

LA PENA DE PRIVACION DE LIBERTAD

Ricardo Huñis¹

I. Introducción. II. Antecedentes nacionales. III. Evolución posterior. IV. Régimen de nuestro país. V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La privación de libertad personal nació con carácter de pena, es decir, castigo, hace tan solo trescientos años. Desde mediados del siglo XVI a fines del XVIII, el encierro no existía dentro del catálogo de penas. Surgió como tal, recién a partir de la transformación del modelo de producción feudal que imperaba en ese entonces, al del sistema de producción capitalista; fenómeno que se emparenta en gran medida con las nuevas reglas que impuso la revolución industrial. Hasta que se produjo este cambio, la privación de libertad ambulatoria era utilizada sólo con el fin de mantener a buen resguardo a quienes se encontraban acusados de haber cometido delitos y se prolongaba hasta el momento en que se los juzgaba y sentenciaba a una pena.

La codificación de aquella época estableció sanciones que consistían en el sacrificio de ciertos bienes del condenado: la riqueza con penas pecuniarias, la integridad física con penas corporales como la mutilación y la muerte, el honor con penas infamantes como el destierro. Pero estar privado de libertad por

¹ Abogado. Profesor Adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.

determinado tiempo no era castigo en razón de que la libertad no era considerada un bien en sí mismo².

Como consecuencia de las pautas establecidas en el orden socioeconómico en el siglo XVIII, a partir de la acumulación del capital y la pérdida de los medios de producción que pasaron a manos de la minoría constituida por la burguesía, se fue generando en la mayoría, el proletariado, grandes masas de marginados: pobres y vagabundos. Estos representaban para la burguesía una real amenaza al sistema imperante.

Durante años el exterminio de la vida fue la única respuesta que el Estado usó para resolver la diferencia numérica entre los desocupados y las posibilidades de empleo, sin alterar el orden público.

A la brutal legislación de los siglos XVI y XVII, le siguieron medidas tendientes a disciplinar a los marginales excedentes: por un lado la beneficencia pública, por el otro la internación institucional.

El único bien que conservó el proletariado fue su fuerza de trabajo asalariado. La sujeción de muchos a pocos fue la consecuencia "*natural*" de la realidad económica; garantizar el orden y la paz, la estrategia del control social. El paradigma central de la época era cómo educar a las mayorías a aceptar su estado y cómo disciplinarlos para que no atenten contra la propiedad; al mismo tiempo, asegurar que todo se realice en una esfera de libertad³.

El eje teórico sobre el que se diseñó el modelo justificante del castigo, fue el contrato, el pacto social. El poder de castigar y en consecuencia administrar la libertad, ha sido otorgado, cedido por

² Pavarini, M. "*Control y dominación*". Siglo XXI Editores. México. 1999. Pág. 36.

³ Foucault, Michael. "*vigilar y Castigar*". Ed. Siglo XXI. México. 1988.

los destinatarios de la ley penal al Estado, único titular del poder represivo⁴.

La pena de encierro, de privación de libertad pasó a constituirse en el principal castigo. Su justificación residió en la transgresión por parte del delincuente de aquello que previamente había pactado socialmente con la autoridad: la renuncia a ciertas libertades. Se reconoció la igualdad de todos los hombres en estado de naturaleza, pero también las diferencias en cuanto a la distribución de las riquezas.

Las nuevas reglas de juego requirieron para su aceptación "*educar*" a las mayorías, disciplinarlas para que admitan su condición natural. Nació así el encierro en la penitenciaría, lugar donde las masas ociosas que delinquían eran educadas, disciplinadas mediante el trabajo mas duro y obligatorio. Al mismo tiempo, este modelo cumpliría con los postulados de las teorías de la prevención general, desde el momento que serviría para que el proletariado soportara mansamente el trabajo en la fábrica que el mercado libre le ofrecía.

El ingreso al sistema capitalista de producción, donde la sociedad actúa como productora de mercancías, implicó asignarle a la libertad un valor económico: la fuerza del trabajo humano medida en el tiempo. En consecuencia, su restricción equivalía a un castigo. El tiempo como riqueza permitió la mejor forma de aplicar las teorías retributivas por tratarse de algo fungible; además servía para educar, disciplinar al desviado⁵.

De una Política Criminal basada en la aniquilación, se pasó a otra que se fundaba y legitimaba en la reinserción de quien se apartó del pacto social.

⁴ Pavarini, M. Ob. cit en 2. Pág. 33/34.

⁵ Zaffaroni, E., Alagia, A., y Slokar, A. "*Derecho penal. Parte general*". Ediar. 2002.

La criminología positivista aportó lo suyo, la cárcel fue el taller para “*el gran experimento: la transformación del hombre*”⁶. La base para ello era: la observación, la manipulación, los tratamientos, la sumisión, educar para el conformismo.

A mediados del siglo XIX entró en crisis el mito del liberalismo económico en cuanto relaciona a la riqueza de una nación con el bienestar de la sociedad; por el contrario, la revolución industrial había enseñado que a mayor acumulación de riquezas, mayor acumulación de miseria.

El pensamiento positivista viró del retribucionismo penal a un juicio sobre peligrosidad, a un pronóstico sobre predisposición a cometer nuevos delitos y la legitimación del castigo dejó de tener como eje principal, sólo un fundamento político (el contrato, el pacto social), para adoptar un criterio naturalista: la sociedad, al igual que el cuerpo humano, reacciona ante su parte enferma. Comenzó a tomar forma el concepto de Defensa Social: el Estado, custodio de la sociedad, encarcela a quien la agrede y justifica su poder represivo de modo similar a la legítima defensa.

La cárcel, como pena, se propone que el transgresor compense el daño causado pagando con su propio tiempo asalariado y, asimismo, a través de la ejecución, preponderantemente disciplinaria, aspira a reintegrarlo a la sociedad como un sujeto dócil. En este sentido, la evolución de la pena privativa de libertad ambulatoria, apuntó a la prevención especial, generando un sistema cuyos contenidos exceden el mero encierro.

Poco y nada es lo que se ha avanzado en todo aquello que hace a la ejecución de la pena de prisión. La realidad carcelaria, continúa bajo la dirección de agentes cuyo único interés es

⁶ Pavarini, M. Ob. cit en 2. Pág. 39.

mantener el control de la población intra-muros y pretenden hacerlo sólo mediante la represión.

Las teorías sobre la pena, sus fines, legitimación y cumplimiento, quedan reducidas al ámbito académico y las pocas veces que aparecen reflejadas en la legislación carcelaria, se reducen a "*letra muerta*"; el sistema carcelario se encuentra muy lejos de cualquier política de resocialización.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS NACIONALES

El **Proyecto Tejedor** divide las penas en tres grupos: a) Corporales: muerte, presidio, penitenciaria, destierro, confinamiento, prisión y arresto; b) Privativas del honor y humillantes: inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad y represión; c) Pecuniarias: multa, caución, comiso, costos y gastos.

La pena de privación de libertad, como pena *strictu sensu*, tenía en esa época una vigencia de un siglo y medio de aplicación efectiva, resultando diversos los sistemas ejecutivos. En general, el catálogo de sanciones privativas de libertad estableció cuatro supuestos: presidio, penitenciaria, prisión y arresto.

1) El presidio estaba previsto para los delincuentes considerados incorregibles. Se les asignaba trabajos para el Estado en tareas pesadas en el exterior, como ser construcción o reparación de caminos, puentes o canteras.

El condenado a cumplir la privación de libertad en presidio, agregaba al castigo un sentido de expiación y vendicta, apareciendo en la ejecución la utilidad económica.

2) Penitenciaria: la privación de libertad también era acompañada del trabajo obligatorio, pero sin cadenas y en tareas menos severas que en el caso del presidio. Otra diferencia, es que las actividades se cumplían en el mismo establecimiento. El sentido de la pena es moralizador y esencialmente, correctivo.

En el año 1877 se emplazó en la calle Las Heras al 3400, la primer y única institución penitenciaria existente en el radio capitalino, aunque respetó su destino. Funcionó hasta el año 1961 en que fue demolida.

Proyecto de 1891: simplificó las penas de privación de libertad, dejando de lado las de prisión y arresto, sólo prescribía el presidio para delitos graves y la penitenciaria, para ilícitos de menor severidad.

Proyecto de 1906: modificó la denominación penitenciaria por prisión.

III. EVOLUCIÓN ULTERIOR

Se advierte la simplificación de sanciones, ya sea por fusión o desaparición. La pena de prisión pasó a reemplazar a la penitenciaria y arresto.

Las penalidades en sí nunca tuvieron un correlato efectivo en su ejecución conforme a los designios de la ley; la realidad siempre fue otra. Al producirse la "*reforma carcelaria*" el presidio sufre una retracción, ya que la tendencia es a que el trabajo le sirva al penado para su recuperación y no, como castigo y a favor del Estado. Dejan de existir los trabajos en el exterior, prevaleciendo tareas en talleres dirigidos por maestros. El principio fue dar un oficio a quien no lo tiene, a fin de que, una vez liberado, se encuentre con las

herramientas para reinsertarse en la sociedad y obtener un trabajo que le permita el sustento propio y de su familia⁷.

IV. RÉGIMEN EN NUESTRO PAÍS

La pluralidad de penas privativas de libertad se limitó a dos: la reclusión y la prisión. La reclusión es más severa y se identifica, teórica y prácticamente, con la pena de presidio. La prisión, en cambio, no registra contenidos infamantes.

En el Código de 1921 se reemplaza la pena penitenciaria por la de prisión y a la pena de presidio se la sustituye por la de reclusión. El art. 9 del Código Penal sostiene que: *"la pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos"*. En verdad, esta prescripción nació muerta, ya que como antes decíamos, nunca se efectivizó la distinción de los establecimientos en los que se cumplían las penas de prisión.

Por decreto del 29 de noviembre de 1922, el gobierno había dispuesto que la pena de reclusión, se cumpliera en el Penal de Ushuaia, y la de prisión, en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires. A los dos años, otro decreto con términos muy generales, dio cuenta de la imposibilidad del cumplimiento del anterior, tal cual se había planificado y resolvió que, los condenados a reclusión o prisión se alojaran en la penitenciaría de la calle Las Heras. Se advierte que, a poco tiempo de promulgado el Código Penal, ya se dictaron normas que incluían en un mismo instituto penal a presos y reclusos.

⁷ Neuman, Elías, *"Evolución de la pena privativa de la libertad y regímenes carcelarios"*, Editorial Pannedille. Buenos Aires. 1971.

Otro antecedente donde se intentó concretar la pena de reclusión fue en el Penal de Sierra Chica, cerca de Olavarría, siendo la principal explotación existente, las canteras de granito.

También encontramos, en el espíritu del legislador, la mayor gravedad asignada a la pena de reclusión al excluir expresamente de tal penalidad, a las mujeres y a los menores⁸.

El mayor grado de injusto que acarrea la reclusión en relación con la prisión se traduce en que:

- * cuando la prisión no excede de 6 meses, puede ser domiciliaria en caso de mujeres honestas o mayores de 60 años o enfermos;

- * la libertad condicional se puede conceder (si se dan los demás presupuestos) al año de reclusión u ocho meses de prisión;

- * para el cómputo de la prisión preventiva, dos días de reclusión equivalen a un día de prisión⁹;

- * en los casos de tentativa, si la pena prevista para el delito es de reclusión perpetua, se aplican de 15 a 20 años; si es de prisión perpetua, de 10 a 15 años.

V. CONCLUSIONES

La pena privativa de libertad se ha impuesto en casi todas las legislaciones del mundo como la sanción más utilizada, pese y aún aceptando que su forma de ejecución es antinatural y contraria a los fines de la resocialización de la persona encerrada, que lleva a la

⁸ Baigún, D., Zaffaroni, E. “*Código Penal*”. Parte General. Art.1/34. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1997. Pág. 113 y ss.

⁹ Con criterio distinto se declaró recientemente, la inconstitucionalidad del art. 24 del Código Penal, estableciéndose que el cómputo de la pena de reclusión equivalía al de prisión. Ver CSJN.: “*M. Nancy Noemí s/ homicidio atenuada*”. 22 de febrero de 2005.-

despersonalización, automatismo y tensiones¹⁰, que se traducen en la elevada y creciente cantidad de motines con muertes de internos y, aunque en menor medida, agentes del Servicio Penitenciario. Se debe agregar que estos hechos casi nunca logran ser esclarecidos debidamente y detectados sus responsables¹¹.

Los postulados contenidos en las leyes carcelarias como el tratamiento progresivo, jamás llegan a concretarse seriamente, siendo en la práctica el ocio forzado y la humillación por medio de la violencia, el núcleo del sistema.

Lentamente, frente al proceso expansionista de la prisión, se abren camino las políticas reduccionistas, aquellas que tratan de dar prioridad a la idea de fines de prevención especial y/o rehabilitación con el objeto de reducir el uso de la prisión, haciendo efectivo el principio de que el castigo debe ser "*la ultima ratio*"¹².

Los instrumentos alternativos a la prisión son los que se presentan como la opción mas aconsejada en esta dirección. Una Política Criminal reduccionista parte de la premisa de que el Derecho Penal y en particular, la pena de prisión no es el instrumento principal para reducir o contener la criminalidad sino que, por el contrario, el mayor nivel de desarrollo e igualdad social de un país se demuestra por su capacidad de resolver los conflictos comunitarios con el menor uso de los instrumentos más coactivos, como son los utilizados por el Derecho Penal¹³.

En el ámbito del derecho comparado, entre las alternativas más frecuentes a la prisión, encontramos: la reparación, consistente en la obligación del autor de compensar a la víctima; el perdón o dispensa condicional y suspensión del fallo subordinado a que la

¹⁰ Baigún, D., Zaffaroni, E. Ob cit en 10. Pág. 137.

¹¹ Verbitsky, Horacio, Diario Página 12, 10/04/05, pág. 10 y 11.

¹² Ferrajoli, Luigi. "*Derecho y razón*". Trotta. Madrid. 1997.

¹³ Rutherford, Andrew . "*Prisons and de Process of Justice*" . Heineman. Londres. 1984.

persona no delinca durante determinado tiempo; la amonestación, puesta de manifiesto en la reprobación oral realizada por el Juez; caución de conducta, por la que se obliga a pagar una garantía por el futuro comportamiento; la "*probation*", establece que la persona debe participar en determinadas tareas de tratamiento en un marco institucional; el trabajo al servicio de la comunidad, que prevé que el sujeto trabaje ciertas horas sin recibir contribución; la inhabilitación; el control electrónico, que puede ir desde la obligación de la persona a mantenerse en determinado lugar hasta la fijación de un trayecto para trabajar y regresar a su hogar; el arresto domiciliario, con o sin control electrónico.

También se han considerado penas alternativas a la prisión: la semilibertad (obligación de pasar determinadas horas del día en la cárcel) y la prisión intermitente o el arresto de fin de semana. En verdad, mas que alternativas, son formas atenuadas de pena de prisión¹⁴.

Pese a todas las críticas que pueden formularse a las penas alternativas, considero que son, en todo caso, preferibles a la prisión. No sólo por privilegiar el principio de que la privación de libertad debe constituir el último recurso al que debería acudir el Derecho Penal, sino también porque en lo esencial, evitan el efecto estigmatizador y la desocialización de la persona a la vez que permiten desmasificar las cárceles, siempre, claro está, teniendo presente para su aplicación y graduación de su intensidad, la gravedad del delito cometido.

¹⁴ Cid Moliné, José y Larrauri Pijoan, Elena. "*Penas alternativas a la prisión*", Editorial Bosch, Casa Editora S.A. Barcelona. 1997. Pág. 14 y ss.