se basan en principios de antiguos orígenes, que ya existía en muchos ordenamientos primitivos, como, por ejemplo, el de la “venganza de sangre”, concepción que gira en torno de tres ideas elementales: la venganza, la expiación, y el equilibrio entre pena y delito. Dentro de esta clasificación podemos señalar las siguientes teorías:

Teoría de la reparación: enunciada por Kohler, señala que el dolor que infringe la pena purifica la voluntad inmoral que dio lugar al crimen, destruyendo el origen o la fuente del mal. Esta teoría se basa en la función reparadora de la pena, mientras las que siguen tienen su fundamento en que el delito es un mal definitivo, que no se puede reparar, por lo tanto la pena no es reparadora sino retributiva.

Teoría de la retribución divina: enunciada por Stahl (1801-1861), el Estado es la exteriorización terrenal de un ordenamiento dado por Dios, no una creación de la mente humana. Como el Estado recibe de Dios la delegación de preservar este orden divino, también recibe el derecho de castigar, de manera tal de preservar dicho orden, al vencer la voluntad antijurídica haciéndole padecer, o buscando su anulación.

⁽⁵⁾ Op. cit., Ferrajoli Luigi, *Derecho y razón...*

⁽⁶⁾ Creus Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, pag. 9, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

Teoría de la retribución estética: se remonta a Leibniz (1646-1716), fue desarrollada sobre todo por Herbart (1776-1841), y continuada por Geyer (1831-1885). Tiene su basamento en que, en el Derecho Penal, el desequilibrio moral producido por una acción nociva exige la aplicación de una debida sanción, al repugnar todo acto que perdure sin retribución. Por ende, la idea estética de la justicia compensadora, exige la pena como una necesidad estética.

Teoría de la retribución moral: propia de Kant (1724-1804), tiene que ver con su concepción de que una legislación no sería moral si no tuviera como premisa que todo vicio, toda actividad delictiva lleve consigo una pena. Existe una estrecha relación entre la ley penal y el principio ético.

Teoría de la retribución jurídica: la expuso Hegel (1770-1831), en su Filosofía del Derecho de 1821. Representa la "dirección dialéctica de la retribución". Para este autor, el derecho es invulnerable. Quien comete un delito está negando el derecho, pero no lo destruye por la concepción de invulnerabilidad que acá señalamos. El delito aparentemente destruye el derecho, pero éste de inmediato se reafirma mediante la imposición de una pena. La lesión del derecho consiste en la voluntad individual del delincuente, y, por consiguiente, la lesión de esa voluntad es la anulación del delito, que, de otro modo, sería válido. En definitiva, la pena es la reintegración y la afirmación del derecho.

Como cuestionamientos a estas teorías absolutas tomaremos los de Ferrajoli, quien siguiendo a Morris Gingberg ha sostenido que a pesar de la autoridad de estos dos últimos autores, sus teorías retribucionistas son insostenibles. Dice que en la base de ambas se encuentra la "obscura pero enraizada" creencia en la existencia de algún nexo necesario entre culpa y castigo, la supervivencia de antiguas creencias mágicas que derivan de una confusión entre derecho y naturaleza, o de las teorías que hablaban de restaurar el orden natural violado, o peor aún, ve en ellas la continuidad del talión.

Por último destaca este autor que, no obstante lo señalado, la idea de que infligir penas tenga un valor intrínseco ha sido sostenida por una nutridísima formación de filósofos y sobre todo de juristas, tanto previa como posteriormente a las posiciones ya enunciadas. Por ejemplo, y ya en tiempos más recientes, tenemos la tendencia anticorreccionalista que se ha desarrollado en los últimos años en Estados Unidos de Norteamérica, bajo la denominación de *Justice Model*, que aúna orientaciones liberales, moralistas y alarmistas sobre la realidad criminológica⁽⁷⁾.

Teorías relativas o utilitaristas

Son aquellas que entienden a la pena como un medio para fines extrínsecos a sí misma, tomándola a ésta como un remedio para disuadir, tanto a los integrantes de la sociedad, en la doctrina de la prevención general, como a las personas condenadas, en la doctrina de la prevención especial. No conciben que la pena se legitime por sí misma, sino por finalidades que le son trascendentes, y por los efectos que produce, que revertirían las realidades sociales o individuales⁽⁸⁾.

Estas teorías también llamadas utilitaristas tienen como rasgo común que conciben a la pena como un medio, más que como un fin o valor. También en este apartado vamos a citar a Ferrajoli, quien sostiene que el utilitarismo se desarrolla como doctrina jurídica y política a partir de los antecedentes remotos de Platón, Aristóteles y Epicuro, complementándose con la obra del pensamiento jusnaturalista y contractualista del siglo XVIII.

En el Derecho Penal este nexo entre utilitarismo, contractualismo, convencionalismo y racionalismo, se expresa en la fundamentación de las prohibiciones y las penas como "instrumentos" de tutela de los ciudadanos. Grocio, por ejemplo, sostuvo que la pena "debe perseguir utilidades futuras, como la enmienda del reo, y la prevención de los delitos mediante el ejemplo", y Hobbes que "no hay que

⁽⁷⁾ Ferrajoli Luigi, op. citado, pág. 255.

⁽⁸⁾ Creus Carlos, op. citado, pág. 10.

preocuparse del mal ya pasado, sino del bien futuro, es decir corregir al pecador, y mejorar a los demás con la advertencia de la pena inflingida”.

Finalmente en la época de la Ilustración, la función utilitaria de la pena se convierte en la base común de todo el pensamiento penal reformador: “los sufrimientos penales, afirmaban entre otros Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Blackstone, Hume, Bentham, son precios necesarios para impedir males mayores, y no homenajes gratuitos a la ética, la religión o el sentimiento de venganza”.

Para Ferrajoli existen dos concepciones utilitaristas de la pena. Por un lado, una primera versión que es de signo indiscutiblemente autoritario, y que va acompañada de modelos de derecho penal máximo. Este utilitarismo está vinculado precisamente a la utilidad de los gobernantes, y del Estado, como sujeto autónomo y por encima de la sociedad. Tiene que ver este utilitarismo con las “razones de estado”. Se ha aplicado desde Maquiavelo hasta Carl Schmitt, que proclaman abiertamente el primado de la política no sólo sobre la moral, sino también sobre el derecho, asumiendo como criterio guía el interés del príncipe o del estado. Por supuesto que este utilitarismo *ex parte principis* es totalmente antitético con el modelo del estado de derecho, entendido éste como sistema de poder disciplinado y limitado por las reglas del juego democrático y republicano.

Por el otro lado, el utilitarismo *ex parte populi* es el que caracteriza a la filosofía penal de origen contractualista, y que tiene como referencia el bienestar o la utilidad, no ya de los gobernantes, sino de los gobernados: “las leyes, escribe Condorcet, están hechas para la utilidad de los ciudadanos que les deben obediencia, y no para cuantos están encargados de hacer que se observen”⁽⁹⁾.

Teorías de la prevención general

Las teorías de la prevención general son las que pretenden evitar en forma indeterminada la comisión de los delitos por los ciudadanos dentro de la sociedad. La amenaza de la pena va dirigida a la totalidad de los integrantes de la comunidad, haciendo que ésta tenga un carácter indeterminado. Se asigna a la pena el objetivo de procurar que los componentes de la sociedad que no hayan cometido delito, no lo cometan, reforzando la amenaza de la pena con la efectiva ejecución de la misma, por parte de alguien que sí lo cometió.

Este pensamiento se inicia en el siglo XVII con el iusnaturalismo clásico, a través del Contrato Social de Grocio (1583-1645), acentuándose en la época de las luces. También y conforme la teoría contractualista de Rousseau, surge del pacto social. Trasladado al Derecho Penal por la influencia de Beccaria, interpreta que el delincuente traiciona ese pacto, y la sociedad se defiende a través de la pena a los efectos de conservar ese pacto social que ha sido vulnerado. De allí que el fundamento de la pena sea el de preservar y mantener la seguridad de ese pacto.

Podemos nombrar también, pero en el siglo XIX, a Bentham, para quien el individuo se comporta en base a un sentido conciente o no de penas y placeres. Si un acto que le agrada presupone, en su percepción, una pena, esta consecuencia obra sobre su comportamiento como un disuasorio, al interpretar que dicha forma de actuar le traerá una consecuencia gravosa. Sostiene que “La prevención general es el principal blanco de las penas, y es también la razón justificativa de ellas” y que se deben publicar las penas porque de esta manera sirve de ejemplo para los otros ciudadanos, conociendo lo que éstos debieran padecer, de cometer el mismo delito.

De las varias teorías existentes, nombraremos dos de las que consideramos más importantes: **Teoría de la Defensa indirecta:** de Romagnosi (1761-1835), sostiene que el derecho penal es un derecho de defensa. Su objeto es evitar futuros delitos, y el fin de la pena no es momentáneo, único y actual, sino que se proyecta sobre el futuro, no como un sentimiento de venganza, ni de expiación, sino

⁽⁹⁾ Ferrajoli, Luigi: op. Citado, pag. 261.

para infundir temor a todo probable delincuente para que en el futuro no ofenda a la sociedad, y que en consecuencia se teman las consecuencias de las actividades delictivas en quien las realiza.

La medida de la pena depende del impulso al que tenga que oponerse la sociedad a través de ésta. A la fuerza del delito, *spinta criminosa*, se debe contraponer una fuerza que la repela, *contra-spinta*.

Teoría de la Coacción síquica: de Feuerbach (1775-1833), quien sostuvo que el interés fundamental del estado es que no se viole el derecho. Esta actividad se debe realizar a través de la coacción, pero no la física, ineficaz en la mayoría de los casos, sino a través de la Coacción síquica.

De acuerdo con este razonamiento, la persona que delinque lo hace en función de sus pasiones y apetitos. Esos impulsos deben contrarrestarse haciendo conocer que a hechos delictivos le seguirá inevitablemente un mal mayor que el que derivaría de la insatisfacción de cometer esas infracciones. Para ello, el Estado amenaza con una pena el incumplimiento de la ley, y aplica efectivamente la misma cuando el orden legal es trasgredido. Feuerbach tuvo seguidores en Italia, entre otros Impallomeni.

Teorías de la prevención especial

Otra categoría dentro de las teorías relativas o utilitaristas, es la de la “prevención especial”, según la cual la pena actúa en carácter preventivo, pero sobre un individuo determinado, aquel que ha delinquirido, realizando la acción tipificada como delito previamente por el legislador. El objetivo de la pena se hace radicar en el intento de lograr que el autor del delito, al sufrirla, no vuelva a cometerla.

Estas teorías, si bien se basan en doctrinas que justifican la pena remontándose a los orígenes del pensamiento filosófico penal, han recibido un vigoroso desarrollo en la segunda mitad del siglo XIX y el siglo XX. Este impulso obedeció a la difusión de concepciones organicistas del cuerpo social, del tipo sano o enfermo, a partir del momento en que el proyecto ilustrado y puramente humanista de castigar menos se convierte en el disciplinar y tecnológico de castigar mejor.

Distinción: enmienda, defensa social, diferenciación de la pena

A estas orientaciones correccionalistas cabe distinguirlos, en razón de sus motivaciones filosóficas o políticas, como las moralistas de la “enmienda”, las naturalistas de la “defensa social” y las teleológicas de la “diferenciación de la pena”. Por distintas que aparezcan cada una de ellas individualmente, todas miran no tanto a los delitos, como a los reos, no a los hechos sino a sus autores, distinguidos por sus características personales antes que por su actuar delictivo.

Podemos unificar los tres pensamientos en la voluntad de prevenir delitos, y transformar personalidades desviadas. Ferrajoli las interpreta como proyectos autoritarios de homologación, o de neutralización de estas personalidades mediante técnicas de amputación y saneamiento social.

Teorías de la enmienda: Se puede decir que las teorías que tienen una orientación pedagógica, o sea de enmienda, proceden de una concepción espiritualista del hombre, y desarrollan una antigua ilusión represiva. Por ejemplo, la idea de la *poena medicinalis* de Platón, recogida por Santo Tomás, según la cual los hombres que delinquen no sólo deben ser castigados, sino también constreñidos por el estado a hacerse buenos.

Esta visión pedagógica de la pena no es ignorada por el Derecho Romano, e informa en la época medieval todo el derecho penal canónico. Está en la base del proyecto penal de Tomás Moro quien, en los umbrales de la edad moderna, habla de la privación de la libertad personal como pena orientada a la reeducación, a tales efectos indeterminada en cuanto a su duración, y conmutable por pena de muerte cuando el reo se muestre irrecuperable. También señalan estos fines de enmienda en la pena figuras predominantes de la prevención general, como Hobbes, Groccio, Pufendorf, Bentham, y,

directamente ligado a estas tradiciones de la idea de la pena como medicina del alma, recobra vigor en el siglo XIX en el moderno pedagogismo penal.

Estos cultores son desde la veta católica Karl Roeder, Vincenzo Garelli, Francesco Carnelutti, y desde el sector idealista Fichte y Eduard Herke, quienes sostuvieron que la pena tiene como fin la reeducación y recuperación moral del condenado, en la presuposición de que es un sujeto inmoral a redimir¹⁰⁹.

Teorías naturalistas de la Defensa Social. Escuela Correccionalista: Dentro de este orden de ideas podemos comenzar citando a Roder (1806-1879), quien en el siglo XIX comenzó a trabajar en la escuela Correccionalista del Derecho Penal.

Esta escuela, que nace alrededor del año 1839, tenía como antecedentes filosóficos los trabajos de Krause, y sostenía que la pena no debe ser un mal, sino que es un bien, y que por consiguiente el delincuente tiene derecho a ella. Al dejar de ser la pena un mal, ésta no debe infundir temor ni terror, ni una amenaza, sino que debe abocarse a través de ésta a mejorar al sujeto que delinquirió, convirtiéndolo en una persona de bien, y favorecer a la sociedad mediante este trabajo.

Se intenta anular en la persona las tendencias antisociales que lo llevaron a cometer el hecho delictivo, mejorando y reformando al delincuente, buscando que éste llegue a observar un comportamiento que le permita convivir normalmente en sociedad.

En España esta teoría abrevó en el positivismo y devino en el trabajo de Dorado Montero, quien trabajó sobre el tema en su obra "Derecho Protector de los criminales", buscando la reeducación de los individuos infractores, siendo sus principales postulados:

- a) el delincuente es un ser a quien no le han enseñado debidamente las nociones convencionales que crean el delito, y que demuestra ser incapaz para regir racionalmente su conducta, siendo un ser que necesita protección, y
- b) en cuanto a la pena, no lleva su fundamento en sí misma. Trata de rescatar al criminal, de corregirlo para devolverlo a la sociedad.

Estas escuelas denotan un cambio en el estudio del Derecho Punitivo, virando hacia los aspectos antropológicos del mismo, lo que se ahonda aún más con el positivismo penal, o la teoría positivista. **Teorías positivistas:** Son las doctrinas terapéuticas de la defensa social, la Escuela Positiva italiana y el modelo soviético. Parten de la premisa de asignar a las penas y a las medidas de seguridad el doble fin de curar al condenado en la suposición de que es un individuo enfermo, y de segregarlo y neutralizarlo en el entendimiento de que también es peligroso.

Estas teorías se elaboran sobre todo en Italia con la Escuela Positiva de Enrico Ferri, Raffaele Garófalo, Eugenio Florian, y tuvieron y tienen amplia difusión en Francia, España, América Latina, y si bien con premisas distintas, en la Unión Soviética por obra de Lenín, Pasukanis y Stucka. La pena se impone como un derecho de defensa y no tiene contenido retributivo.

La sociedad debe defenderse de aquellos que la atacan, por lo que a través de las penas se sanciona a quienes cometen delitos que ofenden a la comunidad, y a través de ésta también el delincuente debe recibir la educación adecuada que le permita reingresar en la sociedad.

La pena se impone en base a la peligrosidad del sujeto, y dura lo que la persona que cometió el delito demore en comprender su accionar antijurídico, y que en función de los estudios pertinentes esté en condiciones de reintegrarse a la sociedad, siempre y cuando no represente un peligro para la misma. De lo expuesto se deduce que para esta escuela no existe la diferencia concreta entre pena y medida de seguridad, dado que la pena durará lo que dure la peligrosidad del individuo, transformándose en pena indeterminada. Esta segregación por tiempo indeterminado, con revisión periódica de las sentencias, y adaptación de los medios defensivos a las categorías antropológicas de los delincuentes, más que a las jurídicas de los delitos, son los principios de este sistema defensivo.

En contraposición a las doctrinas pedagógicas de la enmienda, que como las retribucionistas y las de

¹⁰⁹ Ferrajoli, Luigi, op. citado pag. 266 y 269.

la intimidación general suponen el principio del libre albedrío, estas teorías son la versión penal y criminológica del determinismo positivista, una concepción del hombre como animal carente de libertad, y completamente sujeto a las leyes de la necesidad natural.

Estas ideas son el resultado de una mezcla entre las ideas de Lombroso sobre el delincuente nato, la desigualdad natural de los hombre, las de Spencer acerca de la sociedad como “organismo social” y las de Darwin sobre la selección y la lucha por la existencia, que, aplicadas a este organismo, lo legitimarían para defenderse de las agresiones externas e internas mediante prácticas de saneamiento y de profilaxis social.

Diferenciación de la pena. Programa de Marburgo. La New Penology americana: La tercera orientación correccionalista, la teleológica o pragmática, confía la función de prevención especial de las penas a su individualización y diferenciación. Se inicia a fines del siglo XVIII por Karl Grolman, quien concibió a la pena como medio de intimidación del reo que habría de adecuarse judicialmente a su personalidad concreta.

El que consolidó esta idea fue Franz von Liszt, quien en su Programa de Marburgo de 1882 elaboró un modelo de Derecho Penal como instrumento flexible y multifuncional de “resocialización”, “neutralización”, “intimidación”, según los diferentes “tipos” de delincuentes: “adaptables”, “inadaptables”, u “ocasionales”. La pena se debe adaptar exactamente al logro del fin de rehabilitación, según el caso particular, no en abstracto, sino según el delito, o sea, la acción concreta que es inseparable de la persona del autor.

Como vemos, a pesar de que Liszt se proclamó siempre un acérrimo defensor del principio de la certeza y de la estricta legalidad penal, el resultado práctico de esta doctrina es convergente con el de las orientaciones positivistas de la defensa social, dando lugar este pensamiento a la base teórica y programática de la Unión Internacional de Derecho Penal, fundada en 1889, por el propio von Liszt, en donde se desarrollaron, hasta sus últimas consecuencias, los principios de pena personalizada y diferenciada.

Este correccionalismo pragmático se trasladó a Estados Unidos de Norteamérica en 1870, en el Congreso de Cincinnati, en donde se proclamó la insensatez de la “pena determinada”. Allí se inauguraron los tiempos de la New Penology, basada en la práctica de la *non fixed sentence*, en el desarrollo de las medidas alternativas a la cárcel, lo que luego se liga idealmente con el correccionalismo contemporáneo, el de Marc Ancel y su Nueva Defensa Social, con penas diferenciadas e individualizadas, aun teñido con fines humanitarios⁽¹⁾.

Teorías mixtas

Tratan de responder conjuntamente a un interrogante ontológico, y otro teleológico: la pena es retributiva pero las finalidades que la legitiman son trascendentes a ella; estriban en la prevención de los delitos. Asumen criterios de ambas teorías ya enunciadas. Para estas teorías mixtas la pena mira al pasado y al porvenir, retribuyendo a quien ya cometió un delito, y previniendo la realización de otros en el futuro. Consideran a la pena como necesaria, pero ven en ella una utilidad. Por ejemplo Carrara, uno de los expositores de estas teorías, sostuvo que el orden social es obra de la “creación”, la cual tiene un fin, y está regida por lo que él denomina la “ley suprema del orden”, que se manifiesta a través de cuatro postulados: la ley lógica, la ley física, la ley moral, y la ley jurídica.

Estos cuatro postulados tienen que ver con la persona, porque reúnen en ésta los puntos de vista corporal y espiritual. Argumentó que esta ley jurídica natural da derechos, pero también medios de tutela para defender al orden social, legitimando a la autoridad para que sea ésta quien los defienda. Esto no se debe entender en el sentido de que el delito va a ser erradicado del concierto social, a través

⁽¹⁾ Op. cit.

de una concepción de la pena como medio de atemorizar a la comunidad, sino que ésta tiene como fundamento el de dar confianza al pueblo en su sistema legal, restableciendo y reforzando la confianza y la creencia en el estado de derecho y el imperio de la ley.

Teorías vinculadas a la crítica de la pena

Durante el siglo XX se realizaron profundas críticas dirigidas al sistema penal, fundamentalmente a partir de las crisis derivadas de las teorías resocializadoras. Vamos a describir algunas de ellas:

Uso alternativo del derecho: Movimiento de origen judicial, cuyos iniciadores fueron Pietro Barcellona y G. Cotturri, en donde se hace una crítica del estado de derecho vigente. Sosúen que en el Estado burgués está estructurado de tal manera que mediante las diversas legislaciones se favorecen a los sectores poderosos de la sociedad, en detrimento de los más pobres. Este movimiento busca que, a través de sentencias judiciales, este estado de cosas se revierta, o por lo menos se vea morigerado.

Decriminalización: Se orienta a la reducción del sistema penal, eliminando figuras delictivas superfluas, obsoletas, o tipificaciones de conductas que podrían ser controladas por medios administrativos, o el derecho privado.

Mínimalismo penal: De Ferrajoli se basa en la minimización del sistema penal, colocando a los derechos humanos como objeto y límite de la intervención penal. El objetivo es disminuir la cantidad de conductas típicas, procurando penalizar sólo las más dañosas, prescindiendo de las bagatelas, y haciendo cumplir rigurosamente las garantías legales. Se adopta el principio de los abolicionistas de la subsidiariedad, o sea que el sistema penal intervenga sólo en casos que no pueden ser solucionados por otras vías jurídicas o sociales.

Garantismo penal: Ferrajoli elabora una interpretación del derecho penal, legitimado por su capacidad de tutelar valores o derechos fundamentales, pasando la pena a tener dos finalidades que son: el máximo bienestar posible de los no desviados, y el mínimo malestar de los desviados. La pena se justifica en tanto quede reducida a un mal menor, y rodeada de todas las garantías, especialmente de las derivadas de la Constitución Nacional.

Abolicionismo

El abolicionismo se desarrolló como movimiento orientado a la cárcel, pero buscando su eliminación, y negando totalmente su utilidad. El movimiento abolicionista apunta a la eliminación de las penas privativas de libertad, las cárceles y establecimientos totales, y en su desarrollo más extremo la abolición del sistema penal. Este conjunto de autores y activistas consideran que el derecho penal es inhumano, reproductor y agravante de los conflictos de los particulares, a los que ha expropiado su derecho a resolverlos entre sí, del modo que más les convenga.

Para el abolicionismo, las instituciones y las burocracias jurídico penales son ineficaces, y conspiran contra la evolución democrática y participativa de los funcionarios. Las víctimas pierden protagonismo y reconocimiento a manos de burócratas y funcionarios, ajenos y lejanos a los hechos. Sostiene que las formas participativas deben recuperar su espacio protagónico, y la justicia penal debe desaparecer, con todo el aparato de control social formal, transformando sus funciones en la dirección reparadora del derecho civil, y de formas comunitarias de interacción. Agrega que cualquier sociedad puede estar mejor sin cárceles ni jueces penales, y esto la volverá una sociedad evolucionada, más justa y solidaria⁽¹²⁾. Por

⁽¹²⁾ Elbert Carlos, Abolicionismo: ¿electicismo o integración en la Criminología? Ponencia presentada en el Encuentro Latinoamericano Preparatorio del ICOPA 95, Paraná, Entre Ríos, 12 al 16 de octubre de 1994.

ejemplo Cohen señala que el abolicionismo es producto de la política contracultural de los años setenta, que dio origen a la teoría del etiquetamiento, al radicalismo político de la nueva criminología, o de la criminología crítica, y de las propuestas que legan a sostener incluso el abandono de la política criminal, aun de la criminología.

Existen dos tendencias dentro de esta corriente, el abolicionismo penal radical de Louk Hulsman, que propone lisa y llanamente la abolición del sistema penal, y el abolicionismo institucional de Thomas Mathiesen, que pretende la supresión de las cárceles y demás instituciones segregadoras.

El abolicionismo radical propone la eliminación de todo el sistema penal: el sustancial, el formal o procesal, el carcelario o penitenciario, el político criminal y la criminología. Sus postulados sostienen que el sistema penal está concebido para hacer daño, y corresponde denunciar a la organización estatal que está investida del poder de producir ese mal, totalmente fuera del acuerdo de las personas interesadas. Entre sus propuestas concretas se encuentran las medidas coercitivas, como la residencia obligatoria, reparar el daño, restituir la cosa, recurrir al arbitraje en aquellos temas en que es posible, crear conciliadores comunitarios, etc.

El abolicionismo institucional propone la supresión de las cárceles como meta de la política criminal radical, y considera que las políticas alternativas son un importante peligro para la eventual concreción futura de las ideas abolicionistas, ya que se transforman en estructuras carcelarias, con similares funciones que las de la propia cárcel, y que se consolidan y amplían el control social.

Historia de la cárcel

En la Antigüedad: Para el desarrollo de este capítulo seguiremos a Eugenio Cuello Calón⁽¹³⁾. La institución carcelaria ha sufrido una evolución desde sus inicios hasta nuestro tiempo. La prisión como verdadera pena fue casi desconocida en el antiguo derecho. En Roma se utilizaba como medio de mantener seguros a los procesados durante la instrucción del proceso. En el Derecho Germánico predominaban la pena capital y las penas corporales, la prisión rara vez se mencionaba. Un edicto de Luitprando, rey de los Longobardos (712-744), disponía que cada juez tuviera en su ciudad una cárcel para encerrar a los ladrones por uno o dos años.

En la Edad Media: Con carácter de pena aparece en la Edad Media, en el derecho Canónico. Unas veces consistía en la reclusión en un monasterio, de los clérigos que hubieran incurrido en penas eclesiásticas, otras veces para los herejes o delincuentes, juzgados por la jurisdicción canónica. Se ejecutaban en locales destinados a la reclusión de condenados que se denominaban "cárceles".

Estas penas se imponían con carácter de penitencia con el fin de que el culpable reflexionase sobre su culpa y se arrepintiera. Hasta bien entrado el siglo XIX, los delincuentes fueron reclusos en toda clase de locales que poseyeran condiciones de seguridad para evitar su fuga.

A tal fin se utilizaron horrendos calabozos, aposentos insalubres y ruinosos en castillos, fortalezas, torres, conventos abandonados, palacios y otros edificios.

Pena de galeras: Una dura modalidad de pena de prisión en el siglo XVI, fue la pena de galeras. Gran número de condenados a graves penas y prisioneros de guerra eran destinados como esclavos al servicio de las galeras militares, donde encadenados a los bancos, y bajo la amenaza del látigo, eran obligados a remar. Los países que la utilizaban eran Inglaterra, Francia, España, Venecia, Génova, Nápoles, etc.. La navegación a vela que puso fin a la navegación a remo terminó con la prisión flotante.

Casas de Corrección de Inglaterra: En la segunda mitad del siglo XVI, se inició un movimiento de enorme trascendencia en el desarrollo de las penas de privación de libertad: la creación y construcción de prisiones organizadas para la corrección de los penados. Por ejemplo, la *House of Correction*, de

⁽¹³⁾ Cuello Calón Eugenio, *La Moderna Penología*, pág. 300, Tomo I, Editorial Boshch, Barcelona (España), 1958.

Bridewel en Londres, creada en 1552, a la que siguieron instituciones análogas en otras ciudades inglesas (Oxford, Gloucester, etc.).

Holanda: También aparece en Holanda la casa de corrección denominada *Rasphuis*. En esta institución los internos raspaban madera de ciertas especies arbóreas para obtener colorante, de allí el nombre. El fin educativo se buscaba lograr mediante el trabajo, el castigo corporal, la instrucción, y la asistencia religiosa mediante un trabajo duro y monótono. Se mantenía la disciplina mediante castigos, cadenas, azotes, ceptos, ayunos y la terrible celda de agua en la que el recluso sólo podía salvar su vida achicando con una bomba el agua que invadía su celda.

Alemania: El ejemplo de Amsterdam fue imitado por Alemania, en Bremen (1609), Hamburgo (1629), Danzing (1629), con establecimientos cuya característica era el trabajo forzado. No obstante, estos establecimientos eran de carácter excepcional, porque aún se mantenía el concepto de que la prisión no era un lugar de pena sino de guarda de los criminales en espera de ser juzgados.

Italia: Hospicio de San Felipe Neri (Siglo XVII). Otra obra de importancia es la del sacerdote italiano Filippo Franci, quien en la segunda mitad del siglo XVII creó una institución denominada Hospicio de San Felipe Neri, destinada a niños vagabundos y a muchachos descarriados de familias acomodadas, en la que aplicó normas que un siglo y medio más tarde formaron parte integrante del sistema penitenciario.

El régimen tenía por base un riguroso confinamiento individual en celdas y era tal la intención de mantener secreta la persona del recluso que se les obligaba a llevar la cabeza cubierta con un capuchón, característica que pasaría a formar parte del sistema de aislamiento celular.

Francia. En el siglo XVIII el monje Benedictino francés Juan Mabillon, de la Abadía de Saint Germain en París, escribió entre 1690 y 1695 el libro *Reflexiones sobre las prisiones monásticas*. Fue publicado en 1724, y planteaba que los penitentes debían recluírse en pequeñas celdas, con jardín, para trabajar el suelo, con alimentación sencilla y ayunos frecuentes, sin visitas al exterior, solamente las del superior o personas autorizadas por éste.

Italia. Hospicio de San Miguel. Siglo XVIII. A partir del siglo XVIII, la idea reformadora cobra más vigor, con establecimientos de renombre. Por ejemplo, el Hospicio de San Miguel, fundado en Roma por el Papa Clemente XI.

Era un amplio espacio rectangular, con celdas exteriores a ambos lados, distribuidas en tres pisos. Existía una cámara para mujeres delincuentes y de vida licenciosa. Era una casa de corrección de delincuentes jóvenes, y asilo de huérfanos y ancianos inválidos. Los jóvenes tenían un verdadero régimen penitenciario, encaminado a su reforma moral, mediante aislamiento nocturno en su celda, trabajando durante el día bajo la regla del silencio. Los reclusos aprendían un oficio y recibían instrucción elemental y religiosa. El orden se mantenía mediante un régimen disciplinario basado en ayuno a pan y agua, trabajo en celda, calabozo y azotes.

Al decir de muchos autores esta institución dividió dos civilizaciones, dos épocas históricas. Tuvo un éxito considerable, e incluso sirvió de modelo a gran número de prisiones, especialmente en Italia. Howard visitó dos veces esta casa de corrección.

Prisión de Gante. Otra célebre prisión del siglo XVIII fue la de Gante, erigida por el burgomaestre Juan Vilain XVI en 1775. Era un establecimiento octogonal, con ocho patios trapezoidales, separados unos de otros, por ocho alas de dobles bloques de celdas, de tres pisos cada bloque, que convergían en un gran patio central octogonal. Las ventanas y puertas de las celdas se abrían sobre un ancho corredor, formando arcadas, que daban a cada uno de los grandes patios de tipo celular, con trabajo común y aislamiento nocturno.

Se impartía instrucción y educación profesional, existía la atención médica, y había un capellán que impartía la asistencia religiosa. Por primera se clasificaba a los que allí habitaban, separando a los culpables de delitos muy graves, de los de menor gravedad, y de los vagabundos. Había un cuartel especial para las mujeres, y otro para los jóvenes. Muchas de las bases de los actuales sistemas penitenciarios preceden de este modelo.

Jonh Howard: En esta reseña no podemos dejar de nombrar a John Howard, quien nació en Londres en 1726, y trabajó por la reforma de las prisiones, mediante una campaña humanitaria. Nombrado Sheriff del condado de Bedford, tuvo ocasión de contemplar el horrible estado de las prisiones inglesas. También las prisiones de los estados continentales eran tan deplorables como las inglesas.

Howard dedicó su vida a la noble tarea de mejorar esta situación, y para documentarse emprendió un viaje de estudio y de observación por toda Europa (Holanda, Francia, Alemania, Italia, España, Portugal y Rusia, donde falleció a causa de una fiebre carcelaria). Su obra está dedicada a cárceles y hospitales, y especialmente su libro *Estate of Prisons* produjo una revolución profunda en las concepciones penitenciarias de aquellos tiempos. A partir de lo allí expuesto, surgió el "penitenciarismo", que ha levantado cárceles humanas e higiénicas, y ha puesto como fin principal de la pena de prisión, la corrección y la regeneración moral de los reos. Sus ideas forman hoy el fundamento de los sistemas penitenciarios en vigor en todos los países civilizados.

En su famoso libro se hallan interesantes consejos referentes a la construcción de prisiones, destacando principalmente el aspecto sanitario. En cuanto a su situación, manifiesta que deben ser construidas en un lugar aireado, próximo a un río o arroyo, para facilitar la limpieza de la prisión, los muros no deben ser tan altos que dificulten la circulación del aire, ni tan bajos que faciliten las evasiones. Deben existir celdas separadas para la noche, e incluso para el trabajo diurno, dando la pauta de que los delincuentes deben clasificarse de acuerdo con la gravedad de sus delitos. Los patios deben estar empedrados, fáciles de lavar, poseer baños higiénicos, un horno para destruir con su calor los insectos y gérmenes de infección de la ropa de cama, y enfermería muy ventilada.

Los puntos capitales del tratamiento reformador de los reos según Howard, eran: en primer lugar la religión para lograr la reforma moral; en segundo lugar el trabajo, el que consideraba un gran medio de readaptación, por lo que insistió para organizarlo en las prisiones, de forma seria y regular. También proclamaba la necesidad de un régimen higiénico y alimenticio humano, y ponía de relieve la necesidad de un aislamiento, no del todo absoluto, pero clasificando a los presos de manera tal de evitar el contagio corruptor de los reos más pervertidos.

La característica principal de la continuación de este régimen con fin reformador en Inglaterra, fue el empleo del aislamiento celular, que continuará siendo elemento esencial en el siglo XIX. En 1775, Sir William Blackstone, célebre comentarista de la legislación penal inglesa, presentó un proyecto de ley al Parlamento, bajo el asesoramiento de Howard, para la creación de un sistema penitenciario a base de aislamiento celular durante la noche, y una estrecha vigilancia del trabajo, y demás actividades durante el día. Aprobado en 1779 nunca fue puesto en práctica.

Jeremías Bentham: Posteriormente aparecen las ideas de quien fuera al creador del sistema panóptico, y que ejerció mucha influencia en la construcción de prisiones en todo el mundo. Bentham proyectó prisiones que eran enormes edificios circulares cubiertos todos por un gran techo de cristal, que le daban el aspecto de gigantescas linternas. Las celdas destinadas cada una al alojamiento de varios reclusos tenían amplias ventanas con vistas a la parte exterior de la circunferencia.

Entre sus principales características, destacaba la particular disposición del centro de vigilancia acondicionado de tal forma que, ubicado en el centro del edificio, vigilante o inspector, ser visto, podía vigilar el interior de todas las celdas. Este tipo de establecimiento respondía a la concepción filosófica de que el delito era producto de una vida desordenada, y, por ende, se debía someter a la persona a pautas ordenadoras, para que se operase en él una mejoría moral o psíquica. Esta arquitectura, que se vinculaba a las corrientes del pragmatismo volcadas al ámbito penológico, permitía que con el mínimo de esfuerzo se pudiera obtener el máximo de control en el "tratamiento disciplinante"⁽¹⁴⁾.

Estados Unidos: En este país surgieron ideas que colaboraron en la reforma penitenciaria, bus-

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio R.: La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo, pag. 36, Cuadernos de la Cárcel, Editorial No Hay Derecho, Buenos Aires, 1991.

cando la corrección y mejora de los reos, basándose fundamentalmente en el aislamiento. Fue en Pensilvania, por obra de los cuáqueros que se comenzaron a suavizar las penas, principalmente la pena de muerte que se aplicaba para delitos no tan graves.

Sistema pensilvánico. Aislamiento Celular diurno y nocturno. En 1821 se aprobó en Filadelfia una ley para construir la *Eastern State Penitentiary*, la que se habilitó en 1829. Su construcción se basaba en el sistema "radial", en forma de estrella, y fue la primera de este tipo. De su punto central, donde se hallaban el puesto de vigilancia, arrancaban siete celdas, de dos pisos, conteniendo cada ala doble hilera de celdas exteriores, separadas por un corredor.

La base de su régimen era el aislamiento en celda con trabajo en su interior. El recluso permanecía confinado en ella todo el tiempo de su condena, a veces muchos años sin ver y mantener comunicación alguna con los otros reclusos. Las únicas personas que podían visitarlo eran el director, los guardianes, el capellán, y los miembros de las sociedades de Filadelfia para ayuda de los presos. La única lectura permitida era la Biblia, no podían recibir ni escribir cartas, sólo el trabajo podía colaborar en que transcurra el tiempo. Ésos eran los rasgos fundamentales del llamado "Sistema Pensilvánico": aislamiento celular diurno y nocturno.

Sistema Auburniano. Aislamiento celular nocturno. Vida en común bajo la regla de silencio durante el día: En el Estado de Nueva York surgió un nuevo régimen carcelario, el llamado sistema de Auburn, localidad donde existía una prisión construida entre 1816 y 1820. La construcción era semejante a una caja con dos grupos o bloques de celdas de piedra, interiores, de cuatro pisos de elevación. Entre los bloques de celdas y el muro exterior existía un estrecho corredor de la longitud del edificio. Como las celdas eran interiores, el aire y la luz sólo podían penetrar por las estrechas ventanas abiertas en los muros exteriores de la prisión. Sus celdas eran muy reducidas, con poca luz.

Característica de esta prisión eran sus bloques de celdas de piedra y acero a prueba de toda herramienta. Muchas prisiones americanas fueron construidas con acuerdo con este modelo. Era establecimientos anuhigiénicos, de angostas ventanas, en los que las puertas de las celdas, casi siempre cerradas, permitían solamente la entrada de un mínimo de luz y ventilación, careciendo las celdas de agua corriente, por lo que se usaban baldes que se llenaban cada 23 horas.

Allí los reclusos estaban divididos en tres clases. La primera comprendía los criminales más endu- recidos, que se hallaban reclusos en constante aislamiento celular, la segunda clase estaba confinada en celdas durante tres días a la semana, y la tercera estaba formada por jóvenes delincuentes, se a quienes se les permitía trabajar en el taller durante los fines de semana.

En 1823 se implantó el régimen tal y como ha llegado a la posteridad, sobre la base del aislamiento nocturno, y la vida en común bajo la regla del silencio. La infracción a esta regla contraria a la naturaleza humana se castigaba con pena corporal, con azotes, que a veces se les daban a grupos de reclusos para que el culpable no escapara al castigo. El preso estaba aislado del mundo pues no se le permitían visitas, ni aun las de su familia. No existía el ejercicio, ni distracción alguna, pero se daba una rudimentaria enseñanza de lectura, escritura y aritmética.

Este sistema tenía como soporte defensivo la economía de construcción, reducción de gastos mediante el trabajo en colectividad, evitar los malos efectos del aislamiento completo, evitar la contaminación moral por medio de la regla del silencio, siendo el mismo adoptado por la mayoría de las prisiones de los Estados Unidos, porque se adapta perfectamente al sentido práctico de los americanos, pues combina una dura disciplina, con trabajo productivo.

Primeros cuestionamientos al sistema carcelario

Los partidarios del sistema celular decían que éste era el mejor para impedir la corrupción mutua de los presos y que favorece a la reflexión sobre las faltas cometidas. La psicología criminal demuestra,

en cambio, esto no sucede en la realidad; por el contrario, causa quebrantos en la salud física y mental de los reclusos, las cárceles celulares son focos de tuberculosis, y hasta se conoce por los psiquiatras una forma de alienación, la "locura penitenciaria o carcelaria", producida por este aislamiento celular.

Perjudica al penado, porque lo aísla de la vida social, lo coloca en un ambiente moral artificial, y no se puede organizar racionalmente el trabajo, porque no se puede hacer mediante la modalidad de talleres. El sistema de Auburn era más defendido pero se le hacía objeción al régimen estricto de silencio que se le imponía a los penados.

Sistema Cofton, Irlandés o Progresivo. Inglaterra: En Inglaterra apareció, a fines de la primera mitad del siglo XIX, un nuevo sistema de ejecución de la pena de prisión que se denominó "Sistema progresivo", que consistía en medir la duración de la pena por una suma de trabajo y buena conducta impuesta al condenado. Dicha suma se hallaba representada por cierto número de marcas o vales, de manera tal que la cantidad de vales que cada condenado necesitaba obtener antes de su liberación, estuviese en proporción con la gravedad del crimen. Día por día, según la cantidad de trabajo producido, se le acreditarían una o varias marcas, deducción hecha de los suplementos de alimentación, o de otros favores que inmediatamente se les concedieran. En caso de mala conducta se les imponía una multa.

De este modo se colocaba la suerte del preso en sus propias manos, dándole un salario, imponiéndole una especie de pena pecuniaria por las faltas que cometiera en la prisión, haciendo recaer sobre él, el peso y la obligación de su manutención, y despertando hábitos que después de liberado le preservarían de caer nuevamente en el delito. De modo que la conducta del penado en la prisión aumentaba o disminuía la pena.

El régimen estaba basado en tres períodos, desde un régimen de aislamiento absoluto, a otro de aislamiento nocturno, con régimen diurno de comunidad y después de libertad provisional. A estos tres períodos se añadió otro período anterior al de libertad provisional, denominándose el de libertad intermedia, y en él los penados salían a trabajar durante el día de la prisión, y por la noche regresaban a ella. Este sistema se denominó de Crofton o Irlandés.

De los sistemas estudiados el progresivo es el que ha triunfado sobre los demás y el que adquirió extraordinaria difusión. A principios de siglo se consideraba que tenía grandes ventajas, eliminando los inconvenientes del celular completo, la antihumana regla del silencio, y por su organización en períodos en donde el régimen penal va perdiendo paulatinamente su rigor, acercando al penado a su libertad y a la vida social.

Sistema de Elmira (EE. UU.). En Estados Unidos, se completó este sistema de Crofton o irlandés, a partir del sistema denominado de Elmira (finales del siglo pasado y principios del siglo veinte) que se regía por este sistema de vales o marcas, y que tenía prácticamente las características de una sentencia indeterminada.

Tendía a desarrollar los reclusos física, síquica y mentalmente, vigorizando su moralidad, dándoles cierta instrucción, proporcionándoles un oficio, dividiendo los reclusos en categorías, los que van pasando, mediante este sistema de progresividad, por distintas etapas, hasta llegar a la libertad condicional, donde son asistidos mediante la existencia de patronatos de liberados, hasta su libertad definitiva.

Legislación internacional sobre materia penitenciaria¹¹⁵

Haciendo una síntesis de la legislación penitenciaria internacional, se puede comenzar la reseña en 1925, cuando Maurice Wales, Director de Prisiones de Inglaterra y Gales, propuso a la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, existente en ese entonces, que se elaboren normas específicas en

¹¹⁵ Rivera Beiras, Iñaki y otros, *Cárcel y derechos humanos*, pag. 66, Editorial Bosch, Barcelona(España), 1992.

la cuestión penitenciaria, las que fueron aprobadas en 1929, siendo la primera versión de los que a partir de allí se llamarían "Conjunto de Reglas para el Tratamiento de los Presos".

Estas conclusiones, junto a otras de congresos penitenciarios, comenzaron a tomar forma bajo la denominación de "Reglas mínimas que desde el punto de vista humanitario y social debe reunir el tratamiento de los reclusos". En 1933 se reelaboran estas reglas, y son aprobadas por la XV Asamblea de la Sociedad de las Naciones, el 26 de setiembre de 1934. Es a partir de esa fecha que comienzan a realizarse recomendaciones para los estados miembros.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, por un lado, y las Naciones Unidas por el otro, resolvieron revisar y actualizar estas reglas, surgiendo el proyecto de "Conjunto de Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos", las cuales mediante resolución 663 C- XXIV del 31 de julio de 1957 fueron aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU, siendo recomendadas las mismas a todos los estados miembros de dicha organización internacional. Estas recomendaciones fueron las que dieron lugar a la sanción en nuestro país de la Ley penitenciaria Nacional, Dec. 412/58, en el año 1958.

Las reglas internacionales mencionadas son actualizadas por los congresos de las Naciones Unidas, o por los organismos regionales dependientes de la mismas conforme el resultado y la evolución de estas pautas en su aplicación concreta.

Antecedentes penitenciarios en la Argentina¹⁶⁰

Si se considera la historia de nuestras cárceles e instituciones penales, desde la era de nuestra emancipación hasta nuestros días, ella puede dividirse en cuatro ciclos bien diferenciados: un período que se puede denominar "inorgánico", un segundo período "de la racionalización legal", un tercer período de la "reglamentación de la ley 11.833", y un cuarto período, derivado de las recomendaciones señaladas en el punto anterior, en el que se sanciona el decreto ley 412/58, que posteriormente fue reemplazado por la ley 24.660, llamada "Ley de la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad".

Asimismo, y desde un punto de vista histórico, podemos hacer referencia a Aftalión quien, curiosamente, sostuvo que la política penitenciaria en nuestro país tuvo una constante, desde los albores mismos de su independencia, caracterizándose por un sentido humanista y correccionalista. Agregó que en nuestro país las profesiones de verdugo no suscitan vocaciones, ni emociones, ni tampoco despierta entusiasmo la vindicta pública.

Evidentemente esta reflexión obedeció a otras épocas de nuestro país, distintas a las actuales, donde en virtud de un reclamo social de mayor seguridad, se recurre a la sanción de leyes sin demasiado debate, que en la práctica ya han demostrado su poca efectividad. Podemos citar, como ejemplo, el agravamiento de determinadas penas privativas de la libertad, a pesar de que esta estrategia de política criminal demostró su fracaso.

Analizando específicamente los períodos reseñados vemos que el primero, denominado inorgánico (1810-1933), se caracterizó por una total anarquía de los métodos y sistemas empleados, no obstante que desde sus comienzos el penitenciarismo argentino tuvo un contenido positivista, acorde con las disciplinas penales y criminológicas de ese tiempo. Entre las iniciativas que se pueden señalar tenemos las ideas correccionalistas del famoso Franciscano P. Francisco de Paula Castañeda, (1776-1832), las tentativas de colonización penal interior de las presidencias del General Julio A. Roca, o la acción, para ese entonces progresista, de la Comisión de Cárcels y Casa de Corrección (1890-1899).

El segundo período de la racionalización legal (1933-1947) comienza al sancionarse la ley nacional 11.833, de Organización Carcelaria y Régimen de la Pena, que crea la Dirección General de Institutos

¹⁶⁰ García Basalo, Juan C., El régimen Penitenciario Argentino, pag. 9, Editorial Librería del jurista, Buenos Aires, 1975.

Penales de la Nación, y cuyo régimen se fundamentaba en tres principios:

- a) estudio científico de la personalidad social del condenado;
- b) individualización del tratamiento penitenciario;
- c) aplicación de un régimen progresivo tendiente a inculcar las normas de la disciplina social.

El tercer período, de la reglamentación de la ley 11.833 que se inicia en 1947, procura concretar en realidad los institutos ya previstos por la ley citada, acentuando los principios correccionalistas vinculados a las escuelas criminológicas que se conocen como de la Defensa Social, corriente ideológica apoyada en ideas de Ferri y Garófalo¹⁷.

Por último, debemos señalar un cuarto período, que es el derivado de la sanción de la ley Penitenciaria Nacional en 1957-58, a través del decreto ley 412/58, mediante el cual se unificó el sistema penitenciario en nuestro país al establecer su artículo 131 que esa ley se tenía por complementaria del Código Penal, interpretándose con los alcances del actual artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional. Como ya lo analizáramos, esta normativa fue reemplazada por la ley 24.660, llamada "Ley de la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad".

Legislación penitenciaria en la Argentina

Nuestro país tiene antecedentes muy antiguos de la pretensión de que la ejecución de las penas privativas de libertad fuera regulada por una legislación especial y uniforme en toda la república, que impidiera modificaciones de alcance discrecional, por parte de los poderes de cada provincia, y que aseguren el principio de legalidad de la ejecución, principio éste que, como ya sabemos, integra o debería integrar el sistema de garantías de la persona en el campo penal.

Como antecedentes podemos señalar que en 1877, en la Provincia de Buenos Aires, se pone en marcha un auténtico régimen penitenciario, fundado en los principios del régimen auburniano, y se propone en la Legislatura de dicha provincia un proyecto de Código Penitenciario a propuesta del diputado Dr. Luis V. Varela. El argumento era que, tanto en Buenos Aires, como en todas partes, la cuestión del cumplimiento de las penas debía estar cimentada por leyes que establecieran una legislación penitenciaria con características de humanidad.

Posteriormente, y en el orden federal, la Comisión Argerich-Piñero-Reynal-O'Connor estudió posibles anomalías tanto en el régimen como en la administración de la Penitenciaría Nacional, y plantea la necesidad de la unidad de la legislación penitenciaria en todo el país. El argumento era que "La Constitución Nacional ha querido que exista en la República una uniformidad completa de la penalidad estableciendo al efecto que no habrá más que un Código penal, vigente en toda su extensión y esa unidad de la penalidad jamás habrá de conseguirse mientras no existan disciplinas carcelarias idénticas para las diversas penitenciarias existentes en la República".

Pero fue en el interior del país, precisamente en la Provincia de Entre Ríos, donde se dictó en 1912 la primera ley penitenciaria, la 2.445. En este cuerpo legal se regulaba en 62 artículos la ejecución de las penas, las que se dividían en presidio, prisión y arresto, fijando también las pautas a que debían estar sometidos los procesados.

Entre las características que tenía esta ley debemos señalar: la existencia de un Consejo penitenciario que, junto con el Juez del Crimen, tenía la facultad de verificar la vigencia del principio de legalidad en la ejecución penal, y revisar a pedido de los penados las decisiones tomadas por los directores o alcaldes de los establecimientos, y el otorgamiento de recompensas por buena conducta, o la imposición de sanciones disciplinarias.

La Ley Nacional 11.833 se sancionó en 1933, y se reglamentó en 1947, siendo su principal característica

¹⁷ Elbert Carlos, Manual Básico de Criminología, pág. 74, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2001

que el establecimiento de dos regímenes distintos, atendiendo a la magnitud de la pena. Si la sanción era de tres años o más se aplicaba un régimen progresivo dividido en cinco grados: observación, reclusión, orientación, prueba o semilibertad y reintegración mediante la libertad vigilada, a cargo de un patronato de liberados. Si la pena era menor de tres años, cumplido el período de observación, la Dirección Nacional de Institutos Penales determinaría el establecimiento donde aquella deba cumplirse.

En general la tendencia predominante era la de un régimen auburniano perfeccionado, como se lo denominaba, al ser atenuada la regla del silencio, hasta su supresión, y en la multiplicación de las actividades en grupos o en común pero siempre sometidos a permanente control por el personal de vigilancia.

Haciendo una síntesis de los 24 años de vigencia que tuvo la ley 11.833, podemos decir que originó los primeros establecimientos semiabiertos del país, abrió las puertas a los principios de autodisciplina, permitió la iniciación del sistema de salidas transitorias, vigente hasta estos días, constituyéndose esta aplicación de la citada ley en un antecedente para proyectar la ley penitenciaria nacional.

En esta evolución debemos señalar que en 1958 se sancionó la Ley Penitenciaria Nacional, a través del decreto ley 412/1958, que fuera ratificado por ley 14.467, y que fue proyectada por la administración penitenciaria federal. Esta ley estuvo en vigencia hasta el año 1996, cuando se sancionó la ley 24.660, el 19/6/96, denominada "Ley de la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad", la que en su artículo 229 contempla que la misma es complementaria del Código Penal, si bien cada provincia en el ejercicio de su proceso penal, deberá integrar su normativa, y que en su art. 230 derogó expresamente el dec. Ley 412/58, ratificado por ley 14.467⁽¹⁸⁾.

Problemática carcelaria

Una vez desarrollados el ámbito de la pena y su consecuencia inmediata, el encierro carcelario en los aspectos históricos, y su actualidad legislativa, vamos a avanzar en la problemática de los institutos de detención. Específicamente, lo haremos sobre dos aspectos: la prisión preventiva de quienes al no tener una sentencia condenatoria firme se encuentran encarcelados sin una pena concreta, o sea, el famoso "preso sin condena", y los conflictos y consecuencias gravosas, que para la persona conlleva el cumplimiento de una pena mediante el encierro carcelario.

El preso sin condena en América Latina y nuestro país

El tema que vamos a tratar es el del "Preso sin condena", o sea los alcances y motivaciones de las medidas cautelares, personales, que pueden despacharse en relación con un proceso penal, medidas de coerción que constituyen una de las limitaciones más graves que sufre la libertad de la persona, y que se da justamente durante el proceso penal. Es que detrás de la prisión preventiva están en juego la libertad y dignidad de la persona humana, a partir, fundamentalmente, de una interpretación garantista de la Constitución Nacional.

Relación entre la prisión preventiva, derivada del Derecho Procesal Penal, y el Derecho Penal Sustancial

Según Manzini, el derecho penal material, o sustancial, es la energía potencial, mientras que el Derecho Procesal es el medio con que esta energía puede ponerse concretamente en acción.

⁽¹⁸⁾ Raúl A. Ceruti, Guillermina B. Rodríguez, Ejecución de la Pena privativa de la libertad, pág. 250, Editorial Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1998.

También Alfredo Vélez Mariconde analizó estas relaciones entre lo sustancial y lo procesal, y elaboró una construcción sistemática sobre esta materia, ahondando sobre todo en la relación entre el Derecho Procesal y el sistema político, señalando, por ejemplo, el sistema inquisitivo, como una manifestación del absolutismo, y al sistema acusatorio se lo vincula con el sistema democrático.

A partir de estas interpretaciones se comienza a analizar al Derecho Procesal, como reglamentador de las garantías constitucionales. Dentro de este orden de ideas, uno de los mayores acercamientos entre lo procesal y lo sustancial, actuando el procesal como realizador del Derecho Penal sustancial, se ve claramente con las medidas cautelares del proceso, en este caso la prisión preventiva⁽¹⁹⁾.

A partir de lo detallado, vemos que la prisión preventiva, que erróneamente se estudia como un elemento más dentro de un proceso penal, puede llegar a constituirse en un factor muy importante dentro de la política criminal del estado de que se trate. Este análisis debe hacerse desde lo sociológico a lo normativo para, si correspondiere, hacer las críticas que la situación merece. Atento a lo expuesto comenzaremos con los aspectos sociológicos del problema.

Enfoque sociológico de la prisión preventiva

Podemos comenzar hablando este tema desde el punto de vista de la realidad sociológica que se da en llamar el "fenómeno de la prisionización", o del "preso sin condena". Este fenómeno, al cual consideran muchos autores como muy frecuente en los países latinoamericanos, se da fundamentalmente debido a las reglamentaciones procesales vigentes, especialmente los que siguen el sistema continental europeo.

De acuerdo con estadísticas y profundos estudios llevados a cabo a nivel internacional, conforme la publicación del Ilanud, "Sistemas Penitenciarios y Alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe"⁽²⁰⁾, sobre 18 países (entre los que figuran Argentina, Chile, Colombia, Uruguay, Bolivia, etc.), existe una cantidad de presos sin condena que oscila entre el 47,40%, y el 94,25%, o sea que el promedio simple en esos 18 países es de 67,28. De estos datos encontramos que 8 países (Argentina, Antillas Holandesa, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Martinica y Panamá) se ubican entre el 50 y el 70 % de los presos sin condena, y otros países (Bolivia, Colombia, El Salvador, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela), con un porcentaje mayor al 70%. Entre estos últimos, tres de ellos Bolivia, Paraguay, y el Salvador registran más del 80%.

Esta problemática reflejada en las estadísticas precedentes, que, como dijimos, muchos autores consideran una consecuencia de las estructuras procesales penales vigentes, llevan necesariamente a que el problema se proyecte incluso fuera del proceso penal, repercutiendo en otros segmentos del sistema, principalmente en el de la Ejecución de la Pena, dado el tiempo en el que el procesado no se encuentra encuadrado dentro de las previsiones legales vinculadas al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Esta práctica se ve agravada, dado que no existe distinción, en la mayoría de los institutos de detención, entre los presos sin condena y aquéllos condenados, e incluso el régimen de los que están procesados es más gravoso que el de los condenados, por ejemplo, los primeros no gozan de beneficios como ser el de salidas transitorias, o en algunos lugares de visita íntima.

Tampoco podemos olvidarnos del estigma que representa el hecho de haber estado detenido en una cárcel, el impacto que ello acarrea en su persona y en su familia, su núcleo social, y que a veces, a pesar de salir absuelto, o que se dé por compurgada la pena con la preventiva sufrida, lo perjudica notablemente en su inserción futura en la sociedad.

Otro agravante desde un punto de vista psicológico es que el preso sin condena se ve, día a día

⁽¹⁹⁾ Vázquez Rossi Jorge, Derecho Procesal penal, pág. 185, Tomo I, Editorial Rubinz-Culzoni, Santa fe, 1995.

⁽²⁰⁾ Carranza Elías, y otros, Sistemas Penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe, pag.8, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992.

atormentado por al duda acerca de si resultará condenado o no, y en su caso de cuán elevada será su pena, de aplicársele alguna. Sabemos por Hilde Kauffman, entre otros especialistas vinculados a la psicología moderna, que la incertidumbre de algo amenazante corresponde a uno de los daños más graves que humanamente puede soportarse, y es tan perjudicial como la certeza respecto del comienzo de un mal determinado⁽²¹⁾.

Prisión preventiva. Visión crítica

Como vemos de lo expuesto, la prisión preventiva existente en nuestros códigos es prácticamente una pena anticipada. Aún más, pone los procesados en inferioridad de condiciones que las personas condenadas, como se ve en la mayoría de nuestras cárceles, siendo que los primeros son inocentes, hasta tanto se llegue a la sentencia firme que declare lo contrario. En este sentido, no podemos ignorar que la existencia de nuestra prisión preventiva se encuadra dentro de la configuración de la política criminal de nuestra sociedad. Se la utiliza como un instrumento de la misma, enmascarando bajo formas técnicas, un contenido eminentemente valorativo.

Volviendo a la relación entre lo sustancial y lo procesal que señaláramos al principio del trabajo, vemos cómo los instrumentos principales de la política criminal son, por un lado, las normas penales que definen conductas prohibidas, y las sanciones a dichas infracciones y, por el otro, las normas procesales que, como se deduce de lo expuesto, y específicamente de cómo se utiliza la prisión preventiva, están en una íntima relación, mayor de lo que la doctrina vinculada al área pretende reconocer.

Aspecto normológico

Nuestra Constitución Nacional prohíbe expresamente la posibilidad de que la persona sea privada de su libertad como castigo o sanción, sin responsabilidad penal declarada en juicio previo, ante jueces naturales, y en base a una ley penal anterior al hecho del proceso, basándose en los principios de legalidad, de reserva, de debido proceso, de inviolabilidad de la defensa en juicio, y de los principios de culpabilidad y de inocencia.

De acuerdo con esto, el estado natural de una persona sometida a proceso antes de ser declarada culpable por sentencia condenatoria firme es el de libertad⁽²²⁾. Esto derivado del principio de inocencia, según el cual se coloca a toda persona en situación de inocente hasta tanto un Juez natural, a través de un juicio previo, lo declare culpable por sentencia firme.

El principio aludido, lejos de constituir una presunción implica un "estado" del cual goza el imputado desde antes del proceso y durante el mismo, y que no se destruye ni con la denuncia, ni con el procesamiento, ni con la acusación, ni siquiera con una sentencia condenatoria no firme, sino que cede sólo ante la sentencia condenatoria firme⁽²³⁾.

De lo expuesto debemos entender que la prisión preventiva debe ser una medida cautelar de excepción, dirigida a enervar los peligros que puede generar para el juicio previo y la aplicación de la ley penal, la libertad del imputado.

El fundamento constitucional sólo se da en la medida en que sea proporcionado a la gravedad del peligro que se trata de prevenir, siendo la medida cautelar más extrema a la que sólo se debe recurrir luego de descartado por ineficaces todos los restantes medios de coerción menos graves. Se deben

⁽²¹⁾ Superti Héctor y otros, Trabajo presentado ante el Ministerio de Gobierno de la Provincia de Santa Fe en 1984, Posgrado de Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho y Ciencias sociales, U.N.L., Santa Fe, 1996

⁽²²⁾ Cafferatta Nores, José L., Conferencia Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.L., Santa Fe, 1995.

⁽²³⁾ Clara Olmedo Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, pág. 90, Tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1960.

acreditar circunstancias que hagan suponer que la libertad del imputado hará peligrar los fines del proceso, y/o su normal desenvolvimiento, y en todo caso la eventual aplicación de la ley de fondo.

Solamente cuando alguien sospechado de haber tenido participación en un hecho punible, entorpezca, pretenda sustraerse o ponga en peligro los fines del proceso y/o la eventual aplicación de la ley de fondo.

Se pueden entender como inconstitucionales la regulación de pautas que habiliten la privación cautelar de la libertad durante el proceso, fundadas en, por ejemplo, la repercusión social del hecho, y/o en que se sospecha que el imputado continuará con su actividad delictiva. También se puede catalogar de esta manera la elección de ciertos tipos penales a los que se declara no excarcelables con lo que se altera no sólo el mentado estado de inocencia, sino también el debido proceso y la defensa en juicio, al consagrarse una presunción legal indestructible⁽²⁴⁾.

Conclusión

Lo expuesto nos señala que con la prisión preventiva existe una invasión del derecho procesal penal sobre el penal, al ocupar espacios propios, dado que la detención provisional se utiliza como medio para alcanzar fines que, en realidad, se deberían buscar a través de la pena impuesta a quien ya fue declarado culpable mediante una sentencia firme.

En efecto, desde un punto de vista de política criminal, y sin una declaración previa de culpabilidad, se toma la prisión preventiva como pena, considerando que el encerramiento preventivo a través de la misma tiene un mayor efecto sobre la prevención general, especialmente la positiva, de la que hablábamos al principio del trabajo.

Regla limitada de la prisión preventiva

Conforme el desarrollo expuesto coincidimos en que respetando nuestra Constitución, y evitando que se utilicen institutos del derecho procesal penal, sustituyendo áreas correspondientes al derecho penal, la regla debe ser la libertad de la persona durante el proceso, y que el encerramiento preventivo o privación cautelar de la libertad debe ser una medida excepcional, proporcional, y aplicada sólo de manera restringida por quienes tienen la facultad legal de dictarla.

Crítica de la institución carcelaria

El otro aspecto que vamos a analizar, dentro del encierro penitenciario, es la cárcel en sí misma, y los efectos que puede producir en las personas allí alojadas.

*** Carlos Elbert.** En ese sentido, este autor opina que, a pesar de que a fin de siglo muchas cosas han cambiado, el tema de la cárcel y su existencia siguen inmutables, fundadas en las mismas ideas del tiempo en que se construyeron, hace más de cien años. Según Elbert es increíble y curioso que en un momento de tanto escepticismo, de tanto cuestionamiento, no se ponga en duda la vigencia institucional de la cárcel, agregando que el instinto, más que la idea retributiva no parece haber variado en nuestra sociedad desde 1880 hasta aquí, y en casi ningún país latinoamericano. Que por el contrario, el discurso que prima en los funcionarios oficiales es el de la cárcel como realidad imprescindible, necesaria y útil.

⁽²⁴⁾ Superti Héctor y otros, op. citad.

Se pregunta también sobre lo asombroso de que a pesar de que todo lo que rodea los conceptos de punición y cárcel está plagado de sofismas –que son sanas y limpias, que resocializan, que tienen eficacia especial preventiva, que disuaden, que mejoran la seguridad de la sociedad y el mayor argumento de la actualidad, que no hay otra alternativa, ese conjunto de discursos esté por cumplir un siglo. Agrega que no se explica cómo puede sobrevivir ideológicamente tal conjunto de ideas e instituciones esencialmente desventajosas, falaces y anacrónicas, sin que aparezca un sucedáneo, una alternativa, algo que termine con el mero hacinamiento segregador⁽²⁵⁾.

* **Karl Schumann.** En su artículo, “Una sociedad sin prisiones”, se pregunta si existe una sociedad que se pueda arreglar sin cárceles, dado que en nuestras representaciones de derecho y orden, está incorporada la idea de que las perturbaciones de la paz social dan lugar a que ciertas personas peligrosas como ladrones, violadores o asesinos, puedan ser detenidos por la policía permaneciendo en prisión por un tiempo más o menos largo. Según este criterio, la sociedad debe ser protegida de ciertas personas, y por ello sólo queda la prisión como última posibilidad.

A tal efecto contesta el interrogante con una serie de postulados. En primer lugar, considera que en el marco de las libertades creciente de los ciudadanos, la privación de la libertad representa, de década en década, un ataque cada vez más grande a los derechos humanos. Cuanto más habituales se vuelven las libertades sociales, tanto más grande es el recorte que representa la total privación de libertad en prisión.

Sostiene que en la propaganda sobre resocialización mediante la ejecución penal, se ha perdido de vista que las prisiones son, en primera línea, instituciones totales que limitan el contacto de los internos con el mundo y su libertad. Todas las circunstancias de la vida tienen lugar en el mismo sitio, y son controladas por la misma autoridad. Los internos son movidos en bloques de personas por los distintos lugares de alojamiento, dentro de los establecimientos.

Existe un permanente enfrentamiento con los funcionarios que están a cargo de su custodia, debido a la tendencia permanente de éstos, de censurarles y reglamentarles casi todas las necesidades humanas, existiendo una separación fundamental entre el personal y los internos, desarrollando ambos estereotipos de cada uno de los dos extremos de la relación, generando barreras de información y comunicación entre ambas partes, mediante compromisos de lealtad, inherentes a cada grupo.

Con respecto al trabajo dentro de la cárcel, no sirve al aseguramiento de su subsistencia, sino a la práctica de las virtudes de la laboriosidad, dado que los salarios son extremadamente reducidos y terminan simbolizando para los presos el escaso valor de su fuerza de trabajo.

Cuestiona también este autor los reglamentos de estos establecimientos, dado que producen un efecto degradante: desvestirse para el control luego de las visitas, requisas de pertenencias personales, obligación de utilizar prendas determinadas, que contribuye a la pérdida de identidad, desalientos cotidianos como solicitudes previas para efectuar reuniones con otros presos, visitas de asistencias sociales, médicos o funcionarios, etc.

Agrega que la reglamentación burocrática de las vías de queja en la prisión generan pasividad, como así también las requisas en las celdas, la censura de prensa, las dificultades de la higiene, el problema del hacinamiento en las celdas, conduciendo todo a debilitar la autonomía y autoestima de los presos.

Sostiene que la organización del sistema de privilegios con relación a las adquisiciones, al uso de la televisión, las actividades del tiempo libre, la distribución de las celdas, y de los grupos de trabajo, en especial en cuanto a la concesión selectiva de beneficios en el sistema progresivo, son aspectos que fuerzan al preso a la reorganización de su sistema de vida, que dejan de ser los de la vida en sociedad y se transforman en criterios de concesión de privilegios, de gran importancia en el establecimiento para la planificación de las conductas.

⁽²⁵⁾ Elbert Carlos, *Cárceles y Penas al filo del tercer milenio*, ponencia al Congreso “La Persona y el derecho en el fin de Siglo”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNL, Santa Fe, 1996.

Los presos se vuelven internos de buen comportamiento pero pierden capacidad de vida en sociedad, por falta de autonomía y conciencia de sí mismos. Crece, al contrario, la autocompasión y el interés en la vida propia, el pensamiento gira más y más alrededor de la vida carcelaria, donde la subcultura de los internos sirve de orientación. Más tarde el liberado llegará a sentirse un marginado.

Falacia del tratamiento penitenciario

Según Schumann, la privación de la libertad no mejora en modo alguno la habilidad o capacidad de las personas, sino que refuerza las conductas asociales, egocéntricas, dirigidas a la propia supervivencia.

Hoy día las cárceles se encuentran superpobladas, y además invadidas por el exceso del consumo de droga. La miseria de la vida carcelaria es difícil de soportar para muchos de los que se encuentran detenidos, y se genera un tráfico de drogas, y otros comercios que generan dependencia financiera, que privilegia a unos presos sobre otros, sometiéndolos a las exacciones de las ganancias de adentro y de las propiedades de afuera.

En este sistema de dependencias económicas mantenidas mediante la violencia psíquica, se genera y desarrolla una subcultura de brutalidad y expoliación de la cual el interno aislado difícilmente pueda escapar⁽²⁶⁾.

* **Alessandro Baratta.** Este notable pensador, recientemente fallecido, sostuvo que durante décadas una literatura vastísima basada en la observación empírica ha analizado la realidad carcelaria en sus aspectos psicológicos, sociológicos y organizativos. Ha manifestado que en la comunidad carcelaria, la subcultura de los centros de detención se presenta como dominada por factores que tornan vana toda tentativa de realizar tareas de socialización y de reinserción por medio de estos institutos de detención.

Agregó que ni la introducción de modernas técnicas psicoterapéuticas y educativas, ni las parciales transformaciones de la estructura organizativa de la cárcel, cambian de modo decisivo la naturaleza y los fines de los centros de detención en nuestra sociedad, los que constituyen el momento culminante de la marginación que se produce con la población criminal, la cual se administra en un plano institucional.

En su comentario sobre las nuevas legislaciones vinculadas a la temática penitenciaria, sostuvo que no parecen destinadas a trastocar decisivamente esta problemática, manteniendo estos centros de detención la característica de producir efectos contrarios a la reeducación y la reinserción del condenado, favoreciendo su estable integración en la población criminal.

Desde un punto de vista de la cárcel como modelo educativo, ha argumentado que la misma es contraria a todo moderno ideal pedagógico, porque éste estimula la individualidad, el respeto del individuo hacia sí mismo, alimentado por el respeto que le inspira y le profesa el educador.

Las ceremonias de degradación al comienzo de la detención, con los cuales se despoja al individuo encarcelado hasta de los símbolos exteriores de la propia autonomía, vestimenta y objetos personales, constituyen lo opuesto a esto. La educación alienta el sentimiento de libertad y de espontaneidad del individuo. La vida en la cárcel, como universo disciplinario, tiene un carácter represivo y uniformante.

Con similares argumentos que los que acabamos de analizar de Schuman, agregó Baratta⁽²⁷⁾ que la atención de los estudiosos ha recaído particularmente en el proceso de socialización a que es sometido el detenido, proceso negativo que ninguna técnica psicoterapéutica y pedagógica logra volver a equilibrar. Este proceso se examina desde dos puntos de vista. En primer lugar en el de desculturización

⁽²⁶⁾ Schumann Karl, Una sociedad sin prisiones, Posgrado de Criminología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.L., Santa Fe, 1994.

⁽²⁷⁾ Baratta Alessandro, Criminología Crítica y Crítica del derecho Penal, pag. 193, Editorial Siglo XXI, Méjico, 1986.

o desadaptación social, que es la pérdida de las condiciones que son necesarias para la vida en libertad, al disminuirse la fuerza volitiva, al perderse el sentido de autoresponsabilidad desde una perspectiva económica y social, ante la incapacidad para aprehender la realidad del mundo externo, al formarse una imagen ilusoria de él, profundizando el alejamiento progresivo de los valores y comportamientos propios de la sociedad exterior.

El segundo punto de vista opuesto, pero complementario, es el de la subcultura o prisionización, que es cuando se asumen las actitudes, los modelos de comportamiento y los valores característicos de la subcultura carcelaria, cuya interiorización es inversamente proporcional a las chances de reinserción en la vida libre. Estas relaciones sociales se han examinado desde un punto de vista de las normas, los valores, las actitudes que presiden estas relaciones, así como también las relaciones entre los detenidos y el personal de la institución penal, o sea con el poder dentro de la misma.

A partir de ese análisis se comprueba que estas relaciones sociales llevan hacia dos procesos característicos: la educación para ser criminal, y la educación para ser un buen detenido. La jerarquía y la organización informal de la comunidad está dominada por una minoría restringida de criminales, con fuerte orientación social, que por el poder —y por lo tanto por el prestigio que gozan—, asumen la función de modelos para los otros detenidos, y pasan a ser una autoridad con la cual el personal del centro carcelario se ve constreñido a compartir el propio poder normativo de hecho.

La educación para ser un buen detenido se da, en parte, a partir de la adopción de un cierto grado de orden, del cual los jefes de los detenidos se hacen garantes, a cambio de privilegios, frente al personal de la institución, y mediante la aceptación de las normas formales, del establecimiento, y de las informales, que impone el personal de la institución.

La adaptación a estas normas lleva al desenvolvimiento ordenado de la vida del centro carcelario, que deviene en el verdadero fin de la propia institución. La función propiamente educativa es excluida en alto grado, se favoreciéndose las actitudes de conformismo pasivo y de oportunismo⁽²⁸⁾.

*** Hilda Marchiori.** Su argumento principal respecto de la problemática en análisis, versa sobre la creencia de que la imposibilidad de poder ahondar otros medios de considerar al delincuente han llevado a la existencia, en todos los países, de la cárcel como institución, aislada, cerrada y de castigo. Entiende que esta trilogía situacional es causa de múltiples y continuos conflictos internos propios de la institución, que marca en muchos casos la venganza como tarea principal de la pena en su faz ejecutiva.

Según esta autora, la situación de encierro lleva a la pérdida de la libertad, a limitaciones psicomotrices, a la incomunicación con el núcleo familiar, y con la comunidad, el cambio de modo de vida, de las relaciones interpersonales, la pérdida de la percepción existencial del tiempo, etc.⁽²⁹⁾

*** Marcos Salt.** En su crítica a la nueva ley penitenciaria, resalta el cuestionamiento a la cárcel, pero desde el punto de vista del tratamiento y de la pretendida resocialización. Manifiesta que se vuelve a consagrar el ideal resocializador, siguiendo, al igual que la vieja ley penitenciaria, los lineamientos de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas.

Sostiene este autor que a pesar de la insistencia en los textos normativos de establecer este principio de la resocialización, como fin primordial de las penas de encierro, la falta de una definición clara de este principio contribuye, de manera determinante, a aumentar la inseguridad jurídica en la etapa de ejecución penal, dotando a la administración penitenciaria de un ámbito de arbitrariedad que se manifiesta, principalmente, en los límites impuestos al ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad, y en las decisiones trascendentes para el proceso de determinación de la pena durante la ejecución.

⁽²⁸⁾ Elbert Carlos, Tizón Alejandro, Andrés Jorge A., Barrandegui Raúl, *Hacia una nueva Criminología, discusión del libro Criminología Crítica y Crítica del derecho Penal, con Alessandro Baratta*, pag. 54, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1998.

⁽²⁹⁾ Marchiori Hilda, *Institución Penitenciaria*, pag. 7, Editora Córdoba, Córdoba, 1985.

En la medida que el sistema se sustenta en conceptos vagos e imprecisos, se dificultan también las posibilidades de control y se acentúa la inseguridad jurídica. La crítica se centra en las evaluaciones de aquellos privados de libertad, en el “concepto”, el que se traduce en los avances demostrados por los internos en el proceso de resocialización, o los pronósticos sobre las posibilidades de reinserirse socialmente.

Para este autor, las resoluciones de los organismos técnicos criminológicos de la administración, trascendentes para determinar el contenido concreto de la pena, son tomadas sin un adecuado control judicial, y sin la posibilidad que el condenado ejerza su derecho de defensa.

De esta manera, el fin resocializador se transforma, un instrumento de sumisión y disciplina, en manos de la administración. En la medida en que las expectativas de los presos de acceder a mejores condiciones de detención, e incluso, de conseguir la libertad de manera anticipada, dependan de la administración fundadas en criterios imprecisos, se convertirán en un elemento de presión sobre los internos que es utilizado en complejos mecanismos de negociación como instrumento de gobierno de la institución carcelaria.

Para completar el pensamiento de este autor podemos señalar que opina que la administración contará con un margen más amplio de indeterminación del contenido de la pena en el que sus decisiones pueden influir. Las condiciones cualitativas, lugar de alojamiento, régimen, posibilidades de contactos con el exterior, y hasta la duración del encierro carcelario, pueden variar por decisiones que se adoptan en la etapa de ejecución, dependiendo de las características personales de cada interno⁽³⁰⁾.

* **Luigi Ferrajoli.** Crítico del sistema italiano considera que “la pena de prisión no es ya una sanción típica con contenido taxativamente predeterminado por la ley, sino una medida de contenido variable e indeterminado; su naturaleza y medida no están vinculadas a presupuestos de hecho, a su vez predeterminados legalmente y comprobados judicialmente, sino decididos discrecionalmente”.

* **Massimo Pavarini.** En coincidencia con lo expuesto cree que “las exigencias de gobierno de la cárcel –como de cualquier otra institución total– encuentran una adecuada satisfacción en la conocida lógica de premios y castigos. El orden en las instituciones penitenciarias se garantiza a través de la promesa-amenaza de modular la intensidad de sufrimiento en razón de la conducta del detenido dentro de los muros”⁽³¹⁾.

* **Michel Foucault.** Por su parte, sostiene que la prisión ha sido denunciada, en su realidad y efectos vivibles, como el gran fracaso de la justicia penal. Entre otros cuestionamientos, señala que las cárceles no disminuyen la tasa de criminalidad sino que, por el contrario, las extiende; que la detención provoca reincidencia; que es una fábrica de delincuentes, y que favorece, o hace posible, la organización de un medio de delincuentes, solidarios los unos con los otros, jerarquizados, dispuestos a complicidades futuras. Por último, destaca que las condiciones que se deparan a los detenidos liberados, los condenan fatalmente a la reincidencia, y que la prisión también fabrica indirectamente delincuentes al hacer caer en la miseria a la familia del detenido. Argumenta este autor que, palabra por palabra, de un siglo a otro, se repiten las mismas proposiciones fundamentales⁽³²⁾.

* **Eugenio Zaffaroni.** También para este autor, el constante desplazamiento de la resocialización

⁽³⁰⁾ Salt Marcos G., Comentarios a la nueva Ley de la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, Jornada sobre Sistemas Penitenciarios y Derechos Humanos, Buenos Aires, 1997.

⁽³¹⁾ Pavarini Massimo, ¿Menos cárcel, y más medidas alternativas?, Ponencia presentada en las Jornadas sobre Cumplimiento de la Pena, Lérida, España, 1 y 2 de marzo de 1991.

⁽³²⁾ Foucault Michel, Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión, Editorial Siglo Veintiuno, 29 edición, pág 271, México, 1999.

hacia el futuro hace de la misma un absurdo y no una utopía. Las utopías han desempeñado diferentes funciones a lo largo de la historia y, en general, se caracterizan como lo que no se ha realizado en ningún lugar, lo que no significa que en algún momento puedan realizarse.

Conforme la idea de este autor 200 años de experiencia y las comprobaciones empíricas de la crítica institucional, demuestran que se trata de una empresa de difícil realización. La diferencia entre la utopía y el absurdo es que la primera a lo mejor alguna vez se realiza, pero lo segundo nunca.

La institucionalización total genera condicionamientos negativos, que deterioran a las personas institucionalizadas y, además, por mucho que se mejoren las instituciones, jamás se podrán suprimir esos condicionamientos y sus efectos deteriorantes. La institucionalización jamás podrá tener un efecto resocializador.

Las "ideologías re...", por su desplazamiento al futuro, y eventual pretensión de realidad a cumplirse, dan lugar a una manipulación que quita a la pena la garantía de certeza, y además, posibilita intervenciones vejatorias en la vida de las personas, las que se llevan a cabo en la práctica penitenciaria tanto por razones de seguridad, como por razones de tratamiento.

Para finalizar esta crítica, señalaremos que para este autor, al darse lugar a la prisionización por el efecto deteriorante que esta institución conlleva en la persona, se tiende a caer nuevamente en el delito, por introyección de los roles vinculados a los estereotipos que rigen la selección criminalizante hecha por las agencias policiales, judiciales y penitenciarias⁽³³⁾.

Conclusiones del autor

Frente al desarrollo del presente trabajo, creemos necesario definir una postura vinculada al tema carcelario, y todo lo que lo rodea. En ese sentido adherimos a la posición de un desarrollo dinámico de un sistema de justicia penal, que no tienda a su expansión, sino a su propia reducción; la idea de la mínima intervención.

Desde esta posición se debe trabajar en la búsqueda de una institución carcelaria en la cual no se den las características negativas que hemos estado analizando, partiendo de la premisa criminológica de que la cárcel por sí misma no puede producir efectos útiles para la resocialización del condenado, y trabajando en base a un nuevo concepto, el de la reintegración social.

Este concepto debe asumirse en la apertura de la cárcel hacia la sociedad y, reciprocamente, de la apertura de la sociedad a la cárcel. Uno de los elementos más negativos de las instituciones carcelarias lo representan el aislamiento que éstas tienen del resto de la sociedad.

De allí el concepto de reintegración, porque a partir de éste se requiere un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, en la que los ciudadanos que están en la cárcel se reconozcan en la sociedad externa, y la sociedad externa se reconozca en la cárcel.

A los efectos de evolucionar en función de este concepto de reintegración social del condenado, se debe abandonar la concepción del detenido como un ser anormal, dejando de lado ese pensamiento propio de la criminología positivista, modificando la actual denominación de tratamiento, por la de programa, priorizando el trabajo de los equipos interdisciplinarios, técnicos y criminológicos que cubran las áreas requeridas por quienes cumplen penas de encierro. Éstos deben tender a evitar la pérdida de la identidad social del detenido, y la prisionización del mismo, que lo aleja de los patrones y valores culturales de la vida libre.

A tal efecto se deben consolidar las relaciones del detenido con sus seres queridos, permitiéndole también el ejercicio de aquellos derechos no afectados por la detención. Por ejemplo, el de ser adecuadamente recompensado por su trabajo, el de recibir y enviar cartas libremente, el de tener y

⁽³³⁾ Zaffaroni Eugenio Raúl, op. citado.

expresar opinión política, el de peticionar a las autoridades, el de practicar una religión, el de ser protegidos contra una punición sumaria por parte de las autoridades sin posibilidad de reconsideración, el de manifestar libremente sus quejas, etc.

También podemos señalar la necesidad de modificar los criterios de hacer primar la disciplina y la seguridad por sobre los objetivos de la reintegración. Normalmente, y como consecuencia de reclamos sociales, la disciplina y la seguridad pasan a ser la gran meta de las cárceles, privilegiando totalmente el mantener el orden interno. Sin dejar de reconocer la importancia del mismo, muchas veces esta concepción impide un cambio necesario en las prisiones, evitando que viren hacia instituciones más democráticas.

Asimismo, y en lo que hace a la necesaria inclusión de los detenidos en la vida social, se deben extender los programas a su círculo social, a su familia, a sus relaciones sociales, promoviendo reinserciones asistidas mediante una progresiva inclusión de los detenidos en programas ambulatorios, mediante salidas, trabajos externos, regímenes abiertos. Se debe lograr el concurso y el compromiso de organismos institucionales y comunitarios, a los efectos de que se les facilite a los liberados, el difícil paso de la cárcel a la vida, y a la asistencia pospenitenciaria.

En definitiva, la cuestión carcelaria no se puede resolver permaneciendo sólo dentro de la misma, conservando e incrementando su concepción de institución cerrada. Se debe participar del problema carcelario a toda la sociedad, derribando, aunque más no sea simbólicamente, los muros carcelarios, aquellos que separan a la comunidad de una parte de sus propios problemas y conflictos: los que se encuentran segregados en la cárcel³⁴.

³⁴ Tizón Alejandro, *La cárcel hoy, hacia una visión distinta de la sociedad*, Zeus, N.5782, Rosario, 1997.