

Especialización en Medicina Legal

Trabajo Final de Especialización

Autor: Walter Roldán

EL FIN DE LA PENA

2006

Citar como: Roldán, W. (2006). El fin de la pena. [Trabajo Final de Especialización, Universidad ISALUD]. RID ISALUD.

Instituto Universitario Isalud

Carrera: Especialista en Medicina Legal

Trabajo Integrador Final

Título: " El Fin de la Pena"

Autor. Walter Roldán

20 de Marzo de 2006

Walter Roldán

"El Fin de la Pena"

Índice	Páginas
Introducción	1
Planteamiento del problema	2
Desarrollo del tema	3
I) Noción, carácter y fin de la pena	3
I- Definición de pena	3
II- Distintos aspectos	3
III- La pena como retribución	3,4,5
IV- La pena como disminución de un bien jurídico	6,7
V- El fin preventivo de la pena	7
VI- La prevención general	8,9
VII- La prevención especial	9,10,11
II) Distinción fundamental de las doctrinas	11
-Distintos tipos de teorías de la pena	11
1- Teoría absoluta de la pena	11
a) Teoría de la reparación	12
b) Teoría de la retribución Divina	12
c) Teoría de la retribución moral	12
d) Teoría de la retribución jurídica	13
2- Teoría relativas	13
a) Teorías Contractualista	13,14
b) Teorías del Escarmiento	14
c) Teoría de la prevención mediante la coacción psíquica	14,15
d) Teoría de la defensa indirecta de Romagnosi	15
e) Teoría de la prevención especial	15,16
f) Teoría Correccionalista	16
g) Teoría Positivista	17
3- Teoría mixtas	17
a) Teoría de Carrara	17
b) Teoría de Merckel	18,19
c) Teoría de Binding	19,20
III) Distintas clases de penas	20
1- Penas principales y penas accesorias	20,21
2- Penas paralelas, alternativas y conjuntas	21
3- La pena de muerte	21,22,23,24,25
La legislación Nacional	26,27
Pena privativa de la Libertad	27
a) Contenido	27
b) Diferencias con las antiguas penas privativas de la libertad	27,28
c) Diferencia entre prisión y reclusión	28,29,30
e) Duración y modo de contarlas	30,31
f) Formas especiales de cumplimiento	31,32

IV) Sistemas Penitenciarios.....	32
I-Historia del Sistema Penitenciario.....	32,33
Período de la cárcel como guarda.....	33
1-Antigüedad.....	33,34
2-Edad Media.....	34,35
3-Período de la cárcel como expiración y trabajo forzado a favor del Estado.....	35
a)Nuevo movimiento.....	35
b)De la galeras y trabajos políticos a favor del Estado.....	35,36
c)La Deportación.....	36
4-Período que entienden a la resocialización como moralización y resocialización del condenado.....	36
a) La resocialización.....	36,37
Distintas Teorías de resocialización.....	37
a) Teorías que entienden a la resocialización como un proceso de reestructuración individual del penado.....	37
-Correccionalismo.....	37,38
-Defensa Social.....	38
b)Teorías que entienden a la resocialización como un correctivo del proceso resocializador deficitario de la estructura social.....	38
-Teoría del psicoanálisis.....	39
-Teoría de la izquierda.....	39
-Teoría de la criminología crítica.....	39
c) Teorías que entienden a la resocialización como un proceso de socializa- ción de índole jurídica-tecnocrática.....	39
a) Resocialización legal.....	40
b) Resocialización como plan de vida.....	40
c) Resocialización terapéutica.....	40
Establecimientos penitenciarios.....	41
II- Antecedentes Nacionales del Sistema Penitenciario.....	42,43
III- Legislación y Sistema Carcelario.....	
Protección Internacional de los derechos humanos.....	44
A) Normas Constitucionales.....	44,45
B) Convenios Internacionales.....	45
-Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	45,46
-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	46,47
-Protocolo Facultativo.....	47
-Resolución 1503.....	47,48
-Convención Internacional contra la Tortura y otros tratos o penas crueles Inhumanos o Degradantes.....	48,49
-Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	49,50,51

V) Ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad (Ley 24660)	51
1- Generalidades	51
2- Tratamiento	51,52
3- Formas de libertad anticipada, asistida, condicionada y excepcional	52,53
- Período de libertad condicional	53
- Prisión domiciliaria	53,54
- Prisión discontinua y semidetención	54
- Prisión discontinua	54
- Semidetención	54,55
- Prisión diurna	55
- Prisión nocturna	55
- Disposiciones comunes	55,56
- Trabajo para la comunidad	56,57
4- Normas de trato	58
- Denominación	58
- Higiene	58
- Alojamiento	58
- Vestimenta y ropa	58
- Alimentación	59
- Información y peticiones	59
- Tenencia y depósito de objeto y valores	59
- Cuidado de bienes	59,60
- Registro de Internos y de Instalaciones	60
- Traslado de Internos	60
- Medidas de sujeción	60,61
- Resistencia a la autoridad penitenciaria	61
5- Disciplina	61
6- Conducta y concepto	62
7- Herramientas de resocialización	62
8- Asistencia	62,63
9- Establecimientos	64
10- Disposiciones finales	64
- Conclusiones	65,66
- Referencia bibliográfica	66,67
- Bibliografía consultada	68,69

**"- Me he confesado. ¿Es que
no hay más pena buena que la pública?
Dios no necesita mi nombre
clavado en la iglesia! Dios
ve mi nombre! Dios sabe cuán
negros son mis pecados!
Es bastante! Porque es mi nombre !
Porque no puedo tener otro en mi
vida! Porque miento y firmo mentiras
con mi nombre! Porque no
valgo la tierra en los pies de
quienes cuelgan ahorcados! ¿Cómo
puedo vivir sin mi nombre? Os he
dado mi alma, dejadme mi nombre!"
Arthur Miller, Las brujas de Salem, Acto IV**

INTRODUCCIÓN

La investigación acerca del fin y fundamento de la pena es uno de los problemas de los cuales se han manifestado las más diversas opiniones, salvo muy contados pensadores, que han identificado el problema de la pena con el problema general de la coacción jurídica (1), la gran mayoría no entiende, sin embargo, que la investigación vaya tan lejos, o, por lo menos, que en esa forma deba ser planteado el problema en derecho penal. A lo largo de la historia, los fundamentos de la pena han sido un punto de controversia en el que se han encontrado Kant, Hegel, y del que han salido escuelas.

¿Qué es la pena?, ¿en qué se fundamenta?, ¿por qué el Estado tiene derecho a sancionar, a castigar? El cuestionario es propio de la Filosofía; más puntualmente, del área de la teoría del Estado y de la Filosofía Jurídica. No se pretende responder ¿qué pena?, ni ¿cuánta pena? Los estudiosos del Derecho Penal consideran que el tema, si bien previo o anterior a esa disciplina, no puede ser omitida por ellos, ya que su análisis facilita la comprensión del mismo.

El siguiente es un trabajo que recorre las distintas posiciones sobre el fin de la pena, intenta averiguar dentro del orden jurídico, cuál es el contenido de esta especie de sanción a la que llamamos pena, para diferenciarla de otras sanciones jurídicas (indemnización, restitución, nulidad, inadmisibilidad); la pregunta se formula en el sentido de saber por qué y para qué el derecho adopta, entre otras, precisamente esta forma específica de sanciones tan distintas de las demás.

Objetivo general

-Análisis del fin de la pena.

Objetivos específicos

- I) Realizar una descripción sobre la noción, carácter y fin de la pena.
- II) Distinción fundamental de las doctrinas y distintos tipos de teorías de la pena.
- III) Analizar las distintas clases de penas. Pena privativa de la libertad.
- IV) Sistema Penitenciario: Historiografía de la pena privativa de la libertad. Modo de cumplirla. Análisis del concepto de la resocialización o readaptación social, distintas teorías.
- V) Marco legislativo sobre el fin de la pena.

Estructura del trabajo:

- Introducción
- Planteamiento del problema
- Desarrollo
- Conclusiones

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Estado por definición, tiene un poder de coerción social y en consecuencia de "control social". Pareciera que al Hombre y a la Sociedad, le interesa el orden, la paz, la seguridad, la previsibilidad. ¿Será porque en un ámbito o clima de "orden", se preservan mejor las posibilidades para el desarrollo integral de la persona humana? ¿Habría un orden exterior y aparente y otro profundo y a veces invisible, que podría explicar por qué existen las revoluciones y los cambios sociales? Otro tema es analizar si esa función "pacificadora" del Estado, debe efectuarse en forma autoritaria; o, como dicen los fundamentos roussonianos de la Democracia, por un acuerdo o contrato entre los ciudadanos.

Hay prescripciones o normas no jurídicas que rigen en la vida, como los usos y modos sociales, la moral, la moda, etc. Su incumplimiento no acarrea la obligatoriedad de una sanción, aunque quizás sí un reproche, como cuando salteamos una posición en una "cola" de espera, o cuando no saludamos o vestimos "demodé", etc. La característica particular de las normas jurídicas, es que su incumplimiento puede dar lugar a una sanción; su esquema es:

Dada una situación (A), debe ser una conducta (C)

Dado No - C, debe ser una Sanción (S).

Donde "C" es la conducta esperada por la sociedad o por las partes intervinientes ante una situación (A), por ejemplo el cumplimiento de un contrato. Se habla de la cópula "debe ser", por cuanto el Derecho pertenece al ámbito de la libertad humana, donde rige el libre albedrío, la "posibilidad" de una consecuencia, no su "necesidad". Las leyes de la ciencia de la naturaleza, en cambio, se rigen por la causalidad y el determinismo (se aplica la cópula "es").

En síntesis, la norma jurídica se caracteriza por la posible coacción ejercida por el Estado. Son sanciones jurídicas: la obligación de reparar un daño, la ejecución forzada de una deuda, la nulidad, la restitución, etc.; pero ninguna de esas sanciones, pertenece al área del Derecho Penal. Este último es, como expresa el Dr Eugenio R. Zaffaroni ("Derecho Penal", pag. 31), "la parte del control social que resulta institucionalizado en forma punitiva y con discurso punitivo", de allí que el castigo, la sanción, la pena, son materia que hacen a la esencia del sistema penal. O sea que el Derecho Penal, se define por su finalidad punitiva, o, como expresa el mismo autor citado (p. 55): "todo el derecho provee a la seguridad jurídica, pero sólo el derecho penal provee a ella con la coerción penal". El titular del derecho a la coacción penal es el Estado, pero los destinatarios de ella son el Juez y el Pueblo.

De allí la necesidad de la pena. Si imaginamos una sociedad sin conflictos y en la cual todos los ciudadanos cumplen con las leyes, no sería necesaria la

existencia de esa herramienta social de prevención y resolución de conflictos que es el Derecho y, obviamente, tampoco se requeriría que existan penas.

Las distintas escuelas o corrientes de pensamiento dentro del Derecho Penal, suelen coincidir o abrevan, en tesis filosóficas sobre la pena, de la cual extraen su desarrollo. Hay una clasificación clásica de estas fundamentaciones de la pena: teorías absolutas, relativas y mixtas.

La consideración general de las teorías acerca del fin y fundamento de la pena nos muestra que este tema, en sus aspectos fundamentales, es un problema de filosofía jurídica. Cuando se busca el fundamento de la pena, la pregunta no puede ser resuelta como una cuestión aislada y autónoma, porque aquella no constituye sino una de las formas de la coacción jurídica que caracteriza a toda norma de derecho como tal.

DESARROLLO DEL TEMA

I) **Noción, carácter y fin de la pena**

I. Definición de pena: Pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos.

II. Distintos Aspectos: De ese concepto se desprende que la exposición de la teoría de la pena debe considerar a ésta desde un doble aspecto: como amenaza y como ejecución, pues si bien la ejecución es solamente la consecuencia o el cumplimiento de la amenaza, la sistematización total de los principios no se logra refiriéndose solamente a alguno de esos dos momentos. Por eso se diferencia, en la doctrina, la exposición que se refiere a la pena legal, de la que considera el aspecto ejecutivo.

La ley, en efecto, contiene dos clases de principios penales. Por una parte, establece, en una serie de disposiciones generales, varias clases

de penas, las cuales, en la parte especial, aparecen vinculadas con determinadas figuras delictivas. En este sentido, la teoría de la pena se preocupa de estudiar en general esa consecuencia de la ilicitud, los principios comunes que la gobiernan, sus caracteres, etc. Pero, por otra parte, la ley contiene disposiciones cuyo objeto consiste en adecuar la pena al caso particular dentro de ciertos márgenes y respondiendo a ciertos fines.

Aún se pueden estudiar en forma autónoma los principios que rigen la ejecución misma de las penas, especialmente referibles al derecho penitenciario dada la gran importancia de la ley privativa de la libertad en el derecho penal moderno.

III. La pena como retribución: La pena presenta siempre el carácter de una retribución, de amenaza de un mal, que se hará efectiva mediante los órganos del Estado y con un procedimiento prefijado, contra el autor de un delito.

Importa, e su primer momento, una coacción moral, por la cual se ponen contra motivos a la comisión del delito.

Este aspecto de la pena plantea al legislador la primera tarea delicada, que

consiste en una valoración prudente y adecuada de las magnitudes penales. El cálculo que el legislador efectúa no importa sino una apreciación normal, conforme con la experiencia cotidiana, y tiene por base, sobre todo la valoración del bien jurídico a que la pena se vincula, el mayor o menor grado de protección del que gozan, los caracteres personales que la infracción pone de manifiesto, etc.

El aumento inmoderado de las penas, excediendo ese límite de prudencia, no solamente muestra una tendencia políticamente tiránica, y una fundamental inseguridad del poder, sino que constituye un error psicológico, pues las penas psicológicamente más eficaces resultan las penas justas, que son al mismo tiempo reflejo de una sensibilidad mas fina. Dice, con razón Piel que "el sistema de las penas se atenúa en los períodos de más alta civilidad y seguridad jurídico. Al contrario los regresos culturales y políticos conduce a una retribución mas rígida".

La pena, como retribución que es se distingue de las demás sanciones que solamente tienen por objeto reparar un mal causado. No se puede confundir con la indemnización de daños e intereses. La comparación entre ésta y una pena de multa, por ejemplo, nos mostrará, siempre, que la multa constituye un verdadero perjuicio, un mal, una positiva disminución de su patrimonio para el que la sufre, mientras que, en realidad, "la indemnización no importa necesariamente un perjuicio patrimonial; el que devuelve lo que con la acción perjudicial obtuvo, no es por ello mas pobre que antes" (1). Por cierto que, además de esa diferencia, que es la fundamental, y derivadas de ella, se pueden señalar otras: la pena es personalísima, requiere siempre la culpa personal; la indemnización se vincula a un patrimonio más que a una persona. La pena lleva siempre un elemento de compensación ideal de una lesión causada al derecho en general. Aún cuando el daño externamente causado por un delito sea reparable, la pena no tiende a satisfacer solamente la exigencia de esa reparación.

Si eso bastase, no habría diferencia entre ilicitud civil e ilicitud penal; la pena hiere al delincuente (2), porque el delincuente ofendió algo más que un derecho subjetivo privado e indemnizable.

Existen, sin embargo, medidas jurídicas que acarrean un verdadero mal para el que las sufre, y que, sin embargo, no constituyen una pena, precisamente porque ellas son aplicadas como necesarias, pero no contienen idea alguna de retribución, como ser la prisión preventiva, el arresto de un testigo hasta que declara, el arresto de personas presentes

en la comisión de un delito, mientras se identifica al autor, etc.

Ese carácter de la pena, como retribución, es el que señala sus límites.

Contrariamente a una creencia muy difundida según la cual el principio de retribución importa una base inadecuada y cruel para la pena, esa idea señala, en realidad, los verdaderos límites humanos de ella, pues pone en relación valores naturalmente limitados; el valor de los bienes jurídicos lesionados, por una parte; el disvalor de los males causados al autor, por la otra.

Esa proporción tiene un límite natural en la vida misma del castigado, y

además, límites culturales, que para el derecho obran también como límites naturales, a los cuales nos referiremos enseguida. No es un impedimento.

Lo que el principio de retribución considera y relaciona son los distintos bienes jurídicos y los distintos modos de conducta por los cuales aquellos son vulnerados, y en ello encuentra otro límite y criterio de prudencia. Por eso no es posible señalar lindes formalmente rígidos, pues esas escalas de valor están proporcionadas por la historia cultural de un pueblo. A un país agrícola corresponde una sobrevaloración de ciertos bienes, distintos a los que corresponden a un país de cazadores.

Además, esa idea de retribución nos pone a cubierto de la utopía de la supresión de los delitos, por la cual se va gradualmente a los mismos resultados a que conducen la tesis del escarmiento y la corriente ascética: a la multiplicación e intensificación de los castigos. La pena es retribución, ese es su carácter sustantivo, aún cuando tiene otros fines (3); no es un impedimento físico del delito, sino solamente un obstáculo que lo hace más difícil, que vincula a su comisión un motivo necesario de desagrado, con la amenaza de un mal. Una de las críticas repetidas por el positivismo contra el sistema represivo, está basada en la ineficacia de las amenazas, que no suprimen el delito. Partiendo de esa idea han aparecido legítimos todos los medios de evitación,

llegándose a la teoría de la peligrosidad predilectual, por la que en aras de la prevención se sacrifica totalmente la libertad. Ésta idea que tan grandes consecuencias trae para la convivencia normal en sociedad, se basa en el error de suponer que los delincuentes (en potencia) son una clase separable y reconocible de individuos. Esto atenúa el error científico.

Los delincuentes posibles no constituyen una especie aparte; son hombres, son todos los hombres. El principio de retribución trata al delincuente como persona y no como cosa desprovista de derechos

Es en este principio y no en un sentimentalismo vago en lo que debe apoyarse ese precepto que Finger llama de "humanidad" (4) y Mezger de "consideración personal" (5). Nadie hay de quien pueda decidirse que es total y absolutamente malo o bueno.

El hombre de bien, dice Platón, tan pronto es malo, tan pronto es bueno. Por otra parte, el delito no siempre es una manifestación clara y terminante de maldad absoluta; al contrario, el delito nos muestra, con la mayor frecuencia, una serie de pequeñas cosas cotidianas e indiferentes en sí, que van llevando, como de la mano, a temperamentos carentes de inhibición hasta lo que constituye un delito. No diremos que sea fantástica la experiencia de grandes criminales; decimos solamente que es excepcional; que las grandes cifras de la delincuencia están dadas por aquellos que son generalmente buenos y excepcionalmente malos.

El derecho penal moderno está constituido sobre la idea de la persona, que es la única forma de que la ley no sea un instrumento tiránico.

Un derecho construido sobre la idea de que todo posible trasgresor es un carente de todo derecho, no solamente no corresponde a nuestro derecho positivo, sino que es la negación misma del proceso histórico que desde el siglo XVIII hasta nuestros días ha elevado la actividad punitiva, de un principio

de ciega crueldad a una digna ecuación de equilibrio.

IV. La pena como disminución de un bien jurídico.

La pena es un mal, porque es la disminución de un bien jurídico.

Para castigar, el derecho quita lo que estima valioso. La pena es una lesión inferida como lesión, por el derecho. En consecuencia, para saber si la pena es o no un mal, el punto de vista válido es el del derecho.

Adoptando el punto de vista de los eventuales delincuentes, es evidentemente imposible llegar aun concepto claro. La pena es jurídicamente un mal, y no puede dejar de serlo, porque no se puede ofrecer un premio al delincuente futuro(6). El error proviene de confundir el concepto de la pena con la eficacia psicológica de ella. Lo que un individuo piensa sobre una situación jurídica puede no coincidir con lo que esa situación es jurídicamente.

Puede suceder que el delincuente no reciba la pena como mal; no por ello deja de ser pena. El vagabundo que comete una pequeña ilicitud para ganar el bienestar de la cárcel durante unos meses de invierno,

sufre jurídicamente una pena, porque el derecho valora la libertad mas que el bienestar. Claro está que la eficacia de un sistema penal depende de la coincidencia entre sus valoraciones y las valoraciones psico-sociales medias. Un derecho penal que construyera sus penas sobre la base de bienes socialmente poco valiosos sería ineficaz.

Hemos dicho que, en un principio, puede ser medio penal la disminución de cualquier bien jurídico. Existen, sin embargo, a este respecto, limitaciones jurídicas, algunas de carácter constitucional, y limitaciones culturales y aun psico-sociales. No todo lo que la fuerza puede hacer lo hace el derecho. Ninguna pena puede importar una pérdida total de la personalidad del individuo; ni siquiera privar de lo que son situaciones de la persona, y no bienes jurídicos, como la calidad de padre, de hijo, de esposo o de nacional.

Con relación a nuestro sistema jurídico, están directamente limitadas las facultades penales del Congreso, por los arts. 17 y 18 de la Const. Nac.: no puede establecerse la pena de muerte por causas políticas; está prohibida la pena de azotes, toda especie de tormentos y toda mortificación que vaya más allá de lo que la seguridad exija (art. 18). Con respecto al patrimonio, está prohibida la confiscación de bienes. Además, nuestro derecho penal común no contiene la pena de muerte, ella se encuentra solamente en el Código de Justicia Militar.

Para nuestro sistema penal, pues, puede afirmarse con todo rigor, que ninguna pena importa la pérdida total de derechos, como sucede con la pena de muerte o la muerte civil.

En general, Finger señala para la pena los siguientes criterios (7).

Humanidad del medio penal. No deben adoptarse como castigos aquellas medidas que hieren los sentimientos normales de piedad y respeto a las personas, aun la del criminal. El estado no debe adoptar los procedimientos de un resentido, ni excitar los complejos inferiores de sadismo.

Moralidad: Debe tener al mejoramiento del individuo. Este requisito es uno de los problemas fundamentales de nuestra realidad penitenciaria.

Personalidad: Debe actuar la pena exclusivamente sobre el culpable.

Igualdad: Debe significar lo mismo para todos los que la sufren. También en este punto resta mucho por hacer en el país, pues muchas cárceles carecen de lo indispensable.

Divisibilidad: Ella importa la posibilidad de adaptación perfecta del caso. El período de las penas rígidas ha pasado a la historia. Al tratar los principios de la aplicación judicial de la pena nos referimos especialmente a este punto.

Economía: Debe exigir al estado el menor sacrificio posible.

Revocabilidad: Siendo la imposición de la pena una obra humana, no puede destacarse la posibilidad del error. En consecuencia, la pena revocable es superior a la irrevocable. Este es uno de los argumentos que más se han hecho valer contra la pena de muerte.

A esos caracteres, señalados por Finger, puede agregarse uno de la mayor trascendencia: el de la mínima suficiencia, es decir, la elección de una pena debe representar el máximo de eficiencia con el mínimo de lesión, principio éste de la mayor importancia, según veremos, por cuanto de él se derivan instituciones características del derecho penal moderno.

Los bienes jurídicos que son alcanzados por nuestro sistema penal son los que nos suministran criterio para la clasificación de las penas; afectan la libertad, el patrimonio y determinados derechos, como ser los políticos, el de desempeñar cargos, etc.

V. El fin preventivo de la pena

No es justo hacer una separación del fin de la pena, como si se tratase de algo de lo cual la pena puede prescindir.

El derecho todo es un modo del querer (Stammler), y las características de todo acto de voluntad es la de mentar otra cosa que no es la acción misma mediante la cual aquello se obtiene o satisface. El derecho se mueve en ese mundo.

Es preciso librarse del error de confundir lo que la pena es con lo que la pena quiere. El ser de la pena constituirá el medio del cual el fin de la pena se sirve.

Sobre la base de esta distinción, si miramos a la pena en sus dos momentos, el de la amenaza y el de la aplicación, veremos que ella es mal cuyo fin es evitar el delito. Ese fin de la pena es el fin inmediato y que, por decirlo así, envuelve a todos los demás que suelen señalarse: restablecer la tranquilidad social, impedir los hechos de venganzas, intimidar, corregir. Todo esto cabe en aquella idea, porque no se trata con la pena de evitar un delito determinado, sino de evitarlo en general.

Por eso, en ese aspecto preventivo se distinguen dos funciones: la prevención general y la especial. Esta distinción no corresponde exactamente a los dos momentos de la pena, el de la amenaza y el de la aplicación.

Se refiere a los destinatarios de efecto preventivo. En este sentido, es característico que la aplicación de la pena no solamente tiene el fin de prevenir los delitos futuros del condenado, sino que previene otros (venganza), y constituye una reafirmación del poder de la pena, válida para todos como advertencia.

V. La prevención general

Temporalmente, el primer fin de la pena es el de prevenir la comisión de los delitos, en general. No pudiendo éstos ser impedidos por medios físicos, el derecho pone este obstáculo psíquico, consistente en una amenaza.

Este aspecto de la pena ha sido criticado como falso e ineficaz. Tales críticas parten de dos ideas equivocadas: a) la pena –tratamiento; b) la división de la sociedad en dos clases: los buenos y los delincuentes (8).

En realidad, esas concepciones del positivismo penal partían de una hipótesis científica no confirmada: la anormalidad patológica del delincuente. Si esto fuere cierto, o siquiera posible, y los delincuentes estuviesen necesariamente organizados para delinquir, sería indudable la inutilidad de toda amenaza, y la pena se transformaría, efectivamente, en un procedimiento objetivo, semejante a cualquier otro procedimiento administrativo puramente asegurador (custodia de alienados). No habría para qué amenazar, pues quienes entenderían la amenaza serían solamente los que no delinquen; en cambio, aquellos contra los cuales la amenaza se dirigiera, delinquirían lo mismo.

No hay que dar importancia excesiva a esos errores, porque se han mantenido en el plano de la pura teoría. Aun los partidarios más decididos de esa tendencia, cuando han tenido que proyectar una ley penal, han construido una ley amenazante. Como ejemplos, baste citar los proyectos de Ferri y de Coll y Gómez. Este último puede, inclusive, caracterizarse por un señalado aumento en el monto de la penalidad, aun cuando los autores aclaran que la razón que a ello les ha inducido es que juzgaron necesaria "la mayor duración de las sanciones, para ciertos delitos, a los fines de un mejor tratamiento de sus autores" Ese tratamiento, claro está, en el Proyecto se presenta bajo la forma de reclusión, prisión, internación en un manicomio, expulsión del país, inhabilitación y multa. Hace falta analizar, y es lo que el positivismo olvida, qué es ese tratamiento ofrecido por la ley, antes de su aplicación; qué es lo que el legislador escoge para poner al lado de cada delito. Que sea un tratamiento no cabe duda; el debate no está en ese punto, sino más allá; hay que averiguar si al que cometa un delito se le promete tratarlo bien o tratarlo mal. Parece evidente que los tratamientos están ofrecidos a los eventuales transgresores diciéndoles, *cum grano salis*: mejor es que no tengan que ser tratados.

El principio de la prevención general podrá ser criticado como más o menos eficaz; pero no es posible negar que una ley que prohíbe una acción e intenta evitarla, debe necesariamente contener una amenaza, y que no se puede amenazar ofreciendo un bien, sino prometiendo un mal. Que a ese mal se le llame sanción o tratamiento es un eufemismo sin consecuencias; su nombre tradicional es pena.

La pena conminada en la ley es una amenaza, y no puede dejar de serlo, porque no hay otra manera de marcar como delictuosa una acción definida por la ley. Dentro de un sistema jurídico, serán delitos las acciones prohibidas bajo amenaza de esa específica clase de sanciones caracterizadas como retributivas. Este es el sentido del tercer principio de Feuerbach: *nullum crimen sine poena legalí*. En lo tocante a su eficacia, los argumentos contrarios no son tampoco exactos. Ya hemos repetido que no se puede aceptar el argumento de

que no suprime al delito, pues no es ése su objeto, sino dificultarlo. La experiencia cotidiana nos muestra que muchas cosas no las hacemos, por evitarnos una molesta consecuencia. Ese principio hedonístico es el que inspira las leyes penales en este aspecto.

En tal sentido, para la mayor eficacia, la pena debe también reunir ciertas calidades. Librándonos de la idea preventivista que lleva al aumento indefinido de la penalidad, la historia nos muestra que la mayor eficacia corresponde no a las penas muy severas, sino a las penas justas y proporcionadas. La mayor virtud de una pena legal es su perfecta coincidencia con la valoración media de los bienes que tutela. Las penas excesivas desprestigian al poder que las dictó, como poder débil; son reflejos de inestabilidad social, de insensibilidad política y moral; todo ello sin dar autoridad a la ley que las contiene.

VII. La prevención especial

La confusión que hemos señalado en los números precedentes, acerca del valor jurídico y del valor psicológico de la pena como mal, ha sido la causa de graves incomprensiones en diversos sentidos. Nos hemos referido ya a la incomprensión de algunos por el aspecto jurídico, que les induce a negar la calidad de la pena como mal. Pero ése era un error teórico sin mayores consecuencias en la legislación. Juzgamos más grave, por sus consecuencias sociales, el error opuesto, consistente en dar por equivalente el mal jurídico de la pena con el sufrimiento, el castigo para el individuo. Esa idea tiene por base el pensamiento de que la justicia absoluta es el único fundamento y fin de la pena; se satisface con la realización de un equilibrio simbólico, haciendo sufrir al que hizo sufrir, sin conocer a esa actividad jurídica ningún fin ulterior. Esto conduce al ejercicio de una actividad puramente vengativa, cuyos motivos están todos en el pasado, despojada de toda preocupación por los resultados ulteriores.

Así como no cambia la naturaleza de la pena cuando el delito se ha cometido, así tampoco cambia o desaparece el fin; éste sigue siendo el de evitar nuevos delitos, de manera que una de las virtudes que debe reunir el mal amenazado es que, al cumplirse, tenga eficacia preventiva con respecto a nuevas transgresiones. Tan importante es esta idea, que ella señala uno de los límites más firmes a la penalidad. Es, en efecto, posible castigar a un delincuente de muchas maneras. "Todo lo que como mal puede ser sufrido, puede constituir un medio penal"; sin embargo, aparte de las razones culturales a que ya nos hemos referido, el Estado rechaza el empleo de algunos medios penales, solamente por considerar que ellos, en vez de evitar delitos futuros, los favorecen, creando causas, principalmente psicológicas, de delincuencia.

Si la pena conserva su pretensión de eficacia, de prevención, después del delito, la mejor pena será aquella que, aplicada, ataque las causas de delincuencia futura; la que, al traducirse en acto, muestre un mayor poder de

influencia benéfica.

La aplicación de la pena tiene efectos preventivos de orden general, en cuanto muestra a los malvados la efectividad del mal amenazado, evita los hechos de venganza, etc. Pero el mayor influjo que ella debe ejercer es sobre el delincuente. El delito es, ante todo, conducta humana; pone de manifiesto deficiencias que, aun cuando sean referibles a otras causas, han actuado a través de un temperamento individual. En consecuencia, la pena, en el momento de su aplicación, debe atender, sobre todo, a la necesidad de suministrar a ese sujeto motivos psicológicos y sociales de buena conducta futura. A esto es a lo que se llama prevención especial. Es el efecto de evitación de nuevos delitos que la pena debe ejercer sobre el que la sufre.

Este capítulo del derecho penal ha experimentado considerable enriquecimiento teórico y práctico durante los últimos años, gracias a los progresos de la psicología y la psiquiatría, a la renovación experimentada por los sistemas penitenciarios y a la mejor comprensión de los aspectos causales de la delincuencia en general. Debe reconocerse, en este punto, la favorable influencia de modernos estudios antropológicos, emprendidos desde un punto de vista estrictamente científico. Por otra parte, han sido de gran influjo, en el aspecto jurídico, los Congresos de la Unión Internacional de Derecho Penal, la acción de Von Liszt y de Ferri, los proyectos alemanes y suizos de código penal, algunas leyes inglesas, norteamericanas y belgas, etc. En los últimos tiempos ha alcanzado importancia la acción de la Sección de la Secretaría de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes(9).

Los resultados que esa vasta acción ha traído al derecho penal, desde el punto de vista de la prevención especial, se refieren a los siguientes temas: tratamiento de defectuosos, nuevo régimen para menores, sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración, sistema de sentencias indeterminadas, condena de ejecución condicional, libertad condicional, "probation", perdón judicial, rehabilitación, ampliación del sistema de medidas de seguridad ; todo ello sin contar los progresos de la técnica penitenciaria, la cual, dado el extraordinario desenvolvimiento de las penas privativas de libertad, tiene importancia capital.

De todas estas medidas nos ocuparemos especialmente, en los párrafos siguientes, pues, con mayor o menor alcance, la mayoría tiene reconocimiento en la ley positiva.

Aquí importa destacar solamente que es tanta la importancia de la idea de la prevención especial en el derecho moderno, que, en ciertos casos, altera profundamente el régimen de una sanción, y señala límites al interés del

Estado por la aplicación efectiva de ciertas penas, cuando éstas, en el caso concreto, puedan dar resultados poco favorables en el sentido de la prevención de futuros delitos. En este aspecto, el ejemplo típico es el de las penas privativas de libertad de corta duración. La aplicación de éstas muestra que a veces pueden tener ciertos efectos dañosos, cuando se trata de un delincuente primario: después de su entrada en la cárcel, el sujeto ha perdido el saludable temor que ello le inspiraba, sabe que está socialmente marcado como ex penado y que, en definitiva, "aquello" no era tan terrible; la policía lo tendrá siempre en sospecha; en la cárcel se ha encontrado con verdaderos criminales que pueden haber influido en su débil temperamento; por cumplir la pena de uno o dos meses, perdió su ocupación, abandonó su familia, en la que, faltando el jefe, ha cundido la miseria, el desorden y hasta la inmoralidad; los hijos tienen al padre en la cárcel, a pesar de que el padre es, generalmente, el hombre mejor del mundo, etcétera. Son tantos los males que causa el cumplimiento de la pena privativa de libertad de corta duración, y tan manifiestos los riesgos de nuevos delitos que crea, que el Estado se ve precisado a optar por caminos menos peligrosos. El régimen de multas, la condena condicional, el perdón, la admonición, son procedimientos para evitar aquellos males.

En todos estos casos, prevalece la idea de renunciar, en mayor o menor medida, a la pequeña retribución, para evitar en el futuro la necesidad de una represión mayor. El delito pasado es incancelable, los futuros pueden todavía evitarse.

II) Distinción fundamental de las doctrinas

Para diferenciar las doctrinas que tratan de justificar la pena, se ha señalado, como característica, una idea fundamental que separa a los pensadores: para unos, la pena es un fin en sí, según otros, es un medio tendiente a otros fines. Claro está que esa distinción es solamente un esquema muy general, pero marca con nitidez, quizá un poco exagerada, la diferencia entre las que se han llamado: teorías absolutas y teorías relativas. Se llaman finalmente teorías mixtas las que, distinguiendo en la pena ambos aspectos, no se conforman con acordarle una sola característica absoluta o relativa.

Es necesario no atribuir a estas clasificaciones un valor absoluto, pues no tienen más alcance que el de agrupar pensadores que no siempre han constituido escuela.

Distintos tipos de teorías de la pena

1- Teorías absolutas de la pena

Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. "Absoluta" porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, se "suelta" de él.

El pensamiento común que caracteriza estas teorías es el de juzgar a la pena

como una consecuencia necesaria e ineludible del delito, ya sea porque debe ser reparado, ya sea porque debe ser retribuido. Por una u otra razón, lo fundamental es que la pena sigue tan necesariamente al delito como el efecto a la causa. Ninguna consideración de carácter utilitario o externo a esa necesidad puede valer para impedir la aplicación de la pena; su razón está toda en el delito cometido.

Exponiendo estas clases de doctrinas se distinguen dos grupos: para algunos, el delito es un mal que debe ser curado, que puede repararse, y la pena es el medio único de reparación; para otros, el delito es mal definitivo e irreparablemente incancelable⁽¹⁰⁾; la pena es una forma ineludible de retribución.

a) Teoría de reparación: Estas doctrinas no ven en el mal del delito en el hecho exterior, sino en la voluntad determinada por motivos inmorales. Por eso, la pena es una necesidad, para llevar por el sufrimiento, a la moralidad que es voluntad divina.

Dentro de la primera corriente, puede tomarse como ejemplo el pensamiento de Kohler, para quien el dolor que la pena representa hace expiar y purificar la voluntad inmoral que hizo nacer el crimen, de manera que destruye la verdadera fuente del mal.

Más importancias tienen, sin dudas las teorías absolutas que se basan en la retribución, partiendo de que el delito es un mal en sí mismo incancelable. Se lo distingue según que acuerden a esa retribución un fundamento religioso-político, moral determinado.

b) Teoría de retribución divina: Para ésta doctrina, el estado no es una creación estrictamente humana, sino la exteriorización terrenal de un orden querido por Dios. La pena aparece como el medio por el cual el estado vence a la voluntad que hizo nacer el delito y que se sobrepuso a la ley suprema. Es una necesidad ineludible para mostrar el predominio del derecho.

c) Teoría de retribución moral: Kant se ha ocupado por dos veces expresamente del problema de la pena: en la Crítica de la razón práctica y en la segunda parte de los Principios metafísicos del derecho. Una de las notas que, según Kant, caracterizan el precepto moral precisamente como mandato y no como un simple consejo, consiste en que, en la idea de nuestra razón práctica, la transgresión de la ley moral es algo "digno de pena".

Es tan estrecha para Kant la relación entre la ley penal y el principio ético, que todo su derecho penal se construye, en realidad, sobre la escueta aplicación de su célebre principio: "obra de modo que la máxima de tu voluntad pueda siempre valer también como principio de una legislación universal". Partiendo de ese postulado, nos dirá después: "el mal no merecido que haces a otro de tu pueblo, te lo haces a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo..."

Aquel principio de la razón práctica lleva en esto a la igualación de males, y por ello concluye Kant en la estricta aplicación de una fórmula talional: el que mate, debe morir; no hay aquí ninguna atenuación posible, porque aun la vida más penosa no puede identificarse con la muerte.

Pero, no habiendo Kant separado el derecho de lo moral, se ve precisado a

hacer una serie de distinciones empíricas, para mantener su principio talional, y salvar además, algunos casos de evidente injusticia (infanticidio, duelo).

d) Teoría de la retribución jurídica: El fundamento de la pena como institución jurídica ha sido dada por Hegel, en conformidad perfecta con su sistema filosófico.

La pena aparece como negación de la pretendida negación del derecho, es la demostración de su irrealidad y, con ello, el restablecimiento del imperio inatacable del derecho. De ahí su necesidad de absoluta.

La pena realiza una especie de demostración. La conducta del delincuente es necesariamente contradictoria, pues el sujeto, con su delito, afirma la propia libertad y niega la existencia de ella en los otros, como voluntad posible. El delincuente, al intentar la destrucción del derecho, mediante la violenta negación del derecho de otros, erige la violencia de la ley, y a ella sucumbe; en lo que se ve cuán irracional, y con ello cuán irreal, es su conducta. La pena es una especie de retorsión de la propia negación del derecho que el delincuente intentará; una voluntad racional, al querer la violación del derecho, es como si quisiera la pena.

2-TEORÍAS RELATIVAS:

A diferencia de las doctrinas absolutas, éstas no consideran a la pena desde el punto de vista estricto de la retribución, y como algo justificado en sí y por sí mismo. La pena no es un fin sino que tiene un fin. Su justificación no se encuentra, pues, en ella misma, sino en otro principio. Podría decirse que en toda teoría relativa, la pena no se explica por un principio de justicia, entendida esta en un sentido del equilibrio o retribución, sino que la hace justa su necesidad social.

La seguridad social es lo que da sentido a la represión; ésta, en consecuencia, no mira al delito como causa de la pena, sino como ocasión de aplicarla.

Fácilmente se comprenderá que este tipo de doctrina haya adquirido desarrollo, principalmente a partir de la teoría social contractualista, que importa una especie de relativismo político, claramente es este punto.

a) Teoría contractualista: Este criterio proviene de Rousseau, y se manifiesta con influencia específica en el campo penal a través de la obra de Beccaria. Esta teoría se destaca de las anteriores al señalar el carácter relativo de las organizaciones sociales; "el orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros. Sin embargo, este derecho no viene de la naturaleza; ésta pues, fundado sobre convenciones".

El pacto social tiene por fin la conservación de los contratantes; con él los ciudadanos no hace más que proceder en la misma forma en que individualmente proceden cuando se encuentran en peligro: lo arriesgan todo, incluso su vida.

El quiere conservar su vida a costa de los otros, debe darla también por ellos cuando es necesario, en consecuencia, el hombre, al pactar, tomando en cuenta que puede ser víctima de un asesino, consiste en morir si él se hace reo de asesinato, no porque renuncia eventualmente a su vida, sino porque reconoce que, puede ser necesario matar.

El delincuente es una especie de traidor al pacto (a la patria); su conservación es incompatible con el estado: cuando se condena al culpable, más que a un ciudadano, se condena a un enemigo. Sin embargo, la frecuencia de los suplicios es siempre un signo de debilidad social. "No hay malvado al que no pueda hacerse bueno para algo. No hay derecho a morir, ni como ejemplo, sino aquel que no se puede conservar sin peligro."

También para Beccaria la necesidad constriñe a los hombres a asociarse, cediendo parte de la propia libertad, aquello que es indispensable. El fundamento y el límite de la punición es la necesidad de conservar la seguridad social, y las penas son tanto más justas, cuanto más sagradas e inviolable sea la seguridad, y la mayor libertad que el soberano conserva a los súbditos.

En el fondo de las doctrinas estrictamente contractualistas se encuentra en consecuencia, la idea de la pena como reacción defensiva para la conservación del pacto social, ya que el delito coloca al reo fuera de la protección del orden social.

En una palabra si bien las doctrinas contractualistas muestran que la pena tiene un fin de defensa social, es preciso indagar cómo esa defensa se opera, cómo, por medio de la pena, se previene la delincuencia. Este es el objeto de la teoría de la prevención.

b) Teoría del escarmiento. En las antiguas leyes y costumbres medioevales, la ejecución pública de las penas, y especialmente de los suplicios, tenía el fin fundamental y específico de inspirar temor en los pueblos. Las agravaciones que con tanta frecuencia llevaba consigo la pena de muerte, y que se ejecutaban ordinariamente en público, tenían por objeto el escarmiento.

El peligro de esta tesis consiste en que hace ineludible la necesidad de ejecutar una pena toda vez que un delito se produce, y en que, guiada la justicia por esa necesidad, el ejecutado aparece como un medio para operar el escarmiento. Es un tipo de reacción ciega y temerosa, que vemos esporádicamente renacer en el seno de poderes tiránicos, para los cuales el terror es un instrumento de gobierno.

Esta concepción además, suele presentarse vinculada con el falso supuesto de que el fin último de la pena consiste en la supresión del delito, idea que se han mostrado funesta en la historia de la penalidad, y fuente de repugnantes crueldades, porque cada nuevo crimen, al mostrar la insuficiencia del escarmiento anterior, conlleva la necesidad de apelar a medios más impresionantes. El error proviene de haber sustituido la finalidad correcta de obstaculizar el delito, procurando su disminución, por la idea falsa de suprimirlo.

Es uno de los méritos mayores de Feuerbach y de Romagnosi haber puesto de manifiesto el modo en que la pena opera, y la diferencia que media entre la idea de escarmiento y la intimidación como medios preventivos.

c) Teoría de la prevención mediante la coacción psíquica. Para Feuerbach, el interés fundamental del estado es que no ocurran violaciones del derecho, ése es su fin específico. Le es preciso, para ello, disponer instituciones que prevengan en general los delitos, para lo cual se ha

de servir de lo que es característicos de su poder: la coacción. Pero tratándose de evitar los delitos, la coacción física no es ni posible ni eficaz en la mayoría de los casos; no lo es, sin duda alguna, e general, por lo cual es necesaria una forma de coacción efectivamente anterior al delito, que tenga función en todo caso: tal coacción solamente puede ser psíquica.

La fuerza que lleva a los hombres a delinquir es de naturaleza psíquica; son sus pasiones y apetitos. Ahora bien, esos pueden contrarrestarse haciendo que "todo sepan que a su hecho le seguirá inevitablemente un mal mayor que el que deriva de la insatisfacción del impulso de cometer el hecho".

Esa coacción psíquica se opera, de parte del estado, amenazando con una pena la transgresión posible de la ley, y mostrando la realidad de la aplicación de esa pena, cuando la ley es transgredida.

El mérito principal de esta teoría consiste en fundarse en conceptos exactos acerca del mecanismo de la norma jurídica y de su modo de operar en la vida individual y social, reconociendo en el hombre, como una condición natural de su ser, la libre capacidad de determinación.

d) Teoría de la defensa, inspirada en Romagnosi. El carácter relativo de la doctrina se manifiesta en ésta idea: "si después del primer delito se tuviese una certeza moral de que no ha de suceder ningún otro, la sociedad no tendría ningún derecho a castigarlo" Esa certeza en el sistema de Romagnosi es imposible, según se verá en seguida.

El derecho penal, en sustancia, no es más que un derecho de defensa habitual contra una amenaza permanente, nacida de la ingénita intemperancia. Como defensa, su objeto es la evitación de delitos futuros; pero la ocasión para aplicar la pena la suministra un delito cometido. Aun cuando la génesis de la pena está en la legítima defensa, la necesidad de ella no se asienta sobre la consideración del delito

futuro, sino en el efecto destructivo del cuerpo social que tendría la impunidad posterior al delito: "la sociedad tiene derecho de hacer suceder la pena al delito, como medio necesario para la conservación de sus individuos". En consecuencia para el ejercicio del acto punitivo se requieren dos delitos, uno en el pasado cometido por el reo, otro en el futuro, comisible por los malvados o por el mismo sujeto, en el caso en que el reo quedase impune: "el uno como condición necesaria y causal ocasional de la pena, el otro como objeto que por medio de la pena se quiere evitar"

Para lograr ese objeto de defensa, la pena tiene que actuar sobre el futuro del delincuente, incluyendo en su ánimo mediante el temor. El fin de la pena no es el de "atormentar o afligir a un ser sensible, ni el de satisfacer un sentimiento de venganza; ni revocar en el orden de las cosas un delito ya cometido, y expiarlo, sino infundir temor a todos los malhechor, de modo que, en el futuro, no ofenda a la sociedad, inspirar terror con la previsión de un sufrimiento."

La pena opera, pues, por un mecanismo psíquico; se dirige al hombre interno. La medida de ella está dada por la magnitud del impulso al que tiene oponerse. Ante la fuerza que impelen al delito la pena representa una fuerza repelente.

e) Teoría de la prevención especial

En las teorías relativas hasta aquí examinadas hemos visto que, cuando toman como base la prevención se refieren a la evitación indeterminada de los delitos

en general, comisibles por cualquier sujeto posible.

Es por ello que se destaca el valor de la pena como amenaza de un mal, dirigida a todos los individuos de la sociedad. Ese carácter indeterminado de la amenaza hace que a tales teorías se las llame teorías de la prevención general, por oposición a otro grupo de teorías que destacan el sentido preventivo de la pena con relación a un sujeto determinado, ello es, con respecto al delincuente.

La razón de estas teorías está en la pena, como amenaza, se muestra impotente para evitar el delito. Ahora bien, es preciso justificar la pena precisamente en el caso en que ha fracasado como amenaza, es decir, con respecto al sujeto que delinquiró.

La seguridad social no se logra por medio de la conminación abstracta de la amenaza penal; todo el interés debe incidir en la consideración concreta de la fuente productora de delitos: la voluntad del delincuente. La prevención se opera, en consecuencia, destruyendo la energía criminal allí donde efectivamente se halla, esto es, en el sujeto que

delinque : frente a la prevención genérica como *modus operandi* de la pena, tenemos, pues, la prevención específica.

La forma más importante e influyente de las teorías de la prevención es la teoría correccionalista.

f) Teoría Correccionalista: El representante más destacado de la posición correccionalista fue Roeder. Por ésta doctrina, se transforma unas de las ideas tradicionalmente básicas del derecho penal: la pena deja de ser un mal, porque su objeto no consiste en inspirar terror, ni en amenazar, sino en mejorar al sujeto que delinquiró, en hacer un bien tanto para el individuo como para la colectividad. El problema que el correccionalismo trata de resolver es el de la reforma del delincuente, de manera que después del "tratamiento" queden anuladas en él las tendencias que le llevaron al delito.

Ese mejoramiento tiene distintos caracteres, según diversos autores; pero; para Roeder, es un mejoramiento de carácter moral, pues lo que el delito muestra es, sobre todo, carencia de sentimientos morales. El delincuente necesita, para su convivencia en el mundo social, una especie de reeducación, y ésta se la debe suministrar la pena.

La pretensión correccionalista es más modesta, y se contenta con hacer del delincuente un sujeto capaz de observar ese mínimo de buena conducta que permite participar de la vida civil. A esto se llama *enmienda civil*.

La doctrina correccionalista tiene particular influencia en España, a través de la obra de Pedro Dorado Montero, quien realiza la unión de postulados correccionalistas con las teorías de la escuela positivista, presentando un sistema singularísimo, en el cual el *jus puniendi* se transforma en derecho protector de los criminales. Considera, para ello, a la delincuencia adulta en sentido semejante al que se da generalmente a la delincuencia de menores.

Las tesis de Roeder dieron lugar a una brillante polémica entre él y Carrara, en la que éste mostró cómo la corrección es un principio totalmente insuficiente para fundamentar la pena en todos sus aspectos.

g) Teoría Positivista: El máximo desarrollo del pensamiento relativista y utilitario está representado por el sistema positivista, el cual, dentro de considerables variaciones, puede ser reducido a la unidad.

La pena no tiene ninguna razón de ser como retribución; es solamente un medio de defensa. La sociedad es un organismo que se comporta como los demás organismos, conforme con el principio de auto-conservación. El delito constituye un ataque a las condiciones de existencia, y por eso la reacción es necesaria. El fundamento de la justicia humana no está en ninguna razón trascendente, sino sólo en su necesidad biológica: es la defensa social, regida por las leyes naturales, y no por el arbitrio de una voluntad humana. Por otra parte, el positivismo, en sus formas primeras, arranca de la negación del libre albedrío, para afirmar el carácter patológico- o anormal- de los impulsos delictivos. De esta manera, la pena se transforma en una especie de tratamiento, cuyo objeto único es impedir que el sujeto cometa nuevos delitos. La pena no va a buscar su causa en la culpa, sino en la peligrosidad del individuo; y como la existencia de esa peligrosidad depende de las más variadas causas, la medida de prevención que se aplica no se vincula más que ocasionalmente con la acción cometida. La defensa preventiva puede ser necesaria, con relación al sujeto, hasta antes de que éste comete algún delito.

De ahí que toda distinción entre penas y medidas de seguridad deba descartarse. Se trata, en todo caso, de medidas de prevención, que tiene una causa y un fin comunes, aun cuando pueda existir alguna pequeña diferencia en el modo de actuar

3- TEORIAS MIXTAS

Llámense mixtas las teorías que hacen incidir sobre la pena un carácter absoluto y uno o más relativos.

Reconocen que al lado de la necesidad debe considerarse la utilidad, sin acordar a ninguno de estos dos principios un carácter exclusivo o excluyente. Se destacan las siguientes teorías.

a) Teorías de Carrara: Para Carrara (11), el orden social no se apoya sobre la concepción contractualista. La construcción de su sistema parte del dogma de la creación operada por un ser eterno e infinito, tanto en sapiencia como en bondad y en poder; siendo así, la creación debe tener un fin y estar regida por una ley, a que llama ley suprema del orden, que tiene cuatro manifestaciones: la ley lógica, la física, la moral y la jurídica.

Para el gobierno del hombre, no basta la ley moral, porque como ser dotado de la facultad de obrar, crea relaciones externas, sometidas, al mismo tiempo, a la ley física. El derecho ni es una relación inmediata con Dios ni lo es con las cosas: es una relación entre personalidades humanas. De ahí la ley jurídica, por la cual "el hombre, internamente libre, se garante el ejercicio exterior de su libertad". La ley jurídica vincula al hombre no como un simple cuerpo-un cuerpo no tiene deberes-ni como simple espíritu-sin necesidades-, sino como ser corporal y espiritual. Es una ley natural, porque natural es esa doble condición del hombre.

Pero la ley jurídica natural que da al hombre derechos, no puede concebirse sino acompañada de los medios de tutelarlos: la coacción externa, cuya razón última no es justicia, pues ésta, a su vez, tiene que basarse en otro fundamento que es la ley suprema del orden, emanada de Dios. "La justicia no es buena sino en cuanto es instrumento de orden". La justicia, por sí misma, no puede explicar que el hombre tenga derechos a martirizar a sus semejantes," por servir a una especulación estética". Con respecto a la facultad punitiva, es solamente un criterio negativo o limitativo. Lo que hace legítima la autoridad es la necesidad que el derecho sea defendido, concepto este que no debe confundirse con la defensa social, pues la sociedad no tiene una razón de ser en sí misma, sino en cuanto es un "instrumento necesario de la ley moral".

La tutela jurídica, fundamento del derecho penal, no ha de entenderse en concreto sino en abstracto; no significa que el delito ha de extirparse de la sociedad. Los hombres transgreden naturalmente las leyes, inclusive las divinas, cuya sanción es inevitable y tremenda. Es el principio abstracto lo que debe tutelarse ante su eventual negación. La pena no tiende, pues a aterrorizar, sino a tranquilizar, restableciendo la confianza en el imperio de la ley.

Fundar la pena en la justicia, es un error, porque la pena en manos del hombre no tiene otro fundamento que la necesidad de la defensa del derecho, la aplicación de aquel principio absoluto llevaría la sanción a la esfera interna y moral. Fundar la pena únicamente en la defensa, es justificar la tiranía de la razón de estado. He aquí cómo Carrara, mediante su fórmula de la "tutela jurídica", realiza la fusión de un principio absoluto con uno de carácter relativo; quita al derecho penal la rigidez que hallamos, por ejemplo en la fórmula de Kant, sin caer en un empirismo desorientado.

El hombre es, a un tiempo, súbito y conservador de la ley moral. Su justicia es necesaria, pero no absoluta, porque es falible; por eso no tiene un fin trascendente sino solamente fines humanos, y en esto encuentra su limitación.

b) Teoría de Merckel. En la teoría de Merckel, a la que se acuerda mucha importancia, se plantea los problemas dentro de un terreno más estrictamente técnico y jurídico, pues uno de los objetos específicos de su investigación fue el de buscar, dentro del general de las sanciones jurídicas, cuales eran las características propias de estas sanción a la que llamamos pena.

Observa Merckel, en efecto, que la pena corresponde a una categoría común con las demás consecuencias de los actos injustos (restitución, indemnización). La pena es necesaria cuando las demás sanciones reparatorias "no aparezcan suficientes para asegurar el fundamento psicológico de la soberanía del derecho"; es un principio complementario. El motivo de la pena se halla, pues, en la importancia valorativa que se acuerda social y éticamente al acto que se vincula; su fin se halla en que contribuye a fortalecer la obligación violada y estorba y debilita a las fuerzas enemigas que el acto criminal pone en juego.

"Desde el momento que la pena tiene el carácter de una reacción... claro está, que tenemos que subordinarla al concepto de retribución. Se llama retribución

a la reacción causal por un hecho y dirigida contra un autor, cuyo resultado sea compensar los malos efectos producidos. Aquélla "no es una propiedad accidental de la pena, sino que se halla indisolublemente unida con los caracteres esenciales de la misma"; es una condición de ella.

La contraposición entre aspecto y la faz finalista de la pena, es un error. No hay antítesis verdadera entre retribución y prevención. En toda retribución existe una tendencia preventiva. La oposición entre las doctrinas existe una tendencia absoluta y las relativas es igualmente falsa.

La pena tiene con el delito una conexión causal; pero la circunstancia que haya que retroceder para hallar el fundamento en un hecho ya pasado, no excluye que se mire el futuro cuando se busca el fin. Las teorías absolutas descuidan los efectos y las consecuencias del delito, en cuanto éstas afectan intereses del presente y del porvenir. Las teorías relativas desconocen que la causa de la pena está siempre en la ilicitud, así como el pago tiene causa en una deuda.

En la concepción de Merckel, pues, vemos jugar el criterio de la pena como consecuencia jurídica necesaria del delito; pero esa necesidad tiene un sentido estrictamente social e histórico, pues depende de las variaciones que corresponden a determinada moralidad y a cierta cultura. Por otra parte, encontramos atendido los efectos psicológicos del delito y la pena, es decir, su manifestación como fenómenos sociales

reales y no como meros términos de una ecuación abstracta. Los fines de la pena atienden, sobre todo, a esa realidad.

c) Teoría de Binding. Para Carlos Binding la norma es un principio que acuerda al Estado un derecho a exigir su observancia de parte de los súbditos. Lo que caracteriza la ilicitud, como tal, es que ella importa un desprecio de esa obligación de obediencia.

La obediencia, el sometimiento a la norma es, sin embargo, una actitud interna, no hay poder que sea suficiente para constreñir a que la norma sea obediencia⁽¹²⁾. El fin de la pena, en consecuencia, no puede ser el de transformar un rebelde en un buen ciudadano. Aunque esto fuere posible, lo sería sólo para el futuro; la violación pasada quedaría impune.

Por eso es característico del derecho a la obediencia su transformación, así como se transforma en indemnización el incumplimiento de una prestación cualquiera. Lo que el delito ha causado no puede ser remediado por la eternidad. "Algunas de sus consecuencias dañosas pueden ser eliminadas, pero el delito mismo es un fragmento de historia y, como tal, no puede juzgarse por no ocurrido". Ante el delito, el Estado solamente puede exigir de su autor una satisfacción del daño irremediable, que ha causado. "Si ha hecho lo que el derecho no quería, debe sufrir lo que el derecho le impone y que él no quiere". La pena no cura el mal, sólo es coacción contra el culpable, que ha puesto frente a la ley la cuestión de su impotencia. Por eso la ley responde sometiéndolo coactivamente a su imperio, ése es el único medio para refirmar el poder del derecho.

El Estado adopta la pena como un arma necesaria para afirmar el derecho; no tiene por fin hacer un mal y, por eso, renuncia a la pena cuando la juzga superflua.

No se identifica por ello la pena como los demás medios reparatorios; precisamente porque esto tiene por fin principal la reparación de un estado antijurídico, sin causar nuevas lesiones. La pena, en cambio, "no debe curar sino herir al condenado"; el mal que éste causó es irreparable.

El Estado no solamente ejerce un derecho al imponer penas, sino que, como único garante de la paz social, tiene el deber de hacerlo. La pena, desde el punto de vista práctico es un mal no solamente para el delincuente sino también para el Estado; su imposición le demanda a éste considerable sacrificio. Por eso, el Estado se considerara obligado a

la pena solamente cuando el mal de no imponerla sea mayor que el de la punición.

La doctrina de Binding muestra su carácter mixto, pues si bien el derecho penal se basa exclusivamente en el delito, el deber penal atiende a un tiempo a la necesidad-subsistente o no de reafirmar prácticamente la potencia del derecho. Guiado por ésta idea, llega Binding a desconocer la importancia verdadera y humana, pues para él la ley penal no tiene sentido de fijar la línea de conducta a los súbditos sino que responde a la necesidad que el Estado experimenta de transformar su deber penal en una obligación clara y específicamente establecida.

III) DISTINTAS CLASES DE PENAS

1. Penas principales y penas accesorias — En el sistema de penas se distinguen dos clases. Unas son penas principales, pues pueden aplicarse solas y en forma autónoma. Las penas accesorias, en cambio, sólo se aplican como dependientes de una principal, ya durante la ejecución de ésta, ya después de ejecutada.

Son penas principales: reclusión, prisión, multa e inhabilitación (C. P. 57). Este orden de enumeración señala la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza (C. P., 57), de manera que cualquier grado de dichas penas conserva, con respecto a las siguientes, mayor gravedad, lo cual tiene importancia en materia de concurso de delitos reprimidos con penas de diferente naturaleza; pero no afecta el concurso de cualquier pena con la de multa y la de inhabilitación, pues éstas se aplican en todo caso: pueden superponerse con las demás (ley 17567).

Son penas accesorias, no enumeradas en el art 5º, C. P.: la inhabilitación del art. 12, la pérdida de los instrumentos del delito.

Para los delitos de injurias o calumnias propaladas por medio de la prensa, en la Capital y territorios, se dispone la publicación de la sentencia a costa del culpable; pero esta disposición tiene el fin de establecer el honor del ofendido, más que el de castigar al ofensor. En consecuencia, no tiene propiamente el carácter de pena, aun cuando es un accesorio de la condena y puede importar

para el ofensor una lesión patrimonial. Aunque la ley de fondo no la contiene, las leyes procesales, en general establecen, como consecuencia de la condena por falso testimonio, la específica incapacidad para atestiguar; pero es manifiesto que esta medida tampoco reviste el carácter de una pena accesoria.

2- Penas paralelas, alternativas y conjuntas. — Con la mayor frecuencia, el Código Penal, en la parte especial, contiene, para el mismo delito, dos especies de pena, entre las cuales el juez, en el caso concreto, puede escoger, entendiéndose que la aplicación de la una importa la exclusión de la otra. Estas se llaman penas paralelas. El paralelismo es muy frecuente entre las dos penas privativas de libertad, reclusión y prisión. Se llaman paralelas estas penas porque sus magnitudes generalmente coinciden, diferenciándose sólo en la calidad.

Cuando la aplicación de una de las penas paralelas excluye la aplicación de la otra, se dice que son penas alternativas. En caso contrario, cuando es posible la acumulación de ambas penas como penas principales, se dice que las penas son conjuntas (C. P., 84, 86, 94, 136, 143, 151, 156, 174 in fine, 176, etcétera).

La pena que muchas veces se aplica conjuntamente y como pena principal es la de inhabilitación. La de multa está así determinada en contados casos (C. P., 260). Estas dos penas, sin embargo, pueden ser impuestas conjuntamente con otra, dadas ciertas circunstancias aun no estando expresamente previstas, CP. 2Q bis y 22 bis. Para la inhabilitación ello ocurre cuando el hecho cometido importe incompetencia o abuso; para la multa, cuando media ánimo de lucro.

3. La pena de muerte. — La aceptación o el rechazo de la pena de muerte es una cuestión que no puede ser resuelta en un plano puramente jurídico y técnico y que, en rigor, está mal planteada cuando como tal se la presenta, pues se trata de un problema humano, moral y religioso, cuya solución depende, tanto para la aceptación como para el rechazo del extremo suplicio, de posiciones adoptadas frente a temas superiores y previos a los principios de derecho positivo.

Así, resulta equívoco preguntar, según suele hacerse, si el Estado "puede" o "no puede" sancionar la pena de muerte. Con ello, en realidad, se pide un fundamento jurídico válido por encima del derecho histórico, es decir, un fundamento de derecho natural. Ahora bien, ya colocado el tema en ese plano, es curioso verificar que con la misma pretensión de validez incondicionada, mientras unos afirman la legitimidad de la pena de muerte, otros la repudian sin excepciones. Esta verificación viene a mostrar una vez más la inexactitud general del punto de vista jusnaturalista, en cuanto implique la pretensión de alcanzar por vía deductiva conclusiones obligatorias para el legislador.

Los límites entre los cuales puede moverse la reflexión sobre este tema están dados, en un extremo, por el reconocimiento de la supremacía del Estado; en el otro, por el carácter inviolable de la personalidad humana. Es obvio que ninguna de esas respuestas puede ser dada desde el punto de vista de un derecho positivo determinado, pues se trata de concepciones muy generales de las cuales las leyes positivas derivan o provienen.

No sería correcto, sin embargo, colocar al derecho dentro de una situación meramente servil con relación al plano general de la cultura; él mismo nace y vive en ese plano, forma una unidad con todas las grandes creaciones humanas y contribuye, él también, a la renovación de esas creaciones, a la depuración y enriquecimiento del espíritu. Hemos visto, por ejemplo, cómo el derecho penal ha ido conformando, aclarando y afirmando principios que hoy tienen algunos como de derecho natural, por su valor humano innegable, que los hace parecer necesarios y eternos, y en realidad han ido surgiendo en largos procesos evolutivos de experiencia jurídica. Así ha ocurrido con principios de tan honda significación para la convivencia humana como los de *nulla poena sine lege* y *nulla poena sine culpa*. La historia nos muestra que lejos de ser eternos, esos principios se han ido desarrollando a partir de formas rudimentarias; advertimos el sentido de ese proceso, y a veces hasta podemos señalar los aspectos insatisfactorios de la situación presente.

Con esa perspectiva secular y aun milenaria, es fuerza reconocer en ese largo proceso un sentido de dignificación de la personalidad, de respeto a ella en cuanto tal, y de limitación o tope a los poderes del Estado, límite marcado precisamente por aquella consideración. La abolición de la esclavitud, de la tortura en el proceso, el respeto al prisionero de guerra, la prohibición de toda condena sin audiencia, de toda pena sin ley previa y sin culpa, son todos principios de sentido convergente. Algunos parecen hoy más consolidados que otros, aun cuando todos ellos requieren por igual el respaldo efectivo de los hombres, ya que, siendo principios, de hecho pueden ser violados, desconocidos y hasta negados circunstancialmente. Hemos visto en este mismo siglo derogados y aun repudiados los principios de legalidad y de culpabilidad en favor de la fundamentación política de sistemas vesánicos de matanza indiscriminada, y no es exagerado decir que el propósito de restablecer el imperio de aquellos principios, contaba entre los motivos de la última guerra.

Cuando se pregunta, pues, si el Estado "puede" reconocer la esclavitud o castigar sin culpa o establecer la tortura procesal, la respuesta debe ser dada no ya como una consecuencia o derivación de principios jurídicos formales, sino como resultado de la captación de un valor creado por la evolución de la cultura. Un Estado "puede" sancionar formas objetivas de responsabilidad, "puede" sancionar leyes penales sin figuras delictivas; de hecho, con más o

menos profundidad, siempre es posible de parte del Estado algún atropello a la persona humana. Lo que cuenta es que la evolución de los principios nos permite percibirlos y señalarlos, con mayor o menor discernimiento según sea el grado alcanzado de consolidación. Son patentes las dificultades con que chocaría hoy una ley que restableciera la esclavitud o siquiera la prisión por deudas. Esas dificultades no serían jurídicas o de técnica legislativa; serían humanas y políticas, porque encontrarían hoy repudio unánime, mientras que en otras épocas esas instituciones parecían naturales a las conciencias más esclarecidas.

En la pena de muerte es posible discernir su vinculación genérica con los principios referidos; pero reviste, además, sumo interés examinar su propia línea evolutiva, ya que dentro de ella se observan ciertas transformaciones que atestiguan la presencia y el creciente influjo restrictivo del principio de respeto a la personalidad, en un proceso evidente pero no concluido hacia la definitiva supresión del extremo suplicio.

Esa evolución se cumple, en primer lugar, en cierto sentido, diremos, intensivo. Basta mencionar las formas legales de ejecución, vigentes durante muchísimo tiempo, algunas procedentes / del derecho romano: lapidación, crucifixión, descuartizamiento, damnatio ad bestias, el culleus, que está también en las Partidas, la rueda, la hoguera y la olla, el sepultamiento en vida, etc. Frente a estos suplicios, la horca, el garrote, la decapitación, el fusilamiento, la silla eléctrica y la cámara de gases son medios que tienden a evitar la profanación de la personalidad moral del condenado, al cual se trata de matar con la menor dosis posible de sufrimiento y vejación. Es decir, todas las formas agravadas de la pena de muerte que han estado en constante aplicación hasta mediados del siglo XVIII, a partir de esa época han ido desapareciendo de las leyes, y hoy es absolutamente firme su repudio, y muy improbable, por lo tanto, su restablecimiento. La prohibición del tormento. C. N., 18, no se refiere solamente al proceso per questiones, esto es, a la tortura, sino a toda forma de tormento, comprendido el tormento en la ejecución de la pena.

La pena de muerte, además, ha experimentado un firme proceso de restricción en cuanto al número de hechos a los cuales era aplicable. En Inglaterra, en el siglo XVIII, la pena capital era aplicable a más de 200 delitos; en 1837 las causas capitales fueron reducidas a 15, en 1861 el número se redujo a 4 y, en realidad, sólo se ha aplicado por dos (asesinato y traición) En España, se ha cumplido el mismo proceso.

Ha habido, además, otros preceptos o costumbres restrictivas, ya sea fundadas en la edad, el sexo, el fuero sacerdotal (benefit of clergy) que llegaba hasta seglares, en la duración del proceso, el refugio en el templo, etcétera.

El resultado total de este conjunto de factores es el de la aplicación cada día más reducida de esta penalidad en los países que la conservan. Siempre ha

sido muy diferente la estadística de condenas y las de las ejecuciones'. A ello debe agregarse la directa abolición de la pena, en todas sus formas, corriente esta que se extiende por el mundo a partir de los trabajos de Beccaria y Voltaire, y que encuentra eco inmediato, aunque transitorio, en la legislación del propio siglo XVIII para generalizarse firmemente después, a partir de mediados del siglo pasado, hasta las últimas aboliciones en Alemania, Italia, Austria, Finlandia, Israel, Nueva Gales del Sur y Bolivia en los últimos quince años.

En todo esto es muy claro el proceso limitativo de la acción del Estado y muy manifiesta la razón que lo determina. Esta razón sin embargo, no es, según decimos ni jurídica ni científica, sino moral, y su captación puede ofrecer dificultades y encontrar resistencias. Si ya es difícil abarcar en toda su amplitud el alcance de la antigua ley que ordenaba amar al prójimo, mucho más difícil será el precepto de la ley nueva que ordena amar al enemigo. El género de compulsión que comportan los principios morales cuando su valor es captado, encuentra particulares dificultades cuando se trata de "enemigos" tan calificados como los delincuentes, a los cuales resulta expeditivo agrupar mentalmente bajo el rótulo de hombres malos. Una vez trazada esa división abstracta y prudentemente colocado el clasificador en la otra orilla, junto con los buenos y bajo el manto tutelar del Estado, resulta natural, casi, postular la exterminación del delincuente, en defensa y preservación de los inocentes. La corrección lógica de las consecuencias jurídicas de este planteamiento puede hacer pasar inadvertido el error del punto de partida, consistente en haber dividido, dentro de la sociedad el bien y el mal, distribuyéndolo después entre los hombres. La inhumanidad de la consecuencia proviene de ahí, porque "jamás está de un lado todo el bien y del otro todo el mal. En un santo auténtico mientras no está muerto, hay un poco de mal. En un verdadero condenado mientras no está muerto, hay un poco de bien".

Los argumentos generalmente aducidos, tanto en favor como en contra de la pena de muerte, o bien son derivaciones o consecuencias de aquel planteamiento fundamental o bien son de muy dudosa solidez.

En este último sentido, es típico el argumento fundado en la inevitable necesidad preventiva. Quienes lo aducen, sin embargo, y en cierto sentido quienes lo quieren volver por pasiva, prescinden de conclusiones ya bastante firmes, alcanzadas mediante pacientes investigaciones estadísticas y sociológicas, según las cuales no es exacto afirmar ni que la introducción de la pena de muerte disminuye la criminalidad, ni que en estados abolicionistas la criminalidad sea menor que en los demás. Las variaciones en la criminalidad no son explicables por su relación con la severidad de las penas. La cuestión es mucho más compleja. En realidad, debe observarse que quienes propugnan la pena de muerte por la supuesta función intimidante, no verifican un hecho, sino que opinan según su parecer, dando por establecido una especie de necesidad genérica y latente que autorizaría al Estado a destruir a un individuo.

De la otra parte, uno de los argumentos más influyentes y, por cierto, nada despreciable, es el de la irreparabilidad de esta pena, en caso de error judicial. La relación que guarda este argumento con el principio de inviolabilidad de la persona es patente, pues el recurso de revisión con el cual se trata de corregir la injusticia cometida, en materia criminal es casi siempre —y no sólo en la pena de muerte— una reparación más simbólica que real. El ejecutado no puede ser resucitado; pero tampoco se le pueden restituir treinta años de vida en libertad al inocente que los pasó en la cárcel. La fuerza innegable del argumento no deriva, pues, del error judicial, posible en todo caso, sino de suponer que en la pena de muerte la irreparabilidad es de naturaleza especial y distinta.

Finalmente, a favor de la pena de muerte se invoca el principio talional. Desde luego por esta razón quedaría justificada la pena solamente para los delitos de homicidio. Las dificultades con que ese criterio tropieza provienen del reconocimiento de diferentes escalas de gravedad, dentro de cada figura delictiva. Además, habiendo dejado de ser el talión, hace ya siglos, un criterio general de medición de la pena, ninguna razón puede haber para que siga siendo válido precisamente para un solo delito. La equivalencia entre delito y pena, según hemos visto, no es de carácter material, sino valorativo.

Según nuestro criterio, la fundamentación talional de Kant y Hegel adolece del defecto de atribuir a la sanción penal la función primaria propia de la sanción jurídica general: la reposición al status quo ante. Fundan el talión en un principio de igualdad, pero en vez de comparar el estado anterior y el posterior al delito, que deben regularse por la igualdad, reponiendo las cosas al estado anterior, esto es, haciendo un bien, comparan el mal cometido por el delincuente con el mal que debe causársele a él. Con ello ciertamente que no se restablece la igualdad deseada. Si alguien robó mil, la igualdad queda establecida cuando esos mil son quitados al ladrón y devueltos al dueño. Cualquier agregado a esa restitución ya tiene sentido retributivo. Cuando alguien rompió una pierna a otro, el derecho quiere en primer lugar que ese daño sea curado a costa del delincuente. La cuestión de igualdad impone dejar al lesionado en el estado anterior a la lesión. Kant, descuidando esa igualdad, que es la que importa, condena al delincuente a sufrir la misma lesión que infligió. Con lo cual no crea igualdad: antes del delito no había ningún cojo; después de la sanción talional, en vez de ningún cojo habrá dos.

A esta última solución Hegel la funda en la aplicación del principio que el propio delincuente erige en ley; pero no se ve la razón de que el Estado acepte como leyes aplicables las que sancionan los delincuentes, y ciertamente no lo hace y sería muy vergonzoso que lo hiciera (matar al homicida, violar al violador,

estafar al estafador, robar al ladrón). Kant y Hegel en nombre de la igualdad ponen al Estado en la tarea de ejecutar exactamente las mismas ignominias que el reo cometió, como si la "ley del delincuente" quedara ennoblecida cuando el Estado mismo se hace órgano de su aplicación y el disvalor se transformara en valor por el solo cambio del sujeto que lo afirma.

En conclusión, pues, el problema de la pena de muerte es un problema estricta y exclusivamente humano. Ninguna razón jurídica puede aceptarse como concluyente ni en un sentido ni en otro. Siendo así, la consideración del problema debe mantenerse en aquel plano, despojándolo de ciertos artificios engañosos, como la adopción de procedimientos ingeniosos para matar mediante la acción de verdugos. La interposición de un ejecutor especialista comporta una verdadera deformación, pues si se siente que el acto personal de inferir la muerte a un semejante indefenso y en frío es una profanación, ese acto no mejora moralmente al ser ejecutado por medio de otra persona: lo que moralmente se puede mandar a otro que haga es lo que moralmente puede uno mismo hacer. Matar en aquellas condiciones es un acto de fuerza: el Estado, como organización de la fuerza, lo "puede" ejecutar y lo ejecuta sin remordimientos, porque las personas colectivas no los tienen. Los que pueden captar el contenido ético y humano de esa sentencia son los hombres, y la historia muestra en ellos un sentimiento creciente de rechazo.

La legislación penal -- La Constitución, art. 18, expresamente prohíbe la sanción de leyes que establezcan la pena de muerte por causas políticas. El C. de 1887 sancionaba la pena de muerte, si bien con bastantes restricciones, incluso la del art. 83, 8º, que la hacía inaplicable cuando el proceso había durado más de dos años. El mantenimiento o la supresión de esa pena fue objeto de discusión tanto en la Comisión de 1890 como en la de 1906. En el primer proyecto esa pena quedaba efectivamente muy reducida, pues solamente era aplicable cuando un condenado apresidio perpetuo reincidía en un delito que mereciera también esa pena, P. art. 85. En el P. de 1906 también la incluye en contra de la opinión de los Dres. Rivarola y Beazley, si bien reduciendo al mínimo los casos y colocándola como pena paralela. La definitiva supresión tuvo lugar en el P. de 1917.

En el año 1933, el P. E. envió al Senado un proyecto en el cual reaparecía la pena, y durante la dictadura se la incluyó en la ley 13985, hoy derogada. En el año 1960, el P. E. envió al Congreso un proyecto de ley para restablecer la pena durante tres años, proyecto rechazado por la C. de Diputados.

También durante ese período se modificó el C. de Justicia Militar, mediante la

estafar al estafador, robar al ladrón). Kant y Hegel en nombre de la igualdad ponen al Estado en la tarea de ejecutar exactamente las mismas ignominias que el reo cometió, como si la "ley del delincuente" quedara ennoblecida cuando el Estado mismo se hace órgano de su aplicación y el disvalor se transformara en valor por el solo cambio del sujeto que lo afirma.

En conclusión, pues, el problema de la pena de muerte es un problema estricta y exclusivamente humano. Ninguna razón jurídica puede aceptarse como concluyente ni en un sentido ni en otro. Siendo así, la consideración del problema debe mantenerse en aquel plano, despojándolo de ciertos artificios engañosos, como la adopción de procedimientos ingeniosos para matar mediante la acción de verdugos. La interposición de un ejecutor especialista comporta una verdadera deformación, pues si se siente que el acto personal de inferir la muerte a un semejante indefenso y en frío es una profanación, ese acto no mejora moralmente al ser ejecutado por medio de otra persona: lo que moralmente se puede mandar a otro que haga es lo que moralmente puede uno mismo hacer. Matar en aquellas condiciones es un acto de fuerza: el Estado, como organización de la fuerza, lo "puede" ejecutar y lo ejecuta sin remordimientos, porque las personas colectivas no los tienen. Los que pueden captar el contenido ético y humano de esa sentencia son los hombres, y la historia muestra en ellos un sentimiento creciente de rechazo.

La legislación nacional. — La Constitución, art. 18, expresamente prohíbe la sanción de leyes que establezcan la pena de muerte por causas políticas. El C. de 1887 sancionaba la pena de muerte, si bien con bastantes restricciones, incluso la del art. 83, 8º, que la hacía inaplicable cuando el proceso había durado más de dos años. El mantenimiento o la supresión de esa pena fue objeto de discusión tanto en la Comisión de 1890 como en la de 1906. En el primer proyecto esa pena quedaba efectivamente muy reducida, pues solamente era aplicable cuando un condenado apresidio perpetuo reincidía en un delito que mereciera también esa pena, P. art. 85. En el P. de 1906 también la incluye en contra de la opinión de los Dres. Rivarola y Beazley, si bien reduciendo al mínimo los casos y colocándola como pena paralela. La definitiva supresión tuvo lugar en el P. de 1917.

En el año 1933, el P. E. envió al Senado un proyecto en el cual reaparecía la pena, y durante la dictadura se la incluyó en la ley 13985, hoy derogada. En el año 1960, el P. E. envió al Congreso un proyecto de ley para restablecer la pena durante tres años, proyecto rechazado por la C. de Diputados.

También durante ese período se modificó el C. de Justicia Militar, mediante la

ley 14117, para hacer aplicable la pena de muerte que ese código contiene al caso de rebelión, delito de indudable carácter político y, por lo tanto, alcanzado por la prohibición de la Constitución Nacional, art. 18. El C. de Justicia Militar establece la pena de muerte para algunos casos extremos, aun cuando en ciertos artículos se equiparan situaciones evidentemente diferentes.

PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

a) Contenido. — Excluida de nuestro sistema penal común la pena de muerte, las penas que en el C. P. tienen más extensa zona de aplicación son las penas privativas de la libertad; reclusión y prisión.

Las penas privativas de libertad se caracterizan por la internación del condenado en un establecimiento cerrado, en el cual debe permanecer durante el tiempo que la sentencia determina. En consecuencia, la libertad de que la pena priva es fundamentalmente la libertad ambulatoria, sin perjuicio de otras restricciones que el régimen necesariamente comporta.

Esto, sin embargo, constituye solamente el aspecto externo, diremos, de dichas penas pues, en cuanto a su contenido, ellas se caracterizan por haber permitido al derecho penitenciario moderno introducir en el régimen de restricción de libertad, cuyo objeto primario es el logro de los fines de prevención especial, una serie de medidas tendientes a modificar el carácter del condenado, en vista de su resocialización, medidas que acuerdan a estas penas un contenido mucho más amplio que el de ser meros encierros.

b) Diferencia con las antiguas penas privativas de libertad. — Esa clara finalidad de la pena actual marca una diferencia tan profunda con relación a los antiguos encierros, que se considera, con razón, que el origen de este sistema de penas no debe buscarse en las cárceles medioevales, sino en las casas de corrección cuyo establecimiento comienza en el siglo XVI.

Los lugares de reclusión, antes de la reforma a que nos referimos, no tenían ningún sentido correccional, entre otras razones, porque solamente servían para tener seguro al criminal mientras se tramitaba el juicio, pues las penas más frecuentemente aplicadas no eran privativas de libertad, sino las de muerte, mutilaciones y castigos corporales. En todo caso, el encierro tenía el mismo fin de "hacer sufrir" que tenían las penas ordinarias. Por eso, ni siquiera existían verdaderas cárceles en el sentido moderno de la palabra; los lugares de reclusión no estaban destinados expresamente a ese objeto.

Los primeros establecimientos en los cuales se organiza el trabajo, con

privación de libertad, dentro de un sentido de corrección, son los de Amsterdam, de 1595, para hombres, y de 1597, para mujeres. La fundación inglesa anterior de Bridville (1550), parece no haber ejercido mayor influencia. Estos establecimientos son los que habían de servir de modelo en toda Europa, de manera que constituyen el verdadero origen de los sistemas penitenciarios modernos. Es interesante subrayar, para mostrar la desconexión de este sistema con los antiguos encierros, que las dos casas de corrección de Amsterdam no fueron destinadas, en su origen, a los delincuentes sino a vagabundos, mendigos, holgazanes y prostitutas y que sólo posteriormente se admitió en aquellas "casas honestas" a condenados. El sentido nuevo que esto trae es el de la corrección mediante el trabajo (por cierto que severo), de manera que cuando las penas privativas de libertad van ingresando en las leyes, como consecuencia de una concepción de la vida que eleva la libertad individual a valor supremo, la ejecución de la pena se impregna de ese sentido, de ese fin claro de readaptación, de corrección.

Claro está que no fue poca la distancia recorrida desde el siglo XVI, hasta nuestros días, y que mucha fue la decadencia de estos institutos extendidos por toda Europa. De ellos da buena cuenta, bastantes años después, John Howard (1777); pero el origen de la pena moderna más importante se encuentra allí. Más abajo haremos referencia a la evolución de los sistemas penitenciarios.

c) Diferencias entre prisión y reclusión. — El C. P., al establecer dos penas privativas de libertad, reclusión y prisión, entendía sin duda alguna, crear una diferencia que debía traducirse también en la forma de ejecución de la pena y hasta en los establecimientos en que debían ser cumplidas. Esta última exigencia, establecida por los arts. 6º y 9º, nunca alcanzó efectividad y ha sido correctamente suprimida por los arts. 3º y 4º de la Ley Penitenciaria Nacional. Las dos penas se cumplen con "trabajo obligatorio", C. P., 6º y 9º. En cuanto al régimen del trabajo, los condenados a reclusión podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase, con tal que no sean contratadas por particulares. Esta última exigencia tiene razones históricas y económicas. No era raro que, para solucionar el problema penitenciario, el Estado licitara entre particulares la utilización de la mano de obra de los condenados.

Existen, además, otras diferencias entre una y otra pena que determinan una mayor severidad para la reclusión:

- 1) La pena de prisión que no exceda de seis meses, puede hacerse cumplir

por simple detención domiciliaria, cuando se trata de mujeres honestas o personas mayores de sesenta años o valetudinarias (C. P., 10).

- 2) La libertad condicional puede acordarse al condenado a tres años o menos de pena, cuando ha cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión (C. P., 13).
- 3) El cómputo de la prisión preventiva, en la reclusión, se hace por mitad; en la prisión, día por día (C. P., 24).
- 4) La calidad de las penas se tiene en cuenta para aplicar la medida accesoria del art. 52. Las penas de reclusión llevan más pronto a la accesoria.
- 5) En caso de tentativa, si la pena que corresponde al delito consumado es la de reclusión perpetua, la escala penal aplicable es de quince a veinte años. En cambio, si la pena principal fuere de prisión perpetua, la escala de la tentativa es de diez a quince años (C. P., 44).
- 6) Como consecuencia de la anterior, igual diferencia se produce para el partícipe de segundo grado, según que el hecho principal esté reprimido con prisión o con reclusión perpetuas (C. P., 47), y lo mismo pasa en el caso de menores que tuviesen más de catorce y menos de dieciocho años (C. P., 37, b y ley 14394, 4°).

Todas estas diferencias tienen un carácter interno, dentro del sistema del C. P Sin

embargo, en disposiciones de otras leyes hallamos distinciones penales que conviene aclarar. Tanto la Constitución Nacional como las provinciales, suelen hacer referencia a penas "aflictivas o infamantes", y lo mismo se encuentra en disposiciones de derecho común, si bien excepcionalmente (C. N., 61; C. C., 398, inc. 10). La exposición histórica del procesó formativo de los arts. 5°, 6° y 9°, C. P., no deja duda alguna de que la pena de reclusión ha venido a asumir el carácter de pena aflictiva o infamante. Especialmente se llega a ese resultado considerando la sucesiva simplificación del sistema de penas, para la cual da especiales fundamentos la Exposición de Motivos del Proyecto de 1906, basándose en la tesis de la unidad de las penas privativas de libertad de van Swinderen. Siguiendo esa tendencia, la Comisión declara que opta por un eclecticismo, reduciendo las

penas a un mínimo. Así, la pena de penitenciaría queda reducida a prisión, entre otras razones "por la preocupación vulgar de atribuir a la pena de penitenciaría un carácter infamante, que se avendría mal con la aplicación de esa pena, así entendida, a delitos de poca monta".

La diferencia expresamente determinada en la ley, entre los establecimientos destinados al cumplimiento de la reclusión y la prisión, fue consultada en el decreto del P. E. de fecha 29 de noviembre de 1922, por el cual se disponía que los condenados. A reclusión por los tribunales nacionales y de la capital y territorios, cumplirían esa pena en la cárcel de Tierra del Fuego.

Sin embargo, al año siguiente (octubre de 1923), por otro decreto, se dispuso que los penados se distribuyeran según la conducta observada por ellos, de manera que debían ser remitidos a la cárcel de Tierra del Fuego, aquellos cuya conducta no se ajustase a las exigencias del régimen de la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires.

La ley 11833 considera este problema con respecto a los institutos penales de la Nación, para los cuales sanciona un sistema que denomina progresivo (art. 11), indistintamente para la prisión y la reclusión.

El destino de los penados a uno u otro instituto de los que la ley proyecta, no toma en cuenta la calidad de la pena. Crea una Dirección General de Institutos Penales, con un Consejo Asesor y un Instituto de Clasificación, los cuales califican a los penados y los distribuyen, teniendo en cuenta, sobre todo, las características personales de cada uno.

La LPN decididamente suprime toda distinción en la ejecución de las penas, no fundadas en la necesidad de tratamiento individualizado a que los internos deben ser sometidos, arts. 3° y 4°. Con este acertado criterio viene a quedar concluido el viejo problema no resuelto de la construcción de edificios especiales para condenados a reclusión.

e) Duración y modo de contarlas. — La reclusión y la prisión pueden ser perpetuas o temporales. Las, penas perpetuas, sin embargo, pueden tener un límite, pues el art. 13 hace procedente, aun en tales casos, la libertad condicional, y la pena queda extinguida si transcurren cinco años sin que aquélla sea revocada (C. P., 13 y 16). En consecuencia, pena verdaderamente perpetua es la que se impone a un sujeto a quien no puede acordarse libertad condicional, ello es, a los reincidentes, C. P., 14, o la que se aplica por revocarse una libertad condicional concedida, en virtud del art. 17.

Las penas temporales tienen límites muy amplios y ello es lo que permite su mejor adaptación. Esa calidad de las penas privativas de libertad es una de las que más han contribuido a su gran desarrollo presente. El límite máximo de las penas temporales es el de veinticinco años según se deduce de la parte especial del C. P., pues no existe ninguna disposición genérica que lo establezca.

El mínimo legal de la pena de prisión, a que se refiere, p. ej., el art. 44, tampoco está expresamente establecido en la parte general. La menor pena privativa de la libertad que hallamos en el C. P., es la de cuatro días, art. 96. Ese término, sin embargo, no constituye un mínimo infranqueable, pues el Código no rechaza, en principio, que la infracción del art. 96 —lesiones leves en riña— no pueda, a su vez, tener un partícipe de segundo grado.

Cuando el art. 44 menciona el "mínimo legal", ya dijimos que evidentemente no se refiere al mínimo de la penalidad fijada para cada delito, puesto que justamente dicha disposición autoriza a reducir la pena hasta el "mínimo legal" o a eximir totalmente de ella. Ese mínimo legal para la pena de prisión es, pues, de dos días. Para la pena de reclusión, el art. 210 fija el mínimo de tres meses. No estando tampoco excluida, en principio, una colaboración secundaria, el mínimo posible de esa pena es de un mes y medio.

De la disposición del art. 24 es forzoso deducir que las penas privativas de libertad no se cuentan, en ningún caso, por fracciones de día. Los términos únicos a que la ley se refiere son de días, meses y años.

El C. P. no contiene regla especial alguna para la cuenta de esos términos, y por el art. 77 se remite a la aplicación de los principios generales de los arts. 23 y siguientes del C. C. Los días no se cuentan de momento a momento, sino de media noche a media noche; los meses y los años, de acuerdo con el almanaque. Si el mes en que principia un plazo consta de más días que aquel en que el plazo termina, y la pena comienza en uno de esos días, el plazo vence el último día del segundo mes (C. C. 26).

f) Formas especiales de cumplimiento. — La ley, al disponer las formas en que las penas privativas de la libertad se cumplen, hace algunas diferencias basadas en la persona que debe sufrirlas. De esas disposiciones, la más importante es, sin duda, la que manda que los menores de edad y las mujeres cumplan las condenas en establecimientos especiales (C. P., 8°). En cuanto a los menores, ya veremos que la legislación moderna señala, en este particular, una diferencia fundamental

con., respecto a los demás delincuentes. Las diferencias que el Código contiene no se refieren solamente al establecimiento en que los menores deben ser internados, sino a la forma misma de la sentencia y al contenido de las medidas aplicables. La importancia del tema hace que merezca consideración especial, y de él nos ocuparemos en lugar aparte. En cuanto a las mujeres se refiere, la distinción no hace al fondo de la medida impuesta. Importa solamente un principio de clasificación de los condenados, conforme con el sexo.

En cuanto a la pena de reclusión, cuando ella es impuesta a hombres débiles, o enfermos o mayores de sesenta años, se cumple en prisión, y la dirección del establecimiento determina el trabajo que hayan de ejecutar, según la capacidad del condenado (C. P., 7°).

La pena de prisión que no exceda de seis meses, impuesta a mujeres honestas y a personas mayores de sesenta años o valetudinarias, puede ser cumplida con detención domiciliaria (C. P., 10).

Las deficiencias relativas a los establecimientos carcelarios, que desgraciadamente son grandes en algunas provincias, son remediadas, dentro de ciertos límites, por el art. 18, según el cual los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años deben ser admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Las provincias, por su parte, reciben ordinariamente a condenados por jueces federales de sección.

También se puede disponer una forma especial de cumplimiento, cuando el penado se volviere loco, pues, en tal caso, procedería el traslado a un establecimiento especial, C. P., 25 y 34, inc. 1°, apartado tercero. El tiempo que dure la enajenación se computa a los fines del cumplimiento de la pena.

IV) Sistemas penitenciarios

I : Historia del Sistema Penitenciario.

La historiografía de la pena privativa de libertad puede dividirse en tres grandes períodos, el primero que denominaremos de guarda, el segundo de expiación y trabajos forzados a favor del Estado y el tercero que llamaremos de moralización y resocialización.

a) Período de la cárcel como guarda: Desde el principio de la civilización hasta el siglo XVIII.

b) Período de la cárcel como expiación y trabajos forzados a favor del Estado: Desde el siglo XVIII y hasta principios del siglo XIX.

c) Período de la cárcel como moralización y resocialización del condenado: Desde principios del siglo XIX hasta nuestros días - firmemente influido por el régimen progresivo de la pena.

El término cárcel proviene del vocablo hebreo *carcer* que significa cadena, y que es el establecimiento que se destina a la custodia y seguridad de los penados y procesados, para unos como resocialización según el espíritu de la ley y para los otros como seguridad - social -, ha variado su concepto a través del devenir histórico desde la cárcel de guarda hasta el complejo sistema de ejecución penal normativo sustentado en la idea básica de la reinserción o readaptación social.

- Período de la cárcel como guarda

1. Antigüedad

Antaño la cárcel no cumplía una función de castigo sino de retención, era el preludio de la sentencia, no se utilizaba como pena sino como medida asegurativa, en la cual eran usuales el tormento y los azotes como medio de confesión.

En este período antiguo la pena estaba dirigida al retribucionismo penal y al ensañamiento sobre el cuerpo del delincuente. Las penalidades más comunes consistían en la pena de muerte, el tormento, la marca, los azotes, la mutilación, el descuartizamiento, los trabajos forzados, la picota, la deportación ultramarina, el destierro, el atenazamiento, entre tantos otros a los cuales se adicionaban como medios de prueba, los duelos y los juicios de Dios.

Es importante poner de relieve que al igual que para el resto de las civilizaciones antiguas de Europa y Asia, en la América precolombina la cárcel era también un lugar de guarda y tortura.

Las ideas penales de los indígenas americanos estaban en general fundadas en el animismo mágico y en la idea de la responsabilidad moral por la desobediencia incurrida contra el soberano - Inca - o a la divinidad representada en la casta sacerdotal - especialmente en las tribus sudamericanas -. Este pensamiento primitivo de la punibilidad imponía crueles y desmedidas penas a los infractores que consistían generalmente en la muerte, el destierro y los azotes, no conociéndose datos relativos a la privación de libertad como castigo, sino como retención temporal hasta el cumplimiento de la sentencia.

En China ha podido verificarse que durante el gobierno del Emperador Sun ya existía la cárcel, la cual se regía por un reglamento carcelario junto al Código

Penal, en el que existían tormentos y suplicios tales como el pao-lo, consistente en el picamiento de ojos a los condenados con cañas de hierro candente. En Babilonia, India y Mesopotamia asiática el castigo público era parte de la ejecución penal y el escarmiento como demostración del poder público la medida de la pena. En estos regímenes la pena era sólo el preámbulo de un gran suplicio que casi inevitablemente terminaba en el exilio, la deportación, la mutilación o la muerte.

En Persia se aplicaba la pena de muerte y se conocía la existencia de cárceles especiales donde los condenados eran depositados a la espera de la ejecución de la pena capital. También existía un régimen de aplicación de cadenas para los ladrones que tenía en cuenta la reincidencia en el delito y la gravedad de los crímenes para fijar la rigurosidad y la duración de la ejecución.

Es recién en el derecho hebreo donde la cárcel comienza a diferenciarse como pena y como lugar de guarda. Allí se divide la función asegurativa del reo que era acompañada de tormentos habitualmente para obtener confesiones y constituir prueba y una nueva función de sanción perpetua (se aplica como pena) hasta la muerte del condenado, la que conllevaba el racionamiento de los alimentos, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Tanto la civilización helénica, como su heredera la romana, han mantenido el carácter de la cárcel como guarda y medida asegurativa del reo, todo lo cual puede resumirse en el texto del Digesto *carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*, (la cárcel debe ser para guardar a los hombres, no para castigarlos).

Lo dispuesto en el Digesto será posteriormente recogido en España por la Partidas de Alfonso X, el Sabio, que en sus romances expresó " la cárcel non es dada para escarmentar yerros, mas para guardar los presos tan solo en ella, hasta que sean judgados ", siendo posteriormente reproducidas en las Leyes de Indias.

2. Edad Media

Durante toda la Edad Media se continúa con la noción del encierro como medida asegurativa y de oportunidad para la tortura - per se o como medio confesional -, a todo lo cual se agrega el hacinamiento que comienza a producirse en las primitivas prisiones.

Coetáneamente con el encierro, es parte de los castigos corporales más terribles como el atenazamiento, la quemadura, la mutilación, la amputación de miembros, el cegamiento, el corte de lengua, el estiramiento, el picamiento, el desangrado y mil formas de morir lo más lenta y penosamente posible.

Las prisiones de este período no constituían edificios separados destinados a la función de retención, sino que eran anexos de palacios, castillos, fortalezas, templos y catedrales.

La idea fundamental de la cárcel no varía en este período pero en la denominada Alta Edad Media las penas pecuniarias y las penances - pena

pecuniaria debida al injuriado pero impuesta por una autoridad no judicial - fueron métodos de sanción utilizados y difundidos, que fueron posteriormente y en forma gradual reemplazados por el severo sistema de penas corporales y de muerte.

3. Período de la cárcel como expiación y trabajos forzados a favor del Estado

a) Nuevo movimiento

En el siglo XVI se comienza a vislumbrar un nuevo movimiento que tiende a la corrección, así surge el germen de la ciencia penitenciaria con las prisiones de Holanda, denominadas Rasphuys - para reclusión masculina - y Spinkyes - para reclusión femenina -, que eran destinadas a albergar indigentes, mendigos y prostitutas con el objeto de proveer a su corrección.

En estas primeras casas de corrección existía obligación de trabajo y la menor indisciplina era severamente castigada. De allí la afirmación de que "los liberados de estas casas más que corregidos salían domados" ; surge así la nueva visión de la pena privativa de libertad como medio de corrección y lugar de trabajos forzados y obligatorios.

Los cambios políticos de los siglos siguientes no influyeron en la concepción de la pena y la cárcel siguió manteniendo su función y finalidad, más aún en algunos casos institucionalizó el uso del tormento como modo de obtener confesiones.

En este contexto y sin conexión histórica o política con los establecimientos ingleses y holandeses se funda en Florencia en la segunda mitad del siglo XVII el Hospicio de San Felipe Neri, por obra de Felippo Franci, con destino a menores y vagabundos, donde el régimen era severo y de reclusión celular con importante vinculación religiosa.

b) De las galeras y trabajos públicos a favor del Estado

Los Estados comenzaron a tomar conciencia de la importancia económica de utilizar la mano de obra de los prisioneros y relacionarla con la actividad de ultramar, el incremento del comercio entre las naciones o las actividades bélicas en el mar haciendo entonces uso de los reos en las prisiones-galeras. En principio se asignó esta dura tarea a los condenados a muerte y los presos difícilmente adaptables al régimen correccional, siendo extendido posteriormente a otras categorías.

Los penados a las galeras tenían asignados el manejo de los remos de los barcos a los cuales en algunos casos se encontraban engrillados en pies y manos, siendo las raciones de alimentos escasas, las condiciones de salubridad pésimas y los azotes constantes. Era usual sobrevivir solamente cuatro o cinco años de este duro régimen.

Después de la galeras, los presos pasaron a desempeñar diversos trabajos

públicos de alto riesgo y franca crudeza, como el achique de agua de los diques de los arsenales, donde la situación de los sometidos al régimen no tuvo variación y su esperanza de vida siguió siendo muy corta.

Posteriormente cuando cayó la importancia de la marina y la modernización de técnicas no prestaba utilidad al uso de los reos en los presidios-arsenales, se los destinó a fuertes, plazas de guerras y fortificaciones.

Con el devenir de la economía y el progreso técnico no se deja de lado al trabajo forzado, sino que se orienta a otro tipo de obra en provecho del aparato público tales como carreteras, caminos, puentes, fuertes, fortificaciones, canales, diques, contenciones, laboreo en minas, incendios o desastres naturales. Así el reo se transforma en la mano de obra gratuita que tiene el Estado a su disposición, a los que obliga con largas jornadas de trabajo, poco alimento y alojamiento al aire libre al costado de las obras que emprendían.

c) La deportación

Esta práctica fue otra de las formas de explotación pública de los reos que consistía en la realización de trabajos forzados lejos de la patria, en las colonias de ultramar y con la imposibilidad legal o de hecho al finalizar la pena de volver al territorio nacional.

La deportación ultramarina conserva el rasgo privativo de libertad y el sometimiento a trabajos forzados, siendo ésta la diferencia de este régimen con el antiguo instituto del destierro, el cual implicaba el arrojar del territorio al nacional u obligarlo a fijar una residencia en condiciones de ley, pero sin exigir sujeción a un régimen determinado ni quedar el producido de su trabajo en manos del Estado.

4. Período de la cárcel como moralización y resocialización del condenado

Cuando los pueblos progresaron en la idea de proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos la cuestión penitenciaria no pudo quedar al margen de la reforma; entonces la reformulación del concepto de la resocialización o readaptación social permitió a los Estados disminuir o soslayar las garantías fundamentales de los derechos de los reclusos.

La suplantación del paradigma de la expiación y el avance del humanitarismo que caracterizaron respectivamente a los períodos anteriores, culmina con un pensamiento de reeducación, que busca el medio de legitimar el accionar del Estado para segregar a la parte de la población que no puede o quiere adaptarse al modelo político, económico o social imperante.

a) La resocialización

En el transcurso de la historiografía de la pena privativa de libertad aparece el concepto de la readaptación social o resocialización, con la dificultad de su

ubicación cronológica y sistemática a mérito de que existe el germen desde antaño en el pensamiento de corrección del delincuente de la Iglesia Católica. La resocialización se ha pretendido justificar y legitimar históricamente, bajo tres grandes ejes conceptuales, a saber:

- a) Teorías que entienden a la resocialización como un proceso de reestructuración individual del penado.
- b) Teorías que entienden a la resocialización como un correctivo del proceso socializador deficitario de la estructura social.
- c) Teorías que entienden a la resocialización como un proceso de socialización de índole jurídico-tecnocrático.

a) Teorías que entienden a la resocialización como un proceso de reestructuración individual del penado.

Esta postura respondió en un principio a la idea de la expiación y corrección moral del reo como parte de un proceso de readaptación del penado y con la finalidad formal de reinsertarlo socialmente.

Con el advenimiento del pensamiento positivista, donde la delincuencia pasa a ser reconocible como anormalidad, como la diversidad en el hecho biológico, el proceso resocializador se transforma en el remedio social útil para aliviar la enfermedad que representa el delito. Posición que se repetirá con el advenimiento del positivismo social, el positivismo psíquico y el positivismo espiritualista.

Estas posiciones, pretendidamente curativas de deformaciones y/o faltas fisiológicas, sociales, psíquicas o espirituales permiten someter a los reos a medidas curativas por tiempo indeterminado que invariablemente tienen por eje el trabajo y la disciplina interna.

Correccionalismo

Los propios representantes de esta corriente consideraban al término resocialización como poco adecuado para el proceso a que se vería sometido el reo, ya que el problema no es una cuestión social o estructural sino que responde a problemas de constitución personal, por lo que el proceso puede denominarse de mejora o rehabilitación.

Este tipo de concepción de la resocialización o rehabilitación social pretende un cambio estructural de la personalidad del delincuente que prescinde del hecho delictual que originó la punibilidad.

La corrección que se aplicaba al reo debía pretender no sólo su reinsertación social, sino especialmente la aniquilación de las causas del delito, haciendo sentir que la pena que se le aplicó era justa e idónea para sanarle del mal que le aquejaba.

En tal sentido, la corrección como expiación del delito tuvo en un

principio un contenido metafísico, completamente extraño al ámbito jurídico penal y atinente a la faz moral, espiritual o religiosa.

Ante la posición resocializadora del tratamiento que representaba una prevención especial positiva ostentaba como recurso de ultima ratio y ante el fracaso del proceso de tratamiento resocializador la neutralización del individuo, mediante su confinamiento permanente o eliminación física.

Respecto de la neutralidad del reo "por muy grotesca que hoy pueda parecer, sin embargo, no ha dejado hoy de tener sus defensores, de manera que lo que en otras épocas significó deportaciones o reclusiones perpetuas, se ha convertido en la actualidad en tratamientos de alteraciones cromosómicas, cirugía cerebral o castración".

Posteriormente, el correccionalismo clásico derivó en una escuela que pretendió encontrar el proceso de resocialización en el sistema educativo. La función de la cárcel no se diferencia de la de la escuela, el instituto o la academia, en este caso el penado deberá aprender no sólo el error y la forma de subsanar el hecho delictual, sino la forma del normal proceso completo de educación.

La pedagogía criminal es un proceso que afecta la personalidad del delincuente en su conjunto e inevitablemente tiene por sustrato un ser anormal. Este concepto permite al Estado imponer valores y pautas a costa de la autonomía individual.

Defensa social

Para el grupo de teóricos partidarios de asignar a la resocialización una función de defensa social, el Estado no sólo debe intervenir para castigar a los delincuentes, función negativa del derecho penal, sino que debía orientar el sistema penal a la defensa positiva de la sociedad.

La defensa social como base de la resocialización pretende reformar la personalidad del delincuente y adaptarlo a las pautas sociales hegemónicas.

En esta concepción, el Estado está absolutamente legitimado para intervenir en la forma que considere conveniente ante la producción de un delito.

Expresaba Grammatica que el sistema jurídico debe tener no sólo una finalidad objetiva de orden o defensa social como un reflejo útil sino una finalidad dominante, directa y sustancial del perfeccionamiento de la sociedad a través de la adaptación, de la mejora y en términos más complejos de la socialización del individuo.

b) Teorías que entienden a la resocialización como un correctivo del proceso resocializador deficitario de la estructura social.

Este grupo de teorías pretenden girar el ángulo de la resocialización colocando en primer plano como objeto del proceso resocializador a las condiciones que generan la criminalidad en la sociedad, para luego observar la problemática del

delincuente. Entre ellas mencionaremos las teorías del psicoanálisis, de izquierda y de la criminología crítica.

Teorías del psicoanálisis

Esta corriente pretende encontrar las causas de la criminalidad en la sociedad y la punibilidad del delincuente en la superación del sentimiento de culpa social. La compensación de la culpa no es más que una posición retributiva de la pena.

Para los psicoanalistas el hombre tiene una tendencia antisocial siendo el desarrollo vivencial personal el que determina su conducta comunitaria posterior.

La resocialización pretende entonces frenar los impulsos retributivos de la sociedad que se encuentran en la denominada conciencia colectiva.

Teorías de izquierda

Este grupo de teóricos se basa en la postura filosófica marxista, para la cual el delito no puede explicarse de otra forma que en la oposición a una situación económica y política respecto de los medios de producción. Esta posición no escapa del determinismo al asignar como función excluyente del proletariado la destrucción de la división de clases.

El crimen y el delincuente son fenómenos tan normales como el cumplimiento del derecho, todos son sucesos sociales. En tal sentido la resocialización sólo puede procurar un cambio estructural en la esfera social.

Teorías de la criminología crítica

Nuevas posiciones teóricas dentro del contexto criminológico y denominadas criminología crítica, nueva criminología, criminología alternativa, se basaron en la prédica del Labelling Approach de Becker y Lemert, teniendo por sentado que es la sociedad la que etiqueta como desviados determinados actos y asigna tal rotulación en particular solamente a determinados individuos. Dentro de estas nuevas corrientes la preocupación debe centrarse en el estudio de las instancias de control social que rotulan al sujeto y en la aplicación que de aquellas hagan las agencias de control social, o bien en la tasa de criminalidad que estas propias agencias de control crean por el solo hecho de ejercitar su competencia.

Todo pensamiento correctivo en base a un déficit estructural de la sociedad encierra el peligro de exculpar totalmente al sujeto de la comisión del delito.

c) Teorías que entienden a la resocialización como un proceso de socialización de índole jurídico-tecnocrático.

Los teóricos enrolados en este postura entienden que el delincuente es un ser normal e integrante del cuerpo social, en tanto posee valores disímiles de las normas dominantes y generalmente aceptadas.

En esta línea de análisis la finalidad última de la resocialización propende a la reinserción del reo en la sociedad, respetando los valores individuales y pretendiendo demostrarle la bondad del modelo de valores subyacentes.

"De una parte, por medio de este proceso no puede aspirarse a otra cosa que no sea la reincorporación del recluso a la comunidad jurídica; de otra, la pena ha de evitar incidir directamente sobre la personalidad del condenado".

La resocialización en este contexto propenderá a evitar la reincidencia en el delito y en su inserción al modelo de valores de la sociedad - clase media.

Entre las críticas que se han formulado a esta posición están:

1. No existe un programa específico de reinserción social, lo cual lo torna una mera declaración teórica.
2. Aún cuando no es la finalidad del sistema, la pena tiene un elemento retributivo.
3. Es imposible identificar desviación con violación de la normativa legal.

Entre las diversas posturas doctrinarias se destacan:

a) Resocialización legal:

Tiene por aspiración central la vida futura sin delito en responsabilidad social, entendiendo por tal una vida libre de pena en el futuro.

La teoría desconoce el estudio de la problemática social del delito y no se preocupa por los caminos a seguir para arribar a una resocialización legal.

Otro elemento crítico puede centrarse en que fácticamente la resocialización legal del delincuente sólo puede conseguirse por medios represivos e intimidatorios.

b) Resocialización como plan de vida:

Esta posición sostiene que la pena no sólo debe defender a la comunidad del delincuente sino ofrecerle a éste alternativas a su comportamiento criminal, así el concepto de resocialización se confunde con el concepto de sociabilización. Hay una contradicción insalvable respecto de la realización de una elección de vida cuando se impone un modelo autoritario de tratamiento.

c) Resocialización terapéutica:

Esta corriente entiende que la resocialización es un tratamiento terapéutico dirigido a la integración social del condenado. Es una tendencia humanizadora de la pena que cobra importancia en la medida en que disminuye la necesidad de prevención general.

La terapia implica el reconocimiento de ciertas anomalías en la personalidad del delincuente.

La concepción resocializadora de la pena ha pretendido que el trabajo y la educación carcelaria sean las herramientas concretas para lograr la transformación moral, la reinserción social y la domesticación de los disconformes.

Estos elementos de tratamiento (trabajo-educación), son medios de control social por una parte y formas de mantener el control interno de las unidades penitenciarias por el otro. En el mejor de los casos, en la prisión se crean internos que pretenden adherir a los valores-actitudes del sistema, ello sólo al objeto de disfrutar de los privilegios del mismo, aún sin compartirlos.

-Establecimientos Penitenciarios

En la República Argentina la estructura y conformación de los edificios penitenciarios debe indefectiblemente responder al régimen penitenciario que adoptará la administración respecto de los internos destacados en el mismo. De acuerdo con el método asegurativo las cárceles pueden ser clasificadas en:

- a) Cárceles de máxima seguridad.
- b) Cárceles de mediana seguridad.
- c) Cárceles de mínima seguridad.

Las cárceles de máxima seguridad, que casi invariablemente responden a regímenes celulares o aurbuneses, poseen la característica indiscutida de un amurallamiento perimetral de gran altura con guardia interna y externa. Algunas adicionaron fosas, torretas de vigilancia o alambrados que se conectaban con una situación geográfica adversa, lejana y desértica.

Las prisiones de mediana seguridad son aquéllas que no poseen muros, pero que mantiene ciertas medidas de contención, pero en cambio las de mínima seguridad responden a un régimen abierto que suprimen totalmente los medios físicos de retención.

Las construcciones de prisiones pueden resumirse en tres grandes ejes conceptuales, a saber:

- a) Prisiones con base a un punto central de vigilancia.
- b) Prisiones con pabellones de celdas laterales.
- c) Prisiones con pabellones de celdas paralelas.

Las construcciones basadas en un punto central de vigilancia tienen su origen en el panóptico y se extienden a los sistemas circular y radial.

La configuración arquitectónica de un edificio panóptico requiere la visión completa y central del interior de las celdas por intermedio del juego de los haces de luz; el segundo sistema, denominado circular y derivación del anterior, radica en que no se requiera visión interna de la celda la cual puede estar impedida por sólidas puertas.

En tanto el sistema radial renuncia completamente a la visión interna de la celda y conservando el punto central de vigilancia para controlar los pabellones, salidas y espacios circundantes, usando el elemento de contraste de luz del pabellón respectivo. Sus formas más usuales son la estrella, el abanico, la "Y", la "T" y la cruz.

Las modernas tendencias de la penología contemporánea recomiendan el emplazamiento de cárceles abiertas cerca de las comunidades y preferentemente en zonas rurales, fértiles y sanas. Lamentablemente la realidad carcelaria latinoamericana tiene un predominio de la prisión celular, insalubre, de máxima o mediana seguridad dentro de los cascos urbanos, o demasiado alejados de las comunidades.

II : Antecedentes Nacionales del Sistema Penitenciario

Fueron antecedentes de la legislación penitenciaria nacional, el cúmulo de disposiciones del derecho español e indiano, y especialmente las Partidas de Don Alfonso X el Sabio, Las Leyes eclesiásticas y la Nueva Recopilación. Las normas del Virreinato fijaban como establecimientos carcelarios a las cárceles públicas, casas de alguaciles, ayuntamientos y galeras que sirvan de custodia y guarda de los presos. Se disponía que las cárceles de hombres y mujeres debían indefectiblemente estar separadas. De lo expuesto podemos observar que en un principio esta legislación otorgó a la pena privativa de libertad la función asegurativa del reo como paso previo a la imposición de la verdadera pena.

Será en el texto de las Partidas de Alfonso el Sabio donde se establecerá la división de la privación de libertad en razón del sexo, disponiendo que las mujeres debían cumplir arresto en un Monasterio de Monjas, y prohibiendo las crueldades de los guardianes.

El primer antecedente nacional es el Reglamento para la Cárceles y Villas, dictado en 1855 para los territorios sujetos a la jurisdicción de la Confederación Argentina, pero cuyo antecedente más remoto puede ubicarse en las declaraciones del triunvirato.

La Constitución Nacional de 1819 instituyó por primera vez la cuestión penitenciaria con rango supremo al introducir el art. 117 que expresaba: "Las cárceles sólo deben servir para la seguridad y no para el castigo de los reos. Toda medida que a pretexto de precaución conduzca más mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, será corregida según las leyes".

Posteriormente se repetirá el enunciado en la Constitución Nacional de 1826 y se modificará en el texto constitucional de 1853 que expresaba: "las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que lo autorice".

En 1866 ve la luz el proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor que proyectaba para la imposición de las penas la de muerte, presidio, penitenciaria, confinamiento, prisión o arresto.

En 1877, se inaugura en la Provincia de Buenos Aires la Penitenciaría Nacional cuya finalidad era la enmienda del reo para su reinserción social, este establecimiento "de tipo correccional, cuyas líneas modernas y sistema radial la convierten en la más bella realidad penitenciaria de América del Sur, fue nacionalizado con la Capital Federal en 1880 y se ubicaba en la actual Av. Las Heras 3400. Por su dirección desfilaron hombres tan importantes como Enrique O'Gorman y Antonio Ballvé.

En 1919 se concreta un proyecto de legislación en materia penitenciaria bajo el gobierno de Hipólito Yrigoyen, que tiende a vincular el trabajo penitenciario a la economía nacional y capacitar a los futuros obreros, preparando la mano de obra no calificada. Igualmente establece que la reforma moral es el fin de la pena y se logrará por intermedio del trabajo y la educación. Se colocaba en cabeza del Instituto de Criminología la clasificación de los internos.

En 1925 aparece el denominado proyecto Moreno o proyecto de Ley Carcelaria, que implementa un nuevo principio de disposición espacial disponiendo que los establecimientos penales pueden funcionar fuera de los radios urbanos. La legislación impone el trabajo como herramienta obligatoria de la pretensa reeducación.

La ley 11.833 antecedente de la Ley Penitenciaria, fue realizada sobre el proyecto e inspiración de Juan José O'Connor y se circunscribía en su aplicación a las cárceles nacionales. Esta ley creaba la Dirección Nacional de Institutos Penales, un Consejo, un Anexo Psiquiátrico y un Instituto de Clasificación - que implementaría el régimen progresivo de la pena -, se estableció el trabajo penitenciario, la educación obligatoria, la clasificación de los detenidos, la reincidencia, la aplicabilidad de los regímenes carcelarios y el Patronato de Liberados.

El régimen penal pretendía inculcar hábitos de trabajo y aprendizaje que convirtiese a los condenados en obreros calificados, infundiendo normas de conducta social y disciplina, por medio de una educación obligatoria y moralizante.

La Ley Penitenciaria Nacional dictada por decreto 412/58, se incorporó como ley complementaria del Código Penal, derogando ciertas disposiciones penológicas, como la división entre las penas de prisión y reclusión del texto original.

La finalidad normativa se encontraba delineada por el art. 1º del decreto-ley que la fincaba en la readaptación social del condenado, fijando como obligatorio el constreñimiento del penado al régimen penitenciario aplicable. Esta legislación recabó un concepto de progresividad más tecnocrático que el de la ley 11.833, así incluyó el denominado período de observación, que debía comprender un examen médico, psicológico, ambiental y criminológico, que tendría la función de definir el grado de adaptabilidad del penado, y como su consecuencia la disposición institucional en el espacio físico del establecimiento.

El régimen progresivo de la pena complementa el período de observación con el de tratamiento y prueba. El tratamiento debía estar dividido en estamentos denominados fases que importarían disminuciones de rigurosidad de la reclusión; en tanto el período de prueba previsto por la ley contempla las salidas transitorias y la libertad condicional.

La ley contempla y reproduce principios humanitarios, penológicos y de derecho internacional sobre la alimentación, vestimenta, alojamiento, aseguramiento, trabajo y régimen pospenitenciario.

El 19 de Junio de 1996 se sancionó la ley 24.660, denominada De Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, actualmente en vigencia.

III : Legislación y sistema carcelario. Protección internacional de los derechos humanos

A) Normas constitucionales

Las garantías en el campo penal fueron agrupadas por nuestros constituyentes en el art. 18 de nuestra Carta Magna. El tema penitenciario se evidencia en la

frase "las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija hará responsable al juez que la autorice".

Germán Bidart Campos expresó "la Constitución delinea, de este modo, las pautas vertebradas del régimen carcelario tanto respecto de los condenados cuando con más razón a los detenidos durante la substanciación del proceso penal".

La última parte del art. 18, fecunda por los principios que establece además de mencionar que la higiene debe reinar en todo establecimiento carcelario, - pues no es sede de castigo sino de seguridad de los reos - sienta el canon de especial trascendencia en el régimen penal y carcelario del país. La prisión es medida de seguridad y no de expiación o castigo.

Debemos tener presente que aún siendo el único artículo de la Constitución que hace referencia expresa al sistema carcelario, todo el espíritu de los derechos fundamentales que consagra nuestra ley suprema deben ser de aplicación a los internos, y guía permanente de referencia de las autoridades penitenciarias en la aplicación de la readaptación y seguridad que la ley les ha asignado.

Muéstrase así nuestra Constitución tributaria de una visión cristiana y humanista de la vida y de que el hombre, pese a su situación de detenido - por causa jurídica mediante el debido proceso -, sigue mereciendo el respeto y la dignidad propia del ser-persona.

Podemos mencionar otras normas constitucionales que hacen a la dignidad del hombre y que no pueden ser suprimidos por la condición de interno en establecimientos penitenciarios, todas ellas amparadas también por la cláusula de los derechos implícitos del art.33. Entre ellos se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la dignidad del hombre.

El Dr. Sagües expresa en su Introducción a la Constitución Nacional "...hay, pues derechos naturales superiores y anteriores a la misma Constitución, que valen aunque no aparezcan en su letra (aquí emergen el derecho a la vida y a la integridad física)".

También es importante relevar a estos fines, los principios del art. 18, en cuanto a la abolición de las torturas y azotes, cuyos antecedentes ya se remontan a la Asamblea del año XIII, y que no son sólo una garantía para evitar confesiones y pruebas forzadas, sino que se extiende a la prohibición como medio de castigo para los penados o sometidos a medidas de seguridad.

Existen también principios constitucionales que garantizan el debido proceso en materia penal y de los que deben gozar los procesados, amparados como cualquier habitante en virtud del principio de inocencia.

Se consagra para la protección del ciudadano el principio *nullum crimen sine lege* - o sea de juzgamiento y pena por ley anterior al hecho del proceso -, el principio de juez natural, desvirtuando las comisiones especiales o jueces *ex-post-facto*; todo lo cual se complementa con la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, y la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y los derechos.

También podríamos referenciar la prohibición de juzgamiento por acciones no prohibidas - art. 19 - y el principio de igualdad que se consagra en el art. 16 en su segundo párrafo, que sostiene la igualdad de todos los habitantes ante la ley.

Se pueden considerar relacionados con la materia penitenciaria lo preceptuado en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional que encomienda al Congreso de la Nación entre otros el dictado del Código Penal y el art. 126 que prohíbe a las provincias realizar actos de poder delegados a la Nación entre los que menciona el Código Penal, debiendo ser directriz para los ordenamientos provinciales, los cuales deben ajustarse estrictamente a lo normado por el Congreso Nacional. En igual sentido fundamenta la aplicabilidad de la reglamentación el art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional que faculta al Poder Ejecutivo a reglamentar las leyes del Congreso, y el art. 128 que impone el deber a los gobernadores como agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución Nacional y las leyes de la Nación.

Por último en el nivel constitucional cabría mencionar la facultad que la carta magna le otorga al Presidente de la Nación por el art. 99, inc. 5 que establece entre las facultades del Poder Ejecutivo la de indultar o conmutar penas por delitos sometidos a jurisdicción federal, exceptuando los derivados del juicio político, y las consagradas al Congreso de la Nación en el art. 75, inc. 20 que le permite conceder amnistías generales, en ambos casos tienen como finalidad la culminación o reducción del proceso de ejecución penal; pudiéndose encontrar correlatos normativos en los ordenamientos provinciales entre las facultades de los gobernadores y legislaturas por los delitos sometidos a su jurisdicción.

B) Convenios internacionales

Entre las normas de carácter internacional, pienso que es demostrativa de la tendencia mundial a la protección del ser humano y la dignidad fundamental de su existencia, así como también de una creciente preocupación de los organismos multinacionales hacia la protección de los derechos humanos y las garantías fundamentales. Es importante destacar las siguientes normas:

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Fue aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, entre sus artículos destacamos:

Art. 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 5: Nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Art. 7: Todos los habitantes son iguales ante la ley.

Art. 11: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías para la defensa.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de Octubre de 1966 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, entre sus artículos señalaremos:

Art. 6: El derecho a la vida es inherente a la persona humana, es protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Art. 7: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Art. 8: 1) Nadie será sometido a esclavitud,...; 2) Nadie estará sometido a servidumbre...; 3) Nadie estará constreñido a realizar trabajos forzados u obligatorios.

No podrá ser interpretado en el sentido que prohíbe, en los países en que ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por tribunal competente. No se considerarán trabajos forzados u obligatorios... los trabajos o servicios que se exijan normalmente a una persona presa en virtud de decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad.

Art. 9: 1) Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a prisión o detención arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo a los procedimientos establecidos en ésta. 2) Toda persona detenida será informada en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora de la acusación formulada contra ella. 3) Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante el juez..., tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general pero su libertad podrá estar subordinada a garantías...

Art. 10: Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano:

a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento distinto adecuado a su condición de persona no condenada.

b) Los menores condenados estarán separados de los adultos y deberán ser

llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

c) El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados, los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Art. 11: Nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

Art. 14: 1) Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tiene el derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal... 2) Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 6) Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

El pacto establece un Comité de Derechos Humanos integrado por dieciocho miembros y compuesto por hombres de gran integridad moral y versación en derechos humanos, que estudia los informes de los Estados parte, transmite informes y comentarios que estima convenientes a los estados parte y lo puede hacer al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), también admite quejas de los Estados parte por violaciones de los derechos consagrados por parte de otros Estados parte.

Protocolo Facultativo

Aprobado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 y en vigor desde el 23 de marzo de 1976 es complementario del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y faculta al Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar las comunicaciones de individuos víctimas de violaciones de los derechos humanos enunciados en el Pacto.

Resolución 1503

Es otro instrumento que actúa como medio de protección de las Naciones Unidas, fue aprobado a través del Consejo Económico y Social (ECOSOC), que brinda atribuciones para tratar las violaciones groseras a los derechos humanos, donde quiera que se hayan cometido, sea cuales fueran las víctimas y establece un procedimiento de examen al efecto, que consiste en la realización de un estudio preliminar por una comisión de cinco miembros pertenecientes a la Sub-Comisión de Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías.

Las diferencias entre el Protocolo Facultativo y la Resolución 1503, son que el primero analiza casos particulares y la Resolución examina un cuadro persistente de violaciones manifiestas y groseras de derechos humanos. La resolución 1503 protege todos los derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mientras que el Protocolo Facultativo se limita a los derechos civiles y políticos amparados por el Pacto Internacional.

Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes.

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución número 39/46 en diciembre de 1984.

Entiende por tortura a todo acto en el que se infrinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, con el fin de obtener de ellas o de un tercero información o una confesión, de castigarlo por un acto que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores sean infligidos por un funcionario público o persona en ejercicio de función y no serán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o inherentes a éstas.

En ningún caso se puede invocar circunstancias excepcionales que justifiquen la tortura, tales como la emergencia o la necesidad.

Todo Estado parte velará por incluir una educación sobre la prohibición de las torturas en la formación profesional del personal encargado de aplicar la ley, sea civil, militar, médico, funcionarios públicos o de custodia y tratamiento de personas arrestadas, detenidas o en prisión.

Los Estados velarán por la existencia de mecanismos pronto e imparciales de investigación contra actos de torturas y por la posibilidad de toda persona que alegue ser sometida a tortura de presentar una queja y velará a su vez porque la legislación garantice a la víctima de la tortura la reparación y el derecho de indemnización justa y adecuada, incluidos los medios de rehabilitación.

Todos los Estados se comprometen a prohibir en los territorios bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser torturas.

La Convención constituye un Comité contra la Tortura compuesto de expertos de gran integridad moral y sapiencia en derechos humanos.

Los Estados parte presentarán al Comité por intermedio del Secretario General de las Naciones Unidas las medidas que hayan adoptado para efectivizar el compromiso.

Los informes son examinados por el Comité, el que puede hacer observaciones y serán transmitidas al Estado parte, que puede responder las observaciones.

Se admiten también las comunicaciones estatales por violaciones de otros Estados, sólo a condición de reciprocidad de reconocimiento de la competencia del Comité. Si no se arriba a solución interestadual el Comité ofrece sus buenos oficios de acuerdo a las reglas procesales de la Convención.

Según el art. 22 todo Estado parte puede declarar en cualquier momento que

reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones que sean enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación y de acuerdo con las normas procedimentales de la Convención.

El Comité presentará un informe anual sobre sus actividades a los Estados parte y a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Fue aprobada en la 9ª Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia de 1948, y entre sus artículos destacaremos:

Art. 1: Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 2: Todas las personas son iguales ante la ley.

Art. 7: Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia tiene derecho a la protección y ayuda especiales.

Art. 17: Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derecho y de obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales.

Art. 25: Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por las leyes preexistentes. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la misma y a ser juzgado sin dilación injustificada, o de lo contrario ser puesto en libertad.

Tiene derecho también a un trato humanitario durante la privación de la libertad.

Art. 26: Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable...

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Suscripta en el curso de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

De su normativa seleccionamos:

Art. 4: Derecho a la vida:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general desde el momento de la concepción.

No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

Art. 5: Derecho a la integridad personal:

1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2.- Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3.- La pena no puede trascender la persona del delincuente.

4.- Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo

circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5.- Cuando los menores puedan ser procesados deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especiales, con la mayor celeridad posible para su tratamiento.

6.- Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Art. 6: Prohibición de la esclavitud y servidumbre:

1.- Nadie puede ser sometido a esclavitud y servidumbre.

2.- Nadie puede ser constreñido a ejecutar un trabajo forzado, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad, ni a la capacidad física o intelectual del recluso.

3.- No constituyen trabajo forzoso u obligatorio:

a) Los trabajos o servicios que se exijan normalmente a la persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal por la autoridad judicial.

Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que las efectuarán no pueden ser puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.

Art. 7: Derecho a la libertad personal:

2.- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados parte o por las leyes...

3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

6.- Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención...

Art. 8: Garantías judiciales:

1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...

2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...

Art. 10: Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenado sin sentencia firme por error judicial.

Art. 25: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...

La Convención Americana crea dos métodos de protección de los derechos que consagra:

A) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

B) Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión compuesta de siete miembros de alta autoridad moral y versación en derechos humanos y conformada de acuerdo a las normas del instrumento

internacional, tendrá por funciones promover la observancia y defensa de los derechos humanos, estimulando la conciencia de los pueblos, formulando recomendaciones, preparando estudios, solicitando informes a los gobiernos, atendiendo consultas de la Secretaría de la Organización de Estados Americanos y rindiendo un informe anual a la Asamblea General de esa Organización.

Cualquier persona o grupo de personas, o entidades no gubernamentales pueden presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención.

Los Estados parte pueden reconocer la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado alegue que otro Estado parte ha incurrido en violación de los derechos humanos establecidos en la Convención.

La Corte Interamericana está compuesta de siete jueces, elegidos de acuerdo con lo estipulado en la Convención, pero sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la Corte, previo reconocimiento de la competencia de la Corte por el Estado parte. La Corte también tiene competencia para reconocer en la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención.

· Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas

V : Ley de ejecución de la pena privativa de libertad.
(Ley 24.660)

1.- Generalidades

La ley tiene por finalidad última lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, buscando su reinserción social en un acercamiento a la comprensión de la comunidad.

La ley pretende reproducir una serie de derechos en forma superflua, como eufemísticamente lo hace a través del art. 2, especificando que el condenado puede ejercer todos los derechos no afectados por la condena, la ley o las reglamentaciones, cuando aquel principio constitucional, al igual que los derechos personalísimos, no podrán ser cercenados por la condición de interno. De allí que repetir la fórmula del control jurisdiccional sobre la ejecución penal no haga más que tratar de solucionar el problema que de hecho existía con la antigua legislación, que aún consagrándolo lo tornaba ineficaz.

El autorizar que el régimen penitenciario utilice todos los medios de tratamiento interdisciplinario para cumplir su especialidad, no hace más que crear un ámbito de discrecionalidad administrativa-penitenciaria que afectará indudablemente los derechos de los inmersos en el sistema de ejecución penal.

2.- Tratamiento

El tratamiento será obligatorio, programado e individualizado, respetando las

condiciones personales, los intereses y las necesidades en las medidas de las posibilidades de la administración, por imperio del art. 5, basándose en la progresividad de los sistemas de ejecución.

Art 5 expresas. El tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo

Toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario.

En ambos casos deberá atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento del egreso, dentro de las posibilidades de la administración penitenciaria.

Art 6. El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina.

Art 7. El condenado podrá ser promovido excepcionalmente a cualquier fase del período de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada de la autoridad competente.

Art 8. Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado.

Art 9. La ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder.

Art 10. La conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario serán de competencia y responsabilidad administrativa, en tanto no estén específicamente asignadas a la autoridad judicial.

Art 11. Esta ley, con excepción de lo establecido en el artículo 7, es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. Las cuestiones que pudieran suscitarse serán resueltas por el juez competente. los resultados del tratamiento y proceder a su actualización, si fuere menester.

3.- Formas de libertad anticipada, asistida, condicionada y excepcional.

La ley 24.660 desde los arts. 28 al 56 del Capítulo II trata formas de prelibertad,

de libertad condicional, de prisión discontinua o alternativas a la prisión que pueden denominarse, en su mayoría, como nuevas en el régimen de ejecución.

Período de libertad condicional

Art 28. El juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, concepto y dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena.

Art 29. La supervisión del liberado condicional comprenderá una asistencia social eficaz a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso se confiará a organismos policiales o de seguridad.

Art 30. Entre sesenta y noventa días antes del tiempo mínimo exigible para la concesión de la libertad condicional o de la libertad asistida del artículo 54, el condenado deberá participar de un programa intensivo de preparación para su retorno a la vida libre el que, por lo menos, incluirá:

- a) Información, orientación y consideración con el interesado de las cuestiones personales y prácticas que deba afrontar al egreso para su conveniente reinserción familiar y social;
- b) Verificación de la documentación de identidad indispensable y su vigencia o inmediata tramitación, si fuere necesario;
- c) Previsiones adecuadas para su vestimenta, traslado y radicación en otro lugar, trabajo, continuación de estudios, aprendizaje profesional, tratamiento médico, psicológico o social.

Art 31. El desarrollo del programa de prelibertad, elaborado por profesionales del servicio social, en caso de egresos por libertad condicional o por libertad asistida, deberá coordinarse con los patronatos de liberados. En los egresos por agotamiento de la pena privativa de libertad la coordinación se efectuará con los patronatos de liberados, las organizaciones de asistencia Pospenitenciaria y con otros recursos de la comunidad. En todos los casos se promoverá el desarrollo de acciones tendientes a la mejor reinserción social.

Prisión domiciliaria

Art 32. El juez de ejecución o juez competente confiará la supervisión de la detención domiciliaria prevista en el artículo 10 del Código Penal a un patronato de liberados o servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

Art 33. El condenado mayor de setenta años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, podrá cumplir la pena impuesta en

detención domiciliaria, por resolución del juez de ejecución o juez competente, cuando mediere pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado, previo informes médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique.

Si lo estimare conveniente, el juez podrá disponer una supervisión adecuada en la forma prevista en el artículo 32.

Art 34. El juez de ejecución o juez competente revocará la detención domiciliaria cuando el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado o cuando los resultados de la supervisión efectuada así lo aconsejaren.

Prisión discontinua y semidetención

Art 35. El juez de ejecución o juez competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención, cuando:

- a) Se revocare la detención domiciliaria prevista en el artículo 10 del Código Penal;
- b) Se revocare la detención domiciliaria prevista en el artículo 33 de esta ley en el caso de condenado mayor de setenta años;
- c) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal;
- d) Se revocare la condenación condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal;
- e) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso que el condenado haya violado la obligación de residencia;
- f) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.

Prisión discontinua

Art 36. La prisión discontinua se cumplirá mediante la permanencia del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, por fracciones no menores de treinta y seis horas, procurando que ese período coincida con los días no laborables de aquél.

Art 37. El juez de ejecución o juez competente podrá autorizar al condenado a no presentarse en la institución en la que cumple la prisión discontinua por un lapso de veinticuatro horas cada dos meses.

Art 38. Se computará un día de pena privativa de libertad por cada noche de permanencia del condenado en la institución.

Semidetención

Art 39. La semidetención consistirá en la permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, durante la fracción del día no destinada al cumplimiento, en la medida de lo posible, de sus obligaciones familiares, laborales o educativas. Sus modalidades podrán

ser la prisión diurna y la prisión nocturna.

Art 40. El lapso en el que el condenado esté autorizado a salir de la institución se limitará al que le insuman las obligaciones indicadas en el artículo 39, que deberá acreditar fehacientemente.

Prisión diurna

Art 41. La prisión diurna se cumplirá mediante la permanencia diaria del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, todos los días entre las ocho y las diecisiete horas.

Prisión nocturna

Art 42. La prisión nocturna se cumplirá mediante la permanencia diaria del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, entre las veintiuna horas de un día y las seis horas del día siguiente.

Art 43. Se computará un día de pena privativa de libertad por cada jornada de permanencia del condenado en la institución conforme lo previsto en los artículos 41 y 42.

Art 44. El juez de ejecución o juez competente podrá autorizar al condenado a no presentarse en la institución durante un lapso no mayor de cuarenta y ocho horas cada dos meses.

Disposiciones comunes

Art 45. El juez de ejecución o juez competente determinará, en cada caso, mediante resolución fundada, el plan de ejecución de la prisión discontinua o semidetención, los horarios de presentación obligatoria del condenado, las normas de conducta que se compromete a observar en la vida libre y la obligación de acatar las normas de convivencia de la institución, disponiendo la supervisión que considere conveniente.

Art 46. En el caso del inciso f) del artículo 35, si el condenado se encontrare privado de libertad, previo a la ejecución de la resolución judicial, participará del programa de prelibertad, establecido en el artículo 30, con una duración máxima de treinta días.

Art 47. El condenado en prisión discontinua o en semidetención, durante su permanencia en la institución, participará en los programas de tratamiento que establezca la reglamentación, en la que se consignarán las obligaciones y limitaciones que deberá observar.

Art 48. El condenado podrá, en cualquier tiempo, renunciar irrevocablemente a la prisión discontinua o a la semidetención. Practicado el nuevo cómputo, el juez de ejecución o juez competente dispondrá que el resto de la pena se cumpla en establecimiento penitenciario. En tal supuesto la pena se cumplirá en establecimiento semiabierto o cerrado.

Art 49. En caso de incumplimiento grave o reiterado de las normas fijadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 45 y previo informe de la autoridad encargada de la supervisión del condenado, el juez de ejecución o juez competente revocará la prisión discontinua o la semidetención practicando el cómputo correspondiente. La revocación implicará el cumplimiento de la pena en establecimiento semiabierto o cerrado.

Trabajos para la comunidad

Art 50. En los casos de los incisos c) y f) del artículo 35, cuando se presente ocasión para ello y el condenado lo solicite o acepte, el juez de ejecución o juez competente podrá sustituir, total o parcialmente, la prisión discontinua o la semidetención por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada. En tal caso se computarán seis horas de trabajo para la comunidad por un día de prisión. El plazo máximo para el cumplimiento de la pena con esta modalidad de ejecución será de dieciocho meses.

Art 51. El juez de ejecución o juez competente confiará la organización y supervisión del trabajo para la comunidad del artículo 50 a un patronato de liberados o a un servicio social calificado, de no existir aquél.

Art 52. En caso de incumplimiento del plazo o de la obligación fijada en el artículo 50, el juez de ejecución o juez competente revocará el trabajo para la comunidad. La revocación, luego de practicado el cómputo correspondiente, implicará el cumplimiento de la pena en establecimiento semiabierto o cerrado. Por única vez y mediando causa justificada, el juez de ejecución o juez competente podrá ampliar el plazo en hasta seis meses.

Art 53. El condenado en cualquier tiempo podrá renunciar irrevocablemente al trabajo para la comunidad. Practicado el nuevo cómputo, el juez de ejecución o juez competente dispondrá que el resto de la pena se cumpla en prisión discontinua, semidetención o en un establecimiento penitenciario.

Art 54. La libertad asistida permitirá al condenado sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, el egreso anticipado y su reintegro al medio libre seis meses antes del agotamiento de la pena temporal.

El juez de ejecución o juez competente, a pedido del condenado y previo los informes del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, podrá disponer la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida.

El juez de ejecución o juez competente podrá denegar la incorporación del condenado a este régimen sólo excepcionalmente y cuando considere, por resolución fundada, que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad.

Art 55. El condenado incorporado al régimen de libertad asistida deberá cumplir las siguientes condiciones:

1. Presentarse, dentro del plazo fijado por el juez de ejecución o juez competente, al patronato de liberados que le indique para su asistencia y para la supervisión de las condiciones impuestas.

2. Cumplir las reglas de conducta que el juez de ejecución o juez competente fije, las cuales sin perjuicio de otras que fueren convenientes de acuerdo a las circunstancias personales y ambientales del condenado, podrán ser:

a) Desempeñar un trabajo, oficio o profesión, o adquirir los conocimientos necesarios para ello;

b) Aceptar activamente el tratamiento que fuere menester;

c) No frecuentar determinadas personas o lugares, abstenerse de actividades o de hábitos que en el caso, se consideren inconvenientes para su adecuada reinserción social.

Salvo expresa indicación en contrario, siempre regirá la obligación señalada en el inciso a) de este apartado.

3. Residir en el domicilio consignado en la resolución judicial, el que podrá ser modificado previa autorización del juez de ejecución o juez competente, para lo cual éste deberá requerir opinión del patronato respectivo.

4. Reparar, en la medida de sus posibilidades, los daños causados por el delito, en los plazos y condiciones que fije el juez de ejecución o juez competente.

Estas condiciones regirán a partir del día de egreso hasta el de agotamiento de la condena.

Art 56. Cuando el condenado en libertad asistida cometiere un delito o violare la obligación del apartado 1 del artículo 55, la libertad asistida será revocada.

El resto de la condena se agotará en un establecimiento semiabierto o cerrado.

Si el condenado en libertad asistida incumpliere reiteradamente las reglas de conducta impuestas, violare la obligación prescrita en el apartado 3 del artículo 55 o se sustrajere, sin causa, a lo prescrito en el apartado 4 de ese artículo, el juez de ejecución o juez competente podrá revocar su incorporación a la libertad asistida o disponer que no se le compute en la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la inobservancia. En tal supuesto se prorrogarán los términos, hasta tanto acatare lo dispuesto en el plazo que se le fije, bajo apercibimiento de revocatoria.

En los casos de revocatoria, deberá practicarse nuevo cómputo no considerándose el tiempo que haya durado la libertad.

4.- Normas de trato

Contemplado en el Capítulo III de la Ley 24660 desde el artículo 57 al 78.

Denominación

Art 57. La persona condenada sujeta a medidas de seguridad que se aloje en instituciones previstas en esta ley, se denominará interno.

Al interno se le citará o llamará únicamente por el nombre y apellido.

Higiene

Art 58. El régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se implementarán medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud y se atenderán especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos.

Art 59. El número de internos de cada establecimiento deberá estar preestablecido y no se lo excederá a fin de asegurar un adecuado alojamiento. Todos los locales estarán siempre en buen estado de conservación. Su ventilación, iluminación, calefacción y dimensiones guardarán relación con su destino y los factores climáticos.

Art 60. El aseo personal del interno será obligatorio. Los establecimientos deberán disponer de suficientes y adecuadas instalaciones sanitarias y proveerán al interno de los elementos indispensables para su higiene.

Art 61. El interno deberá cuidar el aseo de su alojamiento y contribuir a la higiene y conservación del establecimiento.

Alojamiento

Art 62. El alojamiento nocturno del interno, en lo posible, será individual en los establecimientos cerrados y semiabiertos.

En las instituciones o secciones basadas en el principio de autodisciplina se podrán utilizar dormitorios para internos cuidadosamente seleccionados.

Vestimenta y ropa

Art 63. La administración proveerá al interno de vestimenta acorde al clima y a la estación, para usarla en el interior del establecimiento. En manera alguna esas prendas, por sus características podrán resultar humillantes. Deberá cuidarse su mantenimiento en buen estado de conservación e higiene.

Cuando el interno hubiere de salir del establecimiento, en los casos autorizados, deberá permitírsele utilizar sus ropas personales. Si no dispusiere de ellas, se le facilitará vestimenta adecuada.

Art 64. Al interno se le proveerá de ropa suficiente para su cama individual, la que será mudada con regularidad.

Alimentación

Art 65. La alimentación del interno estará a cargo de la administración; será adecuada a sus necesidades y sustentada en criterios higiénico-dietéticos. Sin perjuicio de ello y conforme los reglamentos que se dicten, el interno podrá adquirir o recibir alimentos de sus familiares o visitantes. La prohibición de bebidas alcohólicas será absoluta.

Información y peticiones

Art 66. A su ingreso al establecimiento el interno recibirá explicación oral e información escrita acerca del régimen a que se encontrará sometido, las normas de conducta que deberá observar, el sistema disciplinario vigente, los medios autorizados para formular pedidos o presentar quejas y de todo aquello que sea útil para conocer sus derechos y obligaciones. Si el interno fuere analfabeto, presentare discapacidad física o psíquica o no comprendiese el idioma castellano, esa información se le deberá suministrar por persona y medio idóneo.

Art 67. El interno podrá presentar peticiones y quejas al director del establecimiento y dirigirse sin censura a otra autoridad administrativa superior, al juez de ejecución o al juez competente.

La resolución que se adopte deberá ser fundada, emitida en tiempo razonable y notificada al interno.

Tenencia y depósito de objetos y valores

Art 68. El dinero, los objetos de valor y demás prendas propias que el interno posea a su ingreso o que reciba con posterioridad y que reglamentariamente no pueda retener consigo serán, previo inventario, mantenidos en depósito. Se adoptarán las disposiciones necesarias para su conservación en buen estado. Conforme los reglamentos, el interno podrá disponer de su dinero y otros objetos. Los efectos no dispuestos por el interno y que no hubieren sido retenidos o destruidos por razones de higiene, le serán devueltos a su egreso. De todo depósito, disposición o devolución se extenderán las correspondientes constancias y recibos.

Cuidados de bienes

Art69. El interno deberá cuidar las instalaciones, el mobiliario y los objetos y elementos que la administración destine para el uso individual o común y

abstenerse de producir daño en los pertenecientes a otros internos.

Registro de internos y de instalaciones

Art 70. Para preservar la seguridad general, los registros en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos y las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán con las garantías que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad humana.

Traslado de internos

Art 71. El traslado individual o colectivo de internos se sustraerá a la curiosidad pública y estará exento de publicidad. Deberá efectuarse en medios de transporte higiénicos y seguros.

La administración reglamentará las precauciones que deberán utilizarse contra posibles evasiones, las cuales en ninguna circunstancia causarán padecimientos innecesarios al interno.

Art72. El traslado del interno de un establecimiento a otro, con las razones que lo fundamenten, deberá ser comunicado de inmediato al juez de ejecución o juez competente.

Art 73. El traslado del interno de un establecimiento a otro será informado de inmediato a las personas o instituciones con las que mantuviere visita o correspondencia o a quienes hubieren sido por él designados.

Medidas de sujeción

Art 74. Queda prohibido el empleo de esposas o de cualquier otro medio de sujeción como castigo.

Art 75. Sólo podrán adoptarse medidas de sujeción en los siguientes casos:

- a) Como precaución contra una posible evasión durante el traslado del interno;
- b) Por razones médicas, a indicación del facultativo, formulada por escrito;
- c) Por orden expresa del director o del funcionario que lo reemplace en caso de no encontrarse éste en servicio, si otros métodos de seguridad hubieran fracasado y con el único propósito de que el interno no se cause daño a sí mismo, a un tercero o al establecimiento. En este caso el director o quien lo reemplace, dará de inmediato intervención al servicio médico y remitirá un informe detallado al juez de ejecución o juez competente y a la autoridad penitenciaria superior.

Art 76. La determinación de los medios de sujeción autorizados y su modo de empleo serán establecidos por la reglamentación que se dicte. Su aplicación no podrá prolongarse más allá del tiempo necesario, bajo apercibimiento de las

sanciones administrativas y penales que correspondan por el funcionario responsable.

Resistencia a la autoridad penitenciaria

Art 77. Al personal penitenciario le está absolutamente prohibido emplear la fuerza en el trato con los internos, excepto en los casos de fuga, evasión o de sus tentativas o de resistencia por la fuerza activa o pasiva a una orden basada en norma legal o reglamentaria. Aun en estos casos, todo exceso hará pasible al responsable de las sanciones administrativas y penales que correspondan.

Art 78. El personal que habitualmente preste servicios en contacto directo con los internos no estará armado. Deberá recibir un entrenamiento físico adecuado que le permita actuar razonable y eficazmente para superar situaciones de violencia.

El uso de armas reglamentarias quedará limitado a las circunstancias excepcionales en que sea indispensable utilizarlas con fines de prevención o por peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad de agentes, de internos o de terceros.

5.- Disciplina

El interno debe acatar las normas de conducta para posibilitar la conveniencia que legalmente se prevé en favor de su resocialización en el marco legal, intentando así manifiestamente promover a su reinserción social y latentemente a mantener el orden y la disciplina interna.

Si bien el poder disciplinario está a cargo del director del establecimiento, en virtud del art. 83, el artículo siguiente no puede menos que plasmar el principio de legalidad disponiendo que las infracciones disciplinarias deben estar previstas en norma legal o reglamentaria, en su consecuencia las infracciones pueden ser divididas según se muestra en el gráfico adjunto.

Respecto de las sanciones en cuanto a su tipología nos remitiremos al cuadro que se adjunta, mas es importante destacar que jamás puede implicar la suspensión total del derecho de visita y correspondencia, la eximición del derecho de trabajo, la imposibilidad de lectura, o el acceso a la asistencia religiosa.

La sanción que se imponga puede determinar retrotraer al interno a una faz anterior del régimen penitenciario, por lo cual se entiende que la ubicación en aquél no es un bien adquirido, y que el régimen sancionador, en caso de duda, aplicará los principios generales del derecho penal, indubio pro reo (art. 93), non bis in idem (art. 92), individualidad (art. 94), apelabilidad (art. 96) y suspensión del art. 98.

6.- Conducta y concepto

Art 100. El interno será calificado de acuerdo a su conducta. Se entenderá por conducta la observancia de las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro del establecimiento

Art 101. El interno será calificado, asimismo, de acuerdo al concepto que merezca. Se entenderá por concepto la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social.

Art 102. La calificación de conducta y concepto será efectuada trimestralmente, notificada al interno en la forma en que reglamentariamente se disponga y formulada de conformidad con la siguiente escala:

- a) Ejemplar;
- b) Muy Buena;
- c) Buena;
- d) Regular;
- e) Mala;
- f) Pésima.

Art 103. La calificación de conducta tendrá valor y efectos para determinar la frecuencia de las visitas, la participación en actividades recreativas y otras que los reglamentos establezcan.

Art 104. La calificación de concepto servirá de base para la aplicación de la progresividad del régimen, el otorgamiento de salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, conmutación de pena e indulto

7.- Herramientas de resocialización

Aún encubierta bajo diferentes modelos de ejecución que respetan más que otros los fundamentales derechos de los individuos, el sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad que propone la ley 24.660 sigue basándose en dos elementos básicos, trabajo y educación, al respecto se dhacen referencias en los ítem siguientes

8.- Asistencia

La ley prevé un régimen asistencial que tenga en cuenta al individuo como entidad psico-físico-social, en tal sentido los capítulos IX al XIII de la ley se dedican a normar la asistencia médica, espiritual, familiar, social y pospenitenciaria que se le brinda al interno.

Todo el régimen asistencial pretende el resguardo de los bienes jurídicos del interno, de los cuales no puede ser privado por su condición de penado, como

por ejemplo derecho a la salud y a la integridad física (art. 143), libertad de conciencia y religión (art. 153), unidad familiar, comunicabilidad y personería jurídica (art. 158) y el derecho de sociabilidad (art.168).

Como criticáramos en el párrafo correspondiente a la salud como problema carcelario la nueva ley pretende diferenciar la integridad física de la potestad estadual de control de locomoción, en tal caso prescribe la imposibilidad de cercenar la consulta y el tratamiento médico, y pone aunque sea en letra de la ley a cargo de la administración penitenciaria la asistencia de la salud del interno.

El interno puede requerir a su cargo la atención médica privada, exigiéndose para el caso de intervenciones quirúrgicas o riesgo de vida las pertinentes autorizaciones legales o jurisdiccionales.

El concepto asistencial de la medicina prohíbe como antaño usar al reo como objeto directo o indirecto de prácticas de investigación biomédica, únicamente permitidas cuando exista un beneficio directo en concordancia con lo establecido en el art. 150.

La asistencia espiritual, que debe respetar el derecho de conciencia y religión, la que no puede suprimirse por sanción disciplinaria. La administración dispondrá las medidas necesarias para las celebraciones litúrgicas y la posesión de objetos y materiales de culto.

En cuanto a la asistencia familiar y social no puede cercenarse, de acuerdo a lo prescripto por la ley, la comunicación periódica con familiares, amigos y allegados, así como con abogados y representantes oficiales. Todos ellos deben respetar el derecho de privacidad.

La requisa, tanto personal como de objetos, no será un obstáculo para la comunicabilidad y deberá respetar la dignidad de las personas a ella sometida. Resguardando en todo momento el derecho del interno para informarse sobre los sucesos de la vida nacional e internacional por los medios de comunicación social.

En igual sentido prevé la ley que las relaciones del interno con su familia deben ser facilitadas y estimuladas, pero supeditándolo a su compatibilidad con el tratamiento, situación ésta que no sólo es deleznable desde el mismo concepto moral, sino desde el propio concepto de la teoría política que entiende a la familia como la base de la sociedad.

Los egresados del sistema de ejecución de la pena gozarán de la protección pospenitenciaria en el ámbito social, moral y material que estará a cargo de un Patronato de liberados. Esta institución atenderá a su ubicación y reinserción social por medio de alojamiento, trabajo, vestimenta y recursos adecuados para su adaptabilidad.

9.- Establecimientos

Cada establecimiento deberá respetar la división clara entre hombres y mujeres y entre penados y condenados, el primero por imperio del art. 176 y el segundo de acuerdo a lo estipulado por el art. 179.

Los establecimientos de ejecución penal deberán contar con los siguientes medios:

- a) Personal idóneo, en particular el que se encuentra en contacto cotidiano con los internos, que deberá ejercer una actitud predominantemente educativa.
- b) Un organismo técnico-criminológico del que forme parte un equipo multidisciplinario constituido por un psiquiatra, un psicólogo y un asistente social y en lo posible, entre otros, por un educador y un abogado, todos con especialización en criminología y en disciplinas afines.
- c) Servicio médico y odontológico acorde con la ubicación tipo del establecimiento y necesidades.
- d) Programas de trabajo que aseguren la plena ocupación de los internos aptos.
- e) Biblioteca y escuela a cargo de personal docente con título habilitante, con las secciones indispensables para la enseñanza de los internos que estén obligados a concurrir a ella.
- f) Capellán nombrado por el Estado o adscripto honorariamente al establecimiento.
- g) Consejo correccional, cuyos integrantes representen los aspectos esenciales del tratamiento.
- h) Instalaciones para programas recreativos y deportivos.
- i) Locales y medios adecuados para alojar a los internos que presenten episodios psiquiátricos agudos o cuadros psicopáticos con graves alteraciones de la conducta.
- j) Secciones separadas e independientes para alojamiento y tratamiento de internos droga-dependientes.
- k) Instalaciones apropiadas para las diversas clases de visitas autorizadas.

10.- Disposiciones finales

La ley dispone que sus normas sean complementarias del Código Penal, y en tal sentido de aplicación nacional, por lo que reproducen en todos sus aspectos la disquisición que venía dándose normativamente respecto de la antigua Ley Penitenciaria Nacional.

Si bien la propia ley dispone del plazo de un año para que las legislaciones provinciales sean adecuadas a este nuevo régimen nacional, se entiende que esta disposición será violentada por los estados provinciales que tienen no sólo una inadecuada estructura penitenciaria, sino por delante un arduo camino de reforma jurídico-legal.

CONCLUSIONES

Excusas al lector, por lo frío e inclemente de las descripciones precedentes. El objetivo fue analizar con las diferentes racionalizaciones y teorías que se han construido, alrededor del concepto abstracto del fin de la pena. Es necesario conocer esos puntos de vista, porque de algún modo las filosofías descienden, transformando y modelando la vida cotidiana, pública y privada.

Las "teorías de la pena" cumplen la función de explicar el para qué de la pena, la legitimación del poder del Estado para castigar. Pero el ser de la pena requiere de otra explicación que no se satisface con aquellas teorías, dichos elementos surgen de la función que en nuestro ámbito cultural se ha otorgado a la sanción penal.

Así, es claro que la pena debe ser, ante todo, un mal, y ese mal se traduce en la privación de bienes jurídicos en cabeza del infractor de una norma. Pero además, el Derecho Penal tiene una función de demarcación del comportamiento incorrecto -lo que no debe confundirse con la estigmatización de la persona del delincuente- de señalización social de lo no aceptable o incluso, repudiable. Si bien este último aspecto se asocia a la teoría preventivo general de la pena, algunos autores del Derecho Penal consideran que es independiente de ella y no requiere, como si lo exige esa teoría, de una mayor fundamentación empírica respecto de las consecuencias sobre los no infractores. Al Derecho Penal le es ajeno, por lo demás, la función meramente policial: aseguramiento de bienes o personas en casos de peligro comunitario, como ser, razones de salubridad o de seguridad (clausura de establecimientos con mercancía en mal estado, internamiento manicomial de enfermos mentales peligrosos, etc.). También le es ajeno al Derecho Penal la reparación de daños, ya sean materiales o meramente morales (destrucción de cosas que deben ser reparadas, la "imagen de la administración pública", etc.).

En otras palabras, allí donde se imponga un mal (privación de bienes jurídicos) signando socialmente al comportamiento incorrecto, habrá materialmente una pena.

Por otra parte la problemática del Hombre Preso, es la de la Persona Humana bajo presión. Si se parte de que la función principal del Estado, es la de crear las condiciones necesarias, para que sea posible el pleno e íntegro desarrollo de las potencialidades de cada una de las Personas; o sea que si su responsabilidad primera, es crear el clima o el hábitat adecuado para que el Hombre se manifieste, bien cabe preguntarse: ¿entonces, por qué la pena? ¿Existiría ese hábitat o clima en una sociedad sin normas? ¿Es posible ahora, una sociedad sin Derecho? ¿Es éste el tema de los límites de la Libertad?; pero, ¿cómo es una Libertad con límites? ¿Es Hombre un hombre con Libertad limitada? ¿Es acaso, el delincuente más libre que el no delincuente? ¿Es que la definición de Persona contiene la de ser un ciudadano

respetuoso de la Ley? ¿No será la formula: un no - estado, más un hombre respetuoso del prójimo?

En una concepción humanista del Estado, toda presión sobre la Persona, debe ser excepcional y benigna; pero además, si la pena es una necesidad para que exista el Derecho, la finalidad de la Política y del Estado no puede ser otra que la búsqueda de los caminos, de los rumbos, para que día a día, esa necesidad sea cada vez menos necesaria; o sea que el Estado tiene el imperativo de ser el protagonista de un cambio, hacia un hombre mejor. ¿Es ello hablar de un estado de naturaleza a lo Rousseau, pero incorporando el respeto al prójimo como una característica propia, y ya entonces "innata" del ser humano?

La Problemática del Hombre Preso, así como la del Demerite o la del Anciano Pobre, esos otros mundos al lado de nuestro mundo, son verdaderos agujeros negros, que cargan sobre la conciencia de nuestras sociedades y de nuestros estados. Identificar esos confines y decir que existen (¡qué importante es "decir"!), es ya un avance, en la dirección de ese cambio que el Estado y el Hombre deben provocar.

Referencias bibliográficas

- (1) En general, piensan así los puros anarquistas, es decir, aquellos para los cuales el Estado es un mal innecesario, p. ej., Tolstoy. Véase Kelsen, Teoría general del Estado, ed. Labor, 1934, p. 36.
- (2) Finger, pág. 447. En contra, Nuñez, II, pág. 346, pero para que el obligado a indemnizar quede mas pobre es necesario que se lo condene a algo más que a reponer el estado anterior, desde luego con todo lo que ello le reportó o le debió reportar. Al que se le quita lo que no era suyo o a aquello a lo que no tenía derecho, no quede mas pobre.
- (3) Binding, Normen, I, p. 288.
- (4) Nada hay en el derecho que no tenga fines, pues el derecho todo es una trama finalista, Stammler, Filosofía del Derecho, p. 73 y sigs. Por eso es inaceptable la falsa oposición entre el fundamento y fin de la pena, como lo pretende M. E. Mayer, p. 426, para negar que la retribución puede ser fin de la pena. Hippel, p. 496-7 contesta claramente esa posición " el mal de la pena como tal no tiene ningún fin, así como no lo tiene la estricnina o el alimento; tiene sólo propiedades. Es la aplicación de este mal lo que alcanza a tener fines, como los tiene la aplicación de todo medio. Pero este fin, si ha de ser alcanzado, sólo puede corresponder a las propiedades para envenenar, no se emplea la pena para proporcionar satisfacciones, sino conforme a su esencia" Conf. también Mezger, p. 515, n. 34.
- (5) Finger, p. 449; conf. Kohlet, p. 573.
- (6) Mezger, p. 511.
- (7) Los discípulos mas modernos del positivismo concuerdan ya con esa afirmación, por los demás, evidente. G.A. Bellóni, Il sistema penale e l etica, Criminalia, 1, 1, p. 33: "la pena es un mal en el orden jurídico".
- (8) Finger, p. 449; conf. Kohler, p. 573.
- (9) Esto se ve muy bien en la exposición de Fiorian. Carnelutti llega a una extrema forma de escepticismo sobre la eficacia de la pena: los buenos no la necesitan y los malos no la temen. Conf. La morte del Diritto, en vol. La crisi del Diritto, Padova, Cedam, 1953, p. 177.
- (10) Conf. la " Revista Internacional de Política Criminal" ed. Por las Naciones Unidas, en tres idiomas.
- (11) Esta idea , puesta por Platón en boca de Protágoras, ha sido modernamente expresada por Jacques Maritain en su opúsculo Sobre la guerra Santa: "Olvídase asimismo que el mal siguen siendo el mal..., que el horror ejecutado queda ejecutado y que la desesperación de los hombres y su dolor y una sola lágrima y un solo grito arrancado por la injusticia pueden muy bien ser compensados con creces (para esto murió Jesús) pero no pueden ser borrados; nunca se los borrará ,nunca", Sur, 1937, num 35, p. 99. La misma idea expresa N Hartmann en la introducción de su Ethik.

-(12) Teoría de Carrara puede verse: Programma, prefacio a la 5ta edición, que es el que contienen las ediciones corrientes; Prolegómenos; Introducción a la secc. II y la pag. 598 y sigs.; Opuscoli, vol. I, p. 117; en el mismo vol. P.167,203, contra el correccionalismo y p.233.

-(13) Binding, en Normen, I, Anhang, Der Rechtszwang nach Wesen, Arten und Grezen, p 483 y sigs, muestra cuan limitado es el campo de la ejecución coactiva del derecho en general.

Bibliografías consultadas

- 1) JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación, Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons Editores, Madrid, 1995.
- 2) ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito. Trad. de Diego -Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal, CIVITAS, Madrid, 1997.
- 3) STRATENWERTH, Günther, ¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena? Trad. de Marcelo A. Sancinetti, Revista "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal" Nº 1 y 2, p. 168/184.
- 4) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial EDIAR, Bs.As., 1987.
- 5) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas, EDIAR, Bs.As, 1989.
- 6) ZAFFARONI, Eugenio Raúl-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal .Parte General, Ediar, Bs.As., 2000
- 7) ZIPF, Heinz, Introducción a la Política Criminal, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979
- 8) El Regimen Penitenciario Argentino- Juan García Basalo Antecedentes-Ley Penitenciaria- Aplicación. Ed. Librería del Jurista Bs As- 1975
- 9) Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad- Ley 24.660 Promulgada por Decreto N 752 8 DE Julio de 1996-B.O. Del 16 fr julio de 1996 Ministerio de Justicia de la Nacion Secretaria de Política Penitenciaria y Readaptación Social.
- 10)- Plan Director de la Política Penitenciaria Nacional Decreto N426/ 95 – 27 de Marzo de 1995.

Bibliografías Consultadas

Ministerio de Justicia de la Nación- Secretaria de Política Criminal y de readaptación Social.

11) Ejecución Penal y LIBERTAD Beneficios Penitenciarios- Indultos. El Proceso del Tratamiento Penitenciario.

Dra. Lucía Otarola Medina. Imprenta Valdivia S.A. Lima Perú-1999.

12) Criminología, agresividad y delincuencia. El tratamiento Penitenciario Dra Iris Oldano

Importancia del Tratamiento

Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos.

Cap. XXII. Ed. Ad-Hoc- Buenos Aires-Argentina-1998.

13) El concepto material de la pena en la dogmática y política criminal González, Ramón Luis

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - UNNE.

14) Fundamentos de la Pena. ¿Quia Peccatum est, ne peccetur o? Pablo Enrique Nirich.