

LOS SINSABORES DE LA PENA

P. Nicolás Salmieri Delgue¹

nicolassalmieri@yahoo.com.ar

nicosalmieri@hotmail.com

SUMARIO: 1) *Supra*; 2) *Introducción*; 3) *El Pecado*; 4) *Doctrina Social*; 5) *Derecho Natural*; 6) *Los Sinsabores de la Pena*; 7) *Teoría de la Pena* – 7.1) *Teorías Absolutas* – 7.2) *Teorías de la Prevención General Negativa* – 7.3) *Teorías de la Prevención General Positiva* – 7.4) *Teorías de la Prevención Especial Negativa* – 7.5) *Teorías de la Prevención Especial Positiva*; 8) *Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad – Ley 24.660*; 9) *Santo Tomás*; 10) *Fundamentos*; 11) *Conclusiones de Acuerdo a la Doctrina Social de la Iglesia*; 12) *Bibliografía*.

SUPRA

Por medio de estos párrafos, de acuerdo a lo visto en las citas bibliográficas y, en este caso, también, de acuerdo a los lineamientos de la doctrina social de la Iglesia, se intenta mostrar cómo actúa el sistema penal sobre los sujetos, las teorías de la pena aplicables, nuestra normativa penitenciaria y sus –supuestos– fines, y, que desde la Biblia se aboga por un castigo justo “sin apartarnos de los ojos de Dios”.

En el caso, si bien estas líneas han sido escritas hace un tiempo, creo que muestran una problemática que se revela como “atemporal en “nuestros tiempos”” y respecto de la cual puede decirse que no es solamente propia de nuestro país (vale para ello ver las citas de bibliografía), y donde cabe decir que el amor y los “Mandamientos” pueden mostrarnos la manera de vivir juntos, respetarnos a nosotros mismos y a los demás, curar a las víctimas y agresores y renovar las comunidades, así como también, tal vez, por un lado, puedan hacer más llevadera la vida intramuros y, por otro, verse cumplidos los mentados fundamentos de las ideologías “re” tan pregonados por nuestra legislación y que en nuestra realidad cotidiana son escasa o nulamente cumplidos por los mismos agentes que los pregonan.

¹ Abogado (UBA).

INTRODUCCIÓN

La Iglesia ve en el hombre, en cada hombre, la imagen viva de Dios mismo; imagen que encuentra, y está llamada a descubrir cada vez más profundamente, su plena razón de ser en el misterio de Cristo, Imagen perfecta de Dios, Revelador de Dios al hombre y del hombre a sí mismo. A este hombre, que ha recibido de Dios mismo una incomparable e inalienable dignidad, es a quien la Iglesia se dirige y le presta el servicio más alto y singular recordándole constantemente su altísima vocación, para que sea cada vez más consciente y digno de ella.

Cristo, Hijo de Dios, con su encarnación se ha unido, en cierto modo, con todo hombre; por ello, la Iglesia reconoce como su tarea principal hacer que esta unión pueda actuarse y renovarse continuamente. En Cristo Señor, la Iglesia señala y desea recorrer ella misma el camino del hombre, e invita a reconocer en todos, cercanos o lejanos, conocidos o desconocidos, y sobre todo en el pobre y en el que sufre, un hermano, por quien murió Cristo (1 Co 8,11; Rm 14,15).

El amor cristiano impulsa a la denuncia, a la propuesta y al compromiso con proyección cultural y social, a una laboriosidad eficaz, que apremia a cuantos sienten en su corazón una sincera preocupación por la suerte del hombre a ofrecer su propia contribución.

La humanidad comprende cada vez con mayor claridad que se halla ligada por un destino único que exige asumir la responsabilidad común, inspirada por un humanismo integral y solidario: ve que esta unidad de destino con frecuencia está condicionada e incluso impuesta por la técnica o por la economía y percibe la necesidad de una mayor conciencia moral que oriente el camino común. Estupefactos ante las múltiples innovaciones tecnológicas, los hombres de nuestro tiempo desean ardientemente que el progreso esté orientado al verdadero bien de la humanidad de hoy y del mañana.

Cualquier experiencia religiosa auténtica, en todas las tradiciones culturales, comporta una institución del Ministerio que, no pocas veces, logra captar algún rasgo del rostro de Dios.

Dios aparece, por una parte, como origen de lo que es, como presencia que garantiza a los hombres, socialmente organizados, las condiciones fundamentales de vida, poniendo a su disposición los bienes necesarios; por otra parte aparece también como medida de lo que debe ser, como presencia que interpela la acción humana –tanto en el plano personal como en el plano social–, acerca del uso de esos mismos bienes en la relación con los demás hombres.

En toda experiencia religiosa, por tanto, se revelan como elementos importantes, tanto la dimensión del don y de la gratuidad, captada como algo que subyace a la experiencia que la persona humana hace de su existir junto con los demás en el mundo, como las repercusiones de esta dimensión sobre la conciencia del hombre, que se siente interpelado a administrar responsablemente el don recibido.

Testimonio de esto es el reconocimiento universal de la regla de oro, con la que se expresa, en el plano de las relaciones humanas, la interpelación que llega al hombre del Ministerio: “Todo cuanto queráis que os hagan los hombres, hacédselo también vosotros a ellos” (Mt 7,12).

La narración del pecado de los orígenes (Gn 3,1-24), describe la tentación permanente y, al mismo tiempo, la situación de desorden en que la humanidad se encuentra tras la caída de nuestros primeros padres. Desobedecer a Dios significa apartarse de su mirada de amor y querer administrar por cuenta propia la existencia y el actuar en el mundo.

La ruptura de la relación de comunión con Dios provoca la ruptura de la unidad interior de la persona humana, de la relación armoniosa entre los hombres y las demás criaturas.

En esta ruptura originaria debe buscarse la raíz más profunda de todos los males que acechan a las relaciones sociales entre las personas humanas, de todas las situaciones que en la vida económica y política atentan contra la dignidad de la persona, contra la justicia y contra la solidaridad.

La salvación que Dios ofrece a sus hijos requiere su libre respuesta y adhesión. En eso consiste la fe, por la cual el hombre se entrega entera y libremente a Dios, respondiendo al amor precedente y sobreabundante de Dios (1 Jn 4,10) con el amor concreto a los hermanos y con firme esperanza, pues fiel es

el autor de la promesa (Hb 10,23). El plan divino de salvación no coloca a la criatura humana en un estado de mera pasividad o de minoría de edad respecto de su Creador, porque la relación con Dios, que Jesucristo nos manifiesta y en la cual nos introduce gratuitamente por obra del Espíritu Santo, es una relación de filiación: la misma que Jesús vive respecto al Padre (Jn 15-17; Ga 4,6-7).

En el corazón de la persona humana se entrelazan indisolublemente la relación con Dios, reconocido como Creador y Padre, fuente y cumplimiento de la vida y de cómo otro yo, aun cuando sea un enemigo (Mt 5,43-44). En la dimensión interior del hombre radica, en definitiva, el compromiso por la justicia y la solidaridad, para la edificación de una vida social, económica y política conforme al designio de Dios.

La persona humana, en sí misma y en su vocación, trasciende el horizonte del universo creado, de la sociedad y de la historia: su fin último es Dios mismo, que se ha revelado a los hombres para invitarlos y admitirlos a la comunión con Él.

El hombre no puede darse un proyecto solamente humano de la realidad, a un ideal abstracto, ni a falsas utopías. En cuanto persona, puede darse a otra persona o a otras personas y, por último, su donación. Por ello, se aliena el hombre que rechaza trascenderse a sí mismo y vivir la experiencia de la autodonación y de la formación de una auténtica comunidad humana, orientada a su destino último que es Dios. Está alienada una sociedad que, en sus formas de organización social, de producción y consumo, hace más difícil la realización de esta donación y la formación de esa solidaridad interhumana.

La realización plena de la persona humana, actuada en Cristo gracias al don del Espíritu, madura ya en la historia y está mediada por las relaciones de la persona con las otras personas, relaciones que, a su vez, alcanzan su perfección gracias al esfuerzo encaminado a mejorar el mundo, en la justicia y en la paz.

El actuar humano en la historia es de por sí significativo y eficaz para la instauración definitiva del Reino, aunque éste no deja de ser don de Dios, plenamente trascendente. Este actuar, cuando respecta el orden objetivo de la realidad temporal y está iluminado por la verdad y por la caridad, se convierte

en instrumento para la realización cada vez más plena e íntegra de la justicia y de la paz y anticipa en el presente el Reino prometido.

EL PECADO

Algunos pecados constituyen, por su objeto mismo, una agresión directa al prójimo. Estos pecados, en particular, se califican como pecados sociales. Es social todo pecado cometido contra la justicia en las relaciones entre persona y persona, entre la persona y la comunidad, y entre la comunidad y la persona. Es social todo pecado contra los derechos de la persona humana, comenzando por el derecho a la vida, incluido el del no nacido, o contra la integridad física de alguien; todo pecado contra la libertad de los demás, especialmente contra la libertad de creer en Dios y de adorarlo; todo pecado contra la dignidad y el honor del prójimo.

Es social todo pecado contra el bien común y contra sus exigencias, en toda la amplia esfera de los derechos y deberes de los ciudadanos. En fin, es social el pecado que se refiere a las relaciones entre las distintas comunidades humanas. Estas relaciones no están siempre en sintonía con el designio de Dios, que quiere en el mundo justicia, libertad y paz entre los individuos, los grupos y los pueblos.

La doctrina de la universalidad del pecado, sin embargo, no se debe separar de la consciencia de la universalidad de la salvación en Jesucristo. Si se aísla de ésta, genera una falsa angustia por el pecado y una consideración pesimista del mundo y de la vida, que induce a despreciar las realizaciones culturales y civiles del hombre.

DOCTRINA SOCIAL

La doctrina social tiene de por sí el valor de un instrumento de evangelización: en cuanto tal, anuncia a Dios y misterio de salvación en Cristo a todo hombre y, por la misma razón, revela al hombre a sí mismo. Solamente bajo esta perspectiva se ocupa de lo demás: de los derechos humanos de cada uno y, en particular, del proletariado, de la familia y la educación, los deberes del Estado, el ordenamiento de la sociedad nacional e internacional, la vida económica, la

cultura, la guerra y la paz, así como del resto de la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte.

El hombre, comprendido en su realidad histórica concreta, representa el corazón y el alma de la enseñanza social católica. Toda la doctrina social se desarrolla, en efecto, a partir del principio que afirma la inviolable dignidad de la persona humana. Mediante las múltiples expresiones de esta conciencia, la Iglesia ha buscado, ante todo, tutelar la dignidad humana frente a todo intento de proponer imágenes reductivas y distorsionadas; y además, ha denunciado repetidamente sus muchas violaciones.

La historia demuestra que en la trama de las relaciones sociales emergen algunas de las más amplias capacidades de elevación del hombre, pero también allí se anidan los más execrables atropellos a su dignidad.

Con su doctrina social, la Iglesia se preocupa de la vida humana en la sociedad, con la conciencia que de la calidad de la vida social, es decir, de las relaciones de la justicia y de amor que la forman, depende en modo decisivo la tutela y la promoción de las personas que constituyen cada una de las comunidades. En la sociedad, en efecto, están en juego la dignidad y los derechos de la persona y la paz en las relaciones entre las personas y entre las comunidades. Estos bienes deben ser logrados y garantizados por la comunidad social.

En esta perspectiva la Iglesia realiza una tarea de denuncia y de denuncia.

Ante todo, el anuncio de lo que la Iglesia posee como propio: una visión global del hombre y de la humanidad, no sólo en el nivel teórico, sino práctico. La doctrina social, en efecto, no ofrece solamente significados, valores y criterios de juicio, sino también las normas y las directrices de acción que de ellos derivan. Con esta doctrina, la Iglesia no persigue fines de estructuración y organización de la sociedad, sino de exigencia, dirección y formación de las conciencias.

La doctrina social comporta también una tarea de denuncia, en presencia del pecado: es el pecado de injusticia y de violencia que de diversos modos afecta la sociedad y en ella toma cuerpo. Esta denuncia se hace juicio y defensa de los derechos de los pobres, de los más pequeños, de los débiles. Esta

denuncia es tanto más necesaria cuanto más se extiendan las injusticias y las violencias, que abarcan categorías enteras de personas y amplias áreas geográficas del mundo, y dan lugar a cuestiones sociales, es decir, a abusos y desequilibrios que agitan las sociedades.

Gran parte de la enseñanza social de la Iglesia, es requerida y determinada por las grandes cuestiones sociales, para las que quiere ser una respuesta de justicia social.

La doctrina social implica también responsabilidades relativas a la construcción, la organización y el funcionamiento de la sociedad: obligaciones políticas, económicas, administrativas, es decir, de naturaleza secular, que pertenecen los fieles laicos, no a los sacerdotes ni a los religiosos.

Estas responsabilidades competen a los laicos de modo peculiar, en razón de la condición secular de su estado de vida y de la índole secular de su vocación: mediante estas responsabilidades, los laicos ponen en práctica la enseñanza social y cumplen la misión secular de la Iglesia.

Iluminada por el admirable mensaje bíblico, la doctrina social de la Iglesia se detiene, ante todo, en los aspectos principales e inseparables de la persona humana para captar las facetas más importantes de su misterio y de su dignidad.

En efecto, no han faltado en el pasado, y aún se asoman dramáticamente a la escena de la historia actual, múltiples concepciones reductivas, de carácter ideológico o simplemente a formas difusas de costumbres y pensamiento, que se refieren al hombre, a su vida y su destino.

Estas concepciones tiene en común el hecho de ofuscar la imagen del hombre acentuando sólo alguna de sus características, con perjuicio de todas las demás.

DERECHO NATURAL

Todo aquello que le es indispensable al hombre para la plenitud personal que debe procurar, y cuya obtención esté de algún modo supeditada a otro, le es debido. Y correlativamente el hombre está obligado a

reconocer como propio de sus semejantes todo aquello que esté en relación de condición necesaria con la satisfacción adecuada de las exigencias esenciales de su naturaleza.

Esto es lo que constituye, substancialmente, el derecho natural. El régimen jurídico que haya de regular el comportamiento de los hombres en las relaciones que mantengan entre sí, recibirá cualidad de derecho en la medida en que regule ese comportamiento de modo que nadie pueda ser impunemente privado, por el acto de otro o por el de la colectividad misma como tal por el órgano de la autoridad, de lo que sea esencialmente indispensable a cada uno para el adecuado cumplimiento de sus deberes.

Faz ésta negativa y mínima del derecho natural, con la cual se tienen, sin embargo, los elementos de su faz positiva, concerniente a la promoción activa de la ordenación de la conducta.

De aquí se siguen los primeros principios de toda regulación justa de la convivencia, es decir, de toda regulación que dé a cada uno lo suyo. De su conformidad con ellos y sólo de ella reciben las regulaciones mencionadas su formalidad y su ser jurídico. Primeros principios tan inmutables, universales y necesarios como la misma naturaleza humana a cuyas exigencias esenciales corresponden, y por ende, principios morales o de la acción individual a toda decisión voluntaria, particular y concreta.

De esa conformidad depende la rectitud de todo derecho. Y esto es más, sobre lo que no siempre se insiste, no obstante su extraordinaria trascendencia: la eficacia efectiva de todo derecho. Porque la virtud rectora del derecho positivo es proporcionada a su conformidad con el orden natural.

Tanto que, tarde o temprano, el orden natural se toma siempre su revancha sobre todo régimen jurídico que saque de cualquier modo a la convivencia de los cauces naturales.

Existe una ley eterna por cuanto el mundo es regido por la Divina Providencia y esa es la razón del gobierno y ordenación de todas las cosas, existente en Dios como en supremo monarca de todo el universo tiene carácter de ley.

Enseña Santo Tomás que hay en nosotros una ley natural. La tesis se refiere a la totalidad de la conducta humana, es decir que trata de la ley moral natural en toda la comprensión de ella: los deberes del hombre para consigo mismo y los que conciernen a las relaciones con sus semejantes, esto es, al orden de la convivencia social.

Una cosa participa de una regla y medida en cuanto es regulada y medida. Ahora bien, hallándose todas las cosas sometidas a la Divina Providencia y por consiguiente reguladas y medidas por la ley eterna, todas participan de la ley eterna de alguna manera, a saber: en cuanto a la impresión de esta ley en sus naturalezas las impulsa a obrar y las hace tender a sus respectivos fines.

Como la ley es algo de la razón, obra de la misma, solamente el hombre tiene capacidad para percibirla bajo esa formalidad, es decir racionalmente, de ahí que tan sólo esa participación tiene propiamente carácter de ley.

En las criaturas privadas de razón, la participación no existe de modo racional, y por ello no puede ser llamada ley sino por analogía.

En cuanto a la ley natural cabe decir que, del mismo modo que en la razón especulativa las conclusiones de las diversas ciencias son las consecuencias de principios indemostrables, el conocimiento de cuyas conclusiones no es innato en nosotros sino fruto de la actividad de nuestro espíritu, del mismo modo es necesario que la razón humana, partiendo de los preceptos de la ley natural que son como principios generales e indemostrables, llegue a disposiciones particulares descubiertas por la razón humana, siempre que reúnan las demás condiciones que integran la noción de ley. Son llamadas leyes humanas.

En suma, la ley natural no está constituida por otra cosa que por los primeros principios –o fines últimos, porque en el orden práctico, los fines tienen el lugar y la función de los principios en lo especulativo– del orden moral.

Esos primeros principios derivan de la naturaleza, en el sentido de que expresan las exigencias esenciales del ser cuya ley natural se trate. Y como la causa primera de todo ser y su fin último es Dios, en la ley eterna u

orden supremo y total del universo, que no es sino la razón divina, según aquello de que la ley es por definición algo de la razón, está la causa y fundamento de la ley natural.

Ello no obsta a que se la considere abstracción hecha de esa causa, es decir, refiriéndola inmediatamente a la estructura esencial del ser del cual es ley; estructura o esencia en la que se halla la razón próxima e inmediata es la ley natural. Así considerada la ley natural se identifica con los primeros principios del orden práctico, u orden de las operaciones los cuales se siguen de la noción del ser respectivo porque cada ser obra, o debe obrar, como el caso del hombre, que es libre, según es.

En cuanto el ser humano tiene en Dios, como todo ser, su causa primera y su fin último, la ley natural de su conducta es una participación de la ley eterna; su razón de ser y su razón de ley está en esa participación, porque como la de todo efecto está en su causa.

En cuanto es lo que es, vale decir, en cuanto tiene una determinada esencia o formalidad especificante, la ley natural de su conducta, en lo individual y en lo social, es lo que podríamos llamar la traducción normativa de los primeros principios inherentes a esa esencia, la formulación de lo que requiere primordialmente u orden de operaciones con el cual sea fiel a su esencia.

Cuando se trata de la ley natural en sentido jurídico, o derecho natural, lo que con esa denominación quiere expresarse son los primeros principios o preceptos madres de la conducta humana en orden a las relaciones de los hombres entre sí y de éstos con la sociedad como tal.

Son primeros por excelencia aquellos que en lo relativo a estas relaciones ponen los fundamentos instituibles del orden de la convivencia indispensable para que el hombre alcance el fin supremo a que por naturaleza está ordenado; los que expresan modos de obrar en relación de necesidad de derecho con respecto al fin último. Mientras que el derecho positivo humano está en esa misma relación pero según una necesidad de hecho, y por ello circunstancial y mutable.

El derecho natural así entendido es todo lo contrario de una concepción abstracta del orden jurídico deducida a priori de algo que no es ni

siquiera una cierta nota integrante de la noción de naturaleza humana, sino apenas una de las manifestaciones de ella, algo así como una inclinación supuestamente dominante y que por ello se la considera distintiva.

Es un fruto de la consideración de la naturaleza del hombre en su viviente y concreta realidad, y en cuanto principio de sus operaciones. Lo cual requiere que el hombre sea considerado en toda la integridad de su ser y no en función de uno cualquiera de sus modos comunes de comportarse en el orden de la convivencia, porque la concepción así construida lo sería con tres adulteraciones de la realidad: una manifestación empírica tomada como nota distintiva de la esencia, una abstracción arbitraria de ella y una lucubración racional, hecha a partir de lo uno y de lo otro con el aparente rigor de una reducción matemática.

El derecho natural, en cuanto correspondiente a las exigencias esenciales de la naturaleza humana y a las condiciones concretas de su existencia, tiene como objeto de su regulación tanto a los individuos como a la sociedad. No a la sociedad sólo en función de los derechos individuales y para la máxima exaltación de estos, sino a la sociedad en cuanto condición natural del ser social, de análoga especie al derecho natural de los individuos, en el sentido de que, como el de éstos, consiste en los primeros principios del orden social correlativo al fin propio de la sociedad como tal; fin propio que no es el bien individual, sino como el bien común.

El derecho natural debe ser concebido como una regulación de convivencia social. El orden universal, del cual el derecho natural es la expresión en lo relativo a la convivencia de los seres humanos y a la existencia de la sociedad, tiene en sí mismo su razón de ser.

LOS SINSABORES DE LA PENA

Para comenzar tratando el tema en cuestión hay que mencionar que deberían analizarse los principios básicos extraídos del sistema penal, que pueden servir para tomar decisiones firmes, rápidas, especialmente justas y evitar fundamentalmente violaciones a los derechos humanos del sujeto criminalizado.

No tener al imputado más tiempo que el necesario, economizar energías, evitar trámites inútiles o perjudiciales, aplicar correctamente la norma de fondo, vigilar de forma constante la ejecución penal, eliminar los supuestos de exclusión tanto dentro como fuera del encierro, son los grandes tópicos a tener en cuenta.

El punto de vista a desarrollar tiene su base en el enfoque del binomio orden – exclusión. Comprende todo el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estratégicas y objetivos que regulan la coerción penal y la consideración de la situación del excluido, más allá de todo referente material.

Estas decisiones están manos de los agentes de la administración de justicia: jueces, fiscales, defensores, técnicos, funcionarios; así como los agentes del poder administrador: policías, custodios penitenciarios, técnicos, etc.

La práctica custodial intramural, expresión física del encierro –“de la reja”- no es la más importante, lo trascendental y esencial es dar vida a esos muros, hacer que los mismos solo sean el límite del derecho ambulatorio, que dentro de ellos se “viva” con los mismos derechos que todo ser humano debe tener.

Se maneja un muy variado número de instrumentos y reglas, pero indudablemente en la nomenclatura del orden, las normas penales y procesales figuran en primer término.

Junto a estas reglas se inscriben aquellas reglas técnicas que son necesarias para configurar un tipo penal (calidad de funcionario público, pariente, elementos de la incapacidad, parámetros de la violencia, concepto de domicilio, etc.), reglas de la conveniencia o de estrategia para lograr el uso adecuado de esos instrumentos (oportunidades procesales para la detención, plazos, interrogatorios, dictámenes periciales, allanamientos, etc.), así como las que regulan el desarrollo de la vida inter y post mural.

Aun cuando desde punto de vista técnico podemos elaborar modernos ideales de Política Criminal en torno a estos supuestos, siempre nos encontraremos con que las construcciones jurídicas más puras, conllevan en su formulación, como expresión del orden, la simiente de la exclusión total o parcial del sujeto sometido a proceso.

Muchas de las falencias que se observan en la vigencia de las garantías individuales provienen de omisiones, de prácticas distorsionantes en la aplicación de la norma penal y procesal penal, cuando no de erróneas estrategias en el manejo y desarrollo del proceso o del maltrato cotidiano que padece el recluso.

Es necesario precisar y delimitar el concepto de coerción penal.

El diccionario define a la coerción en general como “la acción de reprimir o refrenar por la fuerza”.

En el ámbito del derecho penal, el concepto se maneja de dos formas, que aunque tienen una misma raíz, se distinguen claramente: 1) coerción formalmente penal y 2) coerción materialmente penal.

La coerción formalmente penal abarca todas las medidas que dispone la ley penal o procesal penal, como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, por ejemplo internación de incapaces o enfermos físicos, suspensión de empleos durante el proceso, y, toda la gama de las medidas cautelares (venta de objetos perecederos, entrega de efectos, etc.).

La coerción materialmente penal es la acción de contener, reprimir, refrenar que el derecho ejerce sobre los individuos que han cometido un delito.

Su manifestación es la pena y/o la medida de seguridad en su caso. Sin delito no hay pena y/o medida de seguridad, en su caso.

No siempre se aplica pena a quien ha cometido un delito, esto es, no siempre adquiere virtualidad la coerción penal material.

Se pueden distinguir o señalar tipos de condiciones, o supuestos legales, o formas, que no permiten que se opere coerción penal o, en otros términos, que imposibiliten o detienen la aplicación de la sanción, o quién ha cometido un delito se beneficia con el perdón exonerativo de pena.

Se distinguen: 1) condiciones penales y 2) condiciones procesales.

Es sumamente importante determinar, a la mayor brevedad posible, ni bien el juez tiene noticia del hecho presuntamente delictivo (cualquiera

fuere la vía de conocimiento) si existe fundamento para someter a proceso a esa persona.

En cuanto a las condiciones penales, se pueden dar varias hipótesis como: 1) circunstancias o condiciones personales que excluyen la penalidad; 2) circunstancias o condiciones personales que permiten al juez exonerar de pena; 3) circunstancias o condiciones personales que cancelan la penalidad, y, 4) condiciones objetivas de punibilidad sin las cuales no se aplica la pena.

Todas estas se encartan en el marco de una acción típicamente, antijurídica, culpable y adecuada a la figura legal, pero no se aplica la pena por la presencia de tales circunstancias.

Las primeras de tales circunstancias son de carácter personal que deben existir al momento de cometer el hecho y deben ser apreciadas por el juez sea en el momento de iniciarse el proceso, para evitar el procesamiento, sea durante el desarrollo del proceso, si antes no se han reunido los elementos de prueba que configuren las eximentes.

Cuando el juez se encuentra ante estos supuestos debe ser muy cuidadoso y evitar resoluciones apresuradas o detenciones ilegítimas. Una vez constatadas corresponde poner al imputado de inmediato en libertad y clausurar el proceso.

En cuanto a las circunstancias o condiciones personales que aprecia el juez para exonerar de pena, podemos decir que éstas operan en razón de una cierta discrecionalidad del juez, dejándose a criterio de la apreciación judicial los elementos objetivos y subjetivos que conforman la eximente. Se aprecian al momento de cometer el hecho y es el juez el que perdona. La facultad discrecional no obliga, sino que “puede”.

Respecto de las circunstancias personales que cancelan la penalidad, cabe afirmar que éstas dejan subsistente el carácter delictivo del comportamiento, pero cancelan la pena.

Por último en cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, es dable mencionar que la pena se subordina a la presencia o producción de ciertas circunstancias y son condiciones extrínsecas que

presuponen el delito ya completo y se limitan a condicionar la sanción (no es un elemento del delito sino que hacen aplicable la pena).

Haciendo referencia a las condiciones procesales cabe apuntar que, el derecho procesal pone en funcionamiento sus resortes para actuar la acción penal cuando se da la apariencia de un delito. Es fundamental el estudio de la influencia de la norma procesal en la determinación de la coerción penal.

La organización del proceso no es algo distinto e independiente de la vigencia de las garantías y principios básicos, la “lógica procesal” es una lógica que corresponde al tratamiento de los conflictos humanos y como tal está orientada a sus consecuencias prácticas a asegurarle al ser humano las garantías que emanan de su condición de tal. Las condiciones de operatividad procesal pueden catalogarse en: 1) condiciones de procedibilidad que rigen para ciertos delitos o determinados sujetos, 2) condiciones de procedibilidad que rigen para el ejercicio de las sanciones procesales en general, 3) impedimentos de perseguibilidad.

Ahora bien, los estrados penales registran situaciones donde el sujeto ha logrado el reconocimiento por parte de la justicia, de alguno de los supuestos que neutralizan la exclusión, tanto antes del procesamiento, como durante el proceso como así después de la condena.

Si se aplicaran a tiempo los principios expuestos, el descongestionamiento de nuestras cárceles sería mucho más promisorio.

La ejecución de la pena dentro de esos muros los segrega, los aísla, les torna nulas las vivencias normales de todo ser humano. El diseño del sistema penitenciario conlleva a la restricción de elementales derechos de los que no deben ser privadas las personas, ni aún respecto de aquellas que han cometido los más graves delitos.

Es así que, parece necesario instrumentar un sistema de ejecución penal distinto al de la segregación, con agrupamientos humanos menos numerosos, con la participación del sujeto en el trabajo, educación, diversiones e intervención de la familia y la sociedad civil en general.

Cabe decir que, la persona no puede estar finalizada a proyectos de carácter económico, social o político, impuestos por autoridad alguna,

ni siquiera en nombre del presunto progreso de la comunidad civil en su conjunto o de otras personas, en el presente o en el futuro.

Es necesario, por tanto, que las autoridades públicas vigilen con atención para que una restricción de la libertad o cualquier otra carga impuesta a la actuación de las personas no lesione jamás la dignidad y garantice el efectivo ejercicio de los derechos humanos. Todo esto, una vez más, se funda sobre la visión del hombre como persona, es decir, como sujeto activo y responsable del propio proceso de crecimiento, junto con la comunidad de la que forma parte.

TEORÍA DE LA PENA

Para tutelar el bien común, la autoridad pública legítima tiene el derecho y el deber de conminar penas proporcionadas a la gravedad de los delitos.

El Estado tiene la doble tarea de reprimir los comportamientos lesivos de los derechos de los hombres y de las reglas fundamentales de la convivencia civil, y remediar, mediante el sistema de las penas, el desorden causado por la acción delictiva. En el Estado de Derecho, el poder de inflir penas queda justamente confiado a la Magistratura: “Las Constituciones de los Estados Modernos, al definir las relaciones que deben existir entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, garantizan a este último la independencia necesaria en el ámbito de la ley”.

La pena no sirve sólo para defender el orden público y garantizar la seguridad de las personas; ésta se convierte, además, en instrumento de corrección del culpable, una corrección que asume también el valor moral de expiación cuando el culpable acepta voluntariamente su pena.

La finalidad a la que tiende es doble: por una parte, favorecer la reinserción de las personas condenadas; por otra parte, promover una justicia reconciliadora, capaz de restaurar las relaciones de convivencia armoniosa rotas por el acto criminal.

En este campo, es importante la actividad que los capellanes de las cárceles están llamados a desempeñar, no sólo desde el punto de vista

específicamente religioso, sino también en defensa de la dignidad de las personas detenidas.

Lamentablemente, las condiciones en que éstas cumplen sus penas no favorecen siempre el respeto de su dignidad. Con frecuencia las prisiones se convierten incluso en escenarios de nuevos crímenes. El ambiente de los Institutos Penitenciarios ofrece, sin embargo, un terreno privilegiado para dar testimonio, una vez más, de la solicitud cristiana en el campo social: “Estaba ... en la cárcel y vinisteis a verme” (Mt 25,35-36).

La actividad de los entes encargados de la averiguación de la responsabilidad penal, que es siempre de carácter personal, ha de tender a la rigurosa búsqueda de la verdad y se ha de ejercer con respeto pleno de la dignidad y de los derechos de la persona humana: se trata de garantizar los derechos tanto del culpable como del inocente. Se debe tener siempre presente el principio jurídico general en base al cual no se puede aplicar una pena si antes no se ha probado el delito.

Ahora bien, luego de lo expuesto precedentemente cabe hacer mención a las diversas teorías de la pena que se han ensayado a lo largo de los años.

Las asignaciones de funciones manifiestas a la pena son variables de la general función de *defensa social*. El mayor esfuerzo por negarle un fin diferente lo llevó a cabo *Kant*, pero no pudo evitar que su concepto de pena estuviese impuesto por la necesidad de conservar un estado ético en el ser humano; siendo la ética la pauta de convivencia social, cualquiera sea el nombre que se le quiera dar, también se termina en la *defensa social*.

Existen dos (2) grandes grupos de modelos legitimantes del *poder punitivo*, contruidos a partir de funciones manifiestas de la pena, a saber: 1) los que pretenden que el valor positivo de la criminalización actúa sobre los que no han delinquido, llamadas “*Teorías de la Prevención General*” y que se subdividen en “*Negativas*” (disuasorias) y “*Positivas*” (reforzadores); y, 2) los que afirman que la pena actúa sobre los que han delinquido, llamadas “*Teorías de la Prevención Especial*” y que se subdividen en “*Negativas*” (neutralizantes) y “*Positivas*” (ideologías “*Re*”; que responden a un valor positivo en la personas).

TEORIAS ABSOLUTAS

Las “*Teorías Absolutas*” (modelo de *Kant*) tienden a retribuir para garantizar externamente la eticidad cuando una acción contradiga objetivamente la misma, infiriendo un dolor equivalente al injustamente producido (“*Ley del Talión*”).

La “*Teoría de la Retribución*” ve el sentido de la pena por medio de la imposición de un mal, la *culpabilidad* que el *autor* carga sobre sí mismo como consecuencia de su hecho es retribuida, compensada, expiada en forma justa. Se habla aquí de una *teoría absoluta*. La pena debe ser justa y esto presupone que su duración e intensidad se correspondan con el hecho dañoso cometido, la pena es compensadora del mal que se cometió.

Kant establecía que tanto para los asesinos como para sus colaboradores se les debía aplicar la pena de muerte. *Hegel*, en cambio, establecía que la anulación del delito era la pena, y, decía que “... *la anulación del delito es el castigo ... es lesión de la lesión...*”.

Se afirmó que la ventaja de esta *teoría*, es que aquella reside en su fuerza de impresión *socio – psicológica*, y, en que ofrece un principio para la medida de la pena. Si la pena debe corresponder a la magnitud de la *culpabilidad*, está prohibido, de cualquier forma, ejemplificar mediante la imposición de una medida drástica en caso de una *culpabilidad* leve. La idea de *retribución* impone un límite al poder estatal, y, en esta medida, cumple una función liberal, aseguradora de la libertad.

Si bien no es posible determinar con precisión matemática qué pena se corresponde con la magnitud de la *culpabilidad*, con ayuda de las reglas de individualización de las penas y de una doctrina científicamente refinada de la individualización de la pena, es posible, con todo, lograr magnitudes de pena en alguna medida mensurables.

Las críticas que pueden hacerse a las *teorías absolutas*, son múltiples.

La función del *derecho Penal* consiste en protección subsidiaria de *bienes jurídicos*, entonces, para el cumplimiento de esa tarea, no

puede hacerse de una pena que prescinda de toda finalidad social. La idea de la *retribución* fomenta la pena también allí donde no es necesaria por razones de protección de *bienes jurídicos*, así la pena pierde legitimidad social.

La idea de que se puede eliminar un mal o la compensación de un mal a través de otro mal (el sufrimiento de una pena), sólo es accesible a la idea de que el Estado no puede obligar a nadie, a partir de que él ya no deriva su poder de *Dios* sino del pueblo. La pena tampoco puede ser portadora de la creencia de una *culpabilidad* que debe ser retribuida, la *culpabilidad* individual está vinculada a la existencia del *libre albedrío*, el cual por ser improbable resulta inadecuado como fundamento de la injerencia estatal.

También conspiran contra este tipo de *teoría* sus consecuencias socio – políticas no deseadas. Una ejecución Penal que parte del principio de la imposición de un daño no puede curar los daños en la socialización que son causa de hechos punibles, y, por ello, no resulta un instrumento adecuado en la lucha contra el delito.

La *teoría de la compensación de la culpabilidad* tampoco puede ser sostenida en su *teoría de la expiación*. Con frecuencia se entiende por *expiación*, que el autor acepta la pena internamente como compensación justa de la *culpabilidad*, elimina anímicamente su conducta delictiva, se purifica, y, mediante esta expiación recupera su integridad humana y social. Todo esto, es naturalmente deseable. Pero no puede servir como fundamento de la pena por *retribución*, porque una experiencia expiatoria de este tipo, que en realidad se produce muy pocas veces, constituye un acto de la personalidad autónoma que no puede ser impuesto coactivamente, y que por lo demás, no es alcanzado por una *pena retributiva*, sino más bien con una pena de origen de ayuda.

TEORIAS DE LA PREVENCION GENERAL NEGATIVA

Los modelos de *Feuerbach* y *Romagnosi*, se acercan a las *teorías absolutas* cuando pretenden disuadir para asegurar los bienes de quienes podrían ser futuras víctimas de otros, puestos en peligro por el riesgo de imitación de la lesión a los bienes de la víctima y por eso necesitados de retribución en la medida del injusto o de la *culpabilidad* por el acto.

Se acercan más en una *segunda versión* que aspira a la disuasión para introducir obediencia al Estado, lesionada por una desobediencia objetiva y penada en la medida adecuada a la *retribución* del injusto.

Se aleja en una *tercera versión* que la disuasión persigue tanto la obediencia al Estado como la seguridad de los bienes de quienes no son víctima, el delito es un síntoma de disidencia (inferioridad ética) y la medida de la pena debe ser *retribución* por esta conducción desobediente de su vida.

En estas *tres versiones* la medida de la pena es una moderación de la *ejemplarización*.

Con este tipo de *teorías* se ve que el fin de la pena actúa sobre la generalidad, a la cual se la debe enseñar a través de amenazas penales, y, así disuadirla de la comisión de delitos.

El mayor exponente de estas *teorías* fue *Feuerbach* quien derivó sus postulados de la llamada *Teoría Psicológica de la Coacción*. Se imaginaba el alma del autor potencial que estaba cayendo en la tentación, como en un campo de batalla, se hallaba entre los motivos que lo impulsaban y los motivos que lo frenaban para cometer ilícitos.

Así, se debían generar sentimientos de desagrado en la psiquis del dubitante por medio de la conformación de amenazas penales, los cuales podrían generar prevalencia de los esfuerzos contrarios de comisión de delitos y, de este modo, ejercer una coacción psicológica para la no comisión de delitos. El estímulo a la comisión de delitos puede ser eliminado en tanto que todos sepan que, como consecuencia de su hecho, se generará –en forma inevitable– un mal mucho mayor que el deseo desenfrenado hacia la comisión de hechos delictuosos.

Estas *teorías*, en tanto tienen por objetivo prevenir el delito por medio de normas penales, son, en primer lugar, *teorías de “amenaza penal”*. En sus efectos son *teorías* de la imposición y ejecución de la pena, pues de ella depende la eficacia de la amenaza.

La finalidad de la imposición de una pena reside en la fundamentación de la amenaza penal, en la medida en que sin esta amenaza, la pena quedaría sin efecto. Dado que la *Ley* debe intimidar a todos los ciudadanos, pero la ejecución debe dar efecto a la *Ley*, la finalidad última de la imposición es la

mera intimidación de los ciudadanos mediante la *Ley*. El hombre verá frenados sus deseos de cometer un hecho delictuoso, cuando ve que el que lo cometió sufrió un mal grave.

En función de lo anteriormente expuesto cabe decir que, la *prevención general negativa*, tomada en su versión más *pura*, aspira a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados a hacerlo. Así, su medida debería ser la necesaria para intimidar a los que pueden sentirse tentados a delinquir.

Se presupone que los delincuentes son sujetos racionales que maximizan la utilidad esperada de sus conductas por sobre los costos de estas, partiendo de la idea del ser humano como un ente racional que hace cálculo de costos beneficios.

Es dable decir que el *sistema penal* es “*selectivo*” a la hora de castigar los “*quehaceres*” delictivos; así, una criminalización que selecciona las *obras toscas*, no ejemplariza disuadiendo de la comisión del delito, sino, en la torpeza de su ejecución, pues impulsa el perfeccionamiento criminal del delincuente al establecer un mayor nivel de elaboración delictiva como regla de supervivencia para quien delinca. Por lo que, no se tiene un efecto disuasivo sino estimulante de una mayor elaboración delictiva.

TEORIAS DE LA PREVENCION GENERAL POSITIVA

Las teorías de la *prevención general positiva* en su *versión etizada* (Welzel) refuerzan simbólicamente internacionalizaciones valorativas del sujeto no delincuente para conservar y fortalecer los valores *ético – sociales* elementales frente a acciones que lesionan bienes y se dirigen contra esos valores, y, a las que debe responderse en la medida necesaria para obtener ese reforzamiento.

Las teorías de la *prevención general positiva* en su *versión sistémica* (Jakobs), pretenden reforzar simbólicamente la confianza del público en el sistema social (producir consenso) para que éste pueda superar

la “*desnormalización*” que produce el conflicto al que debe responder en la medida necesaria para obtener el “*reequilibrio*” del sistema.

Aquí la criminalización se fundaría en su efecto positivo sobre los no criminalizados pero no para disuadirlos mediante la intimidación sino como un valor simbólico productor de consenso y, por ende, reforzador de su confianza en el sistema social en general y en el sistema penal en particular. El delito sería una propaganda para el sistema y la pena sería la forma en que el sistema hace publicidad neutralizante.

Para esta *teoría* una persona sería criminalizada porque de ese modo se normaliza o renormaliza la opinión pública dado que lo importante es el consenso que sostiene el sistema social.

TEORIAS DE LAS PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA

De acuerdo al modelo de *Garofalo*, se le asigna a la pena la función de eliminación o neutralización física de la persona para conservar una sociedad que se parece a un organismo o a un ser humano, a la que ha afectado una disfunción que es síntoma de la inferioridad “*biopsicosocial*” de una persona y que es necesario responder en la medida necesaria para neutralizar el peligro que importa esa inferioridad.

Aquí la criminalización se dirige a la persona “*criminalizada*”, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona pero que en definitiva, es un bien para el cuerpo social en su conjunto.

La neutralización es una pena atroz impuesta por una selección arbitraria, siendo que, sin duda la muerte y demás impedimentos físicos son eficaces para suprimir conductas posteriores del mismo sujeto.

Lo importante es el cuerpo, es decir, que se responde a una visión corporativa y organicista de la sociedad, que es el verdadero objeto de atención, pues las personas son meras células que, cuando son defectuosas, y no pueden corregirse, deben eliminarse. La característica del poder punitivo dentro de esta corriente es su reducción a coacción directa.

TEORIAS DE LAS PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA

Los modelos de *Ferri, von Liszt y Ancel*, asignan a la pena la función de reparar la inferioridad peligrosa de la persona para los mismos fines y frente a los mismos conflictos y en la medida necesaria para la resocialización, repersonalización, reeducación, reinserción, etc., (este llamado modelo de las “*ideologías re*”).-

Las *versiones moralizantes* (modelo de *Röder*) asignan a la pena la función de mejoramiento moral de la persona para impulsar el progreso ético de la sociedad y de la humanidad en su conjunto, frene a acciones que van en sentido contrario al progreso moral (que son síntoma de inferioridad ética) y en la medida necesaria para superar esa inferioridad.

Aquí, la misión de la pena es únicamente disuadir al autor del delito de la comisión de hechos delictuosos futuros. El fin de la pena es, por consiguiente, la prevención dirigida al autor individual, por ello, se habla de *prevención especial*, como fin de la pena. Esta es una teoría relativa de la pena, porque está referida a la finalidad de la evitación del delito.

Von Liszt fue uno de sus principales sostenedores. La *prevención especial* se puede llevar a cabo de tres (3) formas: asegurando a la generalidad frente al autor mediante su encierro, intimidando al autor mediante la pena para la comisión de otros hechos punibles, y, mediante su mejoramiento protegiéndolo de la reincidencia.

Al delincuente consuetudinario se lo encerraba, al delincuente ocasional se lo intimidaba y al delincuente que es reeducable se lo educa (resocialización). El sujeto privado de su libertad debe ser capacitado para que en el futuro pueda conducir su vida socialmente aceptada, exenta de hechos punibles; así, el autor de hechos punibles debe conservar la oportunidad de incorporarse a la sociedad luego del cumplimiento de su pena.

Siguiendo primero el modelo moral y luego el modelo médico – policial, se intentó legitimar el poder punitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor.

Son ampliamente conocidas las condiciones degradantes y deteriorantes sobre la persona criminalizada que lo afectan, en el caso, instituciones como son el sistema carcelario que se estructura en nuestros días.

Así, nos encontramos ante una imposibilidad estructural que no puede ser resuelta a través de las *ideologías re* (resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reincorporación, reindividualización, etc.). Estas ideologías se hallan tan deslegitimadas frente a nuestra realidad social, que se esgrimen como un argumento en su favor de sostenerlas para no caer en un retribucionismo irracional, que legitime la conversión de las cárceles en campos de concentración.

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, este tipo de *teorías* parten del presupuesto que la pena es un bien para quien la sufre, ya sea ésta de carácter moral o psicofísico. Se oculta el carácter *penoso* de la pena, reemplazándose su nombre por el de sanciones o medidas.

Si la pena es un bien para el condenado su medida será la necesaria para realizar la *ideología re* que se sostenga y se requerirá otro límite. El delito sería sólo un síntoma de inferioridad que indicaría al Estado la necesidad de aplicar el benéfico remedio social de la “pena”.

Ahora bien, si el delito sería sólo un síntoma, la *ideología re* debe postular que, a partir de ese síntoma, el Estado debe penetrar en toda la personalidad del infractor porque la inferioridad lo afecta en su totalidad. Por ello, estas ideologías no pueden reconocer mayores límites en la intervención punitiva: el Estado, conocedor de lo bueno, debe modificar el ser de la persona e imponerle su modelo humano.

Como la intervención punitiva es un bien, no sería necesario definir muy precisamente su presupuesto (es decir el delito), bastando, así, una indicación orientadora general.

De igual modo, en el plano procesal no sería necesario un enfrentamiento de partes, dado que el Tribunal asumiría una función tutelar de la persona para curar su inferioridad. La pena pasaría a cumplir un papel de defensa social al mejorar las células imperfectas del cuerpo social, cuya salud es en un último análisis lo que interesaría.

En definitiva, se trata de una intervención del Estado que, en caso de ser factible, consistiría en una imposición de valores –en los que nadie cree– privados de todo momento ético desde que se desconoce la autonomía propia de la persona.

Siglos atrás, Santo Tomás de Aquino, enseñó que el castigo a los delincuentes está claramente justificado en la tradición católica, pero nunca está justificado en sí mismo. Nuestro Dios busca la rendición de cuentas y la corrección, pero nunca está en pos del sufrimiento por el sufrimiento mismo. El castigo debe tener un propósito constructivo y redentor.

Es dable remarcar que, hoy en día, las enseñanzas tradicionales dan forma todavía al modo en que debe entenderse el castigo. Se empieza en la creencia de la de una ley moral y natural que reside dentro de los corazones de los individuos y dentro de la vida en comunidad. Este código moral es común a todos los pueblos y nunca se ve excusado por completo por circunstancias externas. Todos hemos nacido con libre albedrío, el cual debe ser nutrido y moldeado por las disciplinas espirituales, intelectuales, emocionales y físicas y por la comunidad. Aunque no todos tenemos la misma capacidad de ejercer este libre albedrío, cada persona es responsable de sus acciones y será juzgada por éstas según el potencial que le ha sido dado. Dios debe ser quien en último término juzgue la motivación, la intención y las fuerzas que dan forma a las acciones de las personas.

EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD – Ley 24.660

En este acápite se mostraran las finalidades propuestas por nuestro régimen penitenciario y su adecuación a las “*Teorías de la Pena*” antes expuestas.

Art. 1 de la Ley 24.660: *“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender, y respetar la Ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad...”.*

Art. 6 de la Ley 24.660: *“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. 8 de la Ley 24.660: *“Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación... Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado”.*

Art. 13 de la Ley 24.660: *“Durante el período de observación el organismo técnico – criminológico tendrá a su cargo:... b) Recabar la cooperación del condenado para proyectar y desarrollar su tratamiento. A los fines de lograr su aceptación y activa participación, se escucharán sus inquietudes...”.*

Art. 16 de la Ley 24.660: *“Las salidas transitorias... II. Por el Motivo:... b) Para cursar estudios...”.*

Aquí, claramente puede verse que se busca la reinserción de la persona; lo cual nos encontramos ante una de las “ideologías re” que sustentan la “Teoría de la Prevención Especial Positiva”.

Asimismo, dentro de todo el **Capítulo II – Modalidades Básicas de la Ejecución – Sección Primera – Progresividad del Régimen Penitenciario – Períodos / Sección Segunda – Programa de Prelibertad / Sección Tercera – Alternativas para Situaciones Especiales / Sección Cuarta – Libertad Asistida de la Ley 24.660**, podemos advertir que se busca la reeducación del reo para su paulatina y luego total reinserción de éste en la sociedad (fines éstos buscados por “Teoría de la Prevención Especial Positiva”, ello, sustentado por las “ideologías re”).

Art. 79 de la Ley 24.660: *“El interno estará obligado a acatar las normas de conducta que, para posibilitar una ordenada convivencia, en su propio beneficio y para promover su reinserción social, determinen esta Ley y los reglamentos que se dicten”.*

Art. 101 de la Ley 24.660: *“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. 106 de la Ley 24.660: *“El trabajo constituye un derecho y un deber del interno. Es una de las bases del tratamiento y tiene positiva incidencia en su formación”.*

Art. 107 de la Ley 24.660: *“El trabajo se regirá por los siguientes principios:... c) Propenderá a la formación y al mejoramiento de los hábitos laborales; d) Procurará la capacitación del interno para desempeñarse en la vida;...”.*

Art. 108 de la Ley 24.660: *“El trabajo de los internos... tendrá como finalidad primordial la generación de hábitos laborales, la capacitación y la creatividad”.*

Art. 112 de la Ley 24.660: *“El trabajo del interno estará basado en criterio pedagógicos y psicotécnicos...”.*

Art. 113 de la Ley 24.660: *“En el caso de internos que ejerciten o perfeccionen actividades artísticas o intelectuales, éstas podrán ser su única actividad laboral si fuera productiva y compatible con su tratamiento...”.*

Art. 114 de la Ley 24.660: *“... El régimen de aprendizaje de oficios a implementar, será concordante con las condiciones personales del interno y con sus posibles actividades futuras en el medio libre”.*

Art. 115 de la Ley 24.660: *“Se promoverá la organización de sistemas y programación de formación y reconversión laboral...”.*

Art. 118 de la Ley 24.660: *“La administración velará para que las tareas laborales se coordinen con los horarios destinados a otros aspectos del tratamiento del interno”.*

Art. 119 de la Ley 24.660: *“El trabajo y la producción podrán organizarse... En cualquiera de esas modalidades la administración ejercerá la supervisión de la actividad del interno en lo concerniente al tratamiento...”.*

Aquí, también claramente, podemos advertir que se busca la reeducación, resocialización y reinserción laboral del detenido (fines éstos buscados por *“Teoría de la Prevención Especial Positiva”*, ello, sustentado por las *“ideologías re”*).

En el **Capítulo VIII - Educación de la Ley 24.660**, se establece todo lo concerniente a la educación y reeducación del condenado (fines

éstos buscados por “Teoría de la Prevención Especial Positiva”, ello, sustentado por las “ideologías re”).

Art. 158 de la Ley 24.660: *“El interno tiene libre derecho a comunicarse periódicamente, en forma oral o escrita, con su familia, amigos allegados, curadores o abogados, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social...”.*

Art. 168 de la Ley 24.660: *“Las relaciones del interno con su familia, en tanto fueren convenientes para ambos y compatibles con su tratamiento, deberán ser facilitadas y estimuladas. Asimismo, se lo alentará para que continúe o establezca vínculos útiles con personas u organismos oficiales o privados con personería jurídica, que puedan favorecer sus posibilidades de reinserción social”.*

Art. 184 de la Ley 24.660: *“Los centros de reinserción social deben ser instituciones basadas en el principio de la autodisciplina destinados a la recepción de condenados que se encuentren en semilibertad, prisión discontinua y semi detención...”.*

Art. 185 de la Ley 24.660: *“Los establecimientos destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad, atendiendo a su destino específico, deberán contar, como mínimo, con los medios siguientes:... a) Personal idóneo... que deberán ejercer una actividad predominantemente educativa; ... e) Biblioteca y escuela... con las secciones indispensables para la enseñanza de los internos... g) Consejo correccional, cuyos integrantes representen los aspectos esenciales del tratamiento...”.*

Art. 188 de la Ley 24.660: *“En los programas de tratamiento de todas las instituciones y con particular énfasis en las abiertas y semiabiertas, se deberá suscitar y utilizar en la mayor medida posible los recursos de la comunidad local, cuando resulten provechosos para el futuro de los internos y compatibles con el régimen de la pena”.*

Art. 197 de la Ley 24.660: *“Los jóvenes adultos de dieciocho a veintiún años deberán ser alojados en instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos. En su tratamiento*

se pondrá particular empeño en la enseñanza obligatoria, en la capacitación profesional y en el mantenimiento de los vínculos familiares”.

En estas otras disposiciones, también pueden verse claramente los fines sustentados por las “ideologías re” que buscan – genéricamente – la reinserción social del condenado y, ello, aplicándoseles un tratamiento acorde para la consecución de dichos fines.

Un enfoque católico debe empezar con el reconocimiento de que la dignidad del ser humano se aplica tanto a la víctima como a su agresor.

Las prisiones actualmente poseen un tratamiento mínimo – casi inexistente– de la reeducación, como así también de los problemas de drogadicción (flagelo mundial y gran causante de la delincuencia) que presentan los encarcelados, por lo que no podrá lograrse el reingreso de los encarcelados a nuestra comunidad si no se presentan programas de reinserción que estén apoyados en la tradición cristiana y en la fe de ofrecer mejores alternativas a los transgresores, los que –basados en la fe, la contrición y en el pedido de perdón– los hagan responsables por sus actos y los proyecten a cambiar sus vidas, extender su mano a las víctimas y rechazar la venganza y serles restituido el sentido de comunidad.

Lo expuesto debe ser un camino de doble vía. La sociedad generalmente desestima la creación de Dios quitándoles a los encausados la posibilidad de redención y su oportunidad de perdón; por lo que es la sociedad quien también – basada en la fe – debe otorgarles la posibilidad de reinserción.

Es dable recordar que tanto nuestro sistema penitenciario, como el sistema penitenciario en general, se constituyó sobre una visión que combinaba un reavivamiento espiritual con los castigos y la corrección. Pero esta visión a lo largo de los años se ha ido perdiendo. Las evidencias son patentes: el abuso sexual y físico entre internos y, a veces cometido por los propios guardia cárceles, violencia de pandillas internas, división racial, ausencia de oportunidades educativas y programas de tratamiento, y disposición de la sociedad a enviar a niños a prisiones para adultos; son aditamentos que contribuyen al creciente número de la reincidencia.

Nuestra sociedad –contrariamente a los criterios cristianos que pregona– prefiere el castigo a la rehabilitación y la retribución a la restitución; todo lo cual indica que –más allá de los reos– es la sociedad entera que debe volverse acercarse a los “criterios” cristiano y otorgarle a los encarcelados nuevas oportunidades de vida (en sociedad).

Tal como se viene esbozando, un enfoque católico no abandona a quienes violan las leyes, tanto las víctimas como los transgresores son hijos de Dios. A pesar de los muy diferentes derechos que puedan reclamar a la sociedad, su vida y dignidad deben ser protegidas y respetadas.

Se debe buscar la justicia y no la venganza como generalmente sucede hasta en las sociedades más cristianas del mundo. La pena debería tener el propósito claro de proteger a la sociedad y al mismo tiempo rehabilitar a quienes violan la ley.

Jesús, prisionero él mismo, nos llama a visitar a los encarcelados y a cuidar de los enfermos (incluyendo a las víctimas de la delincuencia, por lo que, debemos estar dispuestos a ayudar a las víctimas de la delincuencia a recobrase de sus heridas físicas y emocionales.

En el caso, mantener las relaciones con la comunidad y la familia puede ayudar a los transgresores a comprender el daño que han hecho y prepararlos para su reinserción a la sociedad. El aislamiento intramuros puede ser necesario en algunos casos, pero si bien cortar todo contacto familiar puede hacer el encarcelamiento más fácil para los que están a cargo de los reos, puede hacer más difícil la reinserción para los que son custodiados.

El encarcelamiento de los transgresores debe tener un sentido que vaya más allá de la condena en sí. Puesto que todos los internos volverán a la sociedad, las prisiones deben ser lugares en que los transgresores sean instados, alentados y recompensados por sus esfuerzos para cambiar su conducta y actitudes, y en que aprendan los conocimientos necesarios para desempeñarse en un empleo y en la vida en comunidad.

SANTO TOMAS

Aquí en este acápite se mostrará lo expuesto por Santo Tomás de Aquino en cuanto a en qué consiste el castigo del hombre respecto a la pena de daño.

Es así que afirma, como la desdicha a que la malicia conduce es contraria a la felicidad a que conduce la virtud, necesario es que aquellas cosas que pertenecen a la desdicha, estén en oposición a las que pertenecen a la felicidad.

La felicidad suprema del hombre, en cuanto a la inteligencia, consiste en la visión plena de Dios, y en cuanto al afecto, en que la voluntad del hombre está confirmada de una manera inmutable en la bondad primera. Por consiguiente, la extrema desdicha del hombre consistirá en que la inteligencia estará totalmente privada de la luz divina, y el afecto obstinadamente alejado de la bondad de Dios.

Ésta es la principal pena de los condenados, llamada pena de daño. Debemos considerar, sin embargo, el mal no puede excluir totalmente al bien, puesto que todo mal tiene su principio en algún bien. Es necesario, por consiguiente, que la desdicha, aunque opuesta a la felicidad, que estará inmune de todo mal, esté fundada en un bien de la naturaleza.

El bien de una naturaleza intelectual consiste en que la inteligencia vea la verdad, y la voluntad tenga tendencias al bien. Como toda verdad y todo bien se derivan del primero y sumo bien, que es Dios, resulta de ahí ser necesario que la inteligencia del hombre, colocada en la extrema desdicha, tenga cierto conocimiento de Dios y cierto amor de Dios, en cuanto que es principio de las perfecciones naturales, que es el amor natural, no en cuanto a lo que Él es en sí mismo, ni tampoco en cuanto que es principio de las virtudes o de las gracias y bienes de todo género, por los cuales perfecciona una naturaleza intelectual, lo cual es la perfección de la virtud y de la gloria.

Los hombres constituidos en este estado de desdicha, no están privados del libre albedrío, aun cuando tengan la voluntad firme en el mal de una manera inmutable, del mismo modo que sucede en los bienaventurados, aunque su voluntad esté afirmada en el bien.

En efecto, el libre albedrío se extiende propiamente a la elección; y la elección se ejerce sobre cosas que pertenecen al fin. Es así que cada

uno desea naturalmente el fin último; luego todos los hombres, por lo mismo que son inteligentes, desean naturalmente la felicidad como el fin último, y la desean de una manera tan inmutable, que nadie puede querer ser desgraciado, sin que esto repugne al libre albedrío, que no se extienda más que a las cosas que pertenecen al fin.

En cuanto a que un hombre cifre su felicidad suprema en tal cosa particular, y otro en otra diferente, esto no conviene ni a éste ni a aquél como hombre, supuesto que los hombres difieren en sus juicios y en sus apetitos, sino que esto conviene a cada uno, en razón de sus disposiciones personales.

Disposiciones personales, son relativas a alguna pasión o hábito, y ésta es la razón por la que si fuera transformado, le parecería otra cosa la mejor, como se observa perfectamente en aquellos que por pasión desean una cosa como la más excelente; pero cuando la pasión desaparece, como la cólera o la concupiscencia, ya no les parece bueno, como les parecía antes.

Los hábitos son más permanentes, y por eso se persevera más firmemente en las cosas que se buscan por hábito. Sin embargo, siempre que pueda mudarse el hábito cambian igualmente el apetito y el juicio del hombre sobre el fin último; pero esto no conviene a los hombres en esta vida, en la cual están constituidos en un estado de mudanza.

El alma después de esta vida es intransformable, en cuanto a la alteración, porque semejante transformación no la conviene más que por accidente y relativamente a cierta transformación corporal.

Después que el alma haya vuelto a tomar su cuerpo, no se seguirá un cambio de cuerpo, sino lo contrario. El alma está actualmente unida a un cuerpo engendrado, y, por consiguiente, sigue las transformaciones del cuerpo; entonces, por el contrario, el cuerpo estará unido a un alma preexistente, y, por consiguiente, seguirá totalmente sus condiciones.

Sea cual fuere el fin último que el alma haya elegido, y en el que se encuentre en el estado de muerte, en ese estado permanecerá eternamente apeteciéndole como el mejor, sea bueno o sea malo, según estas palabras del Eclesiastés, XI: «Si cayere el árbol al Norte o al Mediodía, en cualquier lado que caiga, allí quedará.» Por consiguiente, después de esta vida los que sean

considerados buenos en el artículo de la muerte, tendrán eternamente su voluntad afirmada en el amor al bien; y, por el contrario, los que sean considerados malos, obstinados eternamente quedarán en el mal.

FUNDAMENTOS

En el Antiguo Testamento se muestra una rica tradición que demuestra tanto la justicia como la misericordia de Dios. Se ofrecieron los Diez Mandamientos que son reglas de vida a partir de las cuales se formaron leyes en una relación de alianza con Dios; se exigían castigos, se demandaban reparaciones y se restablecían relaciones, pero Dios nunca abandonó a su pueblo, ello, a pesar de sus pecados (Is 57:18-21; Sal 94:19).

Los Diez Mandamientos, que constituyen un extraordinario camino de vida e indican las condiciones más seguras para una existencia liberada de la esclavitud del pecado contienen, una expresión privilegiada de la ley natural. “Nos enseñan al mismo tiempo la verdadera humanidad del hombre. Ponen de relieve los deberes esenciales y, por tanto indirectamente, los derechos fundamentales inherentes a la naturaleza de la persona humana”. Connotan la moral humana universal. Recordados por Jesús al joven rico del Evangelio (Mt 19,18), los Diez Mandamientos “constituyen las reglas primordiales de toda vida social”.

Tal como Dios no nos abandona, nosotros debemos estar en su mutua alianza. Todos somos pecadores y nuestra respuesta al pecado y los defectos no debe ser el abandono y la desesperación, sino por el por contrario la justicia, la contrición, la reparación y el retorno o reintegración de todos a la comunidad.

En el Nuevo Testamento Jesús demostró decepción con quienes oprimían a los demás (Mt 23) y con quienes profanaban lugares sagrados (Jn 2), y, al mismo tiempo rechazó el castigo por el castigo mismo, haciendo ver que todos somos pecadores (Jn 8), y la venganza.

En nuestros días estamos llamados a encontrar a Cristo en los jóvenes en problemas, en los presos de nuestras cárceles y en las víctimas de la delincuencia que experimentan dolor y pérdida.

Tal como lo muestra la Biblia debemos amar a nuestro prójimo y ayudar a las personas para que salgan del flagelo de la delincuencia brindándoles nuestro amor y comprensión. En palabras del Papa Juan Pablo II: *“... Lo que Cristo está buscando es una aceptación confiada, una actitud que abra el espíritu a decisiones generosas destinadas a rectificar el mal cometido y promover lo bueno. A veces esto implica un largo viaje, pero un viaje siempre estimulante, pues es un viaje que no se hace solo, sino en compañía de Cristo mismo y con su apoyo. ... Él nunca se cansa de alentar a cada persona a lo largo del camino a la salvación...”*.

El desafío de refrenar la delincuencia y remodelar el sistema penal no es sólo una cuestión de políticas públicas, sino también una prueba del compromiso católico, respondiendo la comunidad católica entera a las necesidades de nuestros presos.

Nuestras creencias sobre la dignidad humana deben ocupar el centro de enfoque sobre estas cuestiones, se debe promover la dignidad humana tanto de las víctimas como de sus agresores.

La sociedad debe proteger a todos sus ciudadanos de la violencia y el delito y hacer responder por sus actos a los que infringen la ley. Estos mismos principios nos deben llevar a abogar por la rehabilitación y tratamiento de los transgresores, pues, como las víctimas, sus vidas reflejan esa misma dignidad. Tanto las víctimas como los autores del delito son hijos de Dios.

La protección de la sociedad y sus miembros frente a la violencia y la delincuencia es un valor moral esencial. La delincuencia, especialmente la que es violenta, no sólo pone en peligro a los individuos, sino que despoja a las comunidades de una sensación de bienestar y seguridad, y de la capacidad de proteger a sus miembros.

Todas las personas deben poder vivir en seguridad. Las familias deben poder criar a sus hijos sin temor. Sin embargo, el castigo por el castigo mismo no es una respuesta cristiana al delito. El castigo debe tener un propósito e ir acompañado de tratamiento y “restitución”.

Deben apoyarse soluciones basadas en la comunidad, especialmente para transgresores no violentos, porque se pone mayor énfasis en el tratamiento y restablecimiento del delincuente, y restitución y cura de la víctima.

Hay que renovar nuestros esfuerzos para asegurar que la pena se corresponda con la magnitud del delito que fuera cometido.

CONCLUSIONES DE ACUERDO A LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

La importancia y la centralidad de la familia, en orden a la persona y a la sociedad, está repetidamente subrayada en la Sagrada Escritura: “No está bien que el hombre esté sólo” (Gn 2,18). A partir de los textos que narran la creación del hombre (Gn 1,26-28; 2,7-24) se nota cómo – según el designio de Dios – la pareja constituye la expresión comunión de las personas humanas. Eva es creada semejante a Adán, como aquella que, en su alteridad, lo completa (Gn 2,18) para formar con él una sola carne (Gn 2,24; Mt 19,5-6).

Al mismo tiempo, ambos tienen una misión procreadora que los hace colaboradores del Creador (Gn 1,28). La familia es considerada en el designio de Dios, como el lugar primario de humanización de la persona y de la sociedad y cuna de la vida y el amor. Por todo lo que nunca deben olvidarse estos valores familiares y seguir el designio de Dios.

Tal como viene siendo expuesto, el desafío de frenar la delincuencia y remodelar el sistema penal –y adecuarlos al “derecho natural” entendido como convivencia social– no es sólo una cuestión de políticas públicas, sino también una prueba del compromiso católico. Enfrentados a tanto violencia y delincuencia, nuestra fe llama a la Iglesia a la responsabilidad y a la acción.

Luego de haber mostrado los designios del derecho natural, qué es lo que se busca y entiende por “doctrina social de la Iglesia”, como actúa el sistema penal sobre los sujetos, las teorías de la pena aplicables, nuestra normativa penitenciaria y sus –supuestos– fines, y, que desde la Biblia se aboga por un castigo justo sin apartarnos de los ojos de Dios, cabe decir que el amor y los “Mandamientos” pueden mostrarnos la manera de vivir juntos, respetarnos a nosotros mismos y a los demás, curar a las víctimas y agresores y renovar las comunidades.

“No matarás” y “No robarás” son reglas necesarias de una sociedad civil e imperativos para el bien común. Nuestra Iglesia enseña esos valores y las instituciones católicas que ofrecen programas para la juventud y

adultos son baluartes contra la delincuencia, proporcionando formación para los jóvenes, cursos de superación personal y capacitación para sus padres, orientación y alternativas para niños y familias en problemas, y servicios de rehabilitación para reclusos.

Por la relevancia pública del Evangelio y de la fe y por los efectos perversos de la injusticia la Iglesia no puede permanecer indiferente ante las vicisitudes sociales.

Es tarea de la Iglesia anunciar siempre y en todas partes los principios morales acerca del orden social, así como pronunciar un juicio sobre cualquier realidad humana, en cuanto lo exijan los derechos fundamentales de la persona o la salvación de las almas.

El recto ejercicio de la libertad personal exige unas determinadas condiciones de orden económico, social, jurídico, político y cultural que son, con demasiada frecuencia, desconocidas y violadas. Estas situaciones de ceguera y de injusticia gravan la vida moral y colocan tanto a los fuertes como a los débiles en la tentación de pecar contra la caridad.

Al apartarse de la ley moral, el hombre atenta contra su propia libertad, se encadena a sí mismo, rompe la fraternidad con sus semejantes y se rebela contra la verdad divina.

La liberación de las injusticias promueve la libertad y la dignidad humana, no obstante, ante todo, hay que apelar a las capacidades espirituales y morales de la persona y a la exigencia permanente de la conversión interior si se quieren obtener cambios económicos y sociales que estén verdaderamente al servicio del hombre.

BIBLIOGRAFIA

- 1) *“Tratado de Derecho Penal – Parte General”* (**Autor:** Hans – Heinrich Jescheck / **Traducción:** José Luis Manzanares Samaniego).
- 2) *“Derecho Penal – Parte General”* (**Autor:** Eugenio Raúl Zaffaroni / Alejandro Alagia / Alejandro Slokar).
- 3) *“Fin y Justificación de la Pena y de las Medidas de Seguridad”* (**Autor:** Claus Roxin).

- 4) Ejecución de la Pena privativa de la Libertad – **Ley 24.660**
- 5) *“Responsabilidad, rehabilitación y restitución – La perspectiva católica de la delincuencia y la justicia social”* (**Autores:** Declaración de los obispos católicos de Estados Unidos).
- 6) *“Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia”*.
- 7) *“La Justicia y el Derecho”* (**Autor:** Tomás D. Casares).
- 8) *“La Santa Biblia”*.
- 9) *“Introducción a la Filosofía Social”* (**Autor:** Carlos D. Hamilton D.).
- 10) *“Historia del Derecho Penal”* (**Autor:** Abelardo Levaggi).
- 11) *“La Pena de Muerte”* (**Autor:** David Nuñez).
- 12) *“Pensamiento Político y Jurídico de San Agustín”* (**Autor:** Juan Miguel Bargallo Cirio).
- 13) *“La Justicia – Comentarios al Libro Quinto de la Etica a Nicomaco de Aristóteles”* (**Autor:** Santo Tomás de Aquino).
- 14) *“Los Sinsabores de la Pena”, título, fundamentos y consultas extraídas de la publicación de igual título de “BALBELA, Jacinta. Los sinsabores de la pena. Revista La Justicia Uruguaya, 1995, vol. 111, p. 29-33”*.
- 15) *“jacintabalbela.blogspot.com”* Perspectivas en la Administración de Justicia 2004.