

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Algunas Reflexiones Sobre su Contenido

Dr. EDGARDO ALBERTO DONNA

Profesor Adjunto de Der. Penal II

La pena privativa de libertad es sin lugar a dudas la más grave de las penas que los Códigos Penales tienen. El origen de la misma según Frago es como sustitutiva de la pena de muerte y de las penas corporales. Citando a Di Genaro dice que: “La abolición de la pena de muerte fue favorecida y aceptada por la opinión pública especialmente porque se la consideraba como una alternativa de la destrucción de la vida, de una cárcel dura y difícil, capaz de responder a la natural reacción vindicativa del público y garantías seguras para la defensa de la Sociedad” (Eleno Frago. El derecho de los presos, doctrina penal, año 4-1981, N° 14. pág. 227).

Igual opinión es la de Norval Morris cuando afirma que: “Las cárceles para los criminales surgieron como reacción contra el carácter bárbaro y los excesos de las penas anteriores: la prisión constituyó una de las primeras formas de apartamiento de las sanciones criminales tradicionales.

Tanto el calabozo como los hospicios, los reformatorios y los buques de convictos, precedieron a las prisiones. La reclusión del personaje caído en desgracia o apartado de su cargo en un castillo y las celdas monástica para retiro y penitencia, formaron parte de las génesis de las prisiones, fueron instituidas para otra clase social y con diferentes propósitos políticos. Lo que a veces se olvida, por más que últimamente se han puesto de moda los recordatorios poco amables del hecho, es que la prisión constituye un invento norteamericano, un invento de los cuáqueros de Pensylvania de la última década del siglo XVIII aunque cabría observar también el *people pen* de confinamiento creados por los

peregrinos de Massachusets casi dos siglos antes. Con su penitenciaría, los cuáqueros proyectaban sustituir la brutalidad e inutilidad de los castigos capitales y corporales por las virtudes correctivas del aislamiento, el arrepentimiento y los efectos edificantes de los preceptos de las escrituras y la lectura solitaria de la Biblia. Estos tres tratamientos —el apartamiento de la corrupción por otro delincuente, el tiempo para la reflexión y el examen de conciencia, y la guía de los preceptos bíblicos— indudablemente habrían resultado de ayuda para los cuáqueros que regían la prisión, tan dados a la reflexión, pero relativamente pocos de ellos llegaron nunca a ser presidiarios” (Norval Morris - El futuro de las prisiones, Siglo XXI Editores, págs. 20 y 21). En síntesis y como afirma el mismo autor las prisiones crecieron y florecieron por toda Norteamérica y después por todo el mundo; son un difundido producto norteamericano de exportación, al igual que el tabaco en cuanto a su aceptación internacional y a caso también en cuanto a sus consecuencias nocivas” (ídem).

Sin embargo para otros autores la cuestión no es tan simple, y tiene sus connotaciones políticas. Barbero Santos afirma: “La prisión, como sanción penal de imposición generalizada en contra de lo que suele creerse, no es una institución antigua, en Roma se reservaba para los esclavos. Y en la edad media apenas hay ejemplos de ella. Es en el siglo XVI cuando empieza a utilizarse, aunque con escasa incidencia punitiva, y agrega el mismo autor la privación de libertad ocupaba, a la sazón, un lugar modesto en el catálogo penal. La cárcel, en realidad, no se utilizaba para castigar, sino para guardar a las personas.

La situación cambia en el siglo XVIII. El fin de las monarquías absolutas arrastra en su caída a la pena de muerte y a las penas corporales, que pasan a tener, en los países que se mantiene un puesto secundario. No es casual que la prisión ocupe el amplio espacio que aquellas —y las penas deshonorosas— dejan vacante. En los últimos años del siglo de las luces se han producido dos hechos de singular trascendencia que explican el cambio. En el ámbito político, la consagración por la Revolución Francesa de los derechos humanos; en el socio-económico, el desarrollo del maquinismo. La primera, subraya el valor de la libertad del hombre, mientras la denominada revolución industrial trae consigo la creación del proletariado: grandes masas de gentes abandonan el campo para trasladarse a la ciudad, mejor dicho, no van a vivir a la ciudad sino a su periferio. (Topográfica o Social), en el suburbio, y a laboral (cuando hay trabajo) en las fábricas.

Los desvíos que estas muchedumbres (que llevan una existencia precaria) pueden hacer peligrar el sistema en ciernes (el capitalismo).

Era menester controlarles. ¿Cómo? Mediante el hallazgo de una pena propia de países civilizados; según se afirmaba la prisión. Al imponerla, se afecta un bien, la libertad, que, al contrario de lo que sucede con la vida (que se destruye al ejecutar una condena capital) es graduable, y, en oposición a lo que sucedía en anteriores épocas se juzga importante. En consecuencia, la posibilidad de ser privado de libertad intimida, por lo que la prisión puede convertirse en pena. La cárcel es el lógico cumplimiento de la fábrica. Nace cuando la fábrica nace. Y los reclusos son en su práctica totalidad gentes pertenecientes al mundo proletario". (Marino Barbero Santos, Reflexiones de la prisión en marginación social y derecho represivo, editorial Bosch, págs. 121/122).

Ya sea aceptando una concepción, ya sea aceptando otra lo que queda al descubierto es que la pena privativa de libertad es un invento del hombre que se dio en una época histórica y que como tal al cambiar las ideas, al cambiar el sentido del derecho penal la sanción privativa de libertad puede en consecuencia llegar a desaparecer. O dicho en otras palabras de lo que se deduce de los estudios actuales sobre la pena privativa de libertad, es que la misma no es de derecho natural, no ha sido impuesta por los dioses y por lo tanto puede ser en última instancia cambiada. Representa, dicho en términos simples una de las tantas ideologías que se han dado en el mundo jurídico y que tienden como todas las ideologías a desaparecer con el tiempo.

Una vez puesta la pena privativa de libertad como sanción penal surge la idea de que mediante ella se logra la resocialización de la persona, es decir que el hombre puesto en una cárcel o encerrado en la misma con un tratamiento adecuado luego de cumplir la pena impuesta sale a la vida en libertad reinsertándose en la sociedad sin volver a caer en la delincuencia.

Es esta idea la que ha sido combatida en el siglo XX afirmándose de varias formas y por varios motivos que un hombre privado de su libertad jamás puede volver a reinsertarse normalmente en la sociedad.

Es que en el fondo la ideología que sustenta, sostiene y mantiene a la cárcel como sistema punitivo adecuado es la idea del contrato social de Rousseau. Es decir a aquellos sujetos que violan el contrato mediante el cual se incorporan a la sociedad hay que excluirlos de la misma, ponerlos fuera de ella a los efectos de que los que respetan el contrato no sean molestados por estos sujetos "peligrosos".

El problema es que normalmente estos sujetos peligrosos pertenecen a una determinada clase social, que es siempre la de menos recurso, la que no tiene posibilidad dentro de la sociedad en la cual vive. Es como dice Frago "En las prisiones están los pobres y los desfavorecidos.

Como bien es sabido, la clientela del tema no incluye a los que verdaderamente tienen condiciones para pleitear por sus derechos” (Eleno Fragoso, *Ob. cit.*, pág. 246).

Y es entonces que se hace clara la afirmación de la profesora Kaufmann cuando afirma: “Toda la criminología interesada en el fracasado crónico, afirma que en el punto medio de su problemática se encuentra la falla de un proceso de aprendizaje; quien recae una y otra vez en el delito no ha aprendido ninguna técnica especial utilizable en la vida, y por falta de ella incurre siempre en la realización de hechos punibles, como métodos para solucionar sus conflictos corrientes” (Hilde Kaufmann, *Concepto de la pena en la ejecución del futuro en Nuevo Pensamiento penal año 4 - 1975*, pág. 27).

Queda pues vigente lo afirmado por Barbero Santos cuando luego de hablar de la saturación existente en las cárceles afirma que no es verdad que la prisión tal como lo dijo Pelegrino Rossi fuera una pena propia de países civilizados. “De acuerdo con las concepciones actuales, y como acabamos de poner es degradante. Y en contra de lo que suele creerse tampoco es igualitaria. Las cárceles las pueblan —aparte de los delincuentes políticos, cuando los hay— gente perteneciente a clase socialmente marginada. En ellas no penetran salvo per accidens, los poderosos de la tierra” (Barberos Santos, *ob. cit.*, pág. 125).

De lo expuesto entonces surge que la cárcel no sirve como medio de resocialización. Como bien lo afirma Fragoso: “Hoy se reconoce la falencia de la cuestión, y convendría hablar en términos claros. No hay tratamiento posible en el medio carcelario. El problema de la prisión es la propia prisión. La prisión representa un trágico equívoco histórico, constituyendo la expresión más característica del vigente sistema de justicia criminal. Válidamente, sólo es posible debatir su utilización —exclusivamente— para los casos en que no hubiere por el momento, otra solución. Corresponde sacar urgentemente de la prisión a los delincuentes no peligrosos y asegurar que los que allí quedaren, sean tratados como seres humanos, con todos los derechos que no fueran alcanzados por la pérdida de la libertad” (Fragoso, *ob. cit.*, pág. 237).

El problema ya había sido visto por la justicia norteamericana en el caso *Morales versus Schmidt*, el Juez James E. Doy le del Distrito Occidental Wisconsin afirmaba en forma categórica: “Estoy convencido de que la institución de la prisión probablemente debe desaparecer. En muchos sentidos resulta tan intolerable en los Estados Unidos como lo fue la institución de la esclavitud, igualmente embrutecedora para todos los que participan en ello, igualmente nociva para el sistema social igualmente subversiva para la fraternidad humana aún más costosa en cierto

sentido, y probablemente menos racional” (Citado por Morris, ob. cit., pág. 22/23).

¿En qué se basan los autores para hacer esta violenta crítica a la pena privativa de libertad? La respuesta es dada desde diversos puntos de vista, pero sustancialmente se coincide en que la cárcel es un medio nocivo que atenta contra la dignidad del hombre. En ella no se le quita al interno solamente su libertad sino todos los derechos que una persona tiene. “La prisión es terroríficamente opresora y sus muros separan al interno de la sociedad y a la sociedad del interno. Este no sólo pierde el derecho a la libertad de desplazamiento, sino prácticamente todos sus derechos: de expresión, reunión, asociación, sindicación, elegir trabajo, recibir un salario similar al del obrero libre, asistencia social, etc., y hasta de desarrollar normalmente su sexualidad. El recluso no sale de la prisión; tampoco la sociedad penetra adentro de sus muros: hasta de los familiares más próximos, las visitas se reducen a unos pocos minutos al mes... y a través de locutorio. Nadie del exterior llega, a través de asociaciones culturales, sindicales, etc., para pronunciar una conferencia o dar una información. Todo lo del exterior es ajeno.

También la infraestructura contribuye a dar a la cárcel carácter opresor. Mucho se han aireado en las últimas semanas sus deficiencias. Por mi parte quisiera mencionar tres que considero particularmente grave: el frío carcelario, el hacinamiento y la impudicia” (Barbero Santos, ob. cit., pág. 124).

De otro punto de vista se afirma que la prisión no es una miniatura de la sociedad general, sino un sistema propio de *Ínter acción social* y de poder, constituyendo una subcultura deformada “Sykes describe las privaciones a que está sometido el preso. Perdiendo la libertad, él pierde su status formal, o sea, su identidad social, perdiendo también la posibilidad de elección entre alternativas de comportamiento, la propiedad privada de ciertos bienes materiales, la posibilidad de relaciones sexuales normales y una serie de otras características del comportamiento normal de las otras personas. No se trata sólo de pérdida de libertad sino de sujeción completa a una estructura de poder autoritaria, que reduce por completo su capacidad de determinación. Se integra el preso en la sociedad de los malos que tiene sus propias reglas y valores, sometiéndose al código de la masa.

Erwin Goffman, en un importante libro, elaboró la idea de la institución total, como aquella que domina y controla por completo la vida de las personas, en todos los momentos de la existencia. Y reveló lo que denominaba carácter *vinario* de las instituciones totales: en ellas hay una decisión básica entre un gran grupo manejado (el de los internos)

y un pequeño grupo del personal supervisor: “Cada grupo tiende a representarse al otro con rígidos estereotipos hostiles: el personal acostumbra a juzgar a los internas como crueles, maliciosos e indignos de confianza; los internos acostumbran a considerar al personal petulante, despótico y mezquino. El personal tiende a sentirse superior y justo; los internos a sentirse inferiores, débiles, censurables y culpables” (Fragoso, ob. cit., págs. 232/233).

Frente a esta realidad la profesora Kaufmann afirma: “La privación de libertad como tal, representa una gran masa “punishment” permanente, del mismo modo que el hecho de deber vestirse con el uniforme penitenciario, de tener que comer la alimentación colectiva, dispuesta por la dirección del instituto, de no poder escoger la compañía, no tener un ambiente privado para dormir, renunciar a contactos con el sexo opuesto, no gozar literatura a elección ni poder beber alcohol, etc., como ejemplos sólo ilustrativos de la vida penitenciaria” (ob. cit., pág. 28).

Es que en el fondo la cárcel es una permanente agresión que desde el punto de vista psicológico es negativa. Esta agresión lo único que consigue es que a los sujetos que son víctimas de ella de un punto de vista de la psicología lo lleve a una frustración que se convierta en una contra agresión o en una auto agresión (Kaufmann. ob. cit., pág. 28).

Se habla entonces de la resocialización y de la humanización de las penas. Dice la profesora Kaufmann: “A la humanización se adscriben múltiples contenidos. Aquí sólo se puede dar un ejemplo de lo que es posible realizar en distintas medidas, según la situación y el estado de cosas actuales. Por cierto que con la idea de humanización tiene una ver la necesidad de eliminar los frentes en que se alinean por una parte los penados y por la otra el personal penitenciario, porque de esa manera será posible un diálogo comprensivo entre ellos. Se reunire además, renunciar a muchas prescripciones que no tienen otro sentido que el de imponer obediencia, subordinación, mortificación, cosas, todas ellas, que impiden un real contacto humano. A la humanización se adscribe también la estructuración del contacto con la familia estimulando la correspondencia, las visitas, las salidas, etc. A la humanización se adscribe un equipamiento más acogedor de las celdas, una provechosa organización del tiempo libre que disponga a la alegría, a la utilización de la radio, la televisión y la recepción de revistas y libros. A la humanización pertenece una radical limitación del sistema de sanciones disciplinarias en las prisiones, la aplicación generosa de los reglamentos, el derecho de los penados a opinar sobre muchas cuestiones de su vida diaria, el derecho de concurrir a los tribunales, mucho más todavía” (Hilde Kaufmann. Reforma de la ejecución penal, pág. 23/24).

Sin embargo la idea de resocialización ha sido criticada desde varios puntos de vista. Solamente queremos hacer notar lo que el profesor Zaffaroni afirma: “Esto significa que tanto por el camino antropológico del positivismo como del idealismo se absolutiza la resocialización convirtiéndola en mito al hacerla un fin en sí mismo, que en modo alguno permanece al servicio de la seguridad jurídica, sino que al carecer de límites, elimina cualquier garantía y con ello destruye toda idea de seguridad individual o jurídica. Esta absolutización de la resocialización convierte a las legislaciones penales vigentes en mayor o en menor medida, en instrumento de una dictadura ética del estado que lleva a una inevitable etización total del derecho, en el que cada día queda menos espacio para la libertad de conciencia y para, por ende, para la verdadera ética, lo que hace que los estados éticos (y todos tienden a serlo cada día más) sean inmorales por su base. Si pensamos en las perspectivas atroces que abren las nuevas técnicas de control de conducta, particularmente por las vías del conductismo y de los medios físicos resulta terrorífico el panorama de estos medios en menos de un estado ético sea cual fuere la moral en cuyo nombre se pretenda actuar” (Eugenio Raúl Zaffaroni, *Política criminal latinoamericana*, pág. 37/38).

Este grave problema que trae la cárcel, la introducción en la cárcel de métodos reeducativos, en manos de personas sin capacidad profesional, o en el peor de los casos con capacidad pero sin los controles adecuados lleva sistemáticamente a que los internos se conviertan en objetos de experimentaciones llamadas científicas.

Por si todo lo afirmado fuera poco queda un problema, que Michel Foucault ha hecho notar y que es que la prisión llama la atención “sobre ciertos actos ilegales, el de poner de relieve ciertos comportamientos, haciendo creer que ellos son más graves y más peligrosos para la sociedad. Se deja, así, en la sombra, la delincuencia de los ricos y los poderosos, incomparablemente más grave, formándose con los medios de comunicación con los presos comunes encarcelados, el estereotipo del delincuente” (Fragoso, *ob. cit.*, pág. 238).

Es decir la cárcel oculta los delitos más graves y hace creer a la sociedad que los delitos cometidos por las personas que se encuentran presas y por ende éstos son el peligro para la estabilidad de una sociedad.

Los acontecimientos socioeconómicos que la Rep. Argentina ha vivido en estos últimos años, especialmente en Mendoza demuestran palmareamente que hay hechos delictuosos realizados por personas consideradas como no delincuentes y por ello no peligrosas, que hacen que la estabilidad del estado quede seriamente comprometida.

Mendoza, mayo de 1982.