

SITUACIÓN PENITENCIARIA Y PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

LUIS JORGE GONZÁLEZ HARKER

Trabajo de Grado para optar al título de Abogado

Director Proyecto

ANDRÉS RAMÍREZ MONCAYO

Abogado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE DERECHO

SANTA FE DE BOGOTÁ

2000

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
I. LA HISTORIA DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	4
A. MOMENTOS ANTERIORES AL SURGIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	5
1. La antigüedad	5
2. La edad media	6
3. El renacimiento	12
4. Período correccionalista o moralizador del derecho penal	24
B. EL SURGIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	28
1. La pena privativa de la libertad como consecuencia de la filosofía Humanista del liberalismo clásico	29
2. La pena privativa de la libertad como consecuencia del pensa- miento americano	36
3. El pensamiento del Foucault	38
4. Nuestro pensamiento	46
C. LA EVOLUCION EMPIRICA DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	58
1. El aislamiento celular	58
2. Régimen auburniano	60
3. Regímenes progresivos	63

4. Regímenes abiertos	68
D. CONCLUSIONES	72
II. DESCRIPCION CONCEPTUAL Y EMPIRICA DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	75
A. EL CONCEPTO Y LOS ELEMENTOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	75
1. Análisis histórico y actual de los elementos del concepto de pena Privativa de la libertad	76
a. Pérdida de la libertad ambulatoria	76
b. Internamiento en un establecimiento penitenciario	80
c. Que el tiempo de pérdida de la libertad ambulatoria sea previa- mente determinado por una sentencia judicial que se ajuste a la legislación vigente	83
d. Favorecimiento de la resocialización	85
2. Nuestra definición de pena privativa de la libertad	91
a. La pérdida de la libertad ambulatoria y de otro tipo de libertades Y derechos en el interior de las prisiones	92
b. Mediante un pronunciamiento que normalmente se profiere sin Los requisitos establecidos por el debido proceso	107
c. Para olvidar al reo y para fomentar nuevos delincuentes en la sociedad	115
3. Implicaciones doctrinales y legales de la incongruencia entre la Teoría y la práctica penitenciaria	116
a. Las penas alternativas o sustitutivas de la prisión	117

b. El abolicionismo	126
4. Conclusiones generales	129
III. LAS MODALIDADES DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	
TAD	134
1. Las diferentes modalidades de la pena privativa de la libertad en el derecho comparado	134
2. Relevancia práctica de estas modalidades	136
3. Conclusiones	139
IV. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	
TAD	142
1. Concepto	142
2. Proceso actual de la determinación de la pena	145
a. Las etapas en el proceso de la determinación de la pena	146
b. Los aspectos en el proceso la determinación de la pena	148
3. El proceso de determinación de la pena en el derecho comparado	150
a. Alemania	150
b. España	151
c. Paraguay	153
d. Argentina	155
e. Colombia	159
4. Conclusiones comparativas	161
V. LA FUNCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	166
A. LA FUNCION DE LA PENA EN GENERAL	167

1. La clasificación de Emiro Sandoval Huertas	168
a. La fase vindicativa	168
b. Fase expansionista o retribucionista o de la explotación oficial del Trabajo del recluso	170
c. Fase correccionalista	177
d. Fase de la resocialización	183
2. Las teorías sobre la función de la pena	186
a. Teorías absolutas sobre el fin de la pena	187
b. Teorías relativas sobre el fin de la pena	189
c. Teorías de la Unión en la función punitiva	193
d. Diferencias entre las teorías relativas y absolutas del fin de la pena	195
B. LA FUNCION ACTUAL DE LA PENA: LA RESOCIALIZACION	198
1. Consideraciones preliminares	199
2. Ubicación histórica y conceptual de la resocialización	201
3. Materialización de la fase resocializadora	207
4. La resocialización, el concepto y elementos del tratamiento penitenciario	211
a. El personal penitenciario	217
b. La observación y la clasificación penitenciaria	219
c. El trabajo penitenciario	222
d. La educación penitenciaria	226
e. El gobierno interno de la institución	228
f. Las relaciones con el exterior	230

g. La asistencia post-penitenciaria	234
C. LAS VERDADERAS FUNCIONES DE LA PRIVACION DE LA LIBERTAD	237
1. Las funciones no declaradas de la privación de la libertad en el ámbito sicosocial	240
a. La función vindicativa	241
b. Función de cobertura ideológica	245
2. Las funciones no declaradas de la privación de la libertad en el Ámbito económico	248
a. Función no declaradas de la reproducción criminal	249
b. Función del reforzamiento de la protección a la propiedad Privada	255
3. Funciones no declaradas de la privación de la libertad en el ámbito político	259
a. Función del mantenimiento del statu quo	259
b. Función de control sobre las clases dominadas	262
c. Función de control de opositores políticos	264
VI. LA SUPUESTA CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Y SUS CONSECUENCIAS TEÓRICO – PRÁCTI CAS	267
1. Visualización, ubicación y magnitud de la supuesta crisis de la Pena privativa de la libertad	267
2. Implicaciones del fracaso en la aplicación de la pena privativa de la libertad	273

a. La abolición del sistema penal	273
b. La reducción en el ámbito aplicativo de la pena privativa de la libertad	281
c. La privatización carcelaria	291
3. Conclusiones	302
BIBLIOGRAFIA	309

A la frase que, aunque derogada por el desconocimiento de nuestras creencias y tradiciones, permanece viva en nuestras vidas y en nuestros corazones: “ En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad...”. (Preámbulo, Constitución de 1886).

INTRODUCCIÓN

No solamente en países como el nuestro, caracterizados por su pobre desarrollo y por la ineficiencia de las actuaciones de sus autoridades públicas, nos hemos acostumbrado a convivir con los problemas que se presentan en el campo carcelario (hambre, abusos sexuales, transmisión de enfermedades mortales, rumores de práctica de videos snaff, certeza de práctica de videos pornográficos, torturas físicas y mentales, delincuencia organizada al interior de los centros de reclusión, etc.). Se habla, en efecto, de una crisis mundial de este sector que, sin consideraciones presupuestales ni relaciones con los niveles de vida de la población, se extiende y abarca a la casi totalidad de los sistemas penitenciarios del planeta.

Como es bien sabido, no es ésta una situación nueva ni reciente dentro las esferas de los problemas jurídicos y sociales, pues, como lo podremos corroborar

en la presente investigación, desde los propios momentos de su surgimiento, la pena privativa de la libertad ha sido el objeto de innumerables críticas que se han sustentado en sus pobres y caóticos resultados en la práctica penitenciaria.

Por otra parte, para comprender la magnitud del problema que se nos presenta con esta situación, recordemos que la pena privativa de la libertad es una institución que se encuentra concebida dentro de la más sagrada de las funciones del Estado: administrar justicia. Por lo tanto, ¿Cuánta responsabilidad puede corresponderle a este ente por esta situación? ¿Más que un fracaso de la pena privativa de la libertad podríamos hablar de un fracaso del Estado mismo en este campo? Surgen, sin duda alguna, estas preguntas en este contexto en el que hemos ubicado a este problema.

¿Cuáles son los orígenes, razones y posibles soluciones de los problemas penitenciarios que ha vivido y que actualmente padece nuestra sociedad? Son otras de las preguntas que, a través del análisis histórico y actual de la pena privativa de la libertad, pretenderemos responder sin llegar a centrarnos en vertientes o en pensamientos que hayan sido previamente elaborados o determinados.

Para lo anterior, hemos querido desarrollar una investigación global, una investigación que se acerque más a la realidad que se nos presenta a diario, que confronte a la teoría y a la práctica penitenciaria y, por sobre todo, que se oriente a concebir a la pena privativa de la libertad como la institución que no solamente

pertenece ni necesita de los pronunciamientos jurídicos, sino que, además, requiere de una sociedad que la haga respetar y que vele por el real cumplimiento de los postulados que la rigen.

No abordaremos los propósitos de nuestra investigación dentro de una concepción exclusivamente legalista, pues también tendremos en cuenta aspectos relevantes de nuestra sociedad, aspectos que, sin duda, pensamos que pueden llegar a informarnos y a conducirnos hacia terrenos que nos expliquen más de cerca las razones de este bastante conocido fenómeno carcelario.

Por último, con las herramientas que podamos obtener con nuestra investigación, trataremos de dilucidar lo que, en nuestro entender y con nuestras interpretaciones, debe ser o no la pena privativa de la libertad, así como las dolencias que pueden llegar a ser contrarrestadas mediante la corrección de posibles fallas que le puedan ser innatas o que simplemente pueda estar padeciendo por la injerencia de factores que le sean externos y extraños para el cabal cumplimiento de sus fines.

CAPÍTULO I

LA HISTORIA DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

A pesar de su clara e indiscutible importancia para este momento histórico, ha sido una tarea poco tratada, y, por lo tanto, difusa y sin claridad, la referente al momento y los factores que llevaron a que en la modernidad se hubiera adoptado una nueva forma de respuesta estatal para el fenómeno del delito: La Pena privativa de la Libertad.

Las opiniones sobre el momento de su origen y su posterior desarrollo, así como las que versan sobre las causas que motivaron su surgimiento, se dividen facilitando las confusiones en la labor de comprender a esta institución, que, como es bastante sabido, se encuentra sumergida en una aguda crisis que ha servido para propiciar pensamientos que abogan por su total eliminación de los sistemas

penales o por su reorientación en el interior de los diferentes ordenamientos jurídicos.

Por lo anterior, nos permitiremos realizar un breve recuento sobre las causas que consideramos como relevantes para explicar el surgimiento y posterior adopción y desarrollo de la pena privativa de la libertad; analizando, para este fin, y en cuanto sean pertinentes a nuestro propósito, las necesidades sociales de cada época y el uso concurrente que de la juridicidad se hizo para satisfacerlas.

A- MOMENTOS ANTERIORES AL SURGIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

1. La antigüedad

En los pueblos de la antigüedad no se aplicó la figura de la pena privativa de la libertad, lo que se explica por el hecho de que no concebían al encierro como una forma autónoma de respuesta de la autoridad correspondiente ante las conductas consideradas como censurables o merecedoras de un castigo ejemplar, sino, por

el contrario, como una simple manera de asegurar la presencia del procesado ante el tribunal o la persona que se encargaría de juzgarlo y de imponerle la sanción que mereciera.

Es, entonces, un encierro preventivo el que se presenta en estas sociedades. Un encierro que, por lo demás, no encuentra limitaciones temporales ni que vulnera derecho alguno por no haberse concebido a la libertad como una emanación de la personalidad humana. En Roma así lo expresa Ulpiano al proclamar: “**carece ad continendos homínines non ad puniendos haberi debet**”¹. Adicionalmente, Contardo Ferrini, por ejemplo, en cuanto se refiere a Roma, afirma que: “ni el derecho de la época republicana ni el de la época del imperio conocieron la pena de cárcel pública y aun en el derecho justiniano se consideraba como inadmisibles e ilegítimas una condena judicial a cárcel temporal o perpetua”. Y como Neuman lo deduce, debe tenerse en cuenta que Ferrini habla tan solo de cárcel pública y no de la privada, ya que esta última sí existió tanto en Grecia como en Roma para los eventos del no pago de las deudas y del castigo a los esclavos².

2. La Edad Media.

Las particularidades de esta época produjeron un excesivo desvío del derecho penal con relación a sus fines, que, como es obvio, encuentran su pilar

¹ Digesto, 48, 19, 8 párrafo 9.

² Neuman, Evolución de la Pena Privativa de la Libertad, ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971, pag. 22.

fundamental en el hecho de servir a la organización social, y no, como sí aconteció en este tiempo, en el hecho de favorecer a una clase determinada.

De esta manera, lo que en estos momentos se observa es un derecho penal excesivamente engrandecido en su órbita de aplicación y, por lo tanto, desprotegido ante las circunstancias que para su efectiva y racional aplicación le deben ser completa y absolutamente indiferentes, como lo son las condiciones sociales y económicas del delincuente.

Lo inadmisibles fue la existencia de un derecho penal al servicio de los fines políticos y económicos de una clase dominante y no al servicio del ser humano individualmente considerado y de la sociedad, pues en esta época, debido a la multiplicidad de enfrentamientos bélicos, ocasionados por la ambición territorial y económica de una gran cantidad de líderes asentados en minúsculos territorios, se asumió que el castigo de los delitos debía servir para el logro de la paz y no para censurar a quienes habían realizado una conducta delictiva. Por lo tanto, lo que se evidencia es un servilismo jurídico – o, mas bien, una ausencia de juridicidad – que favoreció, como más adelante lo veremos, a una determinada clase social, la más pudiente.

Por lo pronto, podemos afirmar que la penalidad, especialmente en la Alta Edad Media, se caracterizó por su simbiosis con los intereses privados, como lo permite

afirmar la existencia de la figura de la **Penance**³, que con esplendor demuestra que el derecho penal lo era con toda su rigurosidad para quienes no podían cumplirla, y que, con respecto a los otros, los que sí podían cumplirla, era, además de selectivo, excesivamente misericordioso. Lo anterior, porque al no ser la penance nada distinto al pago de una suma de dinero que pretendía resarcir el daño causado a la víctima del delito, y que tenía como efecto la no imposición de pena corporal alguna, debemos, por lo tanto, concluir que no procedía para la generalidad, sino, por el contrario, para unas especialísimas personas, que, por poseer grandes y nutridos patrimonios, se encontraban inmunizadas contra las sanciones penales normales: la tortura, la desmembración y la muerte en el cadalso.

En este orden de ideas, observamos la grandeza del sentido que el español García Pablos posee al haber denominado a esta época como la Edad de Oro de la Víctima, en la que, a diferencia de lo que ha sucedido en otros momentos de la historia, lo que predominó no fue el castigo legítimo al autor de la conducta delictiva, sino, a través de la penance, la reparación total de los perjuicios causados a la víctima por la conducta considerada como ilícita y por lo tanto como reprochable. Ahora, si bien ésto era así en la teoría, debemos, sin embargo, decir que en la práctica se evidenció otro tipo de sistema, pues, como ya lo dijimos, la penance, y por lo tanto la indemnización total a la víctima, tan solo terminó

³ La indemnización de los perjuicios causados por la conducta delictiva fue la primordial preocupación de la época, por lo que, a través del sistema de la penance, se elaboró un completo método de tasación para la imposición y posterior pago de los perjuicios derivados de las conductas consideradas como delitos. Indemnización que, en caso de no ser sufragada, o en caso de no poder ser asumida con los recursos Patrimoniales del autor de esta conducta, generaba la imposición de penas corporales sustitutivas.

procediendo en la minoría de los casos, pues, como se evidencia de los reportes históricos, tan solo la gran minoría de las personas contaban con los recursos necesarios para cancelar la suma que las autoridades les imponían por concepto de indemnización de los delitos cometidos. En consecuencia, puede afirmarse que, por las características propias de la sociedad de la época, que, en cuanto se refiere a la distribución de la riqueza se encuentran conformadas por su concentración en unas pocas manos, la penance era la excepción y las penas corporales que, fueron concebidas como sustitutivas en la teoría, eran la regla general.

Es de resaltar que la privación de la libertad nunca procedió en esta época como figura sustitutiva de la penance, pues aquella, a pesar de las inigualitarias condiciones en las que era aplicada, era considerada como demasiado benigna para la represión del delito, que, en el pensamiento de la época, debía, en los casos de no poderse cumplir con la obligación indemnizatoria, dar origen a sanciones tan cruentas como la de arder en una hoguera, perder los ojos o las manos o algún otro miembro o ser azotado o golpeado por la multitud, etc.

Nos situamos, por lo tanto, en el terreno de las penas corporales, cuya filosofía real para su viabilidad obedecía a que si el autor del delito no contaba con los recursos suficientes para sufragar la indemnización que se le habría de imponer, debía, en su defecto, pagar con su cuerpo mediante la imposición de alguna de las penas corporales que hemos enunciado.

Ahora, en cuanto se refiere a la pena privativa de la libertad, que como dijimos es inexistente para la época, podemos afirmar que en este tiempo fueron tomados los pensamientos romanos sobre la penalidad, referentes a que el encierro era tan solo un medio para asegurar la comparecencia del delincuente al proceso penal que se cursaba en su contra⁴, y que, como finalidad principal, tenía la de la imposición de otro tipo de sanción. De esta manera y dentro de esta filosofía, Las Partidas de Alfonso El Sabio conciben a la cárcel: **“La cárcel debe ser para guardar a los presos e non para fazerles enemiga, nin otro mal...”**. **“Ca assaz abonda de ser presos, e encarcelados e recibir, quando sean judgados, la pena que merecieran según mandas las leyes”**⁵.

Otra referencia de Las partidas nos lleva a lo siguiente: **“La cárcel non es dada para escarmentar yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ellas, hasta que sean judgados”**⁶. También, encontramos en las leyes regionales y en las Leyes de Indias lo siguiente: **“Las cárceles se hagan para custodia y guarda de los delincuentes y otros deben estar presos”**.

Pero la Penance no sólo fue este injusto sistema que acabamos de describir, sino también una fuente de riqueza para los señores que en aquella época se encargaban de la administración de justicia, pues, además de sus grandes sueldos, que tenían por virtud del ejercicio de esta función, se les atribuía también

⁴ Al respecto, véase, Georg Rusche Otto Kirchheimer, Pena y Estructura Social, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pags. 8 y siguientes.

⁵ Partida VII, título XIX, ley IV.

⁶ Partida VII, título XXX, ley IV.

la labor de recibir y tasar la suma que el delincuente debía pagar a su víctima, lo que, como es obvio, produjo el desvío de enormes cantidades de dinero hacia sus arcas personales. La rentabilidad de este negocio, sustentada en el discurso de la falsa persecución que las autoridades de los diversos territorios libraban contra el delito, originó que en muchos casos esos señores se inventaran vulneraciones contra la ley del Estado para así poder adueñarse de gran parte de los nutridos patrimonios de los ciudadanos más pudientes.

La administración, entonces, consciente de sus necesidades económicas y de la rentabilidad financiera del ejercicio del negocio de la punibilidad, más que de la injusticia que se venía cometiendo, introdujo en su órbita al derecho penal, produciéndose, con ello, su publicización y, por lo tanto, su exclusión del campo del derecho privado. Ninguna consecuencia práctica, salvo casos aislados, se produjo en favor de la justicia, que siguió siendo atropellada por funcionarios que, si antes eran privados, ahora pertenecían a los diversos órdenes de autoridades de cada uno de los minúsculos territorios de la época, y que si antes trabajan en favor de sus propias arcas ahora lo hacían en favor de cada uno de esos territorios.

Durante el siglo XIII, es decir, en la Baja Edad Media, encontramos una forma de pena Privativa de la Libertad, que, a diferencia de las concepciones actuales, era considerada como una pena corporal y no restrictiva del bien jurídico de la libertad, lo que se explica por el simple hecho de que este bien (la libertad) todavía no se le había reconocido al ser humano como uno de sus derechos esenciales. Debe,

adicionalmente, decirse que esta restricción de la libertad duraba hasta que la ciudad intercediera por el condenado o, dependiendo de las normas del territorio, hasta que el obispo de la misma le perdonase, es decir, que, por lo general, pero eso sí dependiendo de la importancia social del condenado, podía esta forma punitiva extenderse hasta el momento de la muerte (lo que hoy conocemos como cadena perpetua) o durante un tiempo muy breve a partir de la condena.

3. El renacimiento

El renacer de esta época, considerada como superior frente a su antecesora, no se extendió a las necesidades del derecho penal, que, como en las edades que le precedieron, continuó sufriendo los rigores de una clase que lo usaba para su propio y exclusivo beneficio, olvidándose, con ello, a su verdadera función y finalidad: servir con justicia a la organización y seguridad de la sociedad.

Eran las necesidades del poder y no las de la sociedad las que determinaban la magnitud, la aplicación o extensión de la pena. Las necesidades económicas superaron en importancia a las necesidades sociales de encontrar a la justicia en el derecho penal, pues fueron los aumentos o las disminuciones en los niveles de población los que determinaron las condenas a muerte y las maneras de cumplir las demás clases de penas.

Si la población aumentaba, como sucedió durante el siglo XIV, aumentaba la oferta en la mano de obra, que era el factor que encrudecía la severidad de las penas, pues la abundancia del elemento humano hacía que el delincuente ya no fuera de utilidad para la sociedad, que, como puede deducirse, tan solo lo valoraba para sus fines económicos, militares o, incluso, para la satisfacción de sus necesidades recreativas, que encontraban su saciedad con el deleite que proporcionaban las muertes en el cadalso. En cambio, si la población disminuía, fenómeno que por causa de las enfermedades y de las guerras religiosas padecieron Inglaterra, España y Francia durante el siglo XVI, las penas se atenuaban para preservar el tan ansiado elemento humano que ofrecían los delincuentes y que requerían los gobernantes de la época para sus costosos y deplorables juegos bélicos.

Por lo anterior, fue por lo que en las épocas posteriores al descubrimiento de América se observa una humanización punitiva; sustentada ésta en la lógica de que la producción europea, acostumbrada a su demanda continental, debió superar el océano atlántico y llegar a los nuevos territorios que se habían anexado España, Inglaterra, Francia y Portugal.

El crecimiento en la demanda de trabajadores, que fue una consecuencia directa del aumento en la demanda de productos, unido a la insuficiencia de las capacidades poblacionales, produjo que quienes se encontraban vinculados al mercado laboral exigieran aumentos en sus salarios y mejores condiciones en sus

trabajos, lo que terminó teniendo consecuencias directas sobre los ejércitos, que si durante el siglo XIV habían visto a sus filas nutrirse de mercenarios, ahora, por el contrario, encontraban que ese personal se desviaba hacia el sector productivo, que les ofrecía altos salarios y una vida alejada de las inclemencias de la guerra.

El derecho penal, por lo tanto, fue utilizado para corregir este vacío numérico de la milicia, que al no contar con los recursos suficientes para igualar las altas ofertas del sector productivo a la mano de obra, ni tampoco de ser capaz de compensar las inclemencias de la guerra, tuvo, entonces, qué padecer el desvío de su capital humano hacia los campos de la producción, que eran terrenos tranquilos y pacíficos en comparación con los de las guerras. Así, como lo hemos querido hacer ver, y como más adelante lo explicaremos con mayor detenimiento, este fenómeno produjo una reorientación punitiva que se tradujo en la explotación del potencial laboral del delincuente en el campo militar. Por lo tanto, si el delincuente fue considerado un elemento negativo para la sociedad mientras la población era abundante, pasó, de un momento a otro, a ser considerado como un elemento de utilidad para la misma.

Ninguna estrategia dejó de pensarse ni de utilizarse para la corrección de este fenómeno poblacional que destruía paulatinamente a las clases poderosas, pues aunque la demanda de trabajadores se encontraba medianamente satisfecha, éstos, en todo caso, no dejaron de aprovechar la necesidad de los empleadores para exigir mejores condiciones laborales. Por lo que se acudió al clero, al Estado y al derecho penal para lograr el tan ansiado aumento de la población. Fueron

adoptadas medidas tan absurdas e inimaginables como la penalización de la emigración, castigada con la pena de muerte y la confiscación; fue permitida la venta y el alquiler de la mano de obra infantil; por parte de los Estuardo fueron favorecidas e incrementadas las fiestas que conducían al amancebamiento de sus partícipes; fueron concedidas reducciones tributarias a los matrimonios jóvenes en la Francia de Colbert; en 1746 se le prohíbe al clero prusiano imponer penas pecuniarias a las madres solteras, etc.

De lo anterior, podemos concluir que el derecho penal, y por lo tanto la filosofía punitiva, fue variada por las necesidades que imponían las circunstancias poblacionales, como lo demuestra el hecho de que hayan surgido nuevas formas delictivas que tendían a favorecer la preservación o el aumento demográfico. El derecho penal no fue autónomo ni tampoco pudo cumplir con las finalidades exigidas por la época. Fue, en cambio, un instrumento de servicio a una clase que desde la trinchera de su poder luchaba por el mantenimiento de sus prerrogativas, que, siendo inversamente proporcionales con las catástrofes económicas que se producían por la escasa mano de obra, consecuencia directa de los bajos niveles de población, pudieron lograr la creación de una nueva política punitiva: El aprovechamiento de la labor del delincuente.

Así, de esta manera tan inhumana, fueron variadas las concepciones penales de la época, que, sin ser el producto de lo que usualmente se pretende hacer creer: la evolución intelectual hacia la misericordia y la humanidad, se concretaron en la aplicación de nuevas e ingeniosas formas de castigo estatal que permitieron la

conciliación entre la venganza punitiva y el beneficio aristocrático. Los delincuentes, entonces, observaron con sorpresa que ya no se les aplicarían penas tan terribles como la muerte con hierros candentes, o las castraciones inclementes, o que ya no se les quemarían los ojos, ni que se les mutilarían sus extremidades, sino, por el contrario, que se les destinaría a actividades militares, como las galeras, es decir, como remeros en una embarcación de guerra.

La dureza de las galeras, aunque no lo parezca tanto, habla por sí sola, pues, tanto Luis XIV⁷ como Carlos V⁸, debieron hacer uso de la represión para impedir que los delincuentes prefirieran las automutilaciones como una forma para escapar a ellas. Por lo general, era ésta una pena impuesta por un período de diez años, que, debido a los riesgos que se afrontaban en las embarcaciones de guerra de la época, normalmente no concluían sino que terminaban con la muerte del delincuente.

Algunos tratadistas han tratado de ubicar a las galeras como una forma de pena privativa de la libertad, sin embargo, la opinión mayoritaria sostiene que deben verse como una especie de las penas corporales⁹, con lo que, por las descripciones hechas al respecto, nos encontramos bastante de acuerdo.

⁷ 1638-1715. Rey de Francia que desde los cinco años de edad gobernaría hasta su muerte. Conocido como el Rey Sol.

⁸ 1500-1558. Emperador del Sacro Imperio Romano-Germánico, rey de España, Nápoles y los Países Bajos.

⁹ El hecho de que las galeras implicaran una restricción de la libertad, no las hace, a nuestro juicio, una forma punitiva que pueda ser ubicada dentro de la mera privación de la libertad, pues es bastante claro que se encontraba muy bien dotada de crueles y violentos mecanismos de represión física y mental.

Pero no sólo fue el Estado el que, a través del derecho penal, desplegó toda su actividad y orientó toda su atención al beneficio de una determinada clase social, la del poder, pues, como a continuación lo veremos, también la religión se consagró a esta injusta y deplorable tarea.

El calvinismo¹⁰ y el Luteranismo¹¹, debido a su reciente surgimiento, requerían del apoyo de los grandes señores de la época para poder arraigarse en las sociedades europeas, por lo que, despojados de toda trascendencia y de cualquier conciencia religiosa, decidieron asociarse con los intereses económicos y políticos de una minoría social, como puede deducirse de sus injustas y bastante parcializadas argumentaciones. Basta, por ejemplo, recordar las concepciones que fueron difundidas por el calvinismo en el siglo XVI acerca de la mendicidad, que, habiendo sido vista como un fenómeno saludable en la Europa del siglo XIV, pues por ella, se decía, los grandes señores alcanzarían su salvación espiritual mediante la práctica de la caridad a la que por su existencia se podía llegar, pasó, por las nuevas ideas religiosas, a ser considerada como un fenómeno nocivo, censurable e, incluso, elevada a la categoría de delito.

¹⁰ Calvino, Juan, 1509-1564. Reformador teológico francés que luchó contra el fenómeno de la mendicidad y que contribuyó a la defensa de la teoría de la predestinación.

¹¹ Lutero, por ejemplo, sostuvo lo siguiente cuando los problemas poblacionales todavía no eran considerados de mayor importancia: “ Que la mera ejecución no resultaba una pena suficiente y que los gobernantes debían perseguir, golpear, estrangular, colgar, quemar y torturar ala chusma en todas las formas imaginables. El uso de la espada es un sagrado deber del que gobierna: La mano que empuña la espada no es una mano humana sino la mano de Dios. No es el hombre sino Dios el que cuelga, tortura, decapita, estrangula y hace la guerra”.

Las nuevas tesis calvinistas sostenían que a Dios se le debía honrar por medio del trabajo y a través de un estado de austeridad. Por lo tanto, el que no trabajaba, como el mendigo, al no honrar a Dios debía ser censurado desde el punto religioso y, por la asociación espiritual y estatal, desde el punto terrenal.

Encontramos, de esta manera, las justificaciones teóricas que se elaboraron para combatir a este fenómeno de la mendicidad, que, originadas en las necesidades de una clase élite que requería de la mano de obra de la población, condujeron a variaciones en los ámbitos espirituales y terrenales.

Lo cierto es que la mendicidad desplazaba un alto porcentaje de mano de obra en los momentos en los que era más necesitada, por lo que los grandes señores, al ver que sus pocos trabajadores les exigían enormes salarios que les disminuían notablemente su rentabilidad, decidieron atacarla haciendo uso de la religión. Y qué mejor que con una nueva forma de pensamiento religiosa que todavía, como el calvinismo, no se había propagado totalmente, por lo que era ampliamente manejable y receptivo a las necesidades de las clases que podían respaldar su difusión o su exterminio.

El temor reverencial por la condenación eterna fue disminuído entre los creyentes, quienes con tranquilidad, y por gracia de las nuevas concepciones religiosas, pudieron olvidarse de sus obligaciones cristianas hacia el mendigo, con lo que, desde aspectos prácticos, se buscaba disminuir la rentabilidad de esta actividad de la mendicidad para así forzar a los mendigos a incorporarse en los sectores

laborales. Sin embargo, en esta época, debido a la asociación que existía entre las materias estatales y religiosas, se consideraba que lo que era pecado era a la vez delito, por lo que, si la religión a través del calvinismo se había pronunciado en contra de la mendicidad, el Estado, entonces, debía respaldarla sancionando terrenalmente a quienes se dedicaran a sus actividades.

De digno de compasión por las concepciones difundidas a través de la historia por la iglesia católica, el mendigo, con esta nueva filosofía, pasó a ser un delincuente y un elemento nocivo para la sociedad, una persona que debía aceptar los salarios que fijaba el patrono con el respaldo de la religión y no el mercado con sus variables elementales. La presión religiosa por la salvación y el temor por los castigos estatales, así como el nuevo rechazo social que sufría el mendigo, condujeron a que éstos aceptaran cualquier tipo de trabajo mediante una irrisoria remuneración que se olvidaba de las concepciones cristianas que exigen el pago de un salario justo en aras del respeto al prójimo y a la labor que se desempeña.

De esta manera, pudo ser un pensamiento unificado el que sustentó el surgimiento de instituciones como las casas de corrección, tendientes a eliminar los problemas laborales de la época y, por lo tanto, a beneficiar a los empleadores¹², quienes en estos momentos de la historia coincidían con la clase del poder político.

¹² Si bien todo Estado debe tener una política demográfica que conduzca a un equilibrio entre la oferta y la demanda de la mano de obra, consideramos inaceptable el hecho de que la religión sea tomada para fines sociales de cualquier tipo y adaptada a las circunstancias de un momento y una necesidad determinada.

Sería en Inglaterra en donde, hacia mediados del siglo XVI, se abriría el camino para el desarrollo de las casas de corrección, que, como ya lo dijimos, eran la expresión de un pensamiento netamente calvinista. Sin embargo, sería en Holanda, debido a sus especiales condiciones, como la de contar con el sistema financiero más desarrollado y por lo tanto con una de las más altas tasas de desocupación, en donde estas instituciones se aplicarían a cabalidad.

En estos centros correccionales se capacitaba laboralmente al mendigo para que en su libertad pudiera vincularse al sector productivo o para ser destinado a obras estatales o a empresas particulares durante el cumplimiento de su condena, lo que, a simple vista, puede ser considerado como una noble labor por parte del derecho penal, sin embargo, y aunque deba reconocerse que estas instituciones sirvieron para humanizar la política punitiva, debe, en todo caso, pensarse que no tuvieron el origen desinteresado que se les ha pretendido atribuir, sino, por el contrario, un origen bastante parcializado hacia los intereses de una clase favorita dentro de la sociedad. La conservación de la pena de muerte o de esclavitud temporal o perpetua para los casos de reincidencia en la mendicidad, ilustran, con claridad sorprendente, sobre la verdadera filosofía de estas casas de corrección, que bien pueden ser vistas como unas mensajeras de un claro pensamiento de la clase del poder al resto de la sociedad: respeto punitivo por la vida del delincuente a cambio de su preciada fuerza laboral o, en caso de resistencia, la muerte por su inutilidad social.

La lógica se impone y la historia, aunque trate de acomodarse, no miente al mostrar las verdaderas causas que han motivado los distintos cambios sociales. Nos referimos, concretamente, a la similitud de circunstancias que dieron ocasión al surgimiento y fin de las casas de corrección: los niveles de población. En efecto, superados los problemas poblacionales, lo que llevó a la satisfacción de la demanda de mano de obra, se hicieron inútiles las casas de corrección, que, como lo sostuvimos en su momento, no tuvieron un origen sustentado en la benevolencia de un pensamiento punitivo, sino, más bien, en las necesidades de una determinada y concreta clase social: la misma que controlaba el poder político y los factores de producción.

Lo anterior, sucedió en el siglo XIX como fruto de las grandes medidas que fueron adoptadas por el Estado a través del derecho penal; por la religión, a través de las nuevas concepciones que fueron propagadas en la sociedad; y por la tecnología, a través de la introducción de la máquina.

De esta manera, si las intenciones fueron las de producir niveles de sobrepoblación para salvar a los grandes generadores de empleo de las inclementes exigencias de la clase trabajadora, y, por lo tanto, de impedir el ascenso de nuevas clases sociales a los niveles requeridos para el ejercicio de los poderes económicos y políticos, fusionados en aquella época, no puede, por lo tanto, pensarse sino en el servicio penal a una clase favorita en el interior de la sociedad. Por lo anterior, es lógico concluir que desaparecidas las necesidades

económicas de aquella clase, debieron desaparecer, como fue lo que sucedió, los remedios adoptados para su exclusivo beneficio.

De esta manera, cuando hacia los finales del siglo XVIII, y después de un largo período de alzas paulatinas en los niveles de población, pudo ser experimentada una gran satisfacción en la demanda de mano de obra, las casas de corrección comenzaron a ser consideradas como innecesarias para la sociedad; y, adicionalmente, consideradas como inservibles las tesis que a través del trabajo pretendían honrar a Dios, pues, de continuar siendo así, los empleadores hubieran tenido que emplear más gente de la que en realidad necesitaban para contribuir a la salvación de unos pobres que en estos momentos no podían conseguir trabajo porque la población había alcanzado sus niveles máximos y la maquinización permitía una independencia industrial frente a la mano de obra.

Es la anterior, la verdadera prueba de que las casas de corrección no fueron creadas para la protección y regeneración del delincuente, sino, más bien, para la corrección de los desastres económicos que se venían presentando para los empleadores por los bajos niveles demográficos. A su vez, de la mano de este fenómeno, también operaría una significativa disminución del derecho penal, que habiéndose visto engrandecido durante el siglo XVI para sancionar las conductas que, como la emigración, atentaban contra las políticas poblacionales de los Estados, experimentó, en esta misma época de crecimiento demográfico, el siglo XVIII, una indiferencia que se tradujo en una despenalización de estos comportamientos.

Otra institución, igualmente utilizada por el derecho penal de la época, fue la deportación, con la que principalmente se buscaba alejar al delincuente del territorio estatal. Institución que, además de multiforme, pues la hubo de todos los tipos: temporal, perpetua, cruel o benéfica, fue utilizada por la totalidad de los Estados europeos de la época. Es decir, por España, que los enviaba a América; por Portugal, que los enviaba a Brasil; por Inglaterra, que los enviaba a Australia y a Estados Unidos con anterioridad a 1776; por Rusia, que más bien practicó una deportación interna hacia Siberia; y por Francia, que los enviaba a las Guayanas.

Esta forma punitiva de la deportación también fue una expresión de los problemas poblacionales, pues si escaseaba la mano de obra en los territorios europeos, mucho menos iba a existir el elemento humano para que las grandes potencias colonizadoras pudieran asentarse en sus nuevos territorios, extremadamente ricos en su suelo y en sus demás recursos naturales.

Para concluir, podemos afirmar que la historia de la deportación presenta elementos muy similares a los que hemos analizado en esta parte de la investigación, por lo que, al igual que con las casas de corrección, debemos decir que fue una institución creada por la autoridad de la época para servir a los intereses de una determinada clase social.

4. Período correccionalista o moralizador del derecho penal.

Hacia la mitad del siglo XVIII, aparecen dos grandes obras que habrían de cambiar las inclinaciones del pensamiento punitivo. La primera, la del Marqués de Beccaría; y, la segunda, la de John Howard. Hombres que darían comienzo a una filosofía penal que se enmarca en lo que se ha denominado el período correccionalista y moralizador del derecho penal, en el que, el primero de ellos, Beccaría, influiría en el aspecto de la humanización de la pena, y, Howard, en el aspecto de la humanización del régimen carcelario.

En cuanto se refiere a Beccaría, expuso una nueva teoría punitiva que fue sustentada en dos bases fundamentales que permiten construir una justificación armónica sobre la existencia de la pena como consecuencia del delito: La primera de ellas, referente a la misión de la pena, que, no siendo otra diferente a la de mostrar las consecuencias del delito, permite, en consecuencia, disuadir de las conductas delictivas a los demás miembros de la sociedad; y la segunda, la de neutralizar y castigar al delincuente para brindar seguridad a la sociedad¹³.

Adicionalmente, Beccaría se pronunció sobre el tema de la proporcionalidad entre el delito y la pena, referente a la relación que debe existir entre la respuesta

¹³ En su libro “De los Delitos y de las Penas”, Beccaría, en el capítulo 12, denominado Fin de las penas, sostiene lo siguiente: El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas las penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”.

estatal al delito y la conducta cometida por el delincuente, rechazando, como es obvio, todo tipo de exageración punitiva por parte del Estado¹⁴.

John Howard, en cambio, se concentró en el tema de las prisiones, pues sus múltiples viajes por las cárceles europeas le permitieron forjar su conciencia alrededor del deplorable estado en el que se encontraban funcionando estas instituciones. Habiendo recorrido las prisiones de Dinamarca, Suecia, Rusia, Inglaterra, Irlanda, Alemania, Suiza, España y Portugal, concluyó Howard que los delincuentes que las habitaban no eran, ni física ni moralmente, tratados como se merecían porque la alimentación en estos centros penitenciarios y el ambiente interno que en ellos se padecía, eran, en el decir de Howard, del todo reprochables. Los dementes, por ejemplo, eran encerrados con los demás criminales, quienes se divertían con ellos; criminales peligrosos eran también encerrados con criminales menores, como también sucedía con las personas de otro sexo y con los homosexuales.

Pero, especialmente, Howard se centró en el tema del llamado derecho de carcelaje, por el cual la persona que estuviera privada de la libertad, sin interesar si ya había sido o no condenada, debía cancelar a los administradores carcelarios lo correspondiente a su alimentación y al sostenimiento de la prisión. En este

¹⁴ En el mismo libro “De los Delitos y de las Penas”, Beccaría, en el capítulo 27, sostiene: “...No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas... La certidumbre del castigo, aunque moderado hará siempre mayor impresión que el de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad... La misma atrocidad de la pena hace que se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla cuanto mayor es el mal contra quien se combate; hace que se cometan muchos delitos, para huir la pena de uno solo”.

punto, obtuvo Howard que Inglaterra sufragara con las arcas públicas el costo de manutención de los reclusos, que hasta entonces, por ese mal concebido derecho, habían sido víctimas de los más viles chantajes por parte de los guardias y de los administradores de las prisiones, quienes no dudaban en dejar morir de hambre física al que no tenía con qué pagar lo que le cobraban.

Otra persona que también influyó en el pensamiento punitivo del siglo XVIII fue Jeremías Bentham, quien, además de difundir las ideas reformadoras, se preocupó por el aspecto físico de la prisión, para lo que diseñó su famoso panóptico, consistente en una prisión circular que permitía la vigilancia total y constante de todos los reclusos. La intención de Bentham no era otra distinta a la de Howard, es decir, la de humanizar las prisiones, solo que éste último lo intentó por medio de una lucha intelectual; y, Bentham, en cambio, por medio del diseño de una prisión que, en virtud del tipo de vigilancia que permitía, obligaba al recluso a adoptar una conducta adecuada a su situación para así aminorar los rigores físicos que en el interior de los presidios se practicaban para los casos de desobediencia. En el decir de Foucault, el panóptico es una “forma arquitectónica que permite un tipo de poder del espíritu sobre el espíritu, una especie de institución que vale tanto para las escuelas como para los hospitales, las prisiones, los reformatorios, los hospicios o las fábricas...Es la utopía de una sociedad y un tipo de poder que es, en el fondo, la sociedad que actualmente conocemos, utopía

que efectivamente se realizó... En la que ya no hay más indagación sino vigilancia, examen” .¹⁵

Las voces de Beccaría, Howard y Bentham no fueron inútiles, por el contrario, inspiraron grandes cambios punitivos. Especialmente fueron escuchadas en un nuevo Estado, los Estados Unidos de Norteamérica, en donde se vanagloriaban al sostener: “En lugar de matar al culpable nuestras leyes lo recluyen, por tanto, nosotros tenemos un sistema penitenciario” . También, sostenían los americanos lo siguiente: “En la formación de las instituciones destinadas a reprimir al malvado, es preciso no perder de vista al verdadero designio del castigo. Este objeto no debe ser el gusto de satisfacer los sentimientos de la venganza, sino la prevención del crimen, y ésto solo puede conseguirse por medio de la aplicación de medidas a propósito, para impedir la reincidencia del delincuente, y apartar de él a los demás. Ambos objetos pueden conseguirse por medio de una disciplina bien regulada. Estas, por desgracia, se han manejado, casi generalmente, de manera que han producido resultados diametralmente contrarios. Porque en donde los presos no han sido tratados con violencia y con crueldad, han sido víctimas del abandono, y se les ha sujetado a una severidad a la que la ley no les condenaba, y que era repugnante a la humanidad. Se les ha sepultado en asquerosos y hediondos calabozos, en donde se les ha privado del aire, de la comida y del ejercicio y se les ha degradado por medio del castigo corporal...la ociosidad, la reunión indistinta de todos y la depravación han viciado al inocente, han hecho

¹⁵ Foucault Michel, La verdad y las formas jurídicas, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 1995, págs. 99 y 100.

todavía más malo al criminal y han confirmado en su propósito al malvado... Y los presos no han vuelto a la sociedad, si no es para robar la propiedad al hombre de bien, para corromper la moral y para alterar la tranquilidad pública” .

De lo anterior, podemos concluir que no fueron esfuerzos inútiles los realizados por los forjadores del período correccionalista o moralizador. Los frutos de su labor pudieron verse durante el siglo XIX, en el que se observa una nueva concepción sobre el delincuente, caracterizada por una benevolencia teórica que, como veremos más adelante, influyó de una manera parcial en el campo de la práctica punitiva, pues, en términos generales, fueron, ya sin consideración a los niveles poblacionales, que es lo que sí nos permite ver una verdadera evolución intelectual en esta época, racionalizadas las maneras de practicar las ejecuciones y mejorados los niveles de vida al interior de los centros de reclusión.

B- EL SURGIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

Como lo sosteníamos al comienzo de esta investigación, se carece de estudios profundos que, con respecto al tema que nos ocupa en esta parte del trabajo, el

surgimiento de la pena privativa de la libertad, nos permitan elaborar una explicación coherente sobre el momento y las circunstancias que dieron origen a la adopción de esta forma punitiva como la principal forma de represión del delito en las sociedades de la modernidad.

Son, entonces, numerosas, además de difusas y excluyentes, las explicaciones que han surgido en este tema, ocasionándose, con ello, una única, triste e indiscutible verdad, resumida por García Basalo en los siguientes términos: “Es lamentable que no dispongamos aún de una aceptable historia de conjunto sobre el origen y la evolución de la ciencia penitenciaria. Cuando se disponga de ella, desaparecerán ciertos puntos sumamente oscuros sobre el hoy controvertido origen del sistema penitenciario” .

Por lo anterior, nos limitaremos a exponer las explicaciones más difundidas sobre el tema, y a sentar nuestra opinión sobre cada una ellas.

1. La pena privativa de la libertad como consecuencia de la filosofía humanista del liberalismo clásico.

Fundamentándose en los postulados difundidos por los defensores de las ideas del pacto social, los pensadores pertenecientes a esta vertiente elaboraron una completa teoría acerca de la función y de los límites de la pena. Las

consideraciones sobre la normalidad del delincuente, y, en consecuencia, sobre la responsabilidad de sus actos, basada principalmente en las ideas del libre albedrío, permitieron la construcción de una lógica sobre el funcionamiento y la justificación del derecho penal.

En síntesis, para estos pensadores el pacto social es la base del Estado y del derecho. Y lo es porque los mismos individuos de la especie humana así lo han deseado y querido mediante un desprendimiento y una cesión más o menos voluntaria, consciente y limitada que han hecho de una parte de sus propias prerrogativas con el objeto de terminar un estado de desorden en el que primaba la ley del más fuerte para implantar un sistema nuevo en el que, por el contrario, se impone el orden y el respeto a los derechos y a las prerrogativas ajenas.

Este nuevo orden, conformado por la suma de libertades y de derechos cedidos por cada uno de los individuos, es de suma importancia para estos pensadores, que, por considerarlo como el sustento institucional al interior de la sociedad, se esmeran y se preocupan por protegerlo de cada una de las transgresiones que pueda sufrir por parte de los individuos. Por lo que, mediante amplios y minuciosos discernimientos, se introducen aquellos en el campo de los castigos a imponer y de las justificaciones y funciones con las que éstos deben contar y cumplir al interior de la sociedad.

Ingresamos, de esta manera, en el campo del derecho penal, que, justificado y defendido en este pensamiento como el instrumento esencial para la protección de

la sociedad, es el que da origen a las respuestas estatales, denominadas penas, en contra de los individuos que desarrollan conductas violatorias del pacto social.

De esta manera, como ya comienza a notarse, al individuo se le castiga o se le impone una sanción penal por sus transgresiones al pacto social; una sanción que, por recaer sobre una persona que ha delinquido voluntaria y conscientemente, tan solo tiene el objeto de proteger a la sociedad.

El aspecto específico que nos interesa de esta vertiente intelectual, se encuentra en el tema de los límites de la sanción penal, ampliamente tratado por estos pensadores, que, en síntesis, por considerar que los individuos tan solo colaboraron con la entrega de una mínima parte de sus derechos y libertades en favor de la sociedad, reservándose la gran mayoría de ellos para sí, plantean que las sanciones a imponer no pueden desbordar las facultades concedidas, sino, por el contrario, que deben observar los límites naturales de la necesidad y utilidad de la pena, pues, lo contrario, sería tanto como aceptar que el Estado, por sus prerrogativas ilimitadas para castigar, sería el depositario y administrador de la totalidad de derechos y libertades de los individuos en la sociedad, lo cual no sucede ni es admitido por estos pensadores.

Ahora, la utilidad y la necesidad como límites de la pena, se encuentran especialmente condicionadas a su propia función, que, siendo la de proteger a la sociedad, tan solo permiten el desarrollo de respuestas estatales prudentes, sensatas y proporcionales para las conductas violatorias del pacto social. Por lo

que, en este pensamiento, cualquier tipo de respuesta estatal que pretenda desbordar a esta función de la pena, es y será violatoria de las prerrogativas concedidas por la sociedad al Estado.

Lo anterior, llevó a un replanteamiento de la política criminal de la época, porque si en la Edad Media ésta había sido gobernada por tesis que atribuían una facultad ilimitada en la imposición de los castigos o de las penas; ahora, mediante este pensamiento, se difundieron ideas reformadoras que, con los límites que imponían a esta función de castigar, acercaron a la penalidad a un terreno mucho más sensato y tolerable, rodeándola, además, de pensamientos más humanos y mucho más respetuosos para la persona del delincuente.

La difusión de estos pensamientos, que, como en un principio lo dijimos, se agrupan bajo la denominación de filosofía humanista del liberalismo clásico, fue llevada a cabo por Jeremy Bentham y John Howard en Inglaterra, Anselm von Feuerbach en Alemania y Cesare Beccaria en Italia. Ahora, tratadistas bastante reconocidos y conocedores del tema, precisamente por la variación fundamental a la que por estas ideas fue conducida la política criminal de la época, que en la práctica, mediante la negación de las torturas y de la pena de muerte, así como de los demás castigos corporales innecesarios, se tradujo en una mayor humanidad y consideración punitiva, atribuyen a estas concepciones liberales el origen de la

pena privativa de la libertad. En este sentido, por ejemplo, se pronuncian autores como Neuman¹⁶, García Basalo¹⁷ y Kaufman¹⁸.

A este pensamiento, que fue tomado como cierto durante bastante tiempo, se le han realizado críticas que, aunque recientes, pueden ser calificadas como bastante sensatas, además de bien sustentadas. Tal es, por ejemplo, la posición de Emiro Sandoval Huertas, quien, analizando a cada uno de los grandes representantes de la influencia punitiva del liberalismo clásico, Beccaría, Howard y Bentham, concluye que no es a ellos a quienes se les debe la adopción y difusión de la privación de la libertad como una pena autónoma en los sistemas punitivos contemporáneos: “La explicación que nos ocupa es históricamente inexacta, ya que atribuye a un conjunto de autores (Beccaría, Marat, Howard, Bentham, etc.) la responsabilidad por la expansión de una institución (la prisión), cuando si bien es cierto que todos ellos procuraron la humanización de las penas, ninguno pretendió que este objetivo se lograra mediante la privación de la libertad, y, en cambio, hasta se oponían a su utilización”¹⁹.

¹⁶ En su obra “Evolución de la Pena Privativa de la Libertad y Regímenes Carcelarios”, Neuman, en el Capítulo III, titulado Período correccionalista y moralizador, numeral 43, sostiene lo siguiente: “...La ideología del individualismo liberal que destaca a la persona humana por la misma virtualidad de ser y que proyecta los postulados de igualdad, fraternidad y libertad, tuvo una concreta y definitoria influencia en las ciencias penales. Tanto es así que Dorado Montero no vacila en afirmar que es precisamente en este ámbito donde con mayor intensidad prendieron los sentimientos de respeto a la personalidad humana. El reconocimiento jurídico-social de la libertad permitiría recién, en sentido estricto, hablar de la sanción penal que la restringe o la limita...”

¹⁷ Afirma este autor que: “La reforma del derecho penal produce la limitación y aun la abolición de las penas corporales. La privación de la libertad se convierte entonces en una verdadera pena. La prisión aparece entonces como medio indispensable para su cumplimiento”.

¹⁸ En su libro “Principios para la reforma de la ejecución penal”, sostiene este autor lo siguiente: “La introducción de la pena privativa de la libertad fue el producto de una sociedad orientada a la consecución de la felicidad, surgida del pensamiento calvinista cristiano”.

¹⁹ Sandoval Huertas Emiro, La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania federal, edit. Temis, 1988, Santa Fe de Bogotá, 1988, pag. 247.

Con respecto a Howard, sostiene Sandoval Huertas que “toda la obra de este autor no es otra cosa que una conmovedora y desgarrante denuncia sobre las inhumanas condiciones de vida en que subsistían los privados de la libertad; ¿es posible, entonces atribuirle contribución alguna a la institucionalización de esta pena? Consideramos que no, pues su labor, precisamente, consistió en quejarse de ella. Es tan ostensible la ausencia de responsabilidad de Howard en el nacimiento de la prisión que Neuman, al señalarlo como iniciador de una corriente conocida como la reforma carcelaria (transformación de los establecimientos correccionales en prisiones), advierte que ello sucedió sin proponérselo el inglés” .

Tratándose de jeremías Bentham, se refiere Sandoval Huertas en los siguientes términos: “ A su turno, el también inglés Jeremías Bentham publicó su obra Tratado de legislación civil y penal en 1802. Este simple dato resulta suficiente para descartar su participación en el apareamiento de la actual prisión, como quiera que ello se produjo –según hemos señalado en repetidas ocasiones- en 1791, es decir, más de una década antes de que se conocieran sus ideas; y el origen de cualquier hecho, como es apenas elemental, debe ser anterior o por lo menos concomitante al resultado; nunca posterior”²⁰. A su turno, se refiere de Beccaría de la siguiente manera: “ Más inequívoca aún es la situación en la obra de Cesare Beccaría, cuyo libro De los delitos y de las penas apareció en 1764. Y, sin embargo, en su respecto concurren los mayores elogios por la humanización de

²⁰ Sandoval Huertas, Emiro, La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal, Edit. Temis, Santa Fe de Bogota, 1988, pag. 248.

las sanciones penales a través de la prisión. Recordemos, ante todo, que para el noble italiano la privación de la libertad antes que una sanción es una medida de precaución procedimental: La cárcel es solo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo”²¹.

Pero el examen de Sandoval Huertas al pensamiento de Beccaría es aún más profundo, pues se extiende incluso a las penas que propone el italiano para determinadas conductas delictivas, que, como en el caso del hurto, de la turbación a la tranquilidad pública y de las injurias no deben, en el pensamiento de Beccaría, ser castigadas con la pena privativa de la libertad sino, por el contrario, mediante otro tipo de sanciones, por lo que Sandoval Huertas concluye: “Dentro de este orden de ideas, pues, se impondría la privación de la libertad como sanción solo para aquellos comportamientos cuyas víctimas hubiesen padecido una afección análoga. Por lo tanto, tampoco Beccaría tiene realmente participación alguna en la transformación de la prisión de pena excepcional a principalísima”²².

De lo anterior, pensamos que si bien Beccaría y Howard, así como el pensamiento posterior de Bentham con respecto al momento del surgimiento de la pena privativa de la libertad, no tuvieron incidencia directa en el nacimiento y desarrollo de esta forma punitiva, no puede, sin embargo, como sí lo pretende Sandoval Huertas, llegar a afirmarse o a darse a entender que, por parte de estos autores

²¹ Sandoval Huertas, Emiro, La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1988, pag. 248.

²² Sandoval Huertas Emiro, La pena privativa de la libertad en Colombia y en Aelmania Federal, edit. Temis, 1998, Santa Fe de Bogotá, 1988, pag. 250.

de la filosofía humanista del liberalismo, por lo menos no hubo una influencia indirecta u orientación ideológica e intelectual que permitiera la difusión y la aceptación de la pena privativa de la libertad en los sistemas punitivos contemporáneos, pues es claro que los cambios inspirados por ellos en el nivel punitivo de la ciencia penal fueron adoptados y acogidos, como lo demuestra el hecho de que la barbarie fue rechazada del campo judicial y, posteriormente, reemplazada por respuestas estatales menos tortuosas, que, como la pena privativa de la libertad, encontraron su sustento y justificación intelectual en las concepciones que a ellos, los pensadores del humanismo liberal, les debemos.

2. La pena privativa de la libertad como consecuencia del pensamiento americano.

Esta vertiente señala que, al poco tiempo de la independencia norteamericana, fue adoptada la pena privativa de la libertad en Pensilvania y en Filadelfia, de donde sería copiada por el Código Criminal francés de 1791.

Lo anterior, no es nada distinto a afirmar que hubo una influencia institucional desde Norteamérica hasta Europa, lo que, por obvias razones, es poco creíble en el tema de la pena privativa de la libertad, porque si ésta fue adoptada en el año de 1791 por el Código Criminal francés, y si las instituciones norteamericanas fueron oficializadas en el año de 1790, entonces dicha influencia se produjo en el

brevísimo tiempo de un año, que, debido a la lentitud de las comunicaciones de la época, más bien nos hace suponer lo contrario: Una influencia europea sobre las instituciones americanas.

Aunque no pueda negarse el contacto intelectual y empírico que hubo entre Norteamérica y la Francia revolucionaria, originado por la participación de ésta última en la guerra independentista americana, no por ello, a nuestro juicio, puede pensarse que las instituciones francesas, y en especial la pena privativa de la libertad, se deban a las enseñanzas y a las ideas del nuevo mundo sobre Europa.

Recordemos, en primer lugar, que, en cuanto se refiere a la pena privativa de la libertad, los primeros conceptos y promulgaciones que entorno a la situación que ella afecta, la libertad misma, se realizaron en Inglaterra, de donde emana la Carta Magna, la Petition of Rights, el Habeas Corpus Act y la Bill of Rights; y, en segundo lugar, recordemos también que la importancia que en la época revolucionaria francesa pudieron tener los acontecimientos y las promulgaciones norteamericanas no fue tan grande como se ha llegado a pensar por parte de algunos que olvidan que esas ideas que se utilizaron en el nuevo mundo para luchar contra la tiranía y para implantar la libertad tuvieron una base europea. Tal es, por ejemplo, el caso de la Declaración de Independencia de Virginia, que si bien pudo haber sido llevada a Francia por el marqués de La Fayette²³ para ser

²³ (1757-1834). Importante político y militar francés que por su exitoso desempeño en la independencia de las Trece Colonias y por sus importantes servicios al Estado, fue aclamado como capitán en la lucha contra Inglaterra, nombrado comandante de la Guardia Nacional y designado vicepresidente de la Asamblea Nacional.

usada y tomada como ejemplo y como aliciente en la época revolucionaria, no puede, por este solo hecho, desconocerse que en su esencia se basó en pensamientos de intelectuales europeos que ya habían difundido sus ideas con anterioridad. Por otra parte, tampoco puede llegar a olvidarse que la mencionada declaración no tuvo una influencia autónoma, sin querer decir que su incidencia no fuera importante, pues, en lo que a Francia respecta, también influyeron grandemente los pensamientos, entre otros más, de Rousseau y de Voltaire.

Por lo anterior, consideramos que es inexacta esta tesis que afirma que la pena privativa de la libertad se produjo como consecuencia del pensamiento norteamericano, al que, como lo hemos dado a entender, no pretendemos en ningún momento restarle la importancia que tuvo en la realidad, pero tampoco otorgarle más de la que se merece en este campo del surgimiento de esta forma punitiva.

3. El pensamiento de Foucault.

Para este autor, la prisión es el resultado de un híbrido entre el humanismo punitivo que surgió a partir del liberalismo clásico y las necesidades del poder, ocasionadas por el surgimiento de una nueva clase social y una nueva forma de riqueza: "...Los sectores pobres de la población, gentes sin trabajo, tienen ahora una especie de contacto directo, físico, con la riqueza. A finales del siglo XVIII el robo de los barcos, el pillaje de almacenes y las depredaciones en las oficinas se

hacen muy comunes en Inglaterra, y justamente el gran problema del poder en esta época es instaurar mecanismos de control que permitan la protección de una nueva forma material de la fortuna... La segunda razón es que la propiedad rural, tanto en Francia como en Inglaterra, cambiará igualmente de forma con la multiplicación de las pequeñas propiedades como producto de la división y delimitación de las grandes extensiones de tierras. Los espacios desiertos desaparecen a partir de esta época y paulatinamente dejan de existir también las tierras sin cultivar y las tierras comunes de las que todos pueden vivir; al dividirse y fragmentarse las propiedades, los terrenos se cierran y los propietarios de estos terrenos se ven expuestos a depredaciones. Sobre todo entre los franceses se dará una suerte de idea fija: el temor al pillaje campesino, a la acción de los vagabundos y los trabajadores agrícolas que, en la miseria, desocupados, viviendo como pueden, roban caballos, frutas, legumbres, etc. Uno de los grandes problemas de la Revolución Francesa fue el hacer que desapareciera este tipo de rapiñas campesinas...²⁴.

La anterior situación de la sociedad de aquella época daría lugar, en el pensamiento de Foucault, al surgimiento de un nuevo tipo de sociedad, denominada disciplinaria y, en lo demás, caracterizada por la necesidad de vigilar al individuo en todos sus desenvolvimientos sociales para así proteger efectivamente la nueva forma de la riqueza

²⁴ Foucault Michel, *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Edit. Gedisa, España, 1995, pág. 113.

El panóptico, por lo tanto, fue el medio que permitiría esta nueva forma social, extendida desde las fábricas para el control de la producción, hasta las prisiones para el control y estudio de los reclusos.

Es preciso destacar y resaltar que, para Foucault, antes que las circunstancias jurídicas, son las circunstancias sociales las que permiten el surgimiento de la pena privativa de la libertad, como se deduce del análisis que realiza entorno a la posible influencia que pudieron o no tener las ideas del humanismo punitivo del siglo XVIII en el surgimiento de esta institución. En este aspecto, sostiene Foucault que, debido a las nuevas circunstancias sociales que se presentaron durante el siglo XVIII, en las que el fenómeno del delito principalmente se concentró en las transgresiones a la propiedad privada, “hay que concebir un sistema penal como aparato para administrar diferencialmente los ilegalismos, y no, en modo alguno, para suprimirlos todos”²⁵. Lo que, por lo tanto, nos muestra que para este autor la reforma punitiva del siglo XVIII, más que una consecuencia de un humanismo espontáneo, sería fruto de las circunstancias sociales para la conservación y la instauración de nuevas o antiguas prácticas toleradas sin consideración a la leyes que regían para la época.

Para Foucault, la nueva dirección de las conductas criminales que, por gracia de los aumentos poblacionales y de su correlativa escasez de empleo, se produciría en el siglo XVIII, originó la necesidad de concebir un nuevo sistema punitivo que

²⁵ Foucault Michel, *Vigilar y Castigar - Nacimiento de la Prisión*, Siglo XXI Editores, Madrid, España, vigesimoséptima edición, 1998, pág. 91.

se ajustara a las nuevas orientaciones criminales, pues, como es lógico, al no ser ya, como en las épocas anteriores, los crímenes de sangre los que con mayor frecuencia se hacían sentir en los ámbitos punitivos, sino, por el contrario, los crímenes contra la propiedad, se debía producir una nueva y más efectiva reacción estatal en contra de las prácticas delictuales y a favor del poder ostentado por los grandes propietarios²⁶.

La tesis surgida para el beneficio de esta nueva necesidad de proteger más a la propiedad que a la persona humana, fue, según Foucault, la del contrato social, que, mediante las nuevas formulaciones punitivas a las que daría lugar, como las de la proporcionalidad entre delito y pena y la de la deducción de ésta del primero, permitió la instauración de una nueva filosofía del castigo, que, caracterizada por la reducción de la crueldad, se arraigaría en la sociedad permitiéndole una mayor efectividad y un mayor control sobre las conductas de los individuos.

²⁶ Lo anterior, se deduce del pensamiento de Foucault, expuesto en su libro *Vigilar y Castigar*, del que, en aras de una mayor claridad, citaremos lo siguiente: “...El verdadero objetivo de la reforma –el humanismo punitivo-, y esto desde sus formulaciones más generales, no es tanto fundar un nuevo derecho de castigar a partir de principios más equitativos, sino establecer una nueva economía del poder de castigar” (págs. 84 y 85). “...La coyuntura que vio nacer a la reforma no es, por lo tanto, la de una nueva sensibilidad, sino la de otra política respecto de los ilegalismos” (pág. 86). “...El robo tiende a convertirse en la primera de las grandes escapatorias de la legalidad, en ese movimiento que hace pasar de una sociedad de la exacción jurídico-política a una sociedad de la apropiación de los medios y de los productos del trabajo. O para decir las cosas de otra manera: la economía de los ilegalismos se ha reestructurado con el desarrollo de la sociedad capitalista” (pág. 91). “La razón de que la ley deba tratar ahora humanamente a aquel que se halla fuera de la naturaleza (mientras que la justicia de antaño trataba de manera inhumana al fuera de la ley), no está en una humanidad profunda que el delincuente escondiera dentro de sí, sino en la regulación necesaria de los efectos del poder. Esta racionalidad económica es la que debe proporcionar la pena y prescribir sus técnicas afinadas. Humanidad es el nombre respetuoso que se da a esta economía y a sus cálculos minuciosos. En cuestión de pena, el mínimo está ordenado por la humanidad y aconsejado por la política” (pág. 96).

La lógica de este pensamiento deriva de que la inhumanidad y la crueldad de los castigos no permiten un control ni una prevención eficaz sobre los delitos menores, que siendo los más comunes en el siglo XVIII, pierden, en cuanto a su pena se refiere, todo tipo de trascendencia ejemplificante frente a una sociedad que se encuentra acostumbrada al espectáculo de la brutalidad del cadalso. El derecho penal, como puede observarse, había sido estructurado para las grandes y no para las pequeñas faltas, sin embargo, el surgimiento de una nueva estructura de poder, que, por las características propias de su riqueza, se encontraba indefensa ante estas prácticas delictuales menores, creó la necesidad de la efectividad del derecho penal en estos ámbitos, por lo que su reforma se orientó a combatir todos los tipos de delitos mediante la instauración de penas que pudieran aplicarse en la realidad²⁷.

Surge, por lo anterior, la idea y la práctica de deducir a la pena de la conducta delictual con el fin de combatir eficazmente al delito. Sin embargo, anota Foucault, la prisión no aparece en estos momentos como una forma autónoma de castigo, ni mucho menos con la importancia que en la actualidad, como pena principal y más común, se le atribuye en la gran mayoría de los sistemas penitenciarios del mundo; surge, en cambio, como pena residual que se somete a los postulados del principio de su deducción de la conducta delictual. Por lo tanto, se afirma que la pena será la prisión en los delitos de rapto o en las circunstancias en las que deba

²⁷ Es así como Foucault, en su libro *Vigilar y Castigar*, pág. 105, afirma: “Por debajo de la humanización de las penas, lo que se encuentra son todas esas reglas que autorizan, mejor dicho, que exigen la suavidad, como una economía calculada del poder de castigar...”.

utilizarse como instrumento para el cumplimiento de una pena principal, como en los eventos del trabajo forzado. Es más, continúa Foucault, “ la idea de un encierro penal es explícitamente criticada por muchos reformadores. Porque es incapaz de responder a las especificidades de los delitos. Porque está desprovisto de los efectos sobre el público. Porque es inútil a la sociedad, perjudicial incluso: es costoso, mantiene a los condenados en la ociosidad, multiplica sus vicios. Porque el cumplimiento de tal pena es difícil de controlar y se corre el peligro de exponer a los detenidos a la arbitrariedad de sus guardianes... y, adicionalmente, porque la prisión, en resumen es incompatible con toda esta técnica de pena-efecto...”²⁸.

Teniendo en cuenta las ideas anteriores, el pensamiento de Foucault se orienta a ver a la prisión como a una institución que ha surgido por presiones de clases poderosas, que, al observar el aumento de los delitos contra la propiedad, explicado por el mayor contacto con el que cuenta el individuo común y corriente sobre los medios de producción, deciden vigilarlo y transformarlo para su servicio y para su tranquilidad. De esta manera, mejor que deducir la pena del delito, es transformar al individuo en un ser obediente y sumiso, por lo que, a través del encierro en lugares denominados prisiones, se empieza a trabajar en ello mediante el desarrollo de planes y de estrategias que conduzcan a nuevos comportamientos en los seres que a ellas ingresan. Por lo que Foucault, refiriéndose a las prisiones y a la influencia y el objetivo que ellas pretenden, afirma: “El modelado del cuerpo da lugar a un conocimiento del individuo, el

²⁸ Foucault Michel, *Vigilar y Castigar-Nacimiento de la Prisión*, Siglo XXI Editores, Madrid, España, 1998, pag. 118.

aprendizaje de las técnicas induce modos de comportamiento y la adquisición de aptitudes se entrecruzan con la fijación de relaciones de poder; se forman buenos agricultores vigorosos y hábiles; en este trabajo mismo, con tal de que se halle técnicamente controlado, se fabrican individuos sumisos, y se constituye sobre ellos un saber en el cual es posible fiarse²⁹”.

Como es obvio, para Foucault la prisión resulta del todo incompatible con la idea del humanismo punitivo, pues si éste, en materia de la fijación del castigo, se basaba en la deducción de la pena de la conducta delictiva, no es lógico que se establezca bajo ese mismo discurso una sanción general y común para casi todas las conductas punibles. Por lo tanto, ¿Cómo llegar a explicar que al poco tiempo de la difusión y del respaldo que la sociedad manifestó a las ideas del humanismo punitivo se hubiera erigido a la pena privativa de la libertad como pena principal y más común en el ordenamiento jurídico francés? Al respecto, anota Foucault que el problema radica en que, en cuanto a Francia se refiere, “al cabo de muy poco tiempo, la detención ha llegado a ser la forma esencial del castigo. En el Código penal de 1810 ocupa, entre la muerte y las multas, bajo un cierto número de formas, casi todo el campo de los castigos posibles...¿Cuál es el sistema de penalidad admitido por la nueva ley? Es el encarcelamiento bajo todas sus formas. Compárese, en efecto, las cuatro penas principales que quedan en el Código penal. Los trabajos forzados son una forma de encarcelamiento. El presidio es una

²⁹ Foucault Michel, *Vigilar y castigar-Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, Madrid España, 1998, pág. 301.

prisión al aire libre. La detención, la reclusión y la prisión correccional no son en cierto modo sino los nombres distintos de un mismo castigo”³⁰.

Con sólidos pero a la vez refutables argumentos, responde Foucault a este cuestionamiento de la siguiente manera: “Lo que queda comprometido en la emergencia de la prisión es la institucionalización del poder de castigar”³¹. Sí, lo que se busca es institucionalizar y legitimar el poder de castigar para con él, en los mismos términos de Foucault³², crear un nuevo individuo obediente y sumiso y una nueva sociedad que no reproche los actos ocultos de una barbarie pública que en la práctica no se diferencia en mucho de las prácticas penales que con crueldad se practicaron en las épocas anteriores a la difusión del pensamiento del humanismo punitivo. Por esto mismo, también sostiene el autor: “Pero el efecto más importante quizá del sistema carcelario y de su extensión mucho más allá de la prisión legal, es que logra volver natural y legítimo el poder de castigar, y rebajar al menos el umbral de tolerancia a la penalidad. Tiende a borrar lo que puede haber de exorbitante en el ejercicio del castigo...”³³.

³⁰ Foucault Michel, *Vigilar y Castigar-Nacimiento de la Prisión*, Siglo XXI Editores, Madrid, España, 1998, pág.119.

³¹ Foucault Michel, *Vigilar y Castigar-Nacimiento de la Prisión*, Siglo XXI Editores, Madrid, España, 1998, pág. 135.

³² Al respecto, Foucault, en su libro *Vigilar y Castigar-Nacimiento de la prisión*, pág. 134, sostiene lo siguiente: “Y finalmente lo que se trata de construir en esa técnica de corrección, no es tanto el sujeto de derecho, que se encuentra prendido de los intereses fundamentales del pacto social; es el sujeto obediente, el individuo sometido a hábitos, a reglas, a órdenes a una autoridad que se ejerce continuamente en torno suyo y sobre él y que debe dejar funcionar automáticamente en él. Dos maneras, pues, bien distintas de reaccionar a la infracción: reconstruir el sujeto jurídico del pacto social, o formar un sujeto de obediencia plegado a la forma a la vez general y escrupulosa de un poder cualquiera”.

³³ Foucault Michel, *Vigilar y Castigar-Nacimiento de la Prisión*, Siglo XXI Editores, Madrid, España, 1998, pág.308.

4. Nuestro pensamiento.

En nuestro sentir, las justificaciones históricas de la pena privativa de la libertad no pueden ser tan solo estudiadas con los elementos que ofrecen la historia norteamericana y la historia francesa, porque si de lo que se trata es de despejar interrogantes sobre esta forma punitiva, entonces, lo primero que por lógica elemental debe hacerse, y por ser ella la que permite la aplicación de esta forma penal, es buscar los orígenes de la libertad misma, que se extienden más allá de los sucesos acontecidos en Francia y en Norteamérica.

Dentro de esta consideración, se nos presenta la evidente necesidad de estudiar a fondo la historia inglesa, que, con la Carta Magna de 1215, la Petition of Right de 1628, el Habeas Corpus de 1679 y la Bill of Rights, nos proporciona toda una serie de elementos de primerísima importancia en el proceso de esclarecimiento de los orígenes de la condición que hace posible la aplicación de la pena privativa de la libertad: la libertad misma. Por lo tanto, abogamos por una reorientación de los estudios que en este tema se han adelantado, pues, como si fuera poco trascendente o poco significativo, dichos estudios no indagan sobre las fuentes inglesas, que ocupan ese excelso e inigualable lugar en este tema que nos permite una mayor aproximación a la realidad sobre el surgimiento de esta forma punitiva: los derechos y las libertades del hombre.

Sostener, por lo anterior, que la pena privativa de la libertad surgió en Europa por la influencia del pensamiento norteamericano, es, a nuestro juicio, desconocer que dicho pensamiento fue a la vez influenciado por las luchas, las ideas y las declaraciones que en Inglaterra se habían producido durante los siglos anteriores en favor de la libertad. Negar o no recordar la influencia, entre muchos otros escritos y declaraciones, de la Carta Magna y del Habeas Corpus, así como de pensadores e intelectuales europeos en las ideas norteamericanas, es, también a nuestro juicio, eliminar y dejar de utilizar las pocas luces con las que cuenta la historia para esclarecer realmente las dudas que en la actualidad se nos presentan en los aspectos punitivos.

Por esto mismo, pensamos que la pena privativa de la libertad tiene sus sustentos ideológicos en el pensamiento europeo, y, principalmente, en el pensamiento inglés, lo que en ningún momento quiere ni pretende desconocer la importancia que sobre los ánimos franceses ejerció el ejemplo norteamericano en las épocas inmediatamente anteriores a la revolución de 1789³⁴, que, como lo hemos visto, fue un período fundamental para la instauración y la propagación de la privación de la libertad como una pena autónoma en el interior de los ordenamientos jurídicos.

La explicación histórica de este fenómeno de mutua influencia, es, a nuestro juicio, la siguiente: en Europa, y principalmente en Inglaterra, se desarrollaron las ideas y

³⁴ Recordemos que dos años después, en 1791, se adoptaría la pena privativa de la libertad en el código criminal francés.

las instituciones que posteriormente permitieron el diseño y la adopción de una pena autónoma que en teoría tan solo afectara la libertad ambulatoria de la persona que fuera sometida a ella. A su vez, estas ideas europeas llegaron a Norteamérica permitiendo el desarrollo posterior de una doctrina y de unas ideas propias sobre la libertad y la igualdad que fueron el sustento de su propia guerra por la tan anhelada independencia de la corona Británica. Pero en Francia, mucho antes que en Norteamérica, ya se tenía noticia de estas ideas, que, más por temor al centralismo y al despotismo Borbón, no pudieron permear eficazmente al pueblo hasta el punto de decidirlo a llevarlas a la práctica, por lo que el ejemplo norteamericano sería decisivo y en extremo importante en estos momentos en los que se requería de un aliento para entablar una lucha con la esperanza de triunfar para no ser llevados al cadalso.

De esta manera, si Norteamérica tiene el mérito de haber llevado a la práctica las ideas que pregonaban y que enaltecían la libertad y los derechos inalienables del hombre, Europa, en cambio, tiene el mérito de haber engendrado dichas ideas y de haber construido las bases fundamentales de los pensamientos que sustentaron las luchas en favor de la libertad y en contra de la opresión.

Recordemos, por ejemplo, que la declaración de Virginia, llevada por La Fayette a su país después de su participación en la guerra de la independencia norteamericana, no tuvo una influencia autónoma en la Revolución Francesa, sino que, por el contrario, se unió a los pensamientos de intelectuales europeos como Voltaire y Rousseau; y, además, que dicha declaración, paradójicamente encontró

sus bases y fundamentos intelectuales en el pensamiento europeo, que, en un sentido similar, ya se había pronunciado sobre los derechos y las libertades del hombre.

Lo anterior, nos demuestra que en Francia las ideas que hicieron posible la revolución de 1789 y la posterior adopción de la pena privativa de la libertad en el Código Criminal de 1791, ya tenían un arraigo en círculos clandestinos de intelectuales que desarrollaron el propio pensamiento europeo sobre la libertad y que, por otra parte, siguieron el ejemplo norteamericano de rompimiento con el sistema que los agobiaba en sus derechos y libertades.

Adicionalmente, podemos encontrar en el campo operacional unos antecedentes europeos de la pena privativa de la libertad, que, sin duda alguna, sirvieron para su posterior arraigo y estructuración en los sistemas punitivos mundiales. Nos referimos a las instituciones de las casas de corrección, que, habiendo surgido para satisfacer la necesidad de mano de obra durante el siglo XVI, fueron, según algunos, evolucionando hasta constituirse en las prisiones de hoy. Los ejemplos más significativos se encuentran en Inglaterra y Holanda, en donde estas instituciones sirvieron para hacer trabajar a la fuerza a los mendigos y a los delincuentes que fueran aptos para el desempeño de las actividades laborales.

Bajo el pretexto de que la ociosidad era la causa general de la mayoría de los delitos y de que los malhechores no eran artesanos ni labradores sino holgazanes dedicados a la mendicidad, se fundamentó esta forma de trabajo obligatorio en

esas épocas en las que escaseaba la mano de obra y en las que la producción había disminuído su rentabilidad por sus altísimos costos operacionales.

El trabajo, en un comienzo, era comunal en estas instituciones, sin embargo, en Inglaterra, en 1775, se agregó a la metodología laboral la condición del aislamiento mediante la instauración de la celda³⁵, lo que permite asemejarlas aún más con las prisiones actuales. Se explica ésto porque la política punitiva inglesa consideró que la soledad era un estado adecuado para la reflexión sobre el delito cometido y para el alejamiento de las malas influencias que entre los mismos reclusos podrían llegar a generarse, por lo que, implantando el trabajo solitario, eliminó la mayoría de los contactos humanos al interior de sus centros de reclusión.

Lo anterior, nos demostraría una evolución que pudo haber llegado a desembocar en una sanción punitiva que en teoría tan solo afectara la libertad ambulatoria del delincuente, pues, en últimas, lo que se hacía en las casas de corrección, además de afectar dicha libertad, era imponer la obligación de trabajar, que pudo haber desaparecido cuando se corrigieron los bajos niveles poblacionales, dándose, con ello, lugar a que tan solo subsistiera el encierro. En este sentido, por ejemplo, se han pronunciado Georg Rusche y Otto Kirchherimer, quienes, en su libro *Pena y Estructura Social*, sostienen: “ La casa de corrección surgió en una situación social en que las condiciones del mercado de trabajo eran favorables para las clases

³⁵ Se atribuye su origen a los monasterios cristianos, en los que los monjes eran encerrados en pequeños cuartos para sufrir la soledad y así poder reflexionar sobre sus vidas y sus faltas religiosas.

inferiores. Pero ésto cambió cuando la demanda de trabajadores fue satisfecha, e inclusive comenzó a desarrollarse un excedente. La población de Inglaterra, incrementada en un millón de en la primera mitad del siglo XVIII, y en 3 millones en la segunda mitad, llegó a 5,1 millones en 1720, 6 millones en 1750 y 9,8 millones en 1801. Entre 1781 y 1800 la tasa de crecimiento fue del 9 al 11 por ciento, y entre 1801 y 1820, del 14 al 18 por ciento. La población de Francia era de 19 millones en 1704, 24 en 1770 y 26 en 1789. Lo que las clases dominantes habían intentado por más de un siglo era ahora un hecho: una relativa superpoblación. Los dueños de las fábricas ya no necesitaban realizar cacerías de hombres; por el contrario, eran los trabajadores quienes estaban obligados a entregarse para la obtención de un empleo...³⁶. “ La cárcel se convierte en la pena más importante en todo el mundo occidental, en el mismo momento en que los fundamentos económicos de las casas de corrección eran destruidos por los cambios ocurridos en el proceso de industrialización...³⁷.

La coincidencia temporal sobre la que nos ilustra este autor entre la desaparición de las casas de corrección en los momentos en los que ya no existían problemas poblacionales y la instauración y el auge de la prisión, nos proporciona elementos de juicio de primerísima importancia sobre los orígenes de la pena privativa de la libertad, pues nos permite pensar que la prisión surgió por la coexistencia y por la unión entre los intereses económicos de las clases dominantes y los factores

³⁶ Georg Rusche y Otto Kirchheimer, *Pena y Estructura Social*, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pág. 101.

³⁷ Georg Rusche y Otto Kirchheimer, *Pena y Estructura Social*, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pág. 120.

poblacionales que se les relacionaban. Lo que significa que si las casas de corrección fueron implantadas para satisfacer la demanda de mano de obra, es lógico, entonces, pensar que desaparecieron³⁸ cuando dicha demanda estaba completamente satisfecha, que, como lo anota Georg Rusche, en efecto fue lo que sucedió en el siglo XVIII, que, por esto mismo, es una época notablemente importante en la historia de los cambios punitivos de la humanidad.

Por otra parte, el panorama en el campo social no era muy alentador en el siglo XVIII, pues a la par de la notable decadencia de las casas de corrección, se sumó el auge de los delitos contra la propiedad, explicado, entre otros factores más, por el creciente desempleo, los bajos salarios y el gran y novedoso contacto de las clases trabajadoras con los medios de producción. Circunstancia que terminaría sustentando los clamores de los dueños de los medios de producción, quienes exigían la adopción y aplicación de respuestas estatales efectivas en el campo de la lucha contra el delito.

Como en otras épocas, era lógico que el aumento de la población o, en otros términos, la satisfacción en la demanda de mano de obra, ocasionara de nuevo el encrudecimiento de las penas o el regreso a la barbarie en la práctica de la imposición de los castigos para las conductas reprochables en la sociedad. Sin embargo, por las ideas del humanismo liberal, esto no sucedió en el siglo XVIII,

³⁸ Es de anotar que cuando nos referimos a la desaparición de las casas de corrección lo hacemos en el sentido de la variación completa de su objeto y de sus métodos, pues si en un comienzo funcionaron alrededor de la idea de capacitar y de encausar al delincuente en las actividades laborales, posteriormente, su decadencia, paralela al aumento de la población, fue tan notable y tan deplorable que nada o muy poco conservaron en común con las instituciones correccionales que las precedieron.

en el que surgió una nueva forma de ver y de tratar al delincuente, una nueva forma de la que se deriva la pena privativa de la libertad como mecanismo de vigilancia, conversión y manipulación de la persona sometida a ella.

Es de anotar que, a nuestro juicio, como lo da a entender Foucault³⁹, la influencia del humanismo liberal en el surgimiento y en la adopción de la pena privativa de la libertad es puramente ocasional e indirecta. Simplemente, este pensamiento, que de una u otra forma generó una nueva visión sobre la magnitud y la severidad de los castigos, creó unas nuevas necesidades punitivas y brindó la oportunidad para la estructuración de nuevos tipos de sanciones penales, por lo que sostener que a él se le debe la adopción de la pena privativa de la libertad es completamente erróneo, y más si se tiene en cuenta que tan solo abogó por su utilización en una ínfima minoría de los casos.

Pero ¿Cuál fue la magnitud y la importancia de lo que consideramos como influencia ocasional e indirecta del pensamiento humanista liberal en el surgimiento de la prisión como pena autónoma en el interior de los ordenamientos jurídicos? A nuestro juicio, si bien no podemos decir que los pensadores de esta corriente abogaron por la utilización genérica de esta forma punitiva, como acertadamente lo afirma Sandoval Huertas, tampoco podemos negar que contribuyeron ampliamente en la variación de la concepción que sobre ella había

³⁹ Nos remitimos a las explicaciones y a los argumentos con los que estos autores, en las obras citadas y estudiadas durante el transcurso de esta investigación, tratan y explican el tema.

recaído durante el transcurso de la historia. En efecto, si a la prisión se le había visto como un simple procedimiento para asegurar la presencia de una persona ante las autoridades judiciales y, a la vez, como un procedimiento por el que tan solo se detenía a alguien pero no se le castigaba; comenzó, no sin razón intelectual, que para nosotros corresponde al pensamiento humanista liberal, a verse como una verdadera forma de castigo.

Aclarado el punto del origen de los pensamientos que permitieron la estructuración intelectual de una sanción que tan solo afectara la libertad ambulatoria de las personas, así como el tema referente a la posible injerencia del humanismo liberal en la instauración de la pena privativa de la libertad, comenzaremos a analizar las circunstancias sociales que a nuestro juicio contribuyeron a que esta forma punitiva fuera no solamente adoptada sino también erigida como la más frecuente y la más común respuesta estatal en el campo de la lucha contra el delito. Para este propósito, debemos tener en cuenta que a diferencia de otras épocas, la solución de los problemas poblacionales no fue una razón lo verdaderamente satisfactoria como para regresar a la barbarie penal durante el siglo XVIII. Para esta época, por gracia de las ideas pregonadas y patrocinadas por la burguesía para debilitar las estructuras monárquicas y, concretamente, la nobleza, las masas ya eran conscientes de su poder y de las injusticias que se habían infringido a través de las torturas y de las muertes en los cadalsos.

La burguesía obtenía el respaldo popular en las luchas a su favor y las masas populares obtendrían ciertos beneficios, entre los que, por obvias razones, se encontraba la humanización del derecho penal.

La anterior circunstancia explicaría la profunda variación intelectual en las concepciones punitivas que se generaron entre 1780 y 1810. En efecto, para la década de la Revolución Francesa era en extremo importante la cabal adopción de las ideas del humanismo liberal⁴⁰, pues ellas consolidaban el respaldo y el apoyo popular en las luchas que la burguesía había emprendido para obtener los privilegios que siempre había deseado. Sin embargo, una vez obtenidas estas prebendas y estos triunfos, la clase burguesa olvidó sus alianzas, sus promesas y todos los compromisos con la clase que con su número, su desorden y su presencia le había permitido el triunfo sobre los demás estamentos de la sociedad.

Prueba de lo anterior es que en Europa, una vez realizadas las reformas en favor de la burguesía y una vez consolidada la nueva estructura del poder, se clamaba de nuevo por el regreso a la barbarie punitiva y se hablaba en contra de la excesiva benignidad de la pena privativa de la libertad⁴¹, que sobrevivió a los intentos de ser desechada y de ser llevada al desuso, como lo demuestran las políticas punitivas de la primera mitad del siglo XIX.

⁴⁰ Al respecto, ténganse en cuenta las ideas pregonadas por los franceses J. P. Marat en 1780 en su Plan de legislación criminal (Plan de législation criminelle), F. M. Vermeil en su Ensayo en 1781 sobre las reformas para realizar en la legislación criminal francesa (Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle) y por Le Peletier en 1791.

⁴¹ Para esta afirmación nos basamos en las recopilaciones y en las opiniones que Georg Rusche Otto Kirchheimer consigna en su libro Pena y Estructura Social, páginas 102-118, en las que demuestra el viraje intelectual y legal del pensamiento europeo en la política punitiva de 1795 a 1830.

En efecto, en Francia, por ejemplo, se introdujo en 1810 el tatuaje con hierro encendido para los reincidentes y falsificadores. En Prusia en 1813, y como un medio para eliminar la superpoblación en las prisiones, se introdujo de nuevo la vara, el azote, la picota, las marcas con hierro candente y los confinamientos especiales. En Austria, en 1803, se introdujo la pena de muerte calificada y se extendió el uso de la pena de muerte común

De esta manera, tenemos que la reforma punitiva, de la que se deriva la instauración de la pena privativa de la libertad, surgió para capturar el apoyo de las clases populares a los fines y solicitudes burguesas. Por esto, cuando ese apoyo popular ya no se hizo necesario, la defensa de esas nuevas concepciones punitivas se redujo de tal forma que fueron realizados nuevos intentos por regresar a la severidad y a la brutalidad de las prácticas sancionatorias de épocas anteriores. Sin embargo, para estos momentos, que se sitúan en la primera y segunda década del siglo XIX, ya era muy difícil regresar al punto de donde se había partido y al que, a través de nuevos rumores de revolución⁴², la masa no permitiría que se volviera de nuevo.

A lo anterior, debemos agregar que si la burguesía se encontró atrapada ante la imposibilidad de combatir el delito de la manera que más le gustaba: con sangre.

⁴² Recordemos que éste, por ejemplo, era el caso de Inglaterra, en donde la masa hambrienta tenía hacia la primera década del siglo XIX, la consigna de “pan o sangre”; así como el caso francés, en el que, hacia 1831, los hiladores de Lyon escribieron sobre su bandera “vivre en travaillant ou mourir en combattant”.

No iba, en todo caso, a renunciar a la posibilidad de elaborar una política punitiva que le favoreciera y que le permitiera obtener los beneficios y las favorabilidades a las que se había acostumbrado. Por esto mismo, si comenzó a pronunciarse en contra de la benignidad en la instauración de un sinnúmero de sanciones, como lo pregona el humanismo punitivo, decidió establecer en las penas un control eficaz sobre las personas y un sistema en el que la manutención de los penados no implicara mayores erogaciones. Para este efecto, ¿Qué mejor sistema que el de la pena privativa de la libertad? ¿Qué mejor sistema que éste, en el que se vigilaba constantemente a la persona, en el que la persona debía sufragar los costos de su propia detención con el trabajo que debía realizar y con el que se aseguraba que en su libertad iba a engrosar la oferta de mano de obra capacitada? ¿Qué mejor sistema que éste, que era aceptado por las masas y que podía ser mostrado como un triunfo sobre la tiranía, como una victoria de la libertad y que servía para consolidar los nuevos estamentos de la sociedad?

Éstos fueron, a nuestro juicio, el motivo y las circunstancias que rodearon el origen de la pena privativa de la libertad, caracterizada, en esos momentos, por ser una sanción ampliamente ligada a la obligación de trabajar y a la labor de capacitar laboralmente a las personas.

C- LA EVOLUCIÓN EMPÍRICA DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

En esta parte de la investigación realizaremos un recuento histórico de la manera como se ha venido aplicando la institución de la pena privativa de la libertad.

1. El aislamiento celular.

Los antecedentes de esta forma de aplicación de la pena privativa de la libertad, se encuentran, según Neuman⁴³, en el derecho canónico, que hacia el siglo XVI adoptó a la reclusión y a la soledad como una forma de arrepentimiento, de reflexión y de moralización. Por lo que, teniendo en cuenta esta consideración, podemos sostener que fueron los monjes los primeros en ser confinados en celdas en las que sufrían padecimientos físicos, como el hambre, y morales, como la soledad absoluta.

Posteriormente, la iglesia extendería este procedimiento al orden civil, en el que fue, por ejemplo, aplicado en la prisión romana de San Miguel, construida en 1703; en Austria en 1759; pero, principalmente, aplicado en Norteamérica, en la que fue

⁴³ Neuman, Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Carcelarios, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971, pag. 116.

introducido en Pensilvania y en Filadelfia por Franklin y por Jefferson. Siendo, por esto mismo, que podemos encontrar que también a la forma penitenciaria se le ha denominado como régimen pensilvánico.

La característica primordial de este régimen se encuentra en el aislamiento absoluto y permanente de los reclusos mediante su confinamiento al interior de sus celdas, por lo que, a su vez, también se le ha otorgado a este régimen penitenciario, su más conocida denominación: aislamiento celular.

En términos reales, a los reclusos sometidos a esta forma de aplicación de la pena privativa de la libertad, tan sólo se les permitía el desarrollo de las tareas individuales de la lectura de la Biblia. Ni siquiera se les permitía acceder a las actividades laborales ya que la filosofía del régimen era la de generar las circunstancias necesarias para la meditación y para la reconciliación con Dios, por lo que, en consecuencia, se consideraba que entre más tiempo estuviera el recluso consigo mismo y que entre menos distracciones tuviera, más rápida y eficazmente llegaría a censurar su conducta criminal y a elaborarse propósitos futuros de no volver a delinquir.

Adicionalmente, operaba, al interior de este régimen, la regla del silencio absoluto, por la cual los reclusos, además de no poder relacionarse físicamente con personas distintas a las que pertenecían al personal penitenciario, tampoco podían sostener ningún tipo de conversaciones ni de comunicaciones al interior del presidio.

Posteriormente, sería este régimen eliminado de la mayoría de las legislaciones del mundo, pues, además de costoso, ya que implicaba el uso de celdas individuales para cada uno de los reclusos, fue también visto como inhumano por contrariar la naturaleza social del hombre debido a que lo alejaba de sus semejantes y le impedía el desarrollo normal de cualquier tipo de contacto humano.

A pesar de lo anterior, hoy en día, en países como Holanda, continúa subsistiendo este régimen penitenciario para el caso de los reclusos inadaptados. También, subsiste en países como Francia, España y Japón para el caso de delincuentes primarios, quienes, al ser los sancionados con penas privativas de la libertad que no superan el término de un año, son mantenidos en un aislamiento absoluto para así poder evitar los contactos con delincuentes comunes que sean capaces de pervertirlos.

2. Régimen Auburniano.

Por su supuesta benevolencia, el régimen del aislamiento celular no convenció a personas como Elam Lynds, un americano que en 1821 asumiría el cargo de director de la prisión de la ciudad de Auburn y que, en lo referente a su

pensamiento sobre los reclusos, no dejaba de considerarlos como un par de “ salvajes, cobardes e incorregibles” .

Sería, en consecuencia, la prisión de la ciudad de Auburn un centro de reclusión con un régimen especial de tratamiento a los reclusos que, básicamente, fue el resultado de los bajos presupuestos destinados a las prisiones, y de un pensamiento exagerado e irracional, profesado y llevado a la práctica por Lynds.

Los bajos presupuestos para los asuntos penitenciarios ocasionaron que Lynds no pudiera renunciar a la posibilidad de hacer trabajar a los reclusos, y, más aún, por su alto costo, ya que implicaba el empleo de numerosas personas para la enseñanza, renunciar también a la posibilidad de hacerlos trabajar individualmente, como, de acuerdo a la base de sus ideas, era lo que anhelaba.

Fue, en consecuencia, implantado el trabajo comunal, pero, a la vez, fue conservado el aislamiento nocturno bajo la regla del silencio absoluto, que, con posterioridad, también fue extendida al momento del desempeño de las tareas laborales de los reclusos, en las que bajo la absoluta y permanente presión de sufrir castigos corporales, se les imponía la obligación de no hablar y de conservar la posición corporal adecuada para el desempeño de sus actividades.

No es éste, entonces, un avance hacia la humanización de la pena privativa de la libertad, como se le ha pretendido hacer ver, sino, por el contrario, la consecuencia de los bajos presupuestos estatales para las cárceles, que obligaron

a Lynds a abolir el trabajo individual y, por lo tanto, a permitir, con tanto desagrado que elaboró sus propias reglas para ello, la relación de los reclusos en el desarrollo de sus actividades laborales.

De lo anterior, podemos, en primer lugar, deducir las normas establecidas al interior de este régimen penitenciario, compuestas por: aislamiento celular nocturno, trabajo en comunidad, disciplina severa y silencio absoluto. En segundo lugar, podemos decir que este régimen auburniano es el resultado del acoplamiento del régimen celular a los bajos presupuestos estatales en el campo de las prisiones.

Concluimos, en consecuencia, que éste es uno de los regímenes más crueles de todos los que han llegado a existir para la aplicación de la pena privativa de la libertad, y lo es porque en su interior, a diferencia del aislamiento celular, generaba la ansiedad y aumentaba la necesidad humana de mantener contactos verbales y físicos con los semejantes, es decir, con los demás reclusos. Lynds, sin duda alguna, lo sabía y por ello se propuso no ceder sino por el contrario imponer su pensamiento, que no era nada distinto a la necesidad de hacer cumplir sus reglas, ésas que arbitrariamente había elaborado y que eran tan difíciles de cumplir por la particularidad que tenemos los seres humanos, reclusos o libres, y que nos diferencia de las demás especies: La necesidad de relacionarnos con nuestros semejantes.

3. Regímenes progresivos.

Como una reacción contra el aislamiento celular y contra pensamientos como el de Lynds, surgieron, en la práctica penitenciaria, una serie de novedosas aplicaciones que permitieron una benignidad en el cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

El pionero de este pensamiento fue Alexander Maconochie, quien al ser nombrado director de la prisión de la isla Norfolk en Australia, a donde Inglaterra, bajo la figura de la deportación, enviaba sus delincuentes más temidos, que, para aquél tiempo, eran los que no podían llegar a ser disciplinados bajo ninguna forma de castigo corporal o, también, aquellos que habían reincidido en la comisión de delitos, implantó una novedosa y eficaz forma de tratamiento de los reclusos.

La virtud y la grandeza de Maconochie fue la de haber corregido las fallas del sistema penitenciario de la época, que si daba lugar a motines, a desobediencias en el interior de las prisiones y a la comisión de nuevos delitos por la clara ausencia de un método que permitiera la regeneración del delincuente, debía, entonces, ser variado en su orientación. Introduciendo novedosas concepciones así lo hizo Maconochie, logrando, con todo éxito, una disciplina carcelaria absoluta y, a la vez, un sentimiento de fraternidad y de solidaridad entre los reclusos y la sociedad.

Para Maconochie el problema no era el delincuente, como sí lo era para Lynds y para el aislamiento celular, sino, por el contrario, el régimen carcelario que venía aplicándose con arbitrariedad, pues éste, en lugar de preparar al recluso para su libertad en el momento de cumplir la pena, lo arrojaba al seno de una sociedad que lo discriminaba y que lo rechazaba por su inutilidad y por su grado de peligrosidad, que no eran sino el producto de un resentimiento que se creaba mediante el aislamiento y la humillación que padecían. Por lo que, Maconochie, con toda su conciencia sobre este fenómeno, orientó sus esfuerzos hacia las necesidades de esos reclusos, permitiéndoles la capacitación laboral adecuada que les facilitara la obtención de algún empleo en el momento de recuperar su libertad y, a la vez, la resurrección de esos sentimientos de necesidad y de utilidad que tanto necesitamos los seres humanos. Para esto, se sometía al recluso, por un tiempo no superior a los nueve meses, a un régimen de aislamiento absoluto que tenía el propósito no de castigarlo, sino, por el contrario, de permitirle que reflexionara sobre el daño que había ocasionado a la sociedad, lo que les era comunicado verbalmente por el director de la prisión y por los guardias, a los que se les exigía una conducta respetuosa para con la población carcelaria.

De esta manera, el período de reflexión no se convertía en un medio de tortura mental ni tampoco de rechazo social, sino, precisamente, en un medio de reflexión y de tranquilidad interna, permitiéndose, con ello, el resurgimiento de las ganas de recuperar la libertad para vivir conforme a las reglas de la sociedad.

Después de los meses de aislamiento se procedía a aplicar la siguiente etapa, la del aprendizaje de un oficio que le pudiera ser útil al recluso en el momento de regresar a la sociedad, para lo que no fue ahorrado ningún tipo de esfuerzo, pues se permitía una entera libertad al momento de la escogencia de la actividad que se quisiera desarrollar, siendo el único límite el del presupuesto de la prisión. Sin embargo, el ambiente mismo de libertad y de valoración que este régimen despertó en la población carcelaria, permitió el desarrollo de una excepcional y nunca antes vista capacidad recursiva, pues los reclusos comenzaron a contar con ellos mismos para someterse a las orientaciones de ingenieros, abogados o arquitectos que también habían sido privados de la libertad y que no habían sido aprovechados por ningún otro régimen carcelario.

Dependiendo de la capacidad laboral del recluso y de su desempeño en la labor, por él escogida, así iba a ser su castigo social. Fue ésta la gran novedad de Maconochie, quien si hasta el momento se había limitado a atenuar la severidad del régimen del aislamiento celular, llevó a la práctica esta gran idea que arrojó innumerables beneficios, pues si la condena dependía de la capacidad y de la voluntad de desarrollar alguna actividad que permitiera un sustento honesto y limpio, entonces el recluso se encontraría motivado al aprendizaje de la misma y a su reincorporación a la sociedad, que no dudaría en acogerlo y en recibirlo por los beneficios que éste podría llegar aportarle. Para esto, fue elaborado un sistema que se componía de unas boletas que acreditaban los puntos que iban sumando los reclusos por su buen comportamiento y por su buen desempeño laboral en el presidio; igualmente, existían unas tablas que catalogaban esta puntuación y que

graduaban la condena de acuerdo con los puntos que iba obteniendo cada recluso.

El haber terminado con los motines y con las demás formas de indisciplina carcelaria, así como el haber creado una nueva y exitosa forma de regeneración del delincuente, le proporcionó un gran prestigio a Maconochie, quien, por esto mismo, fue llamado a Inglaterra para que orientara sobre el manejo de las prisiones y, posteriormente, para que se hiciera cargo de otra que también lo necesitaba como director.

Pero el reconocimiento a Maconochie no solo se extendió en Inglaterra, pues sus enseñanzas fueron, entre otros más, también tomadas por Crofton, un irlandés que dirigía las prisiones de su país; por Montesinos, también director de prisiones en España; por Brockway, quien las implantaría en los Estados Unidos, y por Evelyn Ruggles Brise, quien las adecuaría a las nuevas necesidades de la Inglaterra del siglo XX. Todos ellos basados en la filosofía fundamental de Maconochie: Combatir el delito mediante la verdadera regeneración del delincuente, que se obtiene por medio de la motivación hacia el trabajo y hacia los deseos de recuperar la libertad perdida por no haber vivido conforme a las normas de la sociedad.

El caso de Montesinos es tan especial que, a nuestro juicio, amerita un estudio y un pronunciamiento específico, pues en la mente de este hombre, que, como lo dijimos, fue director de una prisión española, la de Valencia, se encontró la

experiencia de haber ocupado la posición de recluso en algún momento de su vida. Sucedió esto cuando, como militar que fue, fue capturado, hecho prisionero y encerrado en una lejana prisión francesa, en la que estuvo por cerca de tres años; hecho que, sin duda alguna, le permitiría comprender las necesidades de la población carcelaria, a la que siempre trató con una exigente pero respetuosa disciplina que se resume en su concepción de ver en el condenado a un hombre, como lo demostró con esta frase que colocó en la puerta del presidio que dirigió: “La prisión sólo recibe al hombre. El delito queda a la puerta. Su misión es corregir al hombre” .

En su ingreso en la prisión, el recluso sostenía una corta charla con Montesinos para después ser llevado a las oficinas de dotación, en donde le era entregado su uniforme y le eran puestos unos pesados grilletes, de los que no podría liberarse sino por su propia voluntad, que debía traducirse en el deseo de trabajar en alguna de las múltiples labores que se ofrecían en el presidio, organizado para este fin como una gran fábrica. Poco a poco, a través de su buena conducta y deseo de superación, traducido en su buen desempeño laboral, el recluso iba haciéndose merecedor de la confianza que era el eje fundamental de este régimen penitenciario y que incluso permitió sin mayor vigilancia el empleo de estos hombres en labores exteriores del penal, como el transporte de valiosas mercancías, la mensajería y la agricultura.

La consideración de Montesinos nunca fue traicionada por los reclusos, que le demostraron un afecto y un respeto insuperables, y, por sobre todo, un noble uso

de esa libertad y de esa confianza, tan extrañas como valiosas para sus condiciones de hombres privados de ellas por la sociedad y por causa de sus delitos.

Las impresionantes anécdotas que se cuentan sobre él son una clara muestra de esta afirmación, pues, además de llegar a asignar reclusos como escoltas de su esposa, en alguna ocasión permitió, sin vigilancia alguna y por lo tanto con el único compromiso de reintegrarse al presidio, que uno de ellos visitara a su madre moribunda, que se encontraba en un domicilio distinto al del penal, proporcionándosele, por si fuera poco, un adelanto económico por la rentabilidad del trabajo que había desarrollado durante el cumplimiento de su sentencia para que sufragara los gastos de su viaje y para que comprara alguna ropa para que no se le viera con el uniforme del presidio. Como era de esperarse, el recluso no traicionó la confianza de Montesinos, o, con mayor justicia, de este gran hombre, pues, apenas enterraron a su madre, regresó él al presidio en el que se encontraba privado de su libertad.

4. Regímenes abiertos.

Como de su denominación se desprende, esta forma aplicativa de la pena privativa de la libertad nos indica un rompimiento con sus esquemas tradicionales, que si se habían caracterizado por la seguridad y por la desconfianza hacia los

reclusos, reflejadas en los grandes muros que rodeaban a las prisiones y en los numerosos guardias que las custodiaban, comenzarían, de ahora en adelante, a experimentar una evolución hacia lo que se ha denominado la prisión de mínima seguridad.

Los orígenes de esta variación intelectual, materializada en la práctica penitenciaria, se ubican en los momentos posteriores a la segunda guerra mundial, en los que los estados europeos evidenciaron la necesidad de construir cárceles que no desbordaran sus limitados presupuestos, orientados principalmente a la habilitación de las vías y de las edificaciones que habían quedado averiadas por causa de los continuos e inclementes bombardeos que se habían padecido. A este factor se sumó el crecimiento de la delincuencia, que, debida a la postración de la economía de la época, sobresaturó las pocas cárceles que ya se habían colmado de delincuentes políticos que en la práctica no representaban un mayor peligro para la sociedad.

Fue así como se evidenció la necesidad de construir nuevos y más económicos centros penitenciarios. Y la mejor manera para hacerlo era ahorrando en la edificación misma y en el personal que se requería para su funcionamiento, es decir, ahorrar en seguridad, por lo que se aludió a una nueva filosofía, la de la confianza del Estado en el delincuente, para así poder contrarrestar las críticas que de inmediato se formularon a éste, en el decir de algunos, peligroso, ingenuo e inseguro sistema de tratamiento para los reclusos.

De esta manera, en países como Inglaterra, Francia, Bélgica, Holanda, Italia, Suecia y Austria, fueron reemplazados los altos muros de cemento que impedían la vista exterior desde el presidio por cercas de alambre en campos abiertos, o, en el mejor de los casos, por una puerta que para su seguridad contaba con un simple candado. Con razón, entonces, se dijo que la seguridad de estas prisiones era simbólica y no real, pues, como lo hemos querido hacer ver, es del todo comprensible que una cerca de alambre o un candado no son verdaderos límites a la libertad, sino, por el contrario, el cumplimiento de un mínimo requisito de una falsa seguridad penitenciaria. Lo anterior, unido al hecho de que la disminución del personal de planta, como los guardias, llegó a tal punto que no pasaban de cinco para estos centros de reclusión que normalmente contaban con cerca de doscientos condenados.

Las facilidades que este régimen brindaba para una fuga presidiaria se encontraban reforzadas por su preeminente orientación hacia el trabajo agrícola, que, debido a sus exigencias, era practicado al aire libre, en grandes extensiones de tierra, y, como lo hemos venido sosteniendo, bajo la vigilancia de unos pocos guardias. Fue, entonces, grande la sorpresa que se llevaron los opositores de esta filosofía de confianza estatal hacia el reo, pues si ellos habían tenido que orientar sus críticas hacia el campo de la inseguridad, previendo que un gran número de amotinamientos y de fugas se presentarían al interior de los centros de reclusión que contaran con este sistema, debieron, por el contrario, observar que el agrado, el respeto y la consideración de este económico y práctico método de rehabilitación delincencial había generado la tan necesitada y esquiva obediencia

que no se había podido implantar bajo la más férrea -por no decir irrespetuosa e inmisericorde- disciplina que nos recuerda a los penales del aislamiento celular.

Tan importante como el respeto al delincuente, era también la selección del mismo, pues con un gran acierto se consideró que este sistema no era apto para la totalidad sino tan solo para una parte de la población carcelaria. Giraba este aspecto en torno a criterios distintos de los ya elaborados para la clasificación del delincuente, es decir, que para esta selección, al interior de este sistema, no era tomada en cuenta la magnitud de la pena ni la naturaleza del delito cometido, como sí sucedió en los anteriores regímenes, en los que el delincuente fue clasificado por la ofensa cometida contra la sociedad y no, como en éste, por su voluntad y disciplina para su rehabilitación social. Obedeció este cambio de concepciones a que el régimen también se sustentó en la creencia de que todo delincuente, sin consideración a su falta contra la sociedad, podía, según sus actitudes y consideraciones y rasgos personales, ser digno de esta confianza estatal, por lo que, como criterios fundamentales para seleccionarlos, se utilizaron los del análisis individual de las causas que lo habían motivado para la realización del delito, y, adicionalmente, el del estudio de las circunstancias personales que lo rodeaban en el momento de la ejecución de la pena que se le había impuesto. De esta manera, no es correcto afirmar que este sistema tan solo se practicó sobre delincuentes de faltas menores, que si bien eran los que más fácilmente reunían los requisitos para ingresar a él, no por ello fueron los únicos que lo disfrutaron, pues también se presentaron casos de ingreso de delincuentes de faltas tan graves como el homicidio, pues, como se ha venido sosteniendo, lo que

interesaba a este sistema no era la falta cometida sino las circunstancias específicas que rodeaban al delincuente y que, como su núcleo social, hacían presumir su voluntad por la rehabilitación.

D- CONCLUSIONES

Como pudo hacerse notar, la humanidad no le reconocería al delincuente el derecho a un trato digno hasta el inicio del período correccionalista o moralizador del derecho penal, pues los intentos anteriores que de ello se pretendió realizar a través de instituciones como las casas de corrección, no fueron más que una baja y degradante utilización de la penalidad para la efectiva realización de los intereses económicos de las clases más pudientes. Afirmación que, como también lo pudimos observar, es también válida en los momentos posteriores a la difusión de pensamientos como el de Beccaría, Howard o Bentham, porque aunque en estas épocas el reo comenzó a ser destinatario de una nueva política punitiva que se caracterizaría por una humanidad reflejada en la adopción de una pena no tan severa como la privación de la libertad, la realidad, por desgracia, nos demuestra que esta sonora y muy difundida creencia de la humanización no ha servido para salvarlo de una situación de completo abandono y de completa humillación social y estatal.

No han sido, entonces, las condiciones más favorables las que han rodeado a los delincuentes a través de la historia, que si bien nos demuestra una tardía evolución intelectual de la penalidad, no puede, en todo caso, escondernos la degradación en la que se ha encontrado la práctica penal en todas las formas y momentos en los que se ha ejercido, pues ésta, además de haber sido el fruto de consideraciones completamente ajenas a cualquier intención real de respetar los derechos del delincuente, se ha visto, por desgracia, completamente ligada a fenómenos y a circunstancias tan contrarias al derecho como lo es la persecución de beneficios económicos de ciertas clases sociales.

De lo anterior, todos, a través de la historia, hemos sido testigos y hemos llegado a padecer sus consecuencias, pues, la sociedad en su conjunto, ha podido, lamentablemente, ser una víctima del degradante uso que se ha hecho del derecho penal, que, más bien, parece haber sido creado y desarrollado para el beneficio de los intereses económicos de una clase privilegiada. Prueba de esto son las diferentes modalidades punitivas que se han adoptado, y que, quizá con un complejo de culpabilidad, porque sin duda éste ha sido un fenómeno consciente y voluntario, se han osado disfrazar bajo el discurso de una falsa misericordia y de una falsa humanidad que en realidad nunca han existido en las mentes de quienes han diseñado y aplicado las respuestas estatales para el fenómeno del delito.

Así, salvo casos aislados, que bien podríamos atribuir al pensamiento de algunos hombres y no a una posición social unificada, encontramos, a través de su historia, serias deficiencias en la política punitiva de la humanidad.

En cuanto se refiere al tema concreto de la pena privativa de la libertad, y como desde un comienzo lo hicimos notar, observamos unos enormes vacíos históricos que impiden una comprensión total del origen de esta institución. Con inquietud, y con un poco de desconfianza hacia las bases históricas que se utilizan en los intentos de despejar esta incógnita jurídica, vemos que se desecha por completo la historia inglesa, que es la pionera en el tema de la libertad, y, por esto mismo, quizá la que en últimas permitió la elaboración intelectual de esta nueva política punitiva.

Así, sin origen claro, ni rumbo, ni proceso histórico que la sustente, hemos erigido a la pena privativa de la libertad como la mayor manera de responder a la comisión de los delitos. Con razón, entonces, es ésta una institución en crisis y, por lo tanto, una institución que cada día se observa atacada con argumentos que consideran que el problema es ingénito a esta forma punitiva y no, por el contrario, debido a circunstancias exteriores como el abuso que de ella se ha hecho al erigirla como sanción principal en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos.

CAPÍTULO II

DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL Y EMPÍRICA DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

A- EL CONCEPTO Y LOS ELEMENTOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

Por no ser uno solo el tratamiento, que tanto en los diferentes momentos de la historia, así como en las diferentes legislaciones del mundo, se le ha llegado a dar a la pena privativa de la libertad, nos circunscribiremos a una ilustración y a una explicación de sus características más sobresalientes; que, en cuanto al campo teórico se refiere, consideramos que se encuentran magistralmente consignadas en la definición que de ella se hace por parte de Borja Mappelli y Juan Terradillos, quienes sostienen que la pena privativa de la libertad es “la pérdida de libertad

ambulatoria de un penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial y ejecutado conforme a la legislación vigente de forma que favorezca la resocialización”¹.

A nuestro juicio, es, la anterior, una definición que de una manera bastante clara, completa y coherente, reúne los elementos actuales de lo que hoy queremos pero no hemos logrado que sea la pena privativa de la libertad. Sin embargo, y como ya lo dijimos, todos estos elementos, que pertenecen más al campo de los deseos que al de las realidades penales, no siempre se habían encontrado tan reconocidos ni tan explícitamente mencionados, por lo que, aunque reconocemos un único pero verdadero avance y evolución conceptual, nos ocuparemos de confrontarlos con la realidad penitenciaria.

1. Análisis histórico y actual de los elementos del concepto de pena privativa de la libertad.

a-) Pérdida de la libertad ambulatoria.

¹ Borja Mappelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, Las consecuencias jurídicas del delito, Edit. Civitas, Madrid, 1994, pag. 63.

Se orienta este elemento a establecer que la pena privativa de la libertad tan solo recae sobre la posibilidad de desplazamiento físico del recluso y no sobre ningún otro de sus atributos naturales.

Desgraciadamente ha sido éste un mero elemento teórico, es decir, un elemento que ha brillado por su ausencia en los terrenos de la práctica penal, pues, la historia, que no nos miente al respecto, nos ilustra sobre los padecimientos a los que eran sometidos los reclusos, como, por ejemplo, las torturas mentales y físicas, que bien pueden llegar a ser probadas mediante la necesidad que hubo de reglamentar internacionalmente sus derechos y las condiciones mínimas de higiene y de alimentación que debían suministrárseles durante el tiempo de su reclusión².

En la actualidad, las cosas no han variado mucho, pues, especialmente, se observan, a nivel mundial, fenómenos tan generalizados que, como el hacinamiento carcelario, impiden el desarrollo de una vida digna al interior de las prisiones, y que, en lo demás, y a nuestro juicio, constituyen una forma de maltrato mental y físico para la población carcelaria; también, y a pesar de las citadas declaraciones, que prohíben esta clase de conductas, continúan siendo frecuentes los casos de torturas y de discriminación al interior de casi todas las prisiones; lo

² Al respecto, consúltense, en especial en sus artículos 15, 16, 17, 18, 19 y 20, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955; también, consúltense el Conjunto de Principios para la protección de de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptados por la Asamblea General en su resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988; y los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados por la Asamblea General en su resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990.

propio sucede con los servicios de salud, caracterizados por su escandalosa deficiencia, que no en pocas ocasiones han dado lugar a la propagación de mortales epidemias al interior de las cárceles.

A lo anterior, también hay que agregar, que, por lo general, las legislaciones del mundo no se han circunscrito al solo campo de la libertad ambulatoria del reo cuando de la aplicación de la pena privativa de la libertad se trata, incluyendo, por lo tanto, a muchos otros aspectos. Así, por ejemplo, el reciente código penal español de 1995, establece que la pena privativa de la libertad igual o superior a diez años implica también la pena accesoria de inhabilitación absoluta, y, adicionalmente, que la pena privativa de la libertad de hasta diez años también conlleva otras que le son accesorias pero que a su vez dependen de la gravedad del delito que la originó³. Igualmente sucede en la legislación Argentina, en la que, con una mayor rigurosidad que en la española, se dispone que la pena de prisión que sea superior a tres años comporta la de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, e, incluso, por un tiempo mayor si así lo decide el funcionario competente; así como también comporta, esta misma pena, la de la privación de la patria potestad y de la propia administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos⁴. En cuanto se refiere a nuestra legislación, la colombiana, se dispone que la pena de prisión también implica, necesariamente, las accesorias de interdicción de derechos y de funciones públicas por un período igual al de la condena; y, en lo referente a las demás

³ Al respecto, consúltese el nuevo código penal español de 1995 en sus artículos 55, 56, 41, 40 y 39.

⁴ Al respecto, consúltese el actual código penal argentino en sus artículos 12 y 19.

penas accesorias, que son seis más, entre las que por su relevancia se encuentran la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, la prohibición de consumir bebidas alcohólicas y la prohibición de ejercer un determinado arte, oficio o profesión, se dispone que podrán llegar a ser aplicadas junto con la de prisión dependiendo de la gravedad y modalidad del hecho punible, del grado de culpabilidad del reo en la comisión del delito, de la personalidad del agente y de la concurrencia o no de circunstancias de agravación o de atenuación⁵. A su turno, la legislación paraguaya, en su código penal, dispone que la pena de multa será complementaria con la de la privación de la libertad cuando de la realización del hecho punible se desprenda que su autor persiguió una finalidad económica; sin embargo, también se dispone que la pena privativa de la libertad que sea superior a dos años, conllevará la pena complementaria patrimonial. De esta manera, observamos que, en materia de realización del hecho punible, existe un especial interés económico en la legislación paraguaya, que, además de contemplar factores absolutamente subjetivos para la imposición de las sanciones pecuniarias, contempla, también, dos figuras que de una manera simultánea pueden dirigirse contra el patrimonio del recluso, como lo serían la pena complementaria de multa y la pena patrimonial complementaria en los eventos de la realización de un hecho punible que persiga una finalidad económica y que dé lugar a una pena privativa de la libertad superior a los dos años⁶.

⁵ Al respecto, consúltese el código penal colombiano en sus artículos 41, 42, 52 y 61.

⁶ Al respecto, consúltese el código penal paraguayo en sus artículos 52, 53, 57 y 65.

De lo anterior, y aunque la teoría penal sostenga algo distinto, se nos impone la pragmática conclusión de que la pena privativa de la libertad nunca ha estado tan solo orientada a afectar la libertad ambulatoria del reo, como lo hemos podido deducir por la existencia de sanciones que, en los niveles legales, se le han ido incorporando de una manera accesorio en los diferentes estados. También, y aunque de este tema nos ocuparemos más adelante, debemos, por su relevancia, decir que, en los terrenos de la práctica penitenciaria, se le han ido adicionando a la pena privativa de la libertad, conductas, que, por su continuidad, su constancia y su crueldad, como lo son las torturas, sean éstas físicas o mentales, le son tan accesorias como las establecidas de una manera tan formal y tan explícita por los mecanismos legales.

b-) Internamiento en un establecimiento penitenciario:

Si la pena privativa de la libertad se dirige en contra de la libertad ambulatoria del penado, que no es nada distinto a la propia posibilidad natural de desplazamiento físico, debemos, por lo tanto, pensar que dicha limitación se realiza en un ámbito espacial determinado, ya que, lo contrario, sería tanto como afirmar que ésta sería una limitación absoluta, lo que nos parece, además de imposible, completamente inapropiado.

Por lo anterior, se han elaborado estructuras tangibles, que, obedeciendo al nombre de prisiones, circunscriben al recluso a un campo físico determinado en el que, con sujeción a ciertas reglas preestablecidas por la ley o por la

correspondiente dirección de cada centro penitenciario, se le permite el ejercicio limitado de su libertad ambulatoria, que será más amplia o más restringida dependiendo del régimen penitenciario en el que nos encontremos. Así, por ejemplo, en el régimen penitenciario del aislamiento celular, la libertad ambulatoria del recluso sería mucho menor en el ámbito físico de la prisión que la concedida en el régimen penitenciario abierto, pues, en el primero, al recluso se le confinaría en una celda durante la gran mayoría del tiempo de su reclusión, mientras que, en el segundo, se le permitiría un mayor contacto con la sociedad y con los exteriores de la prisión.

En todo caso, esta limitación de la libertad ambulatoria, es una limitación que no opera de manera absoluta, como es lo justo y lo lógico, sino que, como ya lo dimos a entender, opera de una forma limitada y gradual dependiendo de la clase de penado de la que se trate y, adicionalmente, de la clase de régimen penitenciario en el que nos hallemos.

Una reciente novedad ha sido la de variar ostensiblemente el grado de limitación que la pena privativa de la libertad establece sobre la libertad ambulatoria del penado, pues, si en un principio tan solo se llegó a concebir su ejecución en el interior de los centros penitenciarios, mezclándose a las mujeres con los hombres, a los menores con los adultos y a los enfermos mentales con los cuerdos; hoy en día, en cambio, se permiten posibilidades como las de cumplir el tiempo de reclusión en lugares tan diferentes de la prisión como el domicilio del delincuente, e, incluso, cumplir dicho tiempo en intervalos irregulares como los fines de

semana. Así, por ejemplo, el código penal paraguayo, para las mujeres con hijos menores o incapaces y para las personas de más de sesenta años, permite la posibilidad de que cumplan su tiempo de reclusión en su propio domicilio⁷; también, en el código penal español, encontramos la figura del arresto de fin de semana, que, catalogada como una de las especies de la pena privativa de la libertad, consiste en que el reo tan solo permanece detenido durante una cantidad determinada de fines de semana, y, en libertad, durante el tiempo no comprendido en ellos⁸. A su turno, consagra la legislación colombiana la pena accesoria de restricción domiciliaria, que, aunque en la práctica vendría siendo una figura bastante parecida a la de la prisión domiciliaria que consagra la legislación paraguaya, se diferencia de ésta en que en la legislación colombiana se encuentra consagrada con una mayor extensión porque no solamente procede para el evento de obligar al condenado a permanecer en un determinado municipio, sino, incluso, para el evento, más amplio y por lo tanto menos restrictivo de la libertad ambulatoria, de simplemente impedirle que resida en un determinado lugar⁹. La legislación Argentina también se manifiesta en este sentido al permitir que, cuando la pena privativa de la libertad no exceda de seis meses, y siempre y cuando se trate de lo que se denomina “ mujer honesta” o persona valentudinaria o mayor de sesenta años, se pueda cumplir el tiempo de reclusión en la propia casa del condenado¹⁰.

⁷ Al respecto, consúltese el código penal paraguayo en su artículo 42.

⁸ Al respecto, consúltese el código penal español en sus artículos 35 y 37.

⁹ Al respecto, consúltese el código penal colombiano en sus artículos 42 y 57.

¹⁰ Al respecto, consúltese el código penal argentino en su artículo 10.

Debido a las anteriores consideraciones, concluimos que no es el presidio el único lugar en el que en la actualidad se puede llegar a cumplir la pena privativa de la libertad, pues, además de éste, existen otros, que, aunque no sean tan generalizados, sí, por lo menos, son lo suficientemente frecuentes como para tenerlos en cuenta como uno de los elementos integrantes en la definición de la pena privativa de la libertad.

c-) Que el tiempo de pérdida de la libertad ambulatoria sea previamente determinado por una sentencia judicial que se ajuste a la legislación vigente:

Es, este postulado, la expresión del reemplazo de la tiranía punitiva por el legalismo penal, que, una vez reconocido, cercenó la posibilidad de que fuera el gobernante el que con su arbitrio ilimitado determinara las conductas delictivas y la sanción a la que ellas debían sujetarse. Por lo tanto, si en una época pudo verse cómo los hombres eran sentenciados a muerte por conductas que discrecionalmente ofendían al monarca, o, en el mejor de los casos, confinados a una celda hasta que murieran o hasta que ese mismo monarca se acordase de ellos y les perdonase; en los momentos posteriores a esta variación intelectual, pudo, en cambio, observarse que las conductas sancionables por su daño a la sociedad serían expresamente determinadas por personas diferentes de las que

las castigarían, y, además, que esta actividad sancionatoria del Estado se encontraría sujeta a unas reglas previas y específicas.

De esta manera, en la actualidad, y como fruto de esta evolución hacia el legalismo penal, la pena privativa de la libertad, que hace parte del conjunto de sanciones estatales para las conductas delictivas, solo es aplicable en los eventos en los que así lo determine el órgano estatal correspondiente, que normalmente se encuentra en la rama judicial del Estado. A su vez, este órgano no es completamente independiente, pues, para la determinación de la clase de conductas sancionables desde el punto de vista penal, así como para el establecimiento de la magnitud y extensión de la pena que ellas merecerían, se requiere de la actividad de otro órgano que normalmente se encuentra en la rama legislativa del mismo Estado.

Vemos, entonces, cómo esta evolución hacia ese legalismo penal se tradujo en un proceso que se orientó hacia la desconcentración y difusión del ejercicio de las actividades determinativas y sancionatorias del delito, que es lo que hoy nos permite incluir a las sentencias judiciales como un elemento en la definición de la pena privativa de la libertad, pues, es generalmente aceptado, que, en los casos concretos y particulares, son ellas las que la establecen para las conductas previamente determinadas como sancionables y en las condiciones preestablecidas por otro órgano estatal. Siendo ésto lo que se ha conocido como el principio “ *nullum crimen nulla poena sine lege*”, que significa que nadie puede ser sancionado penalmente sin que exista una previa consagración legal que

califique como delito a la conducta que se reprueba y que, además, establezca expresamente el tipo y magnitud de la sanción estatal que se piensa aplicar¹¹.

En el nivel de las consagraciones legislativas, podemos observar, cómo, por ejemplo, tanto en España, como en Argentina, Colombia y Paraguay, se encuentra reconocida la esencia de esta evolución hacia este legalismo penal, pues, en síntesis, en cada uno de estos países se tiene establecido que las sanciones penales, entre las que obviamente se encuentra la pena privativa de la libertad, tan solo serán aplicadas mediante una sentencia judicial que se ajuste a las determinaciones fácticas y punitivas de una ley anterior con respecto al momento de la realización de la conducta catalogada como delito¹².

d-) Favorecimiento de la resocialización:

Ha sido este elemento el resultado de una variación en la filosofía punitiva, que, si en un comienzo llegó a negarle su razón de ser, posteriormente pasaría a aceptarle y a perfeccionarle de tal manera que en estos tiempos son pocas las legislaciones que no lo consagran, aunque también sean escasas las que verdaderamente lo apliquen.

¹¹ Para una mayor información, consúltense las conferencias sobre derecho penal general de Bernardo Gaitán Mahecha, editadas por la Pontificia Universidad Javeriana en el año de 1995.

¹² Al respecto, consúltense los artículos 1 y 2 del código penal español; 1 del código penal paraguayo; y 1 del código penal colombiano.

Este cambio de pensamiento filosófico-punitivo, que originó una nueva postura legal en relación con los fines de la pena, recorrió varios estadios y varias etapas para llegar hasta lo que hoy conocemos como el tratamiento penitenciario, que es lo que, por lo menos en el pensamiento de S. Leganés, vendría a constituir la base que fundamenta a esta resocialización atribuida a la pena privativa de la libertad.

Por lo anterior es que podemos observar que, tanto en los niveles doctrinarios, así como en los legales, no se encuentra una unanimidad en los términos que se usan para denominar a esta nueva actividad penitenciaria, que únicamente se encuentra unificada en su propósito final, referido a la nueva postura estatal de lograr la reincorporación del delincuente en la sociedad mediante un conjunto de actividades que bien pueden variar dependiendo de las concepciones que rijan en cada uno de los ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, y como más adelante lo veremos, en algunas legislaciones puede llegar a observarse que el concepto de resocialización punitiva gira en torno del trabajo carcelario, lo que en últimas obedece a la filosofía de que el hombre requiere de una capacitación adecuada para poder brindarse un sustento honesto en su vida y, por lo tanto, para poder alejarse del delito; mientras que en otras legislaciones se ha establecido al tratamiento clínico como el eje fundamental para la resocialización, lo que, a su vez, se desprende del pensamiento de considerar al delincuente como un ser enfermo que requiere de una cura mental para no volver a delinquir¹³.

¹³ Ha sido España uno de los pocos países que ha intentado la resocialización penitenciaria a través de dos tipos de tratamiento carcelario, pues, con la Ley General Orgánica Penitenciaria de 1981, optaron por el tratamiento médico para basar su política carcelaria, considerando, por lo tanto, al delincuente como a un simple enfermo mental; sin embargo, es con la actual Ley Orgánica Penitenciaria, que data de 1996, con la

Por lo anterior, consideramos que el conjunto de esas actividades estatales, desplegadas durante la privación de la libertad de una persona, que tienden a su reincorporación en la sociedad, conforman un concepto que aún se encuentra en evolución, pues no es posible encontrar una unidad de medios que garanticen la obtención de esta aspiración punitiva, social y estatal, como lo es la de combatir al delito mediante la regeneración del delincuente. Siendo por ésto, por lo que es posible encontrar legislaciones que le dan mayor importancia al aspecto laboral, otras que se la brindan al aspecto clínico y otras que, en cambio, los mezclan o que le dan prevalencia al aspecto educativo.

Ahora, en cuanto se refiere a los aspectos históricos de esta evolución, que, como lo dijimos, finalmente concluiría con la adopción en la mayoría de las legislaciones mundiales de los postulados necesarios para contar con un tratamiento penitenciario, enfrentaría a numerosos pensamientos que, como el de la doctrina clásica¹⁴, el del anarquismo y el del socialismo, dedicaron sus esfuerzos intelectuales y prácticos para desvirtuarlo y para demostrar la inconveniencia de su adopción en la realidad carcelaria. Así, por ejemplo, la doctrina clásica, que, concibiendo a la pena privativa de la libertad, así como a las demás penas, como una forma de retribuir al delincuente su mal comportamiento para con la sociedad,

que se le da prevalencia a los aspectos laborales y educativos para la consecución de la resocialización del delincuente.

¹⁴ Se atribuye, paradójicamente a Enrico Ferri la denominación de Clásicos a estos juristas, que, siendo prepositivistas, pero a la vez posteriores a Beccaría, influenciaron el pensamiento punitivo de la segunda mitad del siglo XVIII y el siglo XIX.

rechazaba que el Estado intentara reintegrar socialmente al reo, considerándolo como indigno de cualquier tipo de compasión y más si ésta era punitiva, pues, sostenían, que el fin único de la pena, el castigo al delincuente, llegaría a desvirtuarse con este tipo de concesiones que por su benevolencia terminarían acercando aún más al hombre y al delito . Los anarquistas, en cambio, que surgieron como los negadores de todo tipo de justificación punitiva, arremetieron en contra del tratamiento penitenciario a través de los ataques que formularon contra la existencia misma de la pena privativa de la libertad, a la que consideraban como un resultado del excesivo e injustificado control que se ejercía por la sociedad en contra del ser humano. A su turno, también los marxistas, quienes nunca desecharon ningún tipo de argumento para criticar a las democracias, participaron en la controversia con argumentos parecidos a los de los anarquistas, pues, acusando a la prisión misma de ser un invento burgués para manipular a la población, lo que también llevaba a cuestionar su propia existencia, llegaron a sostener que el tratamiento penitenciario era una manera de canalizar las fuerzas humanas en favor de la lucha que los sistemas democráticos occidentales libraban contra la izquierda mundial.

No fueron, entonces, pocas las luchas que en su contra tuvo que soportar el tratamiento penitenciario, o, si se prefiere, la resocialización, sobreviviendo a todas ellas, y, en especial, a las severas críticas intelectuales que se le formularon.

Fue ésta, sin duda, una pelea ganada por la paulatina notoriedad de los hechos, que, en el terreno de los resultados penitenciarios, y día a día con más fuerza,

iban demostrando que uno de los complementos necesarios para combatir eficazmente al delito era el de lograr la regeneración del delincuente, al que no debían serle reforzados los motivos de su crimen manteniéndolo en las necesidades y en el resentimiento que probablemente le habían llevado a delinquir, sino, por el contrario, que, para la seguridad de la misma población, se le debía estimular a una nueva y sana vida mediante una adecuada capacitación que bien podía proporcionar el Estado al interior de los penales. Por lo que, las diferentes legislaciones, en aras, diríamos nosotros, de la propia seguridad de sus sociedades, fueron adoptando estos novedosos conceptos, que poco a poco se fueron perfeccionando al interior de cada uno de sus ordenamientos jurídicos.

Por esta evolución filosófica, es por lo que en la gran mayoría de legislaciones se consagran las nuevas tendencias carcelarias, que, como ya lo dijimos, se orientan a la regeneración del penado mediante su capacitación y su preparación para reingresar a la sociedad en el momento de la terminación de su condena. Así, por ejemplo, España, que es uno de los países que más ha avanzado en estos conceptos, pues, además de haber consagrado a la resocialización como fin de las penas en su propia constitución, define, describe y establece los fines del tratamiento penitenciario en los siguientes términos: “El conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados... El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la

intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal...”¹⁵.

A su vez, legislaciones como la paraguaya, sostienen que “el objeto de la ejecución de la pena privativa de la libertad es promover la readaptación del condenado y la protección de la sociedad... Y que durante su ejecución se estimulará la capacidad del condenado para responsabilizarse de sí mismo y llevar una vida en libertad sin volver a delinquir”¹⁶. A su turno, en Colombia se establece lo siguiente: “La pena tiene una función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora¹⁷ ...”.

A manera de ejemplo, volveremos a la legislación paraguaya, en la que, con gran notoriedad, se basa el concepto de la resocialización en el del trabajo humano, pues, en lo referente a este tema, el trabajo de los reclusos sometidos a la pena privativa de la libertad, considera que el desarrollo de una actividad laboral es un imperativo de la privación de la libertad, no pudiendo, en consecuencia, negarse el recluso a su desempeño; y, en cuanto se refiere a las retenciones del producto de estas actividades laborales, establece, quizá con una mayor humanidad, que bien puede convertirse en un motivo para incentivar el desempeño adecuado y eficaz de estas actividades, y, por lo tanto, en una causa para hacer más fácil la resocialización, que no podrá sino retenerse hasta un 20% del producto del trabajo

¹⁵ Artículo 59 de la Ley Orgánica General penitenciaria Española.

¹⁶ Artículo 39, nums. 1 y 2 del código penal paraguayo.

¹⁷ Artículo 12 del código penal colombiano.

del delincuente para efectos de las indemnizaciones que se deban o de los gastos en los que se haya incurrido y que no cubra el Estado.¹⁸.

Por lo anterior, podemos afirmar que el elemento de la resocialización en la pena privativa de la libertad, no se encuentra igualmente arraigado en todas las legislaciones, y, además, que, aunque obedece a una aspiración universal única, como es la reinserción del delincuente en la sociedad, participa, a su vez, de diferentes esquemas y métodos que lo individualizan en el campo de la práctica penitenciaria.

2. Nuestra definición de pena privativa de la libertad.

Lamentablemente, los anteriores elementos del concepto que tomamos como referencia para definir a la pena privativa de la libertad, son, en su gran mayoría y para desgracia de nuestros reclusos y de la credibilidad en la que deben encontrarse sustentados los ordenamientos jurídicos, una simple enunciación teórica, que si bien no demeritamos porque pensamos que puede llegar a ser el inicio de un verdadero aunque ya tardío cambio penitenciario, sí, por lo menos, denunciamos como incumplida en los terrenos de la práctica carcelaria.

¹⁸ Al respecto, consúltese el código penal paraguayo en su artículo 40, nums. 1, 2, 3 y 4.

Por lo anterior, y más como una rebeldía hacia aquellas personas que definen pero que a la vez se olvidan de la realidad, y que por esto mismo participan de la gran mentira legislativa que nos han hecho creer entorno a la pena privativa de la libertad; así como para también solidarizarnos con esas personas, que no por encontrarse en las cárceles han dejado de serlo ni de conservar sus derechos, ni han perdido tampoco sus necesidades alimenticias, de higiene o de buen trato; analizaremos, entonces, pragmáticamente a esta modalidad punitiva para así poderla definir por sus elementos reales y no por sus aspiraciones teóricas.

Por lo tanto, a nuestro juicio, la pena privativa de la libertad es la pérdida de la libertad ambulatoria, así como, en los casos más frecuentes, de otras libertades y derechos como la expresión, la dignidad, la tranquilidad, la vida, la salud y la honra mediante un pronunciamiento normalmente proferido por las autoridades judiciales de cada país, que no siempre requiere de las formalidades del debido proceso y que en casi todos los casos se realiza con el objeto de olvidar al reo y de fomentar nuevos delincuentes para la sociedad.

a-) La pérdida de la libertad ambulatoria y de otro tipo de libertades y derechos en el interior de las prisiones:

Como en su momento pudimos demostrarlo, la pena privativa de la libertad no solamente implica la pérdida de la libertad ambulatoria para quien es condenado a

ella, pues, en todas las legislaciones que hemos tomado como referencia para el desarrollo de nuestro estudio, hemos podido encontrar que, por lo menos desde una perspectiva formal, a ella se le adicionan otro tipo de sanciones, normalmente comprendidas bajo lo que se ha conocido como las penas accesorias o las penas de inhabilitación.

De esta manera, a nuestro juicio, no es acertado afirmar que la pena privativa de la libertad tan solo implica la pérdida de la libertad ambulatoria del condenado, sino, mas bien, y sin entrar a calificar como justas o injustas a estas determinaciones legales, también la de otro tipo de libertades y de derechos durante el tiempo de la condena e, incluso, por un tiempo mayor, como, por ejemplo, sucede en la legislación de Argentina.

Ahora, lo anterior, es decir, la imposición de penas adicionales que se entienden comprendidas a la de la privación de la libertad, no constituye para nosotros una verdadera preocupación jurídica, pues, aunque normalmente no sean tenidas en cuenta a la hora de definir a esta modalidad punitiva, sí, por lo menos, creemos que se encuentran expresamente mencionadas y justificadas en una lógica soberana que creemos que se debe respetar. Sin embargo, si ésto se refiere a los terrenos de la normatividad, en los que en casi todos los casos observamos una claridad legislativa a la hora de imponer sanciones penales adicionales a las conductas previamente consideradas como delictivas, no por ello dejaremos de analizar los terrenos de la ejecución penitenciaria, en los que, sin consideración a las disposiciones legales, sí hemos encontrado serias irregularidades que

involucran sanciones adicionales irregulares a la de la privación de la libertad, que, además de carecer de todo respaldo jurídico y humano, pues en ningún caso se entienden comprendidas en las diferentes legislaciones, ni mucho menos debidamente reconocidas ni establecidas por los ordenamientos jurídicos, constituyen, por ello mismo, un abuso, un desbordamiento y un incumplimiento de las facultades y de las obligaciones estatales.

Concretamente, nos referimos a que los presos del mundo no solamente están condenados a sufrir las sanciones que por ley se les deben imponer, sino, también, condenados a otro tipo de sanciones de las que la misma ley les protege, lo que, como es obvio, por lo menos en un Estado de Derecho, constituye una flagrante y descarada violación y desbordamiento de las facultades y obligaciones estatales, que en ningún momento permiten ni aceptan, como es lo que en la realidad viene sucediendo, que en las prisiones se torture mental o físicamente al delincuente; o, como también sucede, que se les destine a condiciones tan inhumanas como las de encontrarse en constante peligro de contraer enfermedades tan mortales como el sida o de padecer niveles de desnutrición por la insuficiente alimentación.

A lo anterior, aunque pretenda negarse por todos los medios, y aunque también pretenda hablarse de una resocialización punitiva, está condenado el que es sometido a la pena privativa de la libertad, como lo demostraremos mediante informes y denuncias formales de entidades, que con la credibilidad que se

merecen, se han dedicado a mostrar las fallas de la casi totalidad de los sistemas carcelarios del mundo.

Comenzamos con un informe de Human Rights, que, intitulado Human Rights Abuses Against Prisoners, nos muestra un breve pero claro concepto de la generalización de la crisis penitenciaria. Sostiene el informe¹⁹ “In Morocco’s Oukacha prison, twenty two prisoners were burned alive in September 1997; They had been crammed together in a cell reportedly built to hold eight. The cause of the fire was not announced... The most common cause of the death in prison is

¹⁹ En la prisión de Oukacha en Morroco, veintidós prisioneros fueron quemados vivos en septiembre de 1997, habiendo sido, según se dice, llevados a una celda construida para ocho personas. La causa del incendio no fue anunciada...La causa más común de muerte en estas prisiones es la enfermedad, que por lo general es causada por la desnutrición, las malas condiciones higiénicas y la falta de cuidado y de asistencia médica...Condiciones similares prevalecen en las prisiones de la antigua Unión Soviética, donde la tuberculosis continúa presentándose. El Fiscal General de Rusia anunció en marzo de 1997 que cerca de 2.000 prisioneros habían muerto de tuberculosis el año inmediatamente anterior... La inadecuada vigilancia, el fácil acceso de las armas, la falta de separación de los prisioneros en diferentes categorías, y la feroz competencia por la satisfacción de las necesidades básicas que alienta al abuso de los prisioneros entre sí. En casos extremos –como ciertamente sucede en las prisiones venezolanas, que cuentan con un guardia por cada 150 prisioneros, y un subterráneo donde se comercian cuchillos, pistolas, granadas para matar a otros prisioneros impunemente...En contraste, prisioneros poderosos que gozan de algunas facilidades en Colombia, India, entre otros países más, disfrutaban de teléfonos celulares, ricas dietas y confortables alojamientos. Como estos ejemplos lo sugieren, la corrupción es desenfrenada en muchas prisiones en el mundo. En efecto, en Indonesia dos prisioneros, reportados como escapados en septiembre de 1997 después de haber sobornado a dos guardias que los llevaron a un burdel...Algunos países continúan permitiendo los castigos corporales y rutinariamente el uso de planchas en las piernas, grilletes y cadenas...En muchos sistemas carcelarios, sin autorización, son tan comunes las palizas como una parte integral de la vida en prisión. Las mujeres prisioneras son particularmente vulnerables a los abusos sexuales...En muchos países los prisioneros son agrupados estrechamente sin espacio para estirarse o para moverse... las prisiones Estados Unidos, México, Rusia y el Reino Unido, aunque con muchas facilidades modernas, se encuentran en mal estado debido a la falta de mantenimiento. Notablemente, muchas prisiones funcionan sin un sistema de cañería. En Hong Kong, uno de los más prósperos y tecnológicamente avanzados lugares en el mundo, los prisioneros viven condiciones tan degradantes como la de tener que defecar en baldes plásticos que ellos periódicamente deben salir a vaciar. En Venezuela, los prisioneros de algunas partes no cuentan con baldes; por lo que deben recurrir a defecar en periódicos que ellos arrojan por las ventanas...Las condiciones en muchas prisiones son tan deficientes, crueles, inhumanas y degradantes como para constituir una violación del artículo 7 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sus fallas específicas, pueden ser enumeradas bajo la más detallada precisión de las Reglas Mínimas de tratamiento a los prisioneros elaboradas por Naciones Unidas. Como se sabe, estas Reglas Mínimas describen las mínimas condiciones aceptadas como convenientes por Naciones Unidas. Aunque las reglas mínimas han sido incorporadas en las leyes carcelarias y en las regulaciones de muchos países, pocos de ellos las observan en la práctica.

disease, often the predictable result of severe overcrowding, malnutrition, unhygienic conditions, and lack of medical care... Similar conditions prevail in the prisons of the former Soviet Union, where tuberculosis continues its comeback. Russia's prosecutor general announced in March 1997 that about 2,000 inmates had died of tuberculosis in the previous year... Inadequate supervision by guards, easy access to weapons, lack of separation of different categories of prisoners, and fierce competition for basic necessities encourage inmate on inmate abuse in many penal facilities. In extreme cases –as in certain Venezuela prisons with one guard for every 150 prisoners, and an underground trade in knives, guns, even grenades- prisoners kill other prisoners with impunity... In contrast, powerful inmates in some facilities in Colombia, India, among others, enjoy cellular phones, rich diets, and comfortable lodgings. As these examples suggest, guard corruption is rampant in many prisons around the world. Indeed, in Indonesia, two prisoners reportedly escaped in September 1997 after bribing guards to bring them to a brothel... Some countries continue to permit corporal punishment and the routine use of leg irons, fetters, shackles, and chains... In many prison systems, unwarranted, beatings are so common as to be an integral part of prison life. Women prisoners are particularly vulnerable to custodial sexual abuse... In many countries inmates are packed together with no space to stretch or move around... United States, Mexico, Russia, and the United Kingdom, although even many modern facilities are in severe disrepair due to lack of maintenance. Notably, many prisons lack a functional system of plumbing. In Hong Kong, one of the most prosperous and technologically advanced places in the world, prisoners in some older facilities have to slop out, that is, to defecate in plastic buckets that they were

periodically allowed to empty. In Venezuela, inmates in parts of some facilities do not even get buckets; they resort to defecating in newspapers that they throw out the window... Conditions in many prisons are, in short, so deficient as to constitute cruel, inhuman or degrading treatment, violating article 7 of the international Covenant on Civil and Political Rights. Their specific failings might also be enumerated under the more detailed provisions of the U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners. A widely known set of prison standards, the Standard Minimum Rules describe the minimum conditions which are accepted as suitable by the United Nations. Although the Standard Minimum Rules have been integrated into the prison laws and regulations of many countries, few if any prison systems observe all of their prescriptions in practice” .

En otro informe, intitulado Watch Prison Project, la misma organización, Human Rights, muestra la situación de las cárceles en Europa y en Asia Central²⁰, concluyendo lo siguiente: “The most striking problem in the prisons of the former Soviet Union, particularly those of Belarus, Kazakhstan, and Russia, is their high incidence of tuberculosis. In March 1998, the ICRC announced that among the prisons of the Commonwealth of Independent States the incidence of tuberculosis was five to fifty times greater than their national averages. The emergence of multi-drug resistant (MDR) strains of the disease in some prison populations was especially alarming” . Para citar algunos ejemplos en concreto, con respecto a

²⁰ El más notable problema en las prisiones de la antigua Unión Soviética, particularmente las de Belarus, Kazakstan y Rusia, son sus altos índices de tuberculosis. En marzo de 1998, el ICRC anunció que en las prisiones de los nuevos estados independientes de la antigua Unión Soviética los índices de tuberculosis son entre cinco y cincuenta veces superiores con respecto al promedio nacional. Se ha llegado, en algunos casos, a niveles alarmantes de contagio de tuberculosis en la población carcelaria.

Bélgica, esta organización, en este mismo informe, nos ilustra sobre la violencia y las condiciones de hacinamiento al interior de sus cárceles²¹: “ ...Belgium’s prison system suffers from overcrowding and violence. In 1997, Belgium confined some 8,200 inmates in prisons whose total capacity was 6,900 places. The CPT (European Committee for the prevention of torture), during its 1997 visit, found problems of prisoner on prisoner violence and intimidation in the prisons of Mons, Lantin, and Saint-Grilles. It also found that the living conditions of a A and C wings of Mons prison were absolutely miserable, constituting inhuman and degrading treatment of the inmates confined them...”.

Con respecto a Rusia, este mismo informe, en un acápite especial, sostiene²²: “ ...According to figures provided by the Ministry of Interior to the Moscow Center for Prison Reform, on July 1, 1997, some 275,567 people were being held in detention centers intended for a maximum of 182,358 detainees. (the total prison population in Russia as of July 1 was 1,017,848.) Sanitary conditions were extremely poor, as was medical care...”.

En cuanto se refiere a España, que, como lo dijimos, es uno de los países más adelantados en el aspecto de la legislación penitenciaria, tampoco se salva en

²¹ El sistema carcelario en Bélgica sufre de hacinamiento y de violencia. En 1997, 8.200 prisioneros belgas fueron confinados en prisiones con una capacidad total para 6.900 personas. El CPT (Comisión Europea para la prevención de la Tortura) durante estas visitas de 1997, encontró problemas de violencia entre los prisioneros e intimidación en las prisiones de Mons, Lantin y Saint-Gilles. Fueron rápidamente detectadas estas condiciones de vida absolutamente miserables, que, además, constituyen un trato inhumano y degradante para los prisioneros confinados en esas prisiones.

²² De acuerdo con las cifras suministradas por el Ministro del Interior del Centro de Reforma Penitenciaria de Moscú, en julio 1 de 1997 habían sido confinadas 275.567 personas en centros penitenciarios con capacidad total para 182.358 personas. (El total de la población carcelaria en Rusia hasta julio 1 de 1997

este informe, pues, en cuanto a sus cárceles se refiere, se sostiene lo siguiente²³:

“In April 1997, the CPT visited several penal institutions in Spain, including three immigration detention centers and one prison. At Ceuta prison, it found severe overcrowding, few work, educational or recreational opportunities, and many dilapidated cells. It concluded that the great majority of prisoners (at Ceuta prison) led a monotonous and purposeless existence, acquiring and taking drugs being their main concern...”

Con respecto a Gran Bretaña, al que con unanimidad el mundo entero no ha dudado en catalogar como uno de los países más civilizados, en un artículo intitulado Drug Use in English prisons, que data de octubre 13 de 1999, se escribió lo siguiente sobre sus prisiones²⁴: “It became clear in the early 1990s that drug use was widespread in many prisons in England. The chief inspector of prisons, Sir David Ramsbotham, has now informed a commons committee that, in his view, many prisons are currently dominated by drug barons and that persistent efforts to deal with the drugs problem have failed to make significant progress. Sir David

era de 1' 017.848 personas). Las condiciones sanitarias eran extremadamente pobres, al igual que la atención médica.

²³ En abril de 1997, el CPT visitó asiduamente las instituciones penitenciarias españolas, incluyendo tres centros de detención y una prisión. En la Prisión de Ceuta, se encontró un severo hacinamiento, poco trabajo, oportunidades recreativas y educacionales y muchas celdas desperdiciadas. Se incluye que la gran mayoría de prisioneros padecen una existencia monótona y sin un propósito verdadero, adquiriendo y tomando drogas cuando les provoquen.

²⁴ Comienza a esclarecerse que en los comienzos de los 90s el uso de la droga se ha extendido en muchas prisiones inglesas. El Jefe Inspector de Prisiones, Señor David Ramsbotham, ha informado al comité de los comunes que, a su manera de ver, muchas prisiones están actualmente dominadas por los barones de la droga y que los persistentes esfuerzos por enfrentar el problema de las drogas han fallado. Dice, a su vez, el sr. David, que se requiere de un mayor y más agresivo esfuerzo para detener el consumo de las drogas que está comenzando a utilizarse en las prisiones...A pesar de la introducción del MDT, droga todavía utilizada en muchas prisiones inglesas, así como otras que suministran por medio de la inyección, han aumentado los niveles de riesgo para el contagio del VIH. No toda la información se proporciona, pero algunos estudios indican que de 6.907 prisioneros en mayo de 1996 uno de cada cuatro usaba drogas...El uso de drogas como la heroína se encuentra en aumento.

said that a much more aggressive approach is needed to stop drugs being used in prisons...But despite the introduction of MDT, drug use is still occurring in many prisons in England, and in some prisons the injecting of drugs and the subsequent risk of HIV infection may actually be increasing. Limited information is available about the results of the tests, but random tests carried out on 6,907 prisoners in May 1996 showed that more than one in four tested positive for drugs... The use of injectable drugs such as heroin is increasing". Pero también La BBC, cuya reconocida seriedad nos permite darle una ilimitada credibilidad a sus afirmaciones, mediante un artículo de enero 13 de 1999, intitulado " Jail Conditions attacked" , informó lo siguiente sobre las prisiones británicas²⁵: " The chief Inspector of Prisons, Sir David Ramsbotham, has called for major improvements to be made to jails that hold remand prisoners and those serving short sentences... Sir David said in a report that 1,083 prisoners were being held in Birmingham jail, which has a normal capacity of 743... It is the second highly critical assessment of a British secure institution in two days, after a report published on tuesday found drug abuse, pornography and poor patient care were rife at notorious Ashworth high security prison in Merseyside... The jail also came under fire seven years ago when the then Chief Inspector of Prisons, Judge Stephen Tumim, said its conditions for mentally disordered prisoners were unacceptable. A report said

²⁵ El jefe Inspector de Prisiones, sr. David Ramsbotham, ha pedido que se efectúen reformas extensas en el sistema de cárceles en donde están alojados los detenidos preventivamente y aquellos que están cumpliendo penas breves de prisión...El sr. David sostuvo en un informe que 1.083 prisioneros fueron confinados en la prisión de Birmingham, la cual tiene un capacidad para 743 personas...Ésta es la segunda muestra de la crítica seguridad en las prisiones británicas después de un reporte del martes en el que se detectó el consumo de drogas, pornografía y un pobre cuidado....En alguna ocasión la cárcel vino a estar en entredicho siete años atrás cuando en aquél entonces el Jefe Inspector de Prisiones, Judge Stephen Tumim, dijo que estas condiciones de desórdenes mentales para los prisioneros eran inaceptables. En un reporte se sostuvo que prisioneros con necesidad de tratamiento y de cuidado médico eran encerrados en sus celdas durante

prisoners in need of specialist or hospital care were locked in cells for up to 23 hours a day in the grossly overcrowded jail...”

La misma agencia de noticias, la BBC, pero esta vez mediante otro artículo, intitulado *Inmates Health rights violated*, de marzo 9 de 1999, informaría²⁶: “Some prisons are not giving inmates the health care they need and may be violating their human rights, a nurses conference heard on tuesday. During a debate on prison health care, nurses said some inmates being denied prescription drugs they had received before going into prison, including methadone. It is nothing less than a torture, said Sue Haworth, a nurse from London” .

No es menos desgarrador el informe que en 1998 realizó Amnistía Internacional sobre las prisiones en los Estados Unidos²⁷, en donde, supuestamente por ser un país desarrollado, debía contarse con un adecuado tratamiento adecuado para los reclusos, lo que, al no ser así, nos hace pensar que, contrario a lo que se sostiene por algunas personas, ésta no es una crisis carcelaria de los países pobres o subdesarrollados, sino, por el contrario, una crisis mundial que no puede diferenciarse por los niveles del presupuesto estatal. Por su relevancia, transcribiremos los apartes más importantes de este informe, intitulado “Derechos

veintitrés horas al día en la prisión de grossly overcrowded.

²⁶ Algunas prisiones no proporcionan a los prisioneros los cuidados de salud que ellos necesitan y pueden estar violando sus derechos humanos, lo que fue dicho el martes en una conferencia de enfermeras. durante un debate sobre el cuidado médico en las prisiones, las enfermeras dijeron que fueron negadas drogas que los prisioneros habían recibido con anterioridad de ir a prisión, incluyendo el methadone. Esto no es nada menos que una tortura, dijo Sue Haworth, que es una enfermera en Londres.

²⁷ Para una consulta más detallada, el lector podrá dirigirse a la siguiente dirección de internet, en la que podrá encontrar la totalidad de este informe: www.combios.es/ammistia/campus/prisiones.htm

para Todos: La población reclusa de Estados Unidos asciende a más de 1.700.000 personas, de las que, más del 50% de ellas, pertenecen a minorías raciales o étnicas... Unos 77.000 presos están reclusos en instituciones penitenciarias privadas. Ha habido denuncias de malos tratos infligidos a ellos y de malas condiciones en los centros de este tipo de diversos estados. Se construyen centros nuevos, pero no lo suficientes para satisfacer la demanda, por lo que en muchos hay fenómenos de hacinamiento y falta de personal que crean condiciones peligrosas e inhumanas. En noviembre de 1997, una delegación de Amnistía Internacional, que visitó la institución de SCI-Greene, de máxima seguridad de Pensilvania, y que alberga condenados a muerte, se entrevistó con reclusos que habían sido víctimas de golpes e insultos racistas a manos de los guardias de ese centro. Así, en mayo de 1998, tras realizarse una investigación interna, varios de ellos fueron despedidos y unos cuantos más fueron objeto de medidas disciplinarias por haber maltratado a los reclusos... En cuanto se refiere a la atención médica, presenta graves deficiencias en muchos centros, como lo demuestra el caso de Annette Romo, una joven embarazada reclusa en Maricopa, quien en vano suplicó en la cárcel que le dieran ayuda médica cuando comenzó a sangrar en 1997. Finalmente, y después de bastante tiempo, fue trasladada rápidamente al hospital, pero su niño murió... Las sillas de inmovilización, especialmente diseñadas para ser utilizadas con los reclusos, se usan ampliamente en los centros penitenciarios a pesar de los reconocidos peligros que comportan. Scott Norberg murió asfixiado en la cárcel de Madison Street del condado de Maricopa, Arizona 1996. Le habían sentado en una de estas sillas con su cara envuelta en una toalla. En 1997, las autoridades de la prisión reconocieron

que contaban con 16 de estas sillas que se habían utilizado por más de seis meses... También se utilizan pulverizadores de sustancias y aparatos de electrochoque. Algunos están prohibidos en otros países por los riesgos que entrañan. Refiriéndose a los abusos sexuales, se señala que, en 1997, el Departamento de Justicia demandó a los estados de Michigan y Arizona por no proteger a las mujeres presas contra la conducta indebida en materia sexual, manifestada en agresiones sexuales y contemplación lasciva al vestirse y al ducharse. En algunos centros, la violación y los abusos sexuales persisten porque los reclusos temen las represalias y se sienten demasiado vulnerables para presentar denuncias. También, es motivo de preocupación el hecho de que se permita a personal del sexo opuesto la realización de los registros personales que suponen contacto corporal y que están presentes si deben desnudarse” .

Refiriéndonos a México, podemos encontrar que, según el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Infojus, mediante un informe elaborado en 1995, sostiene: “ El sistema penitenciario tiene capacidad para 70.435 internos (datos de 1991), y en agosto de 1991 la población era de 91.685, lo que significa un excedente del 30%, facilitándose, con ello, el consumo de drogas y la violencia entre los mismos reclusos” .

En Colombia, en donde es más notoria esta situación, la Revista Semana publicó hace algún tiempo un informe en donde sostiene: “... En la Modelo están instaladas 16 líneas telefónicas que son utilizadas por los presos del pabellón de máxima seguridad para realizar llamadas internacionales sin ningún tipo de

control. Los reclusos se han comunicado con lugares tan exóticos como Tanzania, Ghana y Nigeria, en África, y Bahrein, en Asia. También han servido para hablar con el Líbano, Israel y Jordania, en el Medio Oriente; España, Grecia, Suiza y el Reino Unido, en Europa; Canadá, Estados Unidos, Guyana y Chile, en América. En otras palabras, los hombres de los carteles de la droga, los jefes guerrilleros y algunos miembros del ala terrorista del cartel de Medellín se conectan a su antojo con el mundo. De acuerdo con el documento secreto, los reclusos de la Modelo, realizan en promedio, siete llamadas diarias al exterior, muchas de las cuales son canceladas con el sistema de tarjetas prepagadas, y se hacen en su mayoría a países con problemas de narcotráfico, terrorismo y tráfico de armas. La utilización de estas líneas telefónicas ocurre en horarios no permitidos por el régimen carcelario: entre las 10 y las 12 de la noche. Un alto porcentaje de esas comunicaciones se realizan con Perú, lo que para los investigadores tiene una explicación lógica: ése es el principal productor de la base de coca... No menos controversial ha sido el manejo que el gobierno le ha dado hasta ahora al caso de Francisco Galán, el jefe guerrillero del ELN detenido por el ejército en Bucaramanga en diciembre de 1992... Galán fue recluido en la Modelo, pero pocos días después, una decisión oficial le devolvió el privilegio de comunicarse con su gente por radioteléfono. El gobierno justificó la medida con el argumento de que el jefe guerrillero es un interlocutor importante en un eventual proceso de paz. Sin embargo, los organismos de seguridad están convencidos de que Galán maneja desde su celda los partes de guerra y los secuestros de la organización subversiva. Y que tiene línea directa con el cura Pérez". En cuanto se refiere al hacinamiento de las cárceles colombianas, Human Rights, en el informe intitulado

Prision Conditions in Latin America and the Caribbean, sostiene²⁸: “ ...Although Colombia’s prisons were built to hold about 32,000 prisoners, the actual population was well over 43,000 in 1998” .

En el campo de la higiene carcelaria la situación es igualmente triste, como puede deducirse de los siguientes apartes que transcribiremos del informe que recientemente ha elaborado ONUSIDA, intitulado “Las Prisiones y el Sida²⁹:” En muchas de las comunidades penitenciarias, los índices de infección del VIH son bastante elevados. También existen otras enfermedades que abundan más dentro de las prisiones que fuera, tales como la hepatitis B y C y la tuberculosis. Las cárceles no son comunidades aisladas. Los prisioneros –y otras personas, incluyendo los mismos empleados de las cárceles y los visitantes- entran y salen a diario. Muchos de los prisioneros que son internados por períodos cortos de tiempo, y aquellos que reinciden y son internados varias veces, regresan del mundo exterior cada vez que son puestos en libertad... La propagación del VIH dentro de las prisiones se facilita por los siguientes factores generales: la sobrepoblación; una atmósfera de violencia, tensión y miedo; y la carencia de instalaciones médicas adecuadas; por compartir agujas y jeringas para drogarse y que no han sido esterilizadas; el sexo desprotegido, con penetración, entre hombres; y por compartir instrumentos no esterilizados para tatuarse... Existe un índice más elevado de VIH dentro de las prisiones, en todo el mundo, que en el

²⁸ Aunque las prisiones colombianas fueron construidas para albergar 32.000 prisioneros, la población actual, en 1998, superaba los 43.000.

²⁹ El presente informe podrá ser consultado en su totalidad en la siguiente dirección de internet: www.sidalac.org.mx/onusida/doc5.htm

resto de la sociedad. La proporción de otras enfermedades también es más elevada, tales como la hepatitis B y C, la sífilis y la tuberculosis... Además, muchos de los que están en la cárcel están ahí por el uso o tráfico de drogas, e intentarán continuar con ese consumo de drogas mientras dure la sentencia. Aunque las autoridades lo quieran negar –y aunque se esfuercen por detenerlo en muchos países los prisioneros sí introducen y consumen drogas, y las relaciones sexuales entre hombres, dentro de las cárceles pobladas exclusivamente de hombres, es muy común. El negar o hacer caso omiso a estos hechos no ayudará a resolver el problema de la continua propagación del VIH... El compartir el equipo de inyección es una vía mucho más efectiva para la transmisión del VIH que el contacto sexual. Un estudio reciente en una cárcel de mujeres de la región de la Sajonia Baja en Alemania, mostró que alrededor de una tercera parte de las prisioneras que fueron examinadas eran usuarias de drogas inyectadas, de cuyo total, el 4.9% eran VIH positivas. Se han registrado índices todavía mucho más altos del VIH entre los usuarios de drogas inyectadas en otras comunidades penitenciarias... En todo el mundo, el contacto sexual entre hombres es muy común dentro de las prisiones. Varían considerablemente las estimaciones. Un estudio en 1993, en Río de Janeiro, reveló que el 73% de la población masculina en las prisiones había tenido algún contacto sexual con hombres durante su estancia en la prisión, y algunas encuestas más recientes en Zambia, Australia y Canadá, han arrojado cifras que representan el 6 y el 12%. Tal vez el sexo sea consensual, pero también puede ser forzado, en un mayor o menor grado. También existen casos de violación. En algunas cárceles la violación es un acontecimiento normal –a veces una especie de rito institucionalizado-... Muchas

prisiones están terriblemente pobladas. En los Estados Unidos, por ejemplo, la población de las prisiones se duplicó durante los diez años anteriores a 1995. Se debe reconocer que la sobrepoblación en las cárceles crea los siguientes problemas: condiciones higiénicas deficientes, la transmisión de enfermedades, el incremento de tensiones, incluyendo las tensiones sexuales...”

b-) Mediante un pronunciamiento que normalmente se profiere sin los requisitos establecidos por el debido proceso:

La pena privativa de la libertad, como sanción impuesta por el Estado, y que se ejerce por las facultades que a éste se le han concedido a través del Jus Puniendi, o, más bien, del derecho de castigar, debe ser la consecuencia de un conjunto de actos que se desarrollan para determinar tanto la realización de una conducta previamente catalogada como delictiva por la correspondiente sociedad, como para establecer la posible responsabilidad que en ella hubiera podido tener alguno de sus miembros.

A estos actos, que, como se deduce, son previos a la imposición de la correspondiente sanción punitiva, entre las que se encuentra la pena privativa de la libertad, se les ha denominado debido proceso y se les han establecido requisitos que han sido aceptados por la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Sin consideración a lo anterior, la pena privativa de la libertad, o sus equivalentes en la realidad penitenciaria, se aplican sin el previo desarrollo de los actos que conforman a ese debido proceso, que, como dijimos, se encuentran, por lo menos en materia criminal, destinados hacia el cumplimiento de dos fines principales: El primero, el de determinar si hubo o no una violación a la ley penal, es decir, si existió o no una conducta delictiva; y, el segundo, en caso de que sí se hubiera realizado esa conducta, el de determinar la identidad del responsable de la misma garantizándosele su derecho de defensa.

Mucho se ha escrito y se ha pensado al respecto, concluyéndose, por la mayoría de las legislaciones, sobre la viabilidad de figuras como la detención preventiva, que, a nuestro juicio, y debido al actual estado de la situación penitenciaria, no son sino una aplicación paralela de la pena privativa de la libertad. Más tarde, en otro punto de esta investigación, hablaremos más detenidamente al respecto para concederle a este tema la importancia que en la realidad se merece, por lo tanto, bástenos por ahora sostener que la realidad nos enseña que a las cárceles no solamente llegan quienes han sido vencidos en juicio con el previo cumplimiento de los actos que conforman el debido proceso, sino que, contrario a lo que podría llegar a pensarse, también llegan personas que todavía no han sido declaradas culpables, como en efecto sucede con aquellos que son objeto de medidas procesales como la detención preventiva.

Por lo anterior, y, creemos nosotros, que también por buscar cualquier tipo de justificaciones, los diferentes ordenamientos jurídicos han tratado de establecer

diferencias entre quienes han sido condenados y se les ha aplicado la pena privativa de la libertad, y quienes, por el contrario, todavía son inocentes y tan solo han sido vinculados a un proceso penal en el que se les ha impuesto la medida de aseguramiento de la detención preventiva, argumentándose, para este efecto, que los primeros y los segundos se recluirán en establecimientos distintos que comportan un trato diferente. Sin embargo, de la realidad podemos ver que esto no se aplica, pues es lo suficientemente sabido que tanto procesados como condenados ocupan los mismos centros, comparten las mismas celdas, se sientan en las mismas mesas y sufren las mismas condiciones de desadaptación social que se viven en el interior de casi todos los penales.

Podemos, entonces, afirmar que el problema se centra en que se vienen aplicando las mismas consecuencias prácticas de la pena privativa de la libertad a personas que no han sido condenadas a ella, lo que encuentra su explicación, como más adelante lo veremos, en la ineffectividad judicial del Estado, que, materializada en la larga duración de los procesos y en los incipientes mecanismos para la búsqueda de personas que evaden a la justicia, ha dado lugar a que el que subsane y sufra por estos defectos sea el ciudadano común y corriente a costa de su propia libertad.

La anterior situación ha originado grandes rechazos por parte de las organizaciones defensoras de los derechos humanos, quienes, con una grande y justificada preocupación, han rechazado estas prácticas que día a día se hacen cada vez más comunes. Así, por ejemplo, Human Rights sostiene lo siguiente en

un artículo intitulado Excessive Pretrial Detention³⁰: “In numerous countries – including Bangladesh, Chad, the Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, India, Mali, Nigeria, Pakistan, Paraguay, Peru, Rwanda, Uganda, Uruguay and Venezuela- unsentenced prisoners make up the majority of the prison population. Such detainees may in many instances be held for years before being judged not guilty of the crime with which they were charged. They may even be imprisoned for periods longer than sentences they would have served had they been guilty. This state of affairs not only violates fundamental human rights norms, it contributes significantly to prison overcrowding, a problem that is itself at the root of numerous additional abuses. The lengthy detention of unsentenced prisoners has its origins in two common phenomena: the denial of pretrial release to criminal defendants, and the excessive duration of criminal proceedings. Both of these ingredients in themselves violate international human rights norms, but combined together they constitute a grievous affront to justice...”.

³⁰ En numerosos países –incluyendo Bangladesh, Chad, República Dominicana, Ecuador, Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, India, Mali, Nigeria, Pakistan, Paraguay, Perú, Rwanda, Uganda, Uruguay y Venezuela- detenidos sin sentencia son los que conforman la mayoría de la población carcelaria. Muchos de estos detenidos pueden ser privados de su libertad por varios años sin siquiera haber comenzado a juzgárseles por el crimen por el que fueron encarcelados. Algunos de ellos, impresionantemente han permanecido en prisión por tiempos más largos al de la condena que se les hubiera impuesto de habérseles hallado culpables. Ésta situación no solamente viola las normas fundamentales de los derechos humanos, sino que también contribuye al acrecentamiento del problema de la sobrepoblación carcelaria, que es la causa misma de otro tipo de abusos. La prolongada detención de personas que no han sido condenadas encuentra su origen en dos fenómenos: la negación de la libertad a las personas que están siendo procesadas y la excesiva duración de los procedimientos criminales. Por ellos mismos, estos dos ingredientes violan los derechos humanos, pero juntos constituyen una grave afrenta para la justicia.

En otro artículo, que se titula “Special Issues and Campaigns”, la misma organización, Human Rights, también sostuvo lo siguiente³¹: “...Although comprehensive figures were impossible to obtain, the available statistics showed that an impressive numbers of the world’s prisoners had not been convicted of any crime, but were instead being preventively detained at some stage of the trial process. In countries as varied as Bangladesh, Burundi, Chad, the Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, India, Mali, Nigeria, Pakistan, Peru, Rwanda, Uganda, and Venezuela, unsentenced prisoners made up the majority of the prison population. Indeed, some of the 90 percent of Honduran, Paraguayan, and Uruguayan inmates were unsentenced...”

La Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, igualmente muestra su desacuerdo con respecto a esta situación de quienes han sido detenidos preventivamente, como se deduce del artículo, que, intitulado Entre Sombras y Silencios, publicó con ocasión de una investigación que realizó durante 1997 en el Centro de Detención provisional de Quito (C.D.P.), en el que se sostiene³²: “El estudio muestra que el CDP presenta una falta de regulación jurídica que determine clara y específicamente sus funciones; alberga en su interior a detenidos acusados de delitos y es un centro ad hoc para el cumplimiento de

³¹ ...Aunque fue imposible obtener la totalidad de las cifras, las disponibles muestran que un impresionante número de prisioneros en el mundo no han sido declarados culpables de ningún crimen, pero, en cambio, han sido detenidos preventivamente en alguna etapa del proceso. En países tan variados como Bangladesh, Burundi, Chad, República Dominicana, Ecuador, Salvador, Guatemala, Haití, India, Mali, Nigeria, Pakistan, Perú, Rwanda, Uganda y Venezuela, prisioneros sin sentencia conforman la mayoría de la población carcelaria. En efecto, como el 90% de la población hondureña, paraguaya y uruguaya son prisioneros que no han sido sentenciados.

³² Para una mayor información, el presente artículo podrá ser consultado en la siguiente dirección de Internet: www.Derechos.org/inredh/doc/sombras/

penas por contravenciones (infracciones leves). Además, es un centro receptor de encargados (detenidos castigados enviados por otros Centros de Rehabilitación Social), distorsionando el rol de un centro de detención provisional que debería únicamente alojar a detenidos con fines investigativos, quienes en 48 horas deberían ser, o bien puestos en libertad, o remitidos a un Centro de Rehabilitación social... El hacinamiento (el CDP tiene una capacidad real para alojar a 112 internos y en la práctica aloja un promedio de 450 personas), el alto consumo de droga y de alcohol, el deterioro de la infraestructura, la falta de servicios básicos (la mayor parte de servicios higiénicos están taponados, por lo que se utilizan fundas para sus necesidades fisiológicas, no cuentan con agua potable) la carencia de información sobre su situación legal y la desocupación, configuran condiciones de vida inhumanas y constituyen una violación sistemática de los derechos humanos. La mayor parte de la población que ingresa al CDP tiene las siguientes características: es masculina (un 84.6%), se encuentra entre los 18 y 45 años, son solteros, no han complementado un nivel básico de instrucción, ejercen diversos oficios o actividades de baja remuneración y son mestizos. Estas condiciones de la población reflejan el carácter discriminatorio del sistema penal, ya que la selectividad afecta, por lo general a personas pobres. Se registra un ingreso promedio diario de 42 personas y en ocasiones llega a un centenar más. La mayor parte de la población ingresa mediante un parte policial (84%), y no a través de una orden judicial (15.4%), se evidencia una práctica sistemática de detenciones ilegales arbitrarias. La permanencia en el CDP excede las 48 horas señaladas por la ley para casos de personas detenidas por un delito con fines investigativos, ya que el 94.7% de personas permanecieron más del tiempo

debido. Para el caso de contraventores, un 30% exceden la pena máxima establecida que es de 7 días... La magnitud de la violencia es alarmante...Se manifiesta mediante insultos, amenazas, asaltos, robos, agresiones físicas, agresiones sexuales y, excepcionalmente, casos de muerte; los instrumentos son las palabras, puños, pies y diversas armas blancas... Además de las violencias al interior del CDP, también se tratan brevemente las violencias externas que tienen relación con la tortura y el maltrato físico durante la detención, y la tortura durante los procesos de investigación. En el primer semestre del 97 se registran 148 casos de tortura y 215 casos de maltrato en la detención..."

En México, José Antonio Valenzuela Ríos, oriundo de este país, sostiene lo siguiente con respecto al sistema penitenciario mexicano: "...Las cárceles se han convertido en espacios indiferenciados y concurrentes de distintas edades y sexos; indiciados, procesados, sentenciados y reos; inimputables; primarios, reincidentes y multireincidentes; toxicómanos; de alta y de baja peligrosidad, entre otros...Nuestras cárceles, así como casi todas las del mundo, son Universidades del crimen...La prisión en México está en crisis, como en crisis también lo están las prisiones mundiales..."

En España, la circunstancias no son muy diferentes, pues, en un informe publicado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de ese país, se muestra que, para el año de 1999, un poco menos de la cuarta parte del total de la población detenida (45.954) eran personas que lo estaban preventivamente (10.677).

Pero el problema se agrava si tenemos en cuenta que a las prisiones no solamente llegan las personas que han sido declaradas culpables en un proceso penal, o las personas que aún siendo inocentes han sido objetos de la detención preventiva, sino también las que han sido ilegal o arbitrariamente detenidas.

Ha sido tan grave este problema de las detenciones ilegales o arbitrarias, que, en 1991, mediante la resolución 1991/42, la Comisión en Derechos Humanos estableció a un grupo específico para la investigación de este fenómeno, encomendándosele la realización de informes mundiales sobre estos aspectos. A nuestras manos, ha llegado el que rindieron sobre el período de enero a diciembre de 1996, en el que se sostiene: “Durante el período bajo revisión, el grupo de funcionamiento transmitió 30 comunicaciones referentes a 205 casos nuevos de detención arbitraria alegada³³ (12 mujeres y 193 hombres) que implicaba los países siguientes (el número de las cajas para cada país se da en paréntesis): Albania (4), Bahrein (59), Colombia (1), Etiopía (1), Francia (1), Gambia (35), Indonesia (22), Israel (1), Kuwait (1), Líbano (2), Malasia (9), Marruecos (11), Méjico (9), Nigeria (5), Perú (5), República de Corea (2), Federación Rusa (1), República Árabe Siria (22), Túnez (1), Estados Unidos de América (2), Venezuela (6), Vietnam (1)...”. En este mismo informe, también es notoria la despreocupación de los gobiernos sobre este escandaloso fenómeno, pues se dice: “ Los gobiernos

³³ Nótese que se habla de nuevas y alegadas detenciones arbitrarias, lo que, como es obvio, quiere decir que estas cifras no involucran a las detenciones arbitrarias producidas en otro período distinto al de este informe, ni tampoco las que se encuentran clandestinamente ocultadas.

de Albania, de Colombia, de Gambia, de Israel y de Nigeria no proveyeron del grupo de funcionamiento ninguna contestación referente a los casos en los que ellos se encuentran involucrados, aunque el plazo para ello había expirado. Con respecto a Francia, Malasia, Marruecos, Méjico, Túnez y los Estados Unidos de América, el plazo todavía no había expirado cuando el actual informe fue adoptado por el grupo... Por lo que se refiere a las comunicaciones transmitidas antes del período enero-diciembre de 1995, el grupo de funcionamiento recibió contestaciones de los gobiernos de Canadá, de China, de Colombia y de Turquía...”

c-) Para olvidar al reo y para fomentar nuevos delincuentes en la sociedad:

No podemos pensar en algo distinto al olvido social del reo mediante la pena privativa de la libertad, pues, como lo hemos visto, el hacinamiento, el hambre, la droga, la violencia y las enfermedades son la regla general en las condiciones de vida que a ellos les acompañan en el interior de las prisiones.

Ahora, de este olvido es lógico pensar que se derive un aumento en la tasa de reincidencia en la comisión de los delitos, pues, el delincuente, una vez recuperada su libertad, lo que encuentra es a una sociedad que precisamente le rechaza porque no cree en su posible resocialización en esas públicas circunstancias vividas durante su encierro, en las que, por lo demás, posiblemente le tocó robar o aprender a hacerlo durante el tiempo de su reclusión para poder

alimentarse o para poder vestirse, o le tocó matar para defenderse en ese ambiente de violencia, o consumir drogas para hacer menos dolorosa su soledad, su frío, su hambre o las torturas que hubo de padecer..

Así, en la gran mayoría de los casos, recuperar la libertad no le reporta ningún beneficio a quien por alguna vez la haya perdido en la cárcel, pues ésto equivale a llevar un estigma que impide la aceptación social, tan necesaria para el sustento diario de esas personas que en su gran mayoría no cuentan con estudios académicos ni con posibilidades de desarrollar un trabajo autónomo, quedándoles, por lo tanto, el único recurso que se les ofrece por su experiencia y que de nuevo les traza los perímetros de este círculo vicioso que les condena a regresar sucesivamente a los centros carcelarios: el crimen.

3. Implicaciones doctrinarias y legales de la incongruencia entre la teoría y la práctica penitenciaria.

Creando haber ilustrado con claridad la notoria y evidente diferencia entre la práctica y la teoría penitenciaria, pasaremos, entonces, a analizar las implicaciones que por esta contradicción se han generado en el interior de los diferentes sistemas jurídicos y de los más influyentes círculos intelectuales de la época.

Como en el desarrollo de este punto lo veremos, este aspecto se encuentra gobernado por dos pensamientos principales, que, debido a esta patente crisis carcelaria, han tratado, según el caso, de eliminar o de disminuir la importancia de la prisión en el interior de los sistemas punitivos del mundo.

Por lo anterior, no ha sido este fenómeno del fracaso de la prisión un punto árido en la doctrina contemporánea, ni tampoco en las legislaciones más recientes, pues, como a continuación también lo veremos, se han desarrollado pensamientos que elaboran posibles soluciones a este problema, que, debido a su importancia y a su altísima notoriedad, ocupa los primeros lugares en la escala de las preocupaciones mundiales.

Por ser los que han adquirido una mayor importancia, trataremos a los pensamientos que se refieren al desarrollo de las penas alternativas o sustitutivas de la prisión, así como también, a los que abogan por su total eliminación de los ordenamientos jurídicos, pudiendo, con este análisis, observar que, tanto los primeros como los segundos, se han elaborado y difundido para la corrección y para la censura de los abusos que se han venido cometiendo con la institución de la prisión.

a-) Las penas alternativas o sustitutivas de la prisión:

Como un lógico resultado de la crisis penitenciaria, surgió este pensamiento, que, sin atacar la existencia misma de la prisión, aboga por su mínima utilización al interior de la sociedad mediante la elaboración y proposición de nuevas formas de sanciones penales.

Como fundamentos teóricos y empíricos para esta proposición intelectual, se toman, en primer lugar, el hecho innegable de la existencia de una crisis carcelaria, que, según se afirma por estos pensadores, se debe más al abuso de la prisión por parte de la sociedad que a la incapacidad del Estado para hacer de ella una institución viable en un medio civilizado; igualmente, encuentran estos mismos pensadores, que por su severidad, así como también por sus imborrables secuelas en el individuo, la pena privativa de la libertad debe ser una excepción y no la regla general en la que se ha convertido y con la que se ha desvirtuado la naturaleza subsidiaria del derecho penal.

Pudiendo, por lo anterior, sostener que para esta vertiente los mayores problemas carcelarios se deben al fenómeno del hacinamiento, del que, según sostienen, se deriva el fracaso de todos los intentos para lograr la resocialización a través de la pena privativa de la libertad, por lo que, como ya lo dijimos, proponen que sea la descongestión de la prisión, a través de una mínima utilización de la pena privativa de la libertad, la que se constituya en la principal solución a este fracaso penitenciario.

De la sobrepoblación penitenciaria, afirman, se deriva para los reclusos la peor de las torturas físicas y mentales; sus altos niveles de desnutrición y de desaseo; así como la ausencia de una eficaz clasificación penitenciaria, considerada por ellos como uno de los principales requisitos para una efectiva y verdadera resocialización. Por lo tanto, continúan afirmando, si de corregir los problemas penitenciarios se trata, debe, en primer lugar, trabajarse en el campo de la disminución de la densidad poblacional de las prisiones, lo que, según sus apreciaciones, puede lograrse a través de la racionalización en el uso que se ha hecho de la prisión preventiva y de la prisión como pena; así como también, a través de una mayor eficacia y una mayor celeridad judicial; y, por último, a través de un aumento de la capacidad instalada de las prisiones en los diferentes países del mundo, que, a lo largo de la historia, y debido a la mayor velocidad del aumento del fenómeno criminal con respecto a las previsiones estatales para el albergue de sus prisioneros, han visto fracasar todos sus intentos por implantar métodos efectivos para la lucha contra el delito, favoreciendo, con ello, la rentabilidad del crimen y la inseguridad y el temor social.

Así, por ejemplo, el Instituto de Investigaciones Jurídicas, en su boletín Mexicano de Derecho Comparado de 1995, sostuvo lo siguiente con respecto a esta tendencia en la que se ha suscrito con una incomparable claridad: "...La naturaleza subsidiaria del derecho penal alude a que el Estado debe emplear este instrumento como un último recurso allí donde no basten otras normas. El derecho penal es la más drástica reacción del Estado, sobre todo en lo que se refiere a la

pena privativa de la libertad, la cual suele dejar secuelas imborrables. Hemos presenciado en México una orientación deformada del derecho penal: existen figuras injustificables y penas exageradas o inidóneas, lo que se traduce en insufribles reproducciones de la desigualdad social y en sobrepoblación carcelaria, proveniente, en una abrumadora mayoría, de las clases menos favorecidas. Se abusa de la privación de la libertad no solo cuando se ejecutan las penas sino, lo que es más grave, cuando aun no se han dictado. Este hecho reconocido mundialmente llevó a la Organización de las Naciones Unidas (desde el 14 de diciembre de 1990, la ONU aprobó las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de libertad, también llamadas Reglas de Tokio) a impulsar medidas alternativas, en el entendido de que tales sanciones no son necesariamente alternativas suaves, puesto que incluyen la denuncia del acto e imponen apremiantes exigencias al condenado. Sobre todo, se reconoce que es posible tanto castigar como rehabilitar a ciertos delincuentes sin enviarlos a la cárcel...”

De lo anterior, podemos, entonces, observar que ya es una clara tendencia internacional la de tratar al tema de las penas alternativas a la prisión como una posible solución al fenómeno del fracaso penitenciario, e, incluso, también afirmar que es la más clara y la más trabajada, así como, en el nivel doctrinario, la más aceptada de cuantas soluciones se hayan propuesto para aliviar las nefastas consecuencias de esta crisis penitenciaria mundial. La más aceptada, porque es una solución intermedia que no exige posiciones extremas, ni tampoco cambios profundos en el nivel legislativo, pues, con claridad, podemos observar que en la gran mayoría de países ya se encuentran consagrados estos mecanismos, que,

de ser usados, permitirían una significativa reducción en los índices del uso de la prisión y, por lo tanto, un alivio en las condiciones carcelarias. De esta manera, lo que encontramos es que los estados, teniendo las herramientas fundamentales para la solución de los problemas carcelarios, se niegan a usarlas, como ha sucedido en México, en España y en otros tantos países en los que todavía reina la cultura de la prisionalización de las conductas.

Para demostrar nuestra afirmación, continuaremos con el análisis del informe que el Instituto de Investigaciones Jurídicas realizó sobre México en 1995, en el que sostiene: "...Recordemos además que en el Código Penal en vigor encontramos al trabajo a favor de la comunidad, la semilibertad y el tratamiento en libertad como penas sustitutivas de la pena de prisión, pero que no tienen aplicación en la realidad porque se carece de los lugares y la infraestructura necesaria para que se cumpla su ejecución. Aparejada con la reforma que se propone, se requiere que la Secretaría de Gobernación implemente estas nuevas penas principales con el fin de contar en un breve plazo con la posibilidad real de que puedan ser impuestas por los jueces respectivos..."

De esta manera, podemos observar que ésto que sucede en México, y que con seguridad sucede en la gran mayoría de los países, es un enorme desinterés por la adopción de esta clase de soluciones para el problema carcelario, pues, como lo hemos visto, en muchos casos las puertas legislativas ya se encuentran abiertas para la desprisionalización de ciertas conductas, pero los Estados, a pesar de sus notorios y censurables fracasos en el campo penitenciario, continúan

en su tónica de mantener a la pena privativa de la libertad en el lugar que no soporta y que no le corresponde: el primero de las sanciones estatales.

A pesar de lo anterior, debemos decirlo, algunas personas han llegado a pronunciarse en contra de la implantación de este tipo de penas alternativas o sustitutivas de la prisión, pues consideran que, por ser menos drásticas que la privación de la libertad, pueden llegar a incentivar las actividades criminales. A esta censura, que no nos parece acertada desde ningún punto de vista, simplemente respondemos diciendo que nada hay que incentive más a la actividad criminal que la cárcel misma, y, adicionalmente, que no es cierto que estas sean unas penas que no impongan un castigo real al delincuente, sino, por el contrario, que le imponen serias obligaciones que de ser incumplidas de todas maneras lo llevarían a su privación de la libertad. Debemos, además, decir que no es que esta vertiente de las penas alternativas o sustitutivas de la prisión abogue por la eliminación de cárcel, como también se ha pretendido hacer creer, sino que, por el contrario, defiende su existencia a la par de que reconoce su crisis, a la que trata de aliviar mediante la formulación de este tipo de soluciones que no se extienden para todos los tipos de delitos sino tan solo para aquellos que no son de mayor gravedad. Pero nadie mejor para defender este punto de vista que Miguel Sarre Íguiniz, quien, en un artículo intitulado Propuesta de Reforma Legislativa Integral Sobre Las Penas Sustitutivas de Prisión, sostiene: "...Con los sustitutivos de prisión se amplía el espectro de penas que la autoridad judicial puede imponer y se facilita una mayor racionalidad y eficiencia en el sistema penitenciario. Esto se traducirá en la disminución de la sobrepoblación en los centros de reclusión,

aunado a la posibilidad de proporcionar una mayor atención a los internos que permanezcan en ellos. Asimismo, se reducirá el gasto público destinado a la construcción, operación y mantenimiento de los centros de reclusión, todo ello bajo una perspectiva que da prioridad a la función reparatoria de la pena sobre la función aflictiva. Con las reformas propuestas, la sociedad tendrá una mejor garantía de que, al tiempo que los delitos no queden impunes, los sentenciados se vean obligados a realizar actividades encaminadas al beneficio de la comunidad o, en su caso, les sean restringidos determinados derechos, con lo que se evitarán las influencias nocivas que conlleva el internamiento, que en ocasiones conducen a una mayor inseguridad pública de la que se quiso combatir con su reclusión...”

Ahora, en cuanto se refiere a las clases de sustitutos de la prisión, en México, por ejemplo, existen tres tipos, que son el trabajo en favor de la comunidad, el tratamiento en libertad y la semilibertad, procediendo, cada uno de ellos, para penas de prisión que no excedan los cinco años³⁴. Ahora, en España, al igual que en México, también existen tres sustitutos de la prisión, que son la multa, los arrestos de fin de semana y la expulsión del territorio para extranjeros, que, para todos los casos, proceden según el arbitrio del juez, que, a su vez, se encuentra limitado tanto por la duración de la pena de privación de la libertad como por las circunstancias personales del reo.

³⁴ Al respecto, consúltese el artículo 70 del Código Penal Federal de México.

Como una gran excepción a esta tendencia de no aplicar los sustitutivos de la prisión que se han consagrado en el nivel legislativo de algunos de los países del mundo, se encuentra Inglaterra, en donde, como un gran modelo para los demás países, se adoptó la TBC, que significa Trabajo en favor de la Comunidad. Iníciase la historia de esta figura de la TBC hacia la década de los setenta, en la que, al comenzarse a revivir el concepto del trabajo como el más apto de los medios para la regeneración del delincuente, se planteó la posibilidad de que para los delitos menores no existiera la cárcel sino una forma de castigo que consistiera en que el infractor de la ley penal realizara un número de horas de trabajo no remuneradas en favor de la comunidad.

A diferencia de otros países que también han llegado a establecer a esta figura de la TBC, Inglaterra sí la ha aplicado verdaderamente, pues, consciente de que para su funcionamiento se requería de una infraestructura, de unos recursos especiales y de una situación económica que implicara un bajo nivel de desempleo al interior de la sociedad, se dedicó a ponerla en práctica mediante la creación de labores útiles que a la par de significar un castigo por el delito cometido pudieran a la vez representar una utilidad para la comunidad.

Desgraciadamente esta figura de la TBC es tan exigente como lo hemos descrito, pues, además de requerir ciertos niveles de capacitación y de dotación para los reclusos, también necesita de bajos niveles de desempleo al interior de la sociedad. Lamentablemente ésto ha ido en contra de la figura, ocasionando que algunos países no le miren con interés o que la consagren de una manera lo

suficientemente artificiosa como para pensar en su completa inutilidad. Tal es, por ejemplo, el caso de España, país en el que, debido a sus usuales problemas laborales, los sindicatos han obstaculizado la incorporación real y efectiva de esta figura, que, a diferencia de Inglaterra, en donde se encuentra consagrada de una manera directa, principal e inmediata, se encuentra establecida como sustitutiva de la pena de privación de la libertad cuando ésta se origine como responsabilidad subsidiaria por el impago de la multa. Lo que equivale a sostener, con todas las consecuencias que pueden llegar a derivarse de este hecho, que la TBC española no es en la realidad un sustitutivo de la pena privativa de la libertad, sino, por el contrario, de la pena de multa, que es, a su vez, una pena poco aplicada en la legislación española.

De esta manera, y según los anteriores ejemplos, tenemos las explicaciones de la inutilización de estos importantes mecanismos para la descongestión carcelaria. Simplemente no se utilizan porque los Estados carecen de la infraestructura necesaria para desarrollarlos; o, como sucede en el caso español, porque son consagrados como una facultad judicial que nunca funcionará en un país en el que reina la cultura de la prisionalización, como lo demuestran las estadísticas, que señalan que una cuarta parte de la población penitenciaria española de 1999 está confinada en una cárcel por medio de la detención preventiva.

Por todo lo anterior, concluimos que, aunque con consagraciones en algunas de las legislaciones del mundo, esta propuesta, la de los sustitutos o penas alternativas a la prisión, ni se ha llevado a cabo, ni mucho menos se le ha

brindado la importancia que merecería por sus utilidades para el sistema penitenciario.

b-) El abolicionismo.

Aunque su verdadero objeto se encuentre dirigido hacia la total eliminación del sistema penal, que, como es obvio, comprende mucho más que a la sola pena privativa de la libertad, lo incluimos en esta parte de la investigación porque sus planteamientos incumben a esta forma punitiva, que, en los últimos tiempos, debido a la agudización de la crisis penitenciaria, se ha visto atacada de una manera más directa por estos pensadores.

Fundamentalmente, esta vertiente intelectual critica las bases en las que se ha construido el sistema penal en el interior de la sociedad. Argumentando que las penas, y, principalmente la privativa de la libertad, son penas clasistas que tan solo afectan a la población con bajos recursos, por lo que, según ellos, puede llegar a negarse la existencia de los principios de igualdad y de justicia ante la ley penal. De la crisis penitenciaria han tomado la diversidad de circunstancias que se establecen en el interior de las cárceles del mundo para los reclusos, pues, según las posibilidades económicas de reo, se han llegado a encontrar diversos tipos de alimentación, de vestido y de higiene; también han tomado al hecho innegable de

la existencia de un régimen de corrupción, de crímenes y de barbarie al interior de las cárceles como un sustento más para sus afirmaciones contra el sistema penal y contra la pena privativa de la libertad.

A los anteriores argumentos, suman otros, entre los que, por ejemplo, se encuentran el hecho de que el sistema penal es altamente inefectivo, como lo demuestra la existencia de una lista negra de delitos que desborda los promedios de condena proferidos por los diferentes Estados; y que, cuando el sistema penal interviene, como lo afirma Raúl Cervini, lo hace por lo general en contra de las clases menos favorecidas. Se sostiene también que el sistema penal se encuentra especialmente diseñado para su inutilidad, porque los altos niveles de tipificación de las conductas hacen imposible la persecución eficaz de los delitos, y lo que es peor, como lo afirma Raúl Zaffaroni: “Los órganos ejecutivos judiciales tienen el espacio legal para ejercer el poder represivo sobre cualquier habitante, mas tan solo operan contra quien deciden” .

Por lo anterior, es por lo que sostienen los abolicionistas que en la sociedad es mucho más nociva la existencia de un sistema penal que su más pronta eliminación, incluyendo, como es obvio, a la pena privativa de la libertad en esta afirmación.

Debemos decir que esta seductora propuesta no ha tenido una real acogida, pues hasta la fecha no se ha registrado ni se han tenido noticias de que ningún Estado haya abolido por completo sus leyes penales, lo que, sin duda, demuestra el

arraigo que ellas han tenido en la conciencia y en la vida de los pueblos. Por lo tanto, si la fundamentación de los sistemas penales, como acertadamente lo establece el abolicionismo, no se encuentra en su efectividad, debe, para desvirtuarse a esta tendencia, pensarse que esta fundamentación más bien se encuentra en una notable y casi infalible consideración: el temor popular por el desorden que traería la inexistencia de los sistemas penales.

Tal vez la anterior situación, la de su poca acogida en los terrenos de la práctica penitenciaria ha producido un replanteamiento, aunque no de todo el abolicionismo, sí, por lo menos, de una parte significativa de sus pensadores, que, al ver que no contaban con una acogida suficiente en la sociedad, han comenzado a orientarse a defender la cabal aplicación del principio de subsidiariedad del derecho penal o de mínima intervención. Acercándose, con esto, a las doctrinas que proponen la utilización efectiva de las penas alternativas o sustitutivas de la prisión.

Ahora, como ya lo dijimos, este fenómeno de deserción que se ha producido al interior del abolicionismo, y que involucra posturas menos radicales en torno al tema de la solución del problema penitenciario, no ha afectado a la totalidad de esta vertiente. Por lo que todavía es viable encontrar pensadores que continúen propugnando estas ideas, como en efecto ha sucedido con lo que se ha denominado el ICOPA, que, significando International Conference on Penal Abolition, viene a ser una de las máximas formas de expresión de esta postura intelectual que se hace sentir mediante la realización de foros internacionales que

reúnen a los pensadores abolicionistas para debatir la problemática penitenciaria internacional. Es de destacar que estos foros, como lo sostiene Ruth Morris de Rittenhouse, cuentan, además, con la asistencia de personas que en alguna parte de su vida se han encontrado sometidas a la privación de su libertad mediante su confinamiento en alguna de las cárceles del mundo, por lo que reconocemos el gran espíritu pragmático que creemos que en ellos impera, así como su esfuerzo por aportar nuevas visualizaciones y orientaciones al fenómeno de la crisis penitenciaria.

4. Conclusiones generales.

Sea por el excesivo uso que de ella se haya hecho o sea por la ineffectividad estatal que se ha podido observar en el campo de la práctica penitenciaria, la pena privativa de la libertad es una institución que no ha funcionado correctamente. Así lo demuestra la clara e indiscutible incongruencia que existe entre el fin propuesto y anhelado con el desarrollo y mantenimiento de esta institución - que es la resocialización- y los resultados efectivos que con ella podemos observar en los terrenos de la práctica penitenciaria.

El primer y directo perjudicado de esta situación ha sido el recluso, quien, como lo hemos visto, mediante la pena privativa de la libertad no solo se encuentra

condenado a la pérdida formal y lícita de su libertad ambulatoria, sino, por el contrario, también condenado a un sinnúmero más de penas que, como el hambre, las torturas, las enfermedades y el hacinamiento, se aplican sin consideración a los principios de legalidad y de igualdad ante la ley penal. Como segundos e indirectos perjudicados de esta situación, nos encontramos los miembros de las sociedades que sufren este flagelo, del que se deriva gran parte de la violencia, así como de la impunidad mundial y del crecimiento indiscriminado del crimen.

Algunas voces se han alzado contra este fenómeno para la solución y el alivio de esta paulatina y cada vez más notoria decadencia carcelaria. Sin embargo, los Estados las han ignorado, descartado sus propuestas y ridiculizado sus pensamientos con pronunciamientos legales que en la práctica no logran ni la más ínfima modificación de la situación contra la que estas mismas voces han tomado forma a través de serios e incuestionables informes que revelan la realidad carcelaria.

A estos desoídos esfuerzos intelectuales nos unimos reconociendo sus méritos y sus intenciones por construir una sociedad mejor. Sin importar si en ellos tiene o no cabida la pena privativa de la libertad, pues, como lo demostramos, se plantea su desaparición o su mantenimiento a través de su uso racional, reconocemos la bondad y la dedicación de estos estudios que lo menos que han conseguido es demostrar y desnudar la verdad de nuestros centros carcelarios. Queremos, igualmente, unirnos a sus voces de protesta en torno a esta situación, del todo

incompatible con cualquier supuesto Estado que pretenda funcionar con rectitud y con justicia.

Lo cierto es que este caos, representado en la flagrante y descarada violación de la dignidad humana de personas cuyos derechos han sido amplia e indiscutiblemente reconocidos, no puede ni debe continuar, pues de su existencia se derivan gran parte de las tragedias humanas y de la falta de confianza en la misma labor estatal, así como también una serie de argumentos que se han distinguido por saber aprovechar la actual situación penitenciaria para atacar la existencia misma del Estado y de la penalidad en el interior de la sociedad. Por lo tanto, nada mejor que una rápida conciencia sobre este fenómeno, que es lo mismo que pedir una pronta y eficaz solución de tipo pragmático, cuyos efectos, sin duda alguna, se extenderían no solamente hacia los reclusos, sino, incluso, hacia la definitiva y perpetua consolidación de esta institución (la pena privativa de la libertad) que padece los rigores de una crisis que injustamente se le ha atribuido. Sí, a nuestro juicio es injusta esta atribución de esta crisis penitenciaria a la pena privativa de la libertad, pues nosotros, a diferencia de otros pensamientos, defendemos y creemos en la necesidad que la sociedad tiene de esta institución, porque la vemos como un mecanismo apropiado en la lucha mundial contra el crimen. No es una contradicción, porque si bien es cierto que la hemos atacado y que hemos demostrado sus nefastas consecuencias para la sociedad, lo hemos hecho con el propósito de que se le entienda como la institución que debe ser y que no ha sido lo que por su naturaleza y capacidades está llamada a ser: última y excepcional sanción penal en la sociedad.

En nuestro entender, los fracasos penitenciarios que han perseguido a la humanidad desde el surgimiento de la pena privativa de la libertad tienen una explicación diferente a la de una falla al interior de esta forma sancionatoria, que es la de la ausencia de una verdadera y seria política punitiva por parte del Estado. Porque no es la pena privativa de la libertad la que transgrede la dignidad humana de los reclusos ni la que aumenta la inseguridad en la sociedad; sería ingenuo pensarlo si se reflexiona sobre el hecho simple y contundente de que ésta es una forma de sancionar las actividades criminales, y, en consecuencia, una forma de intimidación que opera sobre los deseos humanos de realizar conductas delictivas. Más bien, la crisis, la mencionada crisis penitenciaria tiene otras causas aún más elevadas, entre las que se encuentran, por ejemplo, el hecho de la excesiva utilización de esta forma punitiva sin la asignación proporcionada de los recursos que se requieren para su apto y eficaz funcionamiento, así como también, la negligencia y la apatía estatal en el momento de elaborar una clara metodología que conduzca a un tratamiento respetuoso hacia los reclusos y hacia su derecho a la resocialización.

Por lo anterior, más que en ningún otro campo, ubicamos las causas de esta crisis penitenciaria en el fenómeno de la ineffectividad estatal. Y pensamos que sobran los argumentos si se tiene en cuenta que esta institución se encuentra es a cargo del Estado y no a cargo de sí misma; que no funciona sola, sino que, por el contrario, es una consecuencia de la dedicación y de la voluntad estatal,

materializadas en eliminar problemas como el hacinamiento y las torturas carcelarias.

CAPITULO III

LAS MODALIDADES DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

En este punto, estudiaremos lo referente a las diferentes clasificaciones que de la pena privativa de la libertad se han realizado en las más importantes legislaciones, así como su evolución, trascendencia y justificación para la práctica penitenciaria.

1. Las diferentes modalidades de la pena privativa de la libertad en el derecho comparado.

Según la legislación española, son penas privativas de la libertad la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa. A su vez, la pena prisión se clasifica, dependiendo del término de su

duración, en grave o menos grave en el entendido de que las que superen el lapso de los tres años serán las graves y las que no lo superen serán las menos graves.

Pero ésto no es todo porque la misma legislación continúa ahondando aún más en la clasificación de esta forma punitiva, sosteniendo que la pena privativa de la libertad consistente en arrestos de fin de semana se clasificará, a su vez, en menos grave y en leve dependiendo de si ese arresto supera o no el término de los 24 fines de semana¹.

Para la legislación paraguaya, en cambio, la situación es mucho más simple que para las legislación española, pues en ella tan solo existen dos clases de penas que son las principales y las accesorias. Y, sin más distinciones, dentro de la penas principales se encuentra la pena privativa de la libertad².

A su vez, En la legislación argentina, se establece que las penas aplicables serán las de prisión, reclusión, multa e inhabilitación. Y, en cuanto se refiere a las penas de prisión y de reclusión, que son las privativas de la libertad al interior de este ordenamiento jurídico, se les clasifica en perpetuas y en temporales³.

La legislación de la República Federal de Alemania es, a nuestro juicio, la más sensata de todas, pues simplemente establece a una clase de pena privativa de la libertad⁴.

¹ Al respecto, consúltense los artículos 33, 34, 35 y 37 del Código Penal Español.

² Al respecto consúltense el artículo 37 del Código Penal Paraguayo.

³ Al respecto, consúltense los artículos 5, 6 y 9 del Código penal Argentino.

⁴ Al respecto, consúltense el artículo 38 del Código Penal Alemán.

En la legislación colombiana se establecen dos formas de pena privativa de la libertad, que son la prisión y el arresto⁵.

2. Relevancia práctica de estas modalidades.

Con respecto a la legislación española vimos que la pena privativa de la libertad se consideraba grave o menos grave dependiendo de si excedía o no el término de los tres años en materia de su duración. Sin embargo, podemos afirmar que las verdaderas diferencias en la práctica penitenciaria española no se encuentran establecidas por este término sino por otros distintos. A esta conclusión llegamos después de analizar los requisitos que en este ordenamiento jurídico se han impuesto para la procedencia de figuras tan importantes en materia punitiva como la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, que exige que se trate de condenas no superiores a los dos años; o como su sustitución, que requiere que se trate de penas privativas de la libertad que, dependiendo del caso, no sean superiores a uno o a dos años; o como la procedencia de las penas accesorias a la privación de la libertad, en las que el término relevante es de diez años porque es el que marca las diferencias sustanciales en estos aspectos⁶.

⁵ Al respecto, consúltense el artículo 45 del Código Penal Colombiano.

⁶ Al respecto, consúltense los artículos 55, 81 y 88 del Código Penal Español.

Como también lo vimos, en Argentina se divide a la pena privativa de la libertad en pena de reclusión y en pena de prisión. Ahora, según la ley, estas dos modalidades deben cumplirse en establecimientos distintos y especializados para cada una de ellas, lo que, a simple vista, nos permitiría observar una única y muy tenue diferencia teórica entre las mencionadas modalidades. Teórica porque, también como lo hemos podido ver en el desarrollo de este trabajo, debido principalmente al fenómeno mundial del hacinamiento carcelario, no existen en la realidad las distinciones espaciales que se han pretendido establecer para la ejecución de las modalidades de la pena privativa de la libertad, como lo demuestra el hecho de que en la generalidad de los países se mezclan en las mismas prisiones, e incluso en las mismas celdas, a delincuentes de alta y de baja peligrosidad, a personas de distinto sexo y a personas que adolecen de enfermedades mentales con quienes no las sufren.

En cuanto se refiere al caso colombiano, podemos observar que sucede el mismo fenómeno que en Argentina, pues, de la misma manera, pero con términos distintos, que son los de prisión y arresto, se pretende diferenciar a la pena privativa de la libertad por el ámbito o el lugar en el que se deba desarrollar. Esta diferenciación, que, como es obvio, tampoco se cumple en nuestro país, nos lleva a pensar en la irrealidad, así como en la inutilidad práctica del asunto.

Continuando con el caso colombiano, podemos observar que pueden encontrarse algunas otras supuestas diferencias entre los conceptos de prisión y de arresto, que, como ya lo sabemos, son las modalidades de la pena privativa de la libertad

en nuestro ordenamiento jurídico. Nos referimos, por ejemplo, al caso de las penas accesorias a la privación de la libertad, sobre las que se dispone que, salvo para la de privación de derechos y de funciones públicas, que se entiende necesariamente incorporada a la prisión, procederán, según el criterio del juez, la totalidad de ellas para todas las modalidades de la privación de la libertad. Otra diferencia que puede encontrarse en nuestra legislación alrededor de estos conceptos de prisión y de arresto, se refiere a las figuras de la condena y de la libertad condicional, que proceden para ambos casos pero con una mayor facilidad para la modalidad del arresto⁷.

Lo anterior, ha llevado a que juristas colombianos, como Bernardo Gaitán Mahecha, Alfonso Reyes Echandía y Emiro Sandoval Huertas, entre otros, se hayan pronunciado en contra de este fallido intento por diferenciar a la pena privativa de la libertad en nuestro ordenamiento jurídico. Y es que, como del pensamiento de ellos se extrae y se deduce, no puede pensarse en diferencias reales, ni mucho menos sustanciales entre una u otra modalidad de la pena privativa de la libertad, cuando la teoría establece diferencias tan sutiles, como en el caso de las penas accesorias a la privación de la libertad; o tan injustificadas, como en el caso de la procedencia de las figuras de la condena y de la libertad condicional, que, en aras de la brevedad y de la claridad legal, bien podrían estar funcionando bajo una única modalidad de la pena privativa de la libertad, como lo afirma el Dr. Rosa Benavides: "...Que las distintas modalidades de la pena

⁷ Al respecto, consúltese el Código Penal Colombiano en sus artículos 52, 53, 68 y 72.

privativa de la libertad tienen asignadas penas accesorias diferentes; que esa diferenciación obedece a su mayor o menor duración y que tiene como fundamento la calidad del tratamiento que se va a dar a cada uno de los condenados, como si para todos estos efectos no bastara con una sola modalidad de la privación de la libertad con distinciones basadas en la mera duración de la pena.”

3. Conclusiones.

Habiendo visto la inutilidad, la insuficiencia o la injustificación de las más usuales clasificaciones que se han esbozado al interior de la pena privativa de la libertad, proponemos, en aras de la claridad y de la brevedad legal, así como de la facilidad en la tarea de comprender realmente a esta institución, su unificación y su reestructuración teórica.

Creemos que el mejor camino para una adecuada estructuración de un ordenamiento jurídico debe encontrarse cimentado en la organización, en la brevedad y en la óptima comprensión de la realidad social, así como en el cumplimiento eficaz de la totalidad de sus disposiciones. Por lo tanto, nos manifestamos en contra de todo lo que lleve a distinciones inútiles, como ha sucedido con la pena privativa de la libertad; por lo que, en consecuencia, y por

considerarlo altamente inconveniente, rechazamos la negligencia estatal en el campo del cumplimiento de las disposiciones carcelarias, que es lo que en cierta forma ha llevado a la creencia generalizada sobre la inexistencia de una verdadera política estatal en el aspecto carcelario.

Por otra parte, para no ser interpretados de una manera equívoca, dejamos en claro que no abogamos por la erradicación de las distinciones al interior de la pena privativa de la libertad, pues, las consideramos necesarias debido a los diferentes tratamientos que se requieren para los diferentes tipos y clases de reclusos. Abogamos, en cambio, en contra de esas distinciones inútiles que, como en el caso español, tienen poca relevancia teórica y práctica, y, como en el caso colombiano, poca justificación y aplicación.

No es este un pensamiento ni una propuesta novedosa, pues, como también pudimos verlo, ya son varias las legislaciones que se han enmarcado en esta tarea de no diferenciar irrealmente a esta institución. Así lo han hecho, por ejemplo, Paraguay y Alemania, en donde, con una concisa sencillez, que facilita las labores aplicativas e interpretativas sobre esta forma de sanción penal, se dispone una única pena privativa de la libertad que según la gravedad del delito origina diferentes consecuencias alrededor de temas penales tan importantes como las penas accesorias a la privación de la libertad o la procedencia de figuras como la condena o la libertad condicional. Ha sido este pensamiento, la consecuencia lógica de entender a la pena privativa de la libertad como un fenómeno único que debe incidir sobre el aspecto exclusivo de la libertad

ambulatoria del reo, quien, para su resocialización, necesita no de clasificaciones teóricas, sino, por el contrario, de hechos reales que se traduzcan en verdaderos elementos para su recuperación y para el mejor aprovechamiento de su fuerza humana y natural.

Por todo lo anterior, apoyamos absolutamente las palabras, anteriormente citadas, del Dr. Rosa Benavides, pues de ellas se deriva lo que nosotros consideramos que debe ser la estructura de la pena privativa de la libertad: una única denominación de esta pena que reconoce un único fenómeno de la privación estatal de la libertad y que, según la gravedad de la falta, representada por el término de su duración, da o no lugar a la aplicación total o parcial de las penas que le son accesorias y a la procedencia o improcedencia de figuras como la libertad o la condena condicional, así como a los diferentes tipos de tratamiento penitenciario, principalmente caracterizados por el lugar de su cumplimiento y por las labores que los reclusos deben desarrollar en su interior.

CAPITULO IV

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Comenzando con un breve recuento histórico, estudiaremos, en este capítulo, el proceso de la determinación de la pena, compuesto, en la actualidad, por múltiples etapas y fases, así como por diversas clases de autoridades, que, mediante su intervención y el cumplimiento de sus tareas, permiten la imposición específica de los diversos tipos de sanciones estatales que existen para las conductas descritas y establecidas como punibles.

1. Concepto.

Muchas definiciones podrán encontrarse al respecto, sin embargo, por su sencillez, coherencia y facilidad de comprensión, destacamos la de Emiro

Sandoval Huertas¹, quien sostiene que la determinación de la pena es “ el conjunto de procesos mediante los cuales se llega, en primer término, a la escogencia de la pena aplicable a una conducta determinada y, posteriormente, a su precisión para ser impuesta a una cierta persona frente a un caso concreto” .

De la anterior definición, podemos notar que este conjunto de procesos que conforman a la tarea de la determinación de la pena en general, que es lo que permite llegar a la individualización concreta y particular de la pena privativa de la libertad, se encuentran, en la actualidad, sustentados en disposiciones que obedecen a filosofías relativamente recientes, que se formaron y que se propagaron como una expresión contra los abusos y contra los atropellos judiciales de los funcionarios que administraron la justicia en épocas pasadas pero no por ello muy lejanas.

En efecto, como lo dan a entender Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco²: “ fue del movimiento de la ilustración que se derivaron estos pensamientos, del todo contrarios a los amplios poderes judiciales, que, en especial, se encontraban caracterizados por las amplias facultades con las que el magistrado contaba para la selección, la extensión y la magnitud de la pena. La selección, porque era el magistrado, sin importar qué hubiera dispuesto él mismo para un caso análogo, el que a su arbitrio escogía la pena, que, en esa época,

¹ Sandoval Huertas Emiro, La pena privativa de la libertad en Colombia y Alemania Federal, Edit. Temis, 1988, pag. 19.

² Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Edit. Civitas, Madrid, España, 1994, págs. 165 y 166.

como ya lo hemos dicho, bien podía ser el trabajo forzado, el destierro, la muerte o la encarcelación preventiva; la extensión y la magnitud, porque él también determinaba el tiempo y la severidad de la pena escogida” .

Naturalmente, estas circunstancias, del todo contrarias a cualquier precepto sobre la igualdad, pues con ellas se llegaba a sanciones penales distintas para conductas similares o casi idénticas, generaron serios cuestionamientos y severas críticas, que, como acertadamente lo afirman estos dos últimos autores, Mapelli y Terradillos, principalmente se manifestarían a través del movimiento de la ilustración. La labor de este movimiento, que sabía que los grandes problemas punitivos de la época se encontraban arraigados en la desigualdad y en la incertidumbre que reinaba en el derecho penal, se orientó hacia la proclamación de dos grandes principios que, por lo menos en la teoría, aún conservamos en nuestros ordenamientos jurídicos: la imparcialidad judicial y la división de poderes.

Por lo anterior, surgieron, entre otros más, los conceptos de la igualdad ante la ley, y, principalmente, ante la ley penal; de reserva o de legalidad; y, con sus complementos necesarios, el de tipicidad. La igualdad ante la ley penal, sería el reconocimiento de que ante las mismas circunstancias se produciría una misma sanción estatal, por lo que, como es obvio, debían disminuirse las prerrogativas con las que contaban los jueces para la determinación de la pena aplicable a los casos concretos. El principio de reserva o de legalidad, que, según Bernardo

Gaitán Mahecha³,” Se erige en contra del absolutismo que es la expresión de la omnipotencia del soberano o gobernante, quien decide y condena qué debe castigarse y en qué forma o medida...” , y que, a nuestro juicio, vendría, además, a ser una forma de combatir el problema de la incertidumbre punitiva y de desarrollar el precepto de la igualdad ante la ley penal. Ahora, para acentuar aún más la igualdad jurídica y la certidumbre punitiva, se pensó en la división de poderes, que, en los terrenos penales, se orientó, mediante el otorgamiento de facultades precisas, hacia la diferenciación de las tareas que conforman el proceso de determinación de la pena.

De esta evolución que hemos descrito se deriva nuestro actual procedimiento para la determinación judicial de la pena, caracterizado, a diferencia de otras épocas en las que se podía observar una concentración de las funciones que lo conforman, por la concreta y específica división de sus fases, momentos y etapas.

2. Proceso actual de la determinación de la pena.

En la actualidad, el proceso de determinación de la pena se encuentra regido por los postulados esenciales de la división de poderes, que, por lo menos para este

³ Gaitán Mahecha Bernardo, Derecho Penal General, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1995.

caso, se traducen en que en él intervienen un sinnúmero de personas con distintas funciones.

Por lo anterior, para el estudio de este esquema de la determinación de la pena, utilizaremos dos variables fundamentales: la primera, que se refiere a las diferentes etapas que se surten en este proceso; y, la segunda, que atañe a los diferentes aspectos que comprende.

a-) Las etapas en el proceso de la determinación de la pena:

Muestran estas etapas el recorrido de la pena desde su previsión hasta su imposición específica a una persona determinada. Ahora, normalmente estas etapas, que en la práctica vienen tan solo a ser diferentes momentos en el cumplimiento de esta tarea de determinación de la pena, coinciden con las ramas tradicionales del poder público.

Por lo anterior, podemos encontrar que las etapas de éste proceso son tres y que, debido al órgano que las desarrolla o que las cumple, se denominan: etapa legislativa, etapa judicial y etapa administrativa.

La primera de estas etapas, la legislativa, que, como es obvio, se encuentra a cargo del legislador, comprende lo que se denomina el momento inicial o genérico

de la determinación de la pena. En efecto, la rama legislativa del poder público, además de ser la encargada de determinar con exactitud las conductas punibles, establece también las penas en abstracto dentro de unos marcos de referencia que debe cumplir el funcionario encargado de la imposición real y concreta de la sanción penal.

La segunda de estas etapas, la judicial, corresponde, también como es obvio, a los funcionarios jurisdiccionales, quienes cumplen lo que se ha denominado el momento secundario o concreto de la determinación de la pena, consistente en la imposición real y específica de la pena a un sujeto determinado.

La tercera de estas etapas, la administrativa, cuyo desarrollo corresponde a los funcionarios de la rama ejecutiva del poder público, quienes normalmente intervienen en el momento secundario de la determinación de la pena.

Ahora, estas etapas que se encuentran a cargo de esas diferentes autoridades, que en ningún momento cumplen funciones aisladas, sino, por el contrario, funciones que se relacionan entre sí, vienen a ser parte de lo que nosotros consideramos como un proceso de funciones escalonadas y ordenadas. Sucede ésto porque estos tres momentos se cumplen en su debido orden y, a la vez, porque cada uno de esos órdenes va restringiendo las funciones del siguiente.

En efecto, en la primera etapa, la legislativa, se determinan las conductas que son sancionables penalmente y, a la vez, se les establece su correspondiente castigo

penal dentro de unos marcos de referencia que deben observarse por quienes desarrollan la segunda etapa, la judicial. Y, a su vez, la intervención de la tercera etapa, la administrativa, que normalmente se circunscribe al ámbito de la ejecución penal, se encuentra subordinada a lo que se haya dispuesto con anterioridad, o, más exactamente, a lo que se haya dispuesto en las etapas legislativa y judicial.

b-) Los aspectos en el proceso la determinación de la pena.

A su vez, el proceso de la determinación de la pena se cumple con tres aspectos que le son fundamentales: el cualitativo, el cuantitativo y el operacional.

Es ampliamente conocido que en el derecho penal no solamente existe una clase de pena, sino, por el contrario, varias, entre las que, por ejemplo, se encuentran la privativa de la libertad, la multa e, incluso, la muerte. De esta manera, el primero de los aspectos de este proceso de la determinación de la pena, el cualitativo, hace referencia a la elección que, entre las diversas clases existentes de pena, se realiza por parte de la autoridad competente para establecer la que es aplicable al caso concreto y particular. El segundo aspecto de este proceso de la determinación de la pena, el cuantitativo, se refiere, en cambio, a la magnitud de la pena o, más exactamente, a su incidencia concreta sobre el infractor del bien jurídico que se encuentra tutelado por la ley penal. Ahora, el tercero de los

aspectos de este proceso, el operacional, se extiende es al campo de la ejecución de la sanción penal.

Así, por ejemplo, la escogencia de la pena privativa de la libertad o de la multa o de la muerte como pena aplicable a una determinada conducta delictiva, es parte del aspecto cualitativo del proceso de la determinación de la pena. En cambio, la determinación de la duración de la pena privativa de la libertad o de la cantidad correspondiente por el pago de la multa, es parte del aspecto cuantitativo de este mismo proceso. Lo propio también sucede con la determinación del establecimiento carcelario en el que se va a recluir al delincuente que ha sido condenado a la pena privativa de la libertad, o con la manera como debe ser pagada la multa o con la forma como debe ser ejecutada la pena capital, pues todos estos son casos que pertenecen ya al aspecto operacional de este proceso de determinación de la pena.

Debemos, por último, decir que no todos estos aspectos son inherentes a todas las clases de penas, pues, como se habrá podido notar, el aspecto cuantitativo de este proceso no se aplica para la pena de muerte. Siendo esto algo muy lógico si se tiene en cuenta que la vida, que es lo que pretende afectar la pena capital, no es ni temporalizable ni cuantificable. Por lo que, a nuestro juicio, estos aspectos deben ser analizados de una manera individual frente a cada una de las clases existentes de pena.

3. El proceso de determinación de la pena en el derecho comparado.

Como en el desarrollo de este punto lo veremos, la determinación de la pena conserva ciertas características uniformes en el nivel del derecho comparado, pero, a la vez, ciertas diferencias que, dependiendo del momento o del aspecto en el que se ubiquen durante el desarrollo de este proceso, irán conformando diferencias sustanciales y reales entre cada uno de los sistemas punitivos.

a-) Alemania.

Podemos decir que en el aspecto cualitativo del proceso de la determinación de la pena, se presenta una pequeña coexistencia funcional entre la rama legislativa y la rama judicial. Una coexistencia porque si bien es cierto que es el legislador el que establece y el que crea las penas para las conductas que él mismo ha tipificado como punibles, el juez, frente a ciertos delitos, y en los eventos en los que el mismo legislador le haya autorizado, puede imponer la pena que considere conveniente dentro de las que existen en el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el juez penal de Alemania, y siempre y cuando el legislador le haya autorizado, podría, frente a la realización de una conducta delictiva, escoger si aplica la pena de multa o de privación de la libertad, que son las existentes en ese ordenamiento jurídico.

En cuanto se refiere al aspecto cuantitativo de la determinación de la pena encontramos diferentes eventos en este ordenamiento jurídico. Sin embargo, podríamos comenzar diciendo que, por regla general, el legislador, mediante unos máximos y unos mínimos, interviene en este aspecto dejando al juez la tarea de la determinación concreta pero limitada de la pena. En cambio, en otros eventos, que son los menos frecuentes, el legislador interviene exclusivamente en este aspecto determinando una única pena con una única incidencia sobre el infractor del bien jurídico tutelado por la ley penal, por lo que el juez, o, más exactamente, la rama judicial, no interviene en absoluto.

A diferencia de los anteriores, el aspecto operacional de la determinación de la pena se encuentra dividido entre las tres autoridades intervinientes en este proceso: la legislativa, que, a través de lo que se ha denominado el Reglamento de Ejecución Penal, establece los parámetros y regulaciones generales; y, la judicial y la administrativa, que, según la órbita de sus competencias, determinadas por lo que se disponga en el Reglamento de Ejecución penal, se encargan de concretar y de realizar las disposiciones legislativas.

b-) España.

En cuanto se refiere al aspecto cualitativo de la determinación de la pena,

la rama legislativa, en un primer momento, caracterizado por su abstracción, establece las penas existentes dentro del ordenamiento jurídico y las penas aplicables para cada una de las conductas delictivas. Por lo tanto, observamos que en este aspecto no tiene incidencia ni la rama judicial ni la rama administrativa, pues, tanto la primera, como la segunda, deben sujetarse a las disposiciones establecidas por el legislador sin poder variar su contenido en ningún momento y en ninguna circunstancia.

El aspecto cuantitativo, en cambio, encuentra una gran actuación tanto de la rama legislativa como de la rama judicial. En efecto, es la rama legislativa la que, en los casos de las penas de privación de la libertad y de la multa, establece unos marcos de obligatoria observación para la rama judicial. A su vez, la rama judicial, mediante un proceso de valoración de la conducta delictiva, que se encuentra previamente establecido, debe determinar en concreto la incidencia y las repercusiones de la pena sobre el infractor del bien jurídico tutelado por la ley penal.

Estos marcos de referencia que ha establecido el legislador español para el cumplimiento de las funciones judiciales en la etapa cuantitativa del proceso de la determinación de la pena, que, como lo hemos dicho, se centran en la valoración concreta de la conducta delictiva, se encuentran, en primer lugar, formados por unos mínimos y unos máximos que, dependiendo de la naturaleza de la pena, podrán ser temporales o económicos. Así, por ejemplo, cuando se trate de la pena privativa de la libertad, hablaremos de límites temporales; y, en cambio, cuando se

trate de la pena de multa, aunque también se utilice el cómputo temporal, realmente estaremos ante unos límites jurídicos de tipo económico. Otro aspecto que conforma a estos marcos de referencia es el de la división de la pena en grados, que guarda una gran relación con las circunstancias de agravación o de atenuación que se han previsto en la legislación penal española.

El aspecto operacional se encuentra caracterizado en este ordenamiento jurídico por la actuación conjunta de las tres ramas tradicionales del poder público, la legislativa, la judicial y la administrativa. La primera de ellas, la legislativa, que, mediante la elaboración de lo que se ha denominado la Ley Orgánica General Penitenciaria, interviene otorgando y distribuyendo las competencias de la ejecución penitenciaria. A su vez, las otras dos ramas, la judicial y la administrativa, son, según sus facultades y competencias, las encargadas de desarrollar y de cumplir las disposiciones de esta ley penitenciaria.

c-) Paraguay.

En cuanto se refiere al aspecto cualitativo del proceso de la determinación de la pena, encontramos que es el legislador el que ha establecido las penas aplicables en el ordenamiento jurídico y, adicionalmente, quien ha regulado su procedencia y viabilidad para cada uno de los tipos penales. Además, con respecto al campo de la pena privativa de la libertad y de las demás penas principales podemos decir

que no existe ninguna participación ni judicial ni administrativa en este aspecto de la determinación de la pena, el cualitativo; sin embargo, con respecto a las penas complementarias el asunto no es tan claro, pues encontramos que el poder judicial, sujeto a unos criterios y a unas valoraciones legales, decide sobre la viabilidad o improcedencia de ellas frente a los casos concretos.

A nuestro juicio, en Paraguay el único poder que ostenta una participación directa y relevante en cuanto se refiere al aspecto cualitativo de la determinación de la pena, es el poder legislativo. Extendemos esta conclusión incluso con respecto a las penas complementarias, pues, a diferencia de otras opiniones, no consideramos acertada la afirmación de que con ellas se cumple un papel activo por parte del funcionario judicial en materia del aspecto cualitativo de este proceso. A esta conclusión llegamos porque, si bien es cierto que los jueces y los tribunales cuentan con una mayor autonomía en la determinación de las penas complementarias, no podemos, a nuestro juicio, por ello pensar que esto sea una libertad legal para aplicar la pena que al juzgador le parezca más conveniente, que es lo que en últimas vendría a ser parte de la etapa cualitativa de la determinación de la pena. Por lo tanto, Consideramos que esta mayor autonomía con la que cuentan los funcionarios judiciales en este aspecto no es más que una mayor confianza legislativa que en ningún momento implica la posibilidad de una elaboración judicial de las penas o la aplicación autónoma de las penas del ordenamiento jurídico por parte de los funcionarios judiciales, pues con claridad observamos que ellos, a pesar de la discrecionalidad con la que pueden actuar,

deben sujetarse a las disposiciones legislativas que les establecen las reglas de la procedencia de las penas complementarias.

Es más claro el tema del aspecto cuantitativo de este proceso, pues las funciones de cada una de las ramas del poder público pueden ser observadas con una mayor claridad. De esta manera, tenemos que el legislativo establece unos límites temporales o económicos que gradúan la duración o la cuantía de la pena en general y para cada caso específico, así como también, unas circunstancias fácticas de graduación punitiva que deben ser tenidas en cuenta en el momento de su imposición; y, a la vez, que el poder judicial, en aras de determinar la certidumbre o no sobre su ocurrencia, puede actuar con relativa discrecionalidad dentro de estos límites y circunstancias. Por lo tanto, éste aspecto de la determinación de la pena cuenta con la participación activa de estos dos poderes.

Con respecto al aspecto operacional, encontramos que el legislativo expide una ley penitenciaria en la que determina los criterios y distribuye las competencias judiciales y administrativas en materia carcelaria.

d-) Argentina.

Teniendo en cuenta que en Argentina existe un sistema federal, observamos que, por expresa disposición constitucional, el legislativo tiene la facultad y la atribución

de dictar el código penal nacional, como en efecto ha sucedido; siendo, por este medio, este poder el que determina las clases de penas aplicables en todo el territorio estatal y las penas imponibles a cada una de las conductas delictivas. De esta manera, en principio, pues el análisis continúa, el poder legislativo sería el único que en este ordenamiento jurídico intervendría en la etapa cualitativa del proceso de la determinación de la pena. Sin embargo, la conclusión puede ser otra porque el mismo poder legislativo, después de haber creado las penas de reclusión, de prisión, de multa y de inhabilitación; y después de haberlas diferenciado entre sí, se muestra indiferente en la parte especial del código penal cuando parece asimilar a las dos primeras, la reclusión y la prisión, pues las consagra con la misma duración para los mismos tipos penales y, a la vez, permite que sea el juez el que decida sobre cuál de ellas se aplicará.

Con respecto a este punto, pueden, a nuestro juicio, existir dos tipos de interpretaciones. La primera, que, debido a la semejanza que las penas de prisión y de reclusión arrojan en la práctica punitiva, llevaría a desconocer las leves y muy tenues diferenciaciones que alrededor de ellas ha establecido el legislador; por lo que, en teoría, el juez, en este pensamiento, no haría nada distinto a aplicar la pena que se encuentra en la ley, quedando, como es obvio, por fuera del aspecto cualitativo del proceso de la determinación de la pena. La segunda, que, por aceptar como criterio suficiente a la diferenciación teórica propuesta por el legislador entre las penas de reclusión y de prisión, llevaría a sostener que el juez es un actor del aspecto cualitativo de este proceso porque tiene la facultad de

escoger diversas sanciones punitivas para los mismos eventos de transgresión de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal.

Como lo podemos observar, la primera es una interpretación que centra sus argumentos en la realidad de los hechos y, la segunda, en cambio, en la mera formalidad del asunto. Nosotros, que, como lo hemos hecho sentir, preferimos alejarnos de las diferenciaciones inútiles de la teoría, nos encontramos de acuerdo con la primera posibilidad, que es la que niega el papel protagónico del juez argentino en el aspecto cualitativo del proceso de la determinación de la pena. Es éste nuestro pensamiento, pues sostenemos y creemos que la participación en los aspectos que rodean al proceso de la determinación de la pena debe ser eficiente y real, que es lo que no sucede con la posibilidad con la que cuenta el juez argentino de elegir entre la reclusión y la prisión, porque, como lo hemos dicho, estas penas, por terminar cumpliéndose en los mismos establecimientos y por terminar imponiendo las mismas actividades al condenado, generan la misma sanción en la práctica y en la realidad punitiva. Sin embargo, la discusión se encuentra abierta, y los argumentos para sostener lo contrario pueden también construirse con gran solidez y contundencia, pues también es cierto que en nuestra época rige y se construye la teoría penal alrededor del principio de reserva o de legalidad.

Con respecto a la etapa cuantitativa, encontramos que el poder legislativo participa en ella determinando unos máximos y unos mínimos en las penas que ha establecido para cada tipo penal y diseñando indicativos, que, denominados

atenuantes y agravantes, también ayudan a determinar la extensión concreta de la pena. A su vez, el poder judicial participa en este aspecto con autonomía que le conceden estas indicaciones legislativas de obligatorio seguimiento. Sin embargo, en algunos eventos, que son aquellos en los que proceden las penas de prisión o de reclusión perpetua, el juez, por razones tan obvias como que ya se encuentra prevista la totalidad de la extensión de la pena sobre la persona del condenado, no participa en este aspecto cuantitativo de este proceso de determinación punitiva.

Debemos, además, decir que, en comparación con otras legislaciones ya vistas, como sería el caso de la legislación española, la participación judicial en esta etapa cuantitativa es mucho más libre en éste ordenamiento jurídico. Sucede esto, en especial, porque en Argentina, las circunstancias atenuantes y agravantes para la determinación concreta de la magnitud de la pena sobre la persona del condenado, se encuentran previstas con una mayor laxitud que se traduce en una mayor libertad interpretativa y valorativa del poder judicial sobre la conducta punible.

En cuanto se refiere al aspecto operacional, debemos decir que, por disposiciones constitucionales, la regulación de este tema no le compete al Congreso Nacional, sino, por el contrario, a los territorios que forman parte del sistema federal argentino. Por lo tanto, es viable encontrar diversos regímenes con diversas disposiciones que otorguen diferentes funciones y competencias al respecto y alrededor de este tema.

e-) Colombia.

En lo que se refiere al aspecto cualitativo de este proceso, tenemos que el poder legislativo determina las penas aplicables en el ordenamiento jurídico, así como las penas imponibles para cada uno de los tipos penales. Adicionalmente, el poder judicial, frente a las penas accesorias diferentes de la de interdicción de derechos y de funciones públicas, que, en su orden serían la restricción domiciliaria, la pérdida de empleo público u oficial, la prohibición del ejercicio de un arte profesión u oficio, la suspensión de la patria potestad, la expulsión del territorio nacional para los extranjeros y la prohibición de consumir bebidas alcohólicas, cuenta con la posibilidad de aplicarlas discrecionalmente.

A lo anterior, debemos agregar que, en todo caso, el poder legislativo no ha otorgado una completa libertad al poder judicial colombiano en el ámbito del aspecto cualitativo de este proceso de la determinación de la pena, pues, por medio de lo que se han denominado criterios para la fijación de la pena, se ha delimitado la mencionada discrecionalidad que se le ha otorga sobre las penas accesorias diferentes de la interdicción de derechos y de funciones públicas.

En relación con el aspecto cuantitativo de este proceso, tenemos que el legislador, mediante el señalamiento de unos límites mínimos y máximos, establece unos criterios de obligatoria observancia sobre cada una de las penas aplicables en el ordenamiento jurídico y sobre cada una de las sanciones individuales de cada tipo penal. Ahora, al igual que en la legislación española, estos límites, dependiendo

de la sanción penal sobre la que recaigan, podrán ser de tipo económico o temporal.

Continúa la actuación del legislador colombiano en esta etapa cuantitativa con la enunciación de una multiplicidad de eventos que deben ser tenidos en cuenta por el funcionario judicial en el momento de la determinación concreta de la pena. Nos referimos a las hipótesis que se enuncian en el Capítulo II del Título IV del Código Penal Colombiano, intitulado de las circunstancias; y que, en lo que a ellas se refiere, se conforman por las circunstancias de agravación y de atenuación punitiva, por la agravación del delito cometido contra un empleado oficial, por la ira e intenso dolor y por la analogía. Es de anotar que en estos eventos se hace preponderante la actuación judicial en este aspecto cuantitativo, pues, como es lo lógico, es el juez el que valora y determina la existencia o inexistencia de estas causales que en la práctica se traducen en la imposición de una sanción más severa o menos drástica.

En Colombia, de una manera muy similar a las otras legislaciones, el aspecto operacional cuenta con la participación directa de las tres ramas tradicionales del poder público, la legislativa, la judicial y la administrativa. En efecto, es el poder legislativo el que elabora las determinaciones genéricas entorno a este tema y, a la vez, quien distribuye las competencias y las funciones que deben ser asumidas y desarrolladas por las otras dos ramas, la judicial y la administrativa.

4. Conclusiones comparativas.

Como lo hemos podido observar en el desarrollo de este capítulo, las competencias de los diversos poderes alrededor del tema de la determinación de la pena se establecen de diversas maneras en las diferentes legislaciones, lo que en ningún momento quiere decir que entre ellas no se conserven algunos puntos en común o algunos parámetros similares que nos permitan deducir el desarrollo análogo pero a la vez particular en el interior de cada uno de los ordenamientos jurídicos que hemos analizado.

Por lo anterior, queremos resaltar que, en una mayor o menor medida, o con un mayor o menor recelo, las diferentes legislaciones se caracterizan por la implantación y la protección del principio de legalidad. En efecto, en todos los ordenamientos jurídicos que hemos estudiado, el legislador es el que establece las penas aplicables a las conductas punibles, y, en la gran mayoría de los casos, el que también establece las penas aplicables para cada uno de los tipos penales.

Lo anterior nos indica y nos muestra que, como lo establecen los postulados esenciales del principio de legalidad, la ley es la que previamente establece las conductas sancionables en el campo penal y las penas aplicables a cada una de esas descripciones fácticas o, por lo menos, las penas aplicables en el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, aunque en las legislaciones alemana y colombiana se evidencia que el juez, en las ocasiones expresamente señaladas por la ley, puede aplicar sanciones penales que no se encuentran expresamente

consagradas para un determinado tipo penal pero sí, por lo menos, previamente establecidas y reguladas por el legislador en el respectivo ordenamiento jurídico.

En contraposición a esta participación judicial en la etapa cualitativa del proceso de la determinación de la pena, encontramos, por ejemplo, a legislaciones como la española, en donde se observa un especial recelo y cuidado legislativo por el establecimiento de las clases de sanciones imponibles dentro del ordenamiento jurídico y para cada uno de los tipos penales. Esto, en consecuencia, nos muestra la congruencia legislativa entre los diferentes ordenamientos jurídicos, que, si bien es cierto que no contienen disposiciones idénticas, sí, por lo menos, conceptos similares entorno al tema de los principios de legalidad y de la división de poderes, que son los sustentos reales del proceso de la determinación de la pena.

Podemos, adicionalmente, y en cuanto se refiere ya al funcionamiento concreto de la determinación punitiva, destacar que las diferentes disposiciones jurídicas nos sitúan frente a fenómenos de mayor o de menor confianza legislativa en la rama judicial, que, iniciados con la decisión autónoma e interior de aquella rama del poder público de delegar algunas de sus facultades y de sus funciones punitivas en la rama judicial, o iniciados en el respeto a las causas y a las funciones que le son naturalmente propias, nos muestran y nos ilustran sobre los diversos tipos de participaciones judiciales en los aspectos, fases y etapas del proceso punitivo.

Uno de estos fenómenos de confianza legislativa en la rama judicial es el que se presenta en algunas legislaciones alrededor del aspecto cualitativo del proceso de

la determinación de la pena, en el que, como ya lo vimos, podemos observar dos tipos de tendencias legislativas: la primera y la más común en las legislaciones del estudio, la que se concreta en la completa y en la absoluta pasividad de la rama judicial mediante una total participación del legislativo en el aspecto cualitativo; y, la segunda, la que se manifiesta a través de una concurrencia de funciones entre la rama legislativa y la rama judicial, pues mientras la primera establece las penas aplicables en el ordenamiento jurídico, la segunda, previamente facultada para ello, determina las penas aplicables para algunos de los tipos penales que se han establecido por el legislador. A su turno, este fenómeno, como es lógico, ha generado a su alrededor dos tipos de posturas intelectuales: la primera, que, bajo los postulados de la filosofía garantista, desecha y cuestiona a esta participación judicial por considerarla contraria a los requisitos de la igualdad, así como también, por interpretarla como violatoria de la seguridad que en todo ordenamiento jurídico debe existir contra la arbitrariedad; y, la segunda, que, dando prioridad al aspecto real de la individualidad de cada caso punitivo, la apoya por sentirla como una vía y como un camino apto para la realización de la justicia en cada uno de los casos de transgresión o de violación del bien jurídico que se encuentra tutelado en la ley penal.

En cuanto se refiere al aspecto cuantitativo del proceso de la determinación de la pena, podemos, a diferencia del punto anterior, encontrar disposiciones más similares en las legislaciones del estudio, pues, como lo hemos mostrado, los ordenamientos jurídicos coinciden en el establecimiento de una participación concurrente y complementaria entre las ramas legislativa y judicial. En efecto,

encontramos que, en términos generales, el legislativo, también dependiendo de la confianza y de la autonomía que desee concederle a la rama judicial, establece la incidencia de la pena sobre el condenado y unas reglas generales para su graduación y determinación específica; siendo, en estos aspectos, unas legislaciones mucho más estrictas o detalladas que otras. También podemos resaltar que la libertad judicial en el tema de la cuantificación exacta de la pena dependerá de la magnitud y de la importancia de las limitaciones que sobre este tema establezca la rama legislativa del poder público. Así, por ejemplo, es notorio que en las legislaciones española, chilena e, incluso, la colombiana en materia de las penas principales, la libertad o el margen de actuación judicial es menor en el aspecto cuantitativo en relación con las legislaciones paraguaya o alemana.

Encontramos también que la participación legislativa en el aspecto cuantitativo de la determinación de la pena, que es lo que en últimas viene a delimitar y a regular la participación judicial en este mismo punto, se encuentra normalmente señalada por una serie de metodologías análogas y similares en las diferentes legislaciones. Nos referimos, por ejemplo, al establecimiento de límites temporales o económicos para cada las penas aplicables en los diferentes ordenamientos jurídicos, a la estricta formulación de grados punitivos y a la graduación de la pena mediante lo que genéricamente denominamos como circunstancias atenuantes o agravantes.

Como es obvio, la conjunción de estos tres factores o la presencia concurrente o aislada de ellos, dará como resultado el grado de participación de la rama judicial en el aspecto cuantitativo de la determinación de la pena; por lo que, según lo que

hemos visto, y ubicando a las legislaciones paraguaya y colombiana en un estado intermedio, podemos decir que en los ordenamientos jurídicos español y chileno es en donde más se limita la actuación judicial en este tema, mientras que en el alemán es en donde más se permite.

En relación con el aspecto operacional, podemos decir que en la generalidad de los casos encuentra a la ley como a su máxima reguladora, pues, en la totalidad de los ordenamientos jurídicos que hemos estudiado, podemos observar que es ella la que distribuye y fija las competencias que son desarrolladas por las otras dos ramas del poder público, la judicial y la administrativa.

CAPÍTULO V

LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Habiendo analizado las circunstancias históricas que rodearon el surgimiento de la pena privativa de la libertad, así como también su evolución y sus actuales concepciones y aplicaciones jurídicas y fácticas, pasaremos, en este capítulo, a estudiar a esta forma punitiva desde el punto de vista de las finalidades que con ella se han pretendido obtener desde su adopción en el mundo jurídico hasta nuestros días.

Aspecto este que, desde el punto de vista jurídico, consideramos de vital importancia para futuras decisiones sobre el mantenimiento, corrección o eliminación de esta forma punitiva, pues, sin duda, parecen, estas finalidades, dividirse entre la obtención y la persecución de unos fines explícitos y formales y unos fines reales y ocultos.

A- LA FUNCIÓN DE LA PENA EN GENERAL.

Para una cabal comprensión del tema del que nos ocupamos en este capítulo, primero analizaremos las diferentes funciones que en las distintas etapas de la historia se le han otorgado a las penas en general, y, posteriormente, pasaremos a analizar las diferentes teorías que se han elaborado sobre esas bases y fundamentos históricos.

Funciones éstas que, como a continuación lo veremos, no han sido unívocas, sino, por el contrario, diversas y dependientes de los momentos históricos y de las concepciones y necesidades sociales que las han rodeado.

Para este propósito de dilucidación histórica, consideramos pertinente utilizar y basarnos en la perspectiva señalada por Emiro Sandoval Huertas¹, quien, para ilustrarnos sobre los fines de las penas a través de la historia, ha elaborado una clara y sensata clasificación que consta de cuatro etapas o fases, que son: la fase vindicativa, la fase expansionista o retribucionista o de la explotación oficial del trabajo del recluso, la fase correccionalista y la fase resocializante.

¹ Sandoval Huertas Emiro, Penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, págs. 52-138.

1. La clasificación de Emiro Sandoval Huertas:

Es de anotar que, como lo afirma el mismo Sandoval Huertas: “ la mención a fases vindicativa, expansionista, etc., no significa que en determinados períodos las sanciones penales hubiesen tenido sólo la finalidad con que se ha denominado la respectiva época, sino que en ésta ese fue el objetivo oficial primordial, en el sentido de que en relación con él se hacía mayor énfasis, aunque en forma secundaria se reconociesen otras posibles funciones...Y, en segundo término, debemos mencionar desde ahora que el paso de cada fase a la siguiente, como todo proceso social no fue instantáneo y frecuentemente ni siquiera rápido, sino que se produjo lenta y gradualmente. Por ello, de una parte, resulta imposible señalar fechas precisas que deslinden las diversas fases, y, de otra, encontraremos lapsos de transición en los que se concedían similar prelación a dos finalidades distintas de la sanción penal.”²

a-) La fase vindicativa.

Caracterízase esta etapa por ser la venganza el fin primordial de la pena, que, en un primer momento, fue aplicada de acuerdo a los postulados de la ley del talió y, posteriormente, en conjunto con las disposiciones que señalaba la compositio.

² Sandoval Huertas Emiro, Penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, págs. 51 y 52.

En cuanto a la ley del talión, debemos decir que consistía en la venganza por excelencia, pues el castigo a imponer al autor del daño consistía en la misma conducta nociva que él había realizado. Por lo que, en consecuencia, podemos afirmar que, bajo el imperio de esta forma de sancionar, operaba una completa deducción desde la conducta dañina hasta la materialidad del castigo a imponer.

En relación con la *compositio*, que, como ya lo dimos a entender, surgió con posterioridad a la ley del talión, podemos decir que constituyó un gran avance para la filosofía sancionatoria de la época. Esto, porque representó el reconocimiento de la superioridad de los intereses de la víctima de la conducta dañina por sobre los intereses del clan o de la tribu o de la organización social de imponer el castigo correspondiente a esa conducta. Así, bajo esta figura de la *compositio*, comienzan a operar otras como la de la posibilidad de la víctima de renunciar a su derecho de tomar venganza mediante una indemnización que debía sufragar el agresor.

Esta forma de justicia, compuesta por la ley del talión y la *compositio*, fue especialmente consagrada en el código de Hammurabi, que, según los expertos, fue probablemente concebido entre los años 1792 A.C. y 1748 A.C.; así como también consagrada en la ley de las XII tablas, formadas durante el siglo IV A.C.; y en la partidas de Alfonso El Sabio, en las que al concebirse expresamente a la cárcel como un lugar para la custodia pacífica y no tormentosa ni martirizante de

los prisioneros, nos enseña la finalidad vindicativa, compuesta por ese castigo que se aplicaba con posterioridad a ese encierro preventivo³.

Lo anterior, en ningún momento quiere decir que, como lo afirma Sandoval Huertas, no se hayan presentado estos rasgos vindicativos en otras etapas de la historia, e, incluso en la actualidad. En efecto, este mismo autor sostiene: "Y aún en nuestros días, la finalidad vindicativa aflora hasta ahora en los textos legales; nos referimos a aquellos delitos que para ser investigados y procesado su autor, exigen querrela o solicitud de la parte ofendida, como quiera que una de las varias razones que explican el mantenimiento de esas conductas en las legislaciones penales es el reconocimiento, tácito pero inequívoco, de que frente a ellas sólo quien ha sufrido un perjuicio puede tener algún interés en reaccionar"⁴.

b-) Fase expansionista o retribucionista o de la explotación oficial del trabajo del recluso.

Las guerras religiosas, las enfermedades y el descubrimiento de América llevaron a la instauración de una nueva política punitiva, sustentada, en especial, por las

³ Como ya lo habíamos demostrado, para aquella época no existía la pena privativa de la libertad pero sí la figura del encierro, que, como fin principal, tenía la tarea de custodiar al procesado para asegurar su comparecencia durante el proceso y la posterior imposición del castigo definitivo.

⁴ Sandoval Huertas Emiro, Penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 53.

necesidades económicas y por las presiones desarrolladas por la clase social que controlaba los medios de producción de la época.

En efecto, hacia el siglo XIV, cuando todavía se contaba con grandes niveles poblacionales que permitían el exitoso desempeño de las actividades productivas y degenerativas como la guerra, la política punitiva continuaba siendo principalmente la de la vindicta. Sin embargo, ya en las proximidades del siglo XVI, cuando la situación poblacional cambió radicalmente como consecuencia de las enfermedades y de las guerras que diezmaron la población, varió igualmente el pensamiento sancionatorio, que, como un sirviente de las clases poderosas, se orientó a la corrección de estos fenómenos poblacionales y a la disminución de sus nefastas consecuencias.

Los juegos militares de la realeza, aquellos que a través de los ejércitos y de sus enfrentamientos bélicos costaron un sinnúmero de vidas, comenzaron, por la gracia de la excesiva disminución poblacional, a sentir la ausencia de hombres y de mercenarios de bajo costo. Situación ésta, que por no ser ajena a las actividades productivas, ocasionó una guerra comercial en la demanda del elemento humano, que, por obvias consecuencias, como la tranquilidad y la seguridad, se resolvió a favor de la producción y del comercio.

La deserción de los ejércitos para la búsqueda de un trabajo en las actividades comerciales fue uno de los más característicos elementos de la época, por lo que los monarcas, tan necesitados de imponerse a sus vecinos mediante la conquista

de nuevos territorios, se vieron obligados a aumentar la rentabilidad de la milicia mediante el pago de mejores y más oportunas retribuciones. Sin embargo, estas retribuciones, por el alto costo que implicarían para los recursos económicos de la realeza, no podían ser tan grandes como para evitar que el capital humano se concentrara en actividades más tranquilas y seguras como el comercio y la producción.

Otro factor que contribuyó a ensombrecer el panorama poblacional de la época pero que a la vez alentó con mayor fuerza los cambios punitivos que se desarrollaron para la corrección de este problema, fue el descubrimiento de América, que, habiendo ocasionado una demanda adicional del capital humano, tan requerido para la conquista, colonización y explotación de los nuevos territorios, aceleró la adopción de nuevas formas punitivas.

Contrariando las expectativas de quienes demandaban los elementos humanos, la sociedad de la época no era permeable a los cambios, que era de lo que se necesitaba para la solución de los problemas poblacionales. Sin embargo, esta misma sociedad sí era manejable a través de sus concepciones religiosas, por lo que, sin dudarse un solo momento, se entablaron alianzas entre las nuevas concepciones espirituales y las tradicionales formas de gobierno.

De estas alianzas, por ejemplo, surgieron las nuevas concepciones sobre la mendicidad, que de haber sido vista como un elemento saludable y necesario para la salvación del hombre, pues por ella se hacía posible la realización de las ideas

de la caridad y de la compasión cristiana, pasó a ser considerada como un delito durante la etapa de la escasez poblacional.

Lo anterior encuentra su sentido en el hecho de que mientras se requería de una gran número de brazos humanos para la realización de las actividades militares, comerciales, productivas y de conquista, la mendicidad, entre tanto, albergaba a un gran cantidad de personas que permanecían total y completamente alejadas de esas labores. Por lo que, para contrarrestar esta situación, se pensó, se realizó y se difundió una doctrina religiosa que variara las concepciones imperantes sobre la inactividad productiva del ser humano.

Estas doctrinas religiosas, fueron, en esencia, el calvinismo y el luteranismo, que, en el afán de arraigarse en las sociedades, se propusieron obtener el respaldo de los gobernantes mediante su colaboración a la solución para el problema de la escasez poblacional. Siendo, por esta razón, que, autores como Georg Rusche y Otto Kirchheimer opinan lo siguiente: “Una filosofía de este tipo no contemplaba, obviamente, un espacio para la mendicidad y se oponía a las prácticas católicas de la caridad indiscriminada. El principio religioso que obligaba a asistir a los mendigos aptos para el trabajo, lo que de paso incrementaba su dolencia, debió de haber sido considerado por la sobriedad calvinista por lo menos tan estúpido como el principio laico que propiciaba la eliminación de los mendigos de la faz de la tierra. El calvinismo conocía un método mejor para utilizar esta fuente potencial de riqueza, un método que encontraba su justificación en la condena de la

mendicidad, estimada como el pecado de la indolencia y como violación de los deberes de amor fraterno”⁵.

Así, de este respaldo religioso se deriva el hecho de que la mendicidad del siglo XVI, que es cuando comienzan a evidenciarse los problemas poblacionales en la sociedad, pudiera haber sido llevada a los terrenos del derecho penal para ser sancionada conforme a sus disposiciones. De elemento útil y saludable para la sociedad, pasó a ser el mendigo un vil y burdo delincuente, que, como tal, debía reparar su falta y de paso reconciliarse con Dios.

Es curioso, pero la doctrina que atribuía el pecado de la mendicidad igualmente establecía la reconciliación divina en hechos del todo favorables a las clases que requerían del elemento humano: mediante trabajo. De esta manera, si el mendigo era un pecador porque no trabajaba volvería a ser un hijo de Dios mediante el trabajo, pero mediante el trabajo que le designara la sociedad, por lo que era completamente viable encontrar a estos hombres en las labores comerciales, militares o de producción.

Adicionalmente, debido a que en la época se experimentaba una unión entre los conceptos de delito y de pecado, el mendigo, además de pecador, era considerado como un delincuente, por lo que se excluía la posibilidad de un

⁵ Georg Rusche y Otto Kirchheimer, *Pena y Estructura Social*, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pág. 43.

reencuentro individual con la divinidad y, muy por el contrario, se establecía la tarea estatal de sancionar y de reorientar a dichas personas.

Esta sanción y reorientación estatal operó mediante la creación de nuevas formas punitivas que se dedicaron a explotar las fuerzas laborales inactivas, que, a su vez, son las que nos sitúan y nos permiten hablar de esta fase de expiación o de explotación oficial de la fuerza laboral del recluso.

Tenemos que estas nuevas formas punitivas, son, principalmente, las galeras, la deportación, los presidios y el internamiento en las casas de corrección⁶. Todas ellas, dedicadas a disminuir las nefastas consecuencias de la escasez de la mano de obra en la sociedad.

Así, y no por casualidad ni por misericordia humana, operó, durante los siglos XV y XVI, el gran viraje de la política punitiva y el reconocimiento de una nueva función para la tarea sancionatoria, consistente en la explotación oficial del trabajo del recluso mediante el apoyo de la religión y de los centros de poder de la época.

Ahora, es de resaltar que, como lo afirma Sandoval Huertas: “La tesis expansionista y por consiguiente la retribucionista suponen, en cambio, que el sentenciado como autor de un hecho punible recibe un beneficio a través de la ejecución de una pena y que, por ende, él mismo posee interés en que la sanción

⁶ Habiéndonos ya referido a estas formas punitivas y habiendo ya sentado nuestra opinión respecto a ellas, remitimos al lector a la parte pertinente de la investigación.

se haga efectiva. Tal suposición proviene, a su vez, de otra: de que sólo tras su reconciliación con la divinidad (expiación) o con la colectividad (retribución) podría el sentenciado gozar de tranquilidad espiritual; de allí que a éste le afane expiar o retribuir el daño causado con su conducta”⁷.

De lo anterior, podemos afirmar que, en relación con la fase precedente, la de la vindicta, operan cambios fundamentales en relación con la concepción de la función o funciones de la pena. Esto, porque mientras en la vindicta la pena implicaba un mero castigo para la reparación del daño que se había causado a una determinada persona, en cambio, en la etapa que nos ocupa, ese mismo castigo representaba la reconciliación con la sociedad, con la víctima y con la divinidad, pues la conducta nociva implicaba una ofensa a estos tres órdenes.

Siendo ésto así, es obvio que la pena, al no depender ya de los intereses exclusivos de la víctima de la conducta dañina, no podía continuar acoplándose ni deduciéndose de la conducta delictual, como era lo que venía sucediendo bajo el imperio de la ley del talión, que, al buscar que el autor de la conducta nociva sufriera el mismo perjuicio de su víctima, establecía una multiplicidad de posibles sanciones.

Variado el fin principal de la pena, es, entonces, obvio que también las penas varíen para la consecución de ese nuevo fin, que fue lo que sucedió en la etapa de

⁷ Sandoval Huertas Emiro, *Penología*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 62.

la explotación oficial del trabajo del recluso, en la que, en aras de explotar esa inutilizada y bastante necesitada capacidad laboral, se diseñaron unas actividades sancionatorias que permitieran la inserción de ese recluso a los campos militares, comerciales o productivos.

Creemos que ésta es la explicación y el sustento de penas como las galeras, que vincularon al reo a las actividades militares; como la inserción en las casas de corrección, que lo involucraron en las actividades productivas y comerciales; como la deportación, que permitió la conquista, colonización y explotación de los nuevos territorios, etc.

c-) Fase correccionalista.

En esta fase, la función primordial de la pena es la de conseguir un resultado posterior y dependiente de la forma de la ejecución de la sanción penal: la corrección del delincuente.

Nótese, entonces, que podemos encontrar varios aspectos dentro de esta fase, entre los que se destacan el hecho de la realización de una ejecución punitiva condicionada a la obtención de un determinado fin: la corrección del delincuente; y, en segundo lugar, el hecho de que los resultados esperados sobre la realización

de ese esfuerzo punitivo tendiente a la corrección delincinencial, se esperan para el futuro, es decir, para el momento de la terminación de la ejecución punitiva.

En cuanto se refiere al momento histórico del surgimiento de este nuevo fin punitivo, Sandoval Huertas se refiere en los siguientes términos: “La burguesía, clase social que ascendía hacia el poder político en detrimento de la aristocracia y que paulatinamente se había posesionado de distintos sectores de la vida humana (entre ellos el de los establecimientos correccionales) alcanzó definitivamente su aspiración política hacia finales del siglo XVIII; con bastante precisión histórica debe ubicarse tal hecho en la revolución norteamericana de 1776 y, en especial, en su análoga francesa de 1789. Consideramos que dicha circunstancia puede señalarse como punto de referencia para separar cronológicamente la fase de la explotación oficial del trabajo del recluso de la correccionalista, pues una vez que la ideología liberal, propia de la burguesía, se ha convertido en el pensamiento oficial, se abandona la pretensión de que los sentenciados retribuyan económicamente el perjuicio que han causado y, en cambio, se antepone la finalidad de corregirlos que ya se anunciaba en el Hospicio de San Miguel y en la Casa de Fuerza” .⁸

De esta manera, en el pensamiento de Sandoval Huertas, que nos abstenemos de controvertir por su claridad y por su sensatez, la conquista del poder por una nueva clase social (la burguesía), produjo la adjudicación de una nueva finalidad a

⁸ Sandoval Huertas Emiro, Penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 77.

las sanciones punitivas, lo que nos parece del todo posible si tenemos en cuenta que lo que hemos podido observar en el desarrollo de esta investigación es la utilización del derecho penal en favor de unas determinadas clases sociales.

Ahora, como es obvio que cada clase social que haya detentado el poder ha establecido, o, por lo menos, intentado establecer, el sistema que más le convenga y que más se ajuste a sus necesidades y a sus beneficios, no consideramos, en consecuencia, desacertado sostener que la nueva clase burguesa haya amoldado al derecho penal para lograr su consolidación y perpetuidad en el poder sobre la sociedad, así como para obtener los máximos beneficios que de esa situación pudieran derivarse.

A lo anterior, podemos también agregar que si los problemas poblacionales habían originado durante el siglo XV una nueva orientación y una nueva filosofía finalística de la pena, eliminada esta causa debería de nuevo modificarse la estructura punitiva, como en efecto sucedió en los finales del siglo XVIII con la estructuración y adopción de una nueva forma sancionatoria que no pretendía ya explotar la capacidad laboral del recluso: la pena privativa de la libertad.

En efecto, los problemas poblacionales habían ya desaparecido en los momentos en los que se creó y se adoptó a la pena privativa de la libertad. Fue, entonces, creada esta nueva sanción penal al igual que fueron abolidas las que ya no representaban ningún tipo de utilidad para las clases detentadoras del poder al

interior de la sociedad, como las galeras, la deportación y la inserción en los establecimientos correccionales.

A su turno, Sandoval Huertas igualmente se ocupa de dilucidar los beneficios que la pena privativa de la libertad traería para la recientemente ascendida clase burguesa: “Ahora bien, esa nueva normatividad penal al determinar las sanciones que se impondrían a los comportamientos allí descritos y más concretamente al escoger la privación de la libertad como la principal modalidad punitiva simplemente adoptó la institución más apropiada para distribuir y fijar espacialmente a los individuos, clasificarlos, vigilarlos, codificar sus actividades y obtener de ellos un conocimiento acumulable y centralizable; es decir, para poner en práctica la manipulación político-disciplinaria que ya imperaba en otros ámbitos de la sociedad y que difícilmente se hubiera podido entronizar en material penal a través de cualquiera otra de las sanciones penales que provenían de quienes defendían las tesis de la proporcionalidad, entendida ésta como analogía entre el hecho punible y la reacción institucional”⁹.

Interpretando este pensamiento de Sandoval Huertas, encontramos, en otras palabras, que la pena privativa de la libertad, como máxima expresión punitiva de la época, fue el instrumento principalmente utilizado por la burguesía para la consolidación de su poder y para la sumisión del individuo a su régimen. Surge, a nuestro juicio, de esta utilización para esta modalidad punitiva, la denominación de

⁹ Sandoval Huertas Emiro, *Penología*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 94.

fase de la corrección, que lo que implica es incorporar al individuo a ese nuevo régimen burgués, especialmente caracterizado por el culto a la propiedad privada.

Así, corregir al individuo no es nada distinto a someterlo a las necesidades burguesas, a pacificarlo en favor de una clase que lo necesita bajo determinadas condiciones y en determinados casos y aspectos. Por eso, se diseña una pena, que, como la privación de la libertad, permite la vigilancia y la influencia constante; así como también se diseñan unas protecciones adicionales en favor de esa clase que teniendo el poder en sus manos orienta el derecho penal hacia su favor y sus conveniencias, como sucede con la elaboración de los tipos penales que protegen principalmente a la propiedad privada, pero que la protegen de tal forma que sean los que no la poseen ni la detentan quienes sufran la certeza del castigo punitivo.

Por lo tanto, si en esta fase de lo que se trataba era de corregir y de someter al individuo, hacía, entonces, falta una dura y clara política disciplinaria, que la podemos encontrar expresada al interior de los centros de reclusión de la época, sujetos, principalmente, al aislamiento perpetuo o temporal, a la regla del silencio absoluto, a innumerables castigos corporales y, dependiendo del caso, a la obligación de trabajar¹⁰.

¹⁰ Como expresiones fundamentales de esta fase de la corrección, encontramos a los regímenes penitenciarios del aislamiento celular y auburniano, que, por haber sido estudiados en su oportunidad, nos abstenemos de explicar. Por lo tanto, remitimos al lector a la parte relevante de la investigación.

En otras palabras, se crea la prisión y a la vez unas inmunidades de clase para así lograr que quienes detentan el poder no sean los que lleguen a ella, sino, muy por el contrario, que lleguen los que no lo detentan, es decir, los que no son burgueses, que es lo mismo que decir que son quienes no detentan la propiedad privada. Por ésto, se establecen castigos diferenciales para conductas que en la práctica resultan produciendo el mismo efecto, pero que, a la vez en la práctica, son cometidas por personas distintas, como son los robos y las evasiones fiscales.

En este sentido, se pronuncia, por ejemplo, Foucault, quien sostiene: “Se ha separado el ilegalismo de los bienes del de los derechos. Separación que cubre una oposición de clases, ya que, de una parte, el ilegalismo más accesible a las clases populares habrá de ser el de los bienes: transferencia violenta de las propiedades; y, de otra, la burguesía se reservará el ilegalismo de los derechos: la posibilidad de eludir sus propios reglamentos y sus propias leyes; de asegurar todo un inmenso sector de la circulación económica por un juego que se despliega en los márgenes de la legislación, márgenes previstos por sus silencios, o liberados por una tolerancia de hecho. Y esta gran redistribución de los ilegalismos se traducirá incluso por una especialización de los circuitos judiciales: para los ilegalismos de bienes –para el robo-, los tribunales ordinarios y los castigos; para los ilegalismos de derechos –fraudes, evasiones fiscales, operaciones comerciales irregulares- unas jurisdicciones especiales, con transacciones, componendas, multas atenuadas, etc. ...”¹¹.

¹¹ Foucault Michel, *Vigilar y castigar-Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, Madrid, España, vigesimoséptima edición, 1998, pág. 91.

De esta manera, vemos cómo la prisión, instrumento de la burguesía para labrar el camino de la aceptación a su régimen, fue elaborada para el propio y exclusivo beneficio de esta clase, para la transformación, o en términos de Sandoval Huertas, para la corrección del individuo hacia los fines y necesidades de ella.

d-) Fase de la resocialización.

La elaboración de teorías en contra del pensamiento liberal del laissez faire-laissez passer, así como la interpretación de sus posibles influencias negativas sobre la equitatividad en la distribución del ingreso, produjo una nueva forma de pensar que incluso llegó a extenderse a los campos del derecho penal.

La amenaza de la izquierda sobre las democracias occidentales cada día se hacía más real hacia los finales del siglo XIX y durante la mayor parte del siglo XX. En este contexto, comenzó a hablarse de una tesis intermedia que suponía la creación de un sistema en el que ya no fuera el libre juego de la oferta y de la demanda el que regulara las relaciones económicas; ni mucho menos en el que el Estado, a través de su estructura de poder, controlara todos los aspectos del individuo, como sucedía en el comunismo y el socialismo. Se pensó, por lo tanto, en un sistema, que, denominado Social Democracia, implicara una injerencia e

intervención estatal de carácter limitada de la que se derivara el respeto y el reconocimiento a las libertades y derechos del hombre.

Fue, el anterior, un sistema de amplia difusión y acogimiento mundial que en la práctica ocasionó una excesiva ampliación de la órbita funcional del Estado, dentro de la que se encontraban aspectos tan esenciales como la política penitenciaria y la finalidad punitiva. Por ésto, es que no es extraño pensar que esta circunstancia haya ocasionado una variación metodológica y conceptual en estos aspectos del derecho penal.

Al respecto, Sandoval Huertas se refiere en los siguientes términos: “...Pero cuando el dejar hacer, dejar pasar, hacia finales del siglo XIX y primeras décadas del XX, tuvo que comenzar a ser modificado para admitir el intervencionismo estatal, igualmente las teorías en torno al objetivo de las penas experimentaron variación análoga que, por su sutileza, aún en la actualidad no ha sido advertida claramente por varios autores; fue allí cuando la corrección cedió lugar a la resocialización... de otra parte, la principal razón del surgimiento de la tesis resocializadora radicó en el conjunto de modificaciones que experimentó el modelo económico capitalista tras su crisis desde finales del siglo XIX hasta comienzos del XX, así como sus manifestaciones en el ámbito ideológico”¹².

¹² Sandoval Huertas Emiro, penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, Colombia, 1998, págs. 78 y 113.

Las explicaciones de este autor nos parecen lo suficientemente claras y sensatas como para no controvertirlas, pues, además de sus conclusiones, debemos tener en cuenta que si la fase anterior (la corrección) surgió para la consolidación y para la protección de los intereses de la recientemente ascendida clase burguesa, hacia finales del siglo XIX y comienzos del XX ya era otra la realidad mundial que imperaba, lo que, a nuestro juicio, constituye una razón suficiente para asignar otro tipo de tareas a la práctica punitiva y, por lo tanto, para presumir que esas nuevas tareas originaron una nueva fase punitiva.

Para una mayor claridad, debemos decir que entre la fase de la corrección y la fase de la resocialización media una muy importante diferencia, pues si, en términos formales, en la primera se trataba de corregir a las personas sometidas a la pena privativa de la libertad, en la segunda, mientras tanto, se trata es de reinsertar al delincuente a la sociedad. Consideración, a su vez, de la que se deriva algunas distinciones de tipo metodológico, que principalmente se centran en el ámbito de la ejecución de la pena, es decir, al interior de los centros de reclusión.

Por lo tanto, si la corrección implicaba una dura disciplina, como lo demuestran las concepciones que durante esta fase imperaron en torno a la ejecución de la pena privativa de la libertad; en la fase de la resocialización, por el contrario, imperan concepciones de carácter humano y de menor drasticidad, que, en todo caso, estudiaremos en su momento oportuno.

Por el momento, bástenos decir que la fase de la resocialización se encuentra ampliamente ligada a los regímenes progresivos y abiertos, que nos permitirán observar con una mayor claridad las diferencias existentes con la fase de la corrección, representada por los regímenes penitenciarios del aislamiento celular y del régimen auburniano.

2. Las teorías sobre la función de la pena.

También por su claridad, concisión y sensatez, nos basaremos en el análisis que al respecto ha realizado Heiko H. Lesch, quien sostiene: “ Por lo que respecta a la función de la pena, se suele distinguir entre teorías absolutas y relativas. En la concepción de las teorías relativas se reduce hoy día al concepto de teoría preventiva y se identifican con el programa *punitur ne peccetur*, mientras que la concepción de las teorías absolutas permanece unida al principio de la compensación de la culpabilidad -*punitur, quia peccatur est*-. Por ello es, desde todo punto, acertado cuando se habla de la antítesis de un Derecho penal represivo y uno preventivo”¹³.

De esta manera, como lo afirma este autor, son, principalmente, dos las formas de agrupar a las teorías que indagan sobre el fin de la pena; sin querer decir que no

¹³ Heiko H. Lesch, *La función de la pena*, Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1999, págs. 17 y 18.

existan otras, como, por ejemplo, las teorías de la unión, que también analizaremos en su momento oportuno.

Por otra parte, consideramos que es también importante resaltar que estas formas teóricas no hacen relación al momento histórico de la pena, que, aunque relacionado también con los fines que con ella se persiguen o se han perseguido, no aborda esta forma de síntesis metodológica, que a continuación estudiaremos:

a-) Teorías absolutas sobre el fin de la pena.

Al interior de esta categoría encontramos dos modalidades, concretadas en la teoría de la expiación y en la teoría de la retribución, que, debido a su relevancia y a su importancia académica, estudiaremos a continuación.

La primera de estas modalidades, referente a la teoría de la expiación, considera que, a través de la imposición del castigo establecido, la función de la pena es la de permitir la reconciliación del delincuente con la sociedad y consigo mismo. Lo que es enteramente posible y viable si se tiene en cuenta que en esta vertiente se considera al delito como una entidad que no solamente ofende a la sociedad en la que se ha cometido, sino, también, en un nivel interno, al individuo que lo ha realizado.

Por lo anterior, la pena, en esta concepción expiacionista, es un instrumento sancionatorio que borra y extingue los sentimientos internos de culpabilidad y los deseos sociales de aplicación de la justicia.

Por último, debemos mencionar que así como cuenta con sus adeptos que la defienden, esta teoría ha sido objeto de ciertos reproches, entre los que, según Heiko H. Lesch¹⁴, principalmente encontramos los siguientes: “En primer lugar, puesto que la expiación se produce en lo más recóndito del fondo de la persona autónoma, aquella dependerá tan sólo de la disposición psíquica de esa persona, la cual no puede ser obligada por el Estado mediante una pena. Frente a un autor que no muestre el más mínimo sentimiento de culpabilidad, fallaría por tanto de raíz la función de la pena. Además, hay que tener en cuenta que en la sociedad actual no se reconoce carácter exculpatorio a la expiación del delincuente sometido a la pena. Precisamente mediante la pena de privación de libertad se cierra al autor el camino hacia la sociedad, más que abrírsele. A quien se impuso una pena, abandona la cárcel, a los ojos de la sociedad, no precisamente como una persona redimida” .

En cuanto se refiere a la segunda de estas teorías absolutistas, la de la retribución, encontramos que, según Kant, el fin de la pena es el de la satisfacción de la justicia; y, según Hegel, esa misma satisfacción de la justicia más la reparación del daño causado por la realización de la conducta delictual. A su

¹⁴ Heiko H. Lesch, La función de la pena, Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1999, pág. 19.

turno, debemos decir que para obtener esa satisfacción de la justicia, así como el cabal desarrollo de ese fin punitivo de la retribución, la pena, para Kant, debe ser aplicada mediante la compensación en el mismo género, o, lo que es igual, mediante las concepciones de la ley del tali3n; mientras que Hegel, para este mismo fin, sostiene que la pena debe ser determinada y aplicada conforme a las concepciones especiales y espec3ficas de cada momento social, es decir, que no deber ser necesariamente deducida de la conducta delictual, sino, por el contrario, del sentimiento social de justicia que impere en la sociedad.

b-) Teor3as relativas sobre el fin de la pena:

Consideramos que nada m3s claro y preciso que las palabras de Prot3goras¹⁵, quien como un fiel exponente de las teor3as relativas del fin de la pena, se3ala: “Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito porque hayan cometido un delito, a no ser quien se quiera vengar de forma poco razonable como un animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de una forma razonable, no le impondr3 la pena por el injusto cometido, puesto que 3l no puede deshacer lo ya hecho, sino en raz3n del futuro, para que no pueda cometer ni el mismo injusto ni otro parecido” .

¹⁵ Las siguientes palabras hacen parte de una cita del libro de Heiko H. Lesch, p3g. 38, en el que nos hemos basado para el desarrollo de esta parte de la investigaci3n.

No ha sido, sin embargo, esta forma de pensamiento sobre el fin de la pena, interpretada o conceptualizada de una manera unívoca, sino que, por el contrario, pueden encontrarse varias matices en su interior. Así, en este contexto, encontramos a Feuerbach, propugnador de la concepción de la prevención general negativa; así como también encontramos a la teoría de la prevención general positiva, extraída de las concepciones psicológicas de Freud; y, por último, encontramos a la concepción de la prevención especial, principalmente defendida por Franz V. Liszt.

En primer lugar, para Feuerbach, quien sostiene que la pena cumple esencialmente la función de la prevención general negativa, la impunidad es una consecuencia inadmisibles al interior de cualquier sociedad, pues ella impide la realización su función principal: erradicar los deseos de violar la ley penal mediante la certeza de la aplicación de un castigo punitivo que supere los beneficios del crimen. Es decir, que según este autor, la pena debe, mediante la certeza de su aplicación, así como del conocimiento de sus mayores males en comparación con los beneficios recibidos por la realización de la conducta delictual, influir psicológicamente en el individuo para eliminar los impulsos y los deseos que le invitan a delinquir. A este pensamiento, sin embargo, se le han realizado críticas que, a nuestro juicio, son lo suficientemente sensatas como para no controvertirlas; en efecto, Luden, por ejemplo, sostiene lo siguiente: “ ¿Pero qué amenaza debe ser acentuada entonces mediante la imposición de la pena? En efecto, si la acción, que no tuvo en cuenta la amenaza, se ha llevado a cabo, es claro que la amenaza no ha alcanzado su objetivo, éste es, la disuación de la

acción, de tal suerte que –como el propio Feuerbach reconoce- la amenaza en relación con el hecho llevado a cabo por el autor ha resultado estéril. El deseo por el delito se convierte, dice Luden en su toma de posición crítica, se convierte realmente en acción, de tal manera que ya no se puede hablar de prevención, puesto que ésta, por definición, tiene que preceder al delito y no, en cambio, sucederle. La prevención exigida no puede, por tanto, tener lugar contra verdaderas perturbaciones del ordenamiento jurídico; la ejecución de la pena sólo puede tener por ello como meta la futura efectividad real de la amenaza, esto es, la intimidación de otros”¹⁶. A su vez, el propio Heiko H. Lesch¹⁷, pero ya refiriéndose a otro tema, señala otro punto de alta deficiencia en esta teoría: “si de lo que se trata es de eliminar los estímulos hacia el delito, el mal tiene que ser de mayor entidad que la ventaja que se obtenga con el hecho; esto es, empero, independiente de los daños sociales que ha causado el hecho. Por ello puede surgir una gran desproporción entre el daño social y el quantum de la pena. Un ejemplo: puede que frente a un asesinato a causa de unos cuantos cientos de pesetas una pena pecuniaria de unos miles de pesetas sea lo suficientemente intimidatoria, mientras que frente a un delito de calumnias que el autor lleva a cabo para promocionarse profesionalmente solo sea intimidatoria la previsión de una pena de muchos años de cárcel...Por lo demás, en contra de la teoría de la prevención general negativa hay también que objetar que ni todos los delitos responden a un cálculo racional –el autor calculador es más bien la excepción-, ni

¹⁶ Heiko H. Lesch, La función de la pena, Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1999, pág. 45.

¹⁷ Heiko H. Lesch, La función de la pena, Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1999, págs. 46 y 47.

todo cálculo racional per se centra en la abstracta amenaza penal, sino –si acaso- en el riesgo a ser descubierto, ésto es, en la posibilidad real de ser penado o de evitar la pena” .

A su vez, la segunda gran vertiente de estas teorías relativas del fin de la pena, se encuentra representada por la concepción de la prevención general positiva, que, al igual que la anterior, la de la prevención general negativa, también trata de una consecuencia futura de la pena: la eliminación de los deseos de realizar conductas criminales mediante el mejoramiento de la sociedad, lo que supuestamente se obtendría a través del refuerzo de los valores éticos y de la conciencia colectiva, así como del desarrollo de contraimpulsos que lleven a desechar los atractivos de la criminalidad.

Podemos, en consecuencia, notar que entre las dos anteriores teorías – prevención general positiva y negativa- existe una gran similitud, pues ambas, al fin y al cabo, atribuyen el mismo fin posterior a la pena: desincentivar los deseos criminales. Sin embargo, también como lo hemos podido ver, éstas se encuentran principalmente diferenciadas por el método que adoptan, porque, mientras en la prevención general negativa se trata de alejar al ser humano del delito mediante la amenaza de la imposición de un castigo que supere a los beneficios del crimen, en la prevención general positiva, entre tanto, se trata es de actuar sobre el lado bueno del individuo sin llegar a tocar su aspecto del temor por una sanción futura.

La tercera y última gran forma de conceptualizar a este pensamiento relativo sobre el fin de la pena, se encuentra en la prevención especial, que, como en su momento lo dijimos, ha tenido en Franz V. Liszt a uno de sus máximos exponentes y defensores. Encuéntrase esta vertiente dentro del pensamiento resocializador, perfectamente resumido por este pensador, que con gran acierto afirma lo siguiente: mediante esta forma “se trataría de retornar al camino correcto a quien se ha desviado, a aquél que no se ha adaptado correctamente a la sociedad, ésto es, se trata de un acto de asistencia estatal”¹⁸.

En su momento, analizaremos a esta función de la resocialización, que, consideramos, amerita un profundo y detallado estudio por ser la función teórica actual de la pena. Sin embargo, por ahora, tengamos en cuenta que la encontramos clasificada y catalogada dentro de las teorías relativas del fin de la pena, lo que nos permitirá extraer conclusiones de primerísima importancia.

c-) Teorías de la Unión en la función punitiva.

No siendo extraña esta técnica de la unión a otras ramas del saber, diremos que esta forma de concepción sobre el fin de la pena, lo que intenta es agrupar lo favorable de las demás formulaciones teóricas con el fin de consolidar los

¹⁸ Heiko H. Lesch, La función de la pena, Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1999, pág. 56.

aspectos acertados de cada una de ellas y de desechar sus puntos débiles o incoherentes.

Al respecto, pensamos que nada más claro y sabio que lo consignado en el libro de Heiko H. Lesch: “ Pero tal proceder no es sino el ya criticado de las teorías aditivas que sin un criterio determinado van de acá para allá entre diferentes finalidades de la pena, que hace una concepción unitaria de la pena como medio de satisfacción social imposible. En especial, no se resuelven satisfactoriamente las contradicciones entre los fines de la pena preventivos y el principio de culpabilidad: el punto de vista retrospectivo de la compensación de la culpabilidad y el prospectivo de la prevención se encuentran absolutamente desligados e incompatibles. La combinación de diferentes finalidades de la pena no conduce ni mucho menos a la desaparición de las insuficiencias de las que adolecen por separado cada una de ellas. Aunque se pueda argumentar que las contradicciones que se originan entre las diferentes finalidades de la pena pueden ser superadas remarcando un fin en detrimento de otro; no es menos cierto que las deficiencias de la prevención general y las de la prevención especial no sólo se encuentran en sus mutuas antítesis, sino que se fundamentan, como ha sido expuesto con detalle, de forma mucho más profunda. El problema de las teorías de la unión reside en definitiva en su carácter ambiguo: no están en condiciones ni de dar a la finalidad de la pena estatal una dirección y un fundamento consistente, ni de proponer una regla funcional que conceda preferencia a una teoría o a otra en los puntos de colisión. Las teorías de la unión solo pueden entenderse como meras propuestas que no pueden ser fundamentadas de una forma convincente.

Además, de ésto, el principio de compensación de la culpabilidad pierde su función originaria de fundamentación de la pena y queda reducido a tan solo un criterio delimitador de la pena que no puede ser aclarado funcionalmente”¹⁹.

En consecuencia, como podemos observar, estas teorías de la unión adolecen de grandes defectos, entre los que principalmente se destaca el de tratar de conciliar visiones interpretativas completamente incompatibles, como lo son las fórmulas de las teorías absolutas, basadas en el principio de culpabilidad; y de las teorías relativas, basadas en la prevención. Y aunque, como se ha visto en la práctica, se haya pretendido dar respuesta a esta objeción mediante el sólo intento de armonizar a las formulaciones de esta última forma de visualizar el fin punitivo –las teorías relativas- con el fin de reforzarlas en detrimento de las teorías absolutas, la objeción persiste y continúa latente con el argumento de que entre ellas mismas también existen interpretaciones completamente incompatibles.

d-) Diferencias entre las teorías relativas y absolutas del fin de la pena.

Por lo anteriormente expuesto, puede, en términos generales, aceptarse el pensamiento de Peter Ashton, quien, para diferenciar las teorías absolutas, relativas y de la unión sobre el fin de la pena, afirma: “ para las teorías absolutas

¹⁹ Heiko H. Lesch, La función de la pena, Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1999, págs. 68 y 69.

representadas por Immanuel Kant, la pena es retribución de la sociedad, impuesta por el Estado, y expiación del acto perpetrado por el delincuente. Las teorías relativas, en cambio, se preocupan de señalar a las penas fines u objetivos extrínsecos. Se trata de evitar la perpetración de delitos en lo futuro, es decir, la prevención de la criminalidad; al respecto, se distinguen las teorías de prevención general y las teorías de prevención especial, estas últimas representadas por Franz Von Litz. Las teorías de la unificación, o unificadoras, tratan de comprender la naturaleza de la pena, a partir de una combinación de las justificaciones y explicaciones de las teorías precedentes”²⁰.

Debemos, sin embargo, agregar que el discurso sobre los fines de la pena es aún más amplio de lo que piensa Ashton, pues, como lo hemos visto, las teorías absolutas no solamente se encuentran representadas por Kant, sino también por Hegel; al paso que las teorías relativas, además de a Franz Von Litz, también encuentran en Feuerbach a uno de sus máximos exponentes y defensores y a Nietzsche y a Freud como a una de sus grandes bases y antecedentes intelectuales.

En cuanto al tema que verdaderamente nos ocupa en este punto de la investigación, podemos decir que, aunque ambas formulaciones teóricas buscan la defensa de la sociedad, las teorías absolutas lo hacen tan solo dirigiéndose a la persona que ha infringido la ley penal; mientras que las teorías relativas, salvo la

²⁰ Ashton, Peter, La evolución del pensamiento penal en Alemania, Revista Chilena de Derecho, Santiago, Chile, Vol. 22, # 2, 1995, págs. 297-307.

de la prevención especial o resocialización, se orientan, en cambio, principalmente a influenciar a la colectividad mediante la generación de temores, como acontecería con la prevención general negativa, o de la estimulación de conductas sanas y permitidas, lo que nos situaría frente a la prevención general positiva.

Así mismo, podríamos afirmar que, en la medida en que las teorías absolutas se dirigen al sujeto que ha infringido la ley penal, lo hacen con el fin de que éste sea castigado, y, a la vez, para que con ese castigo se logren borrar las consecuencias internas y externas del delito, que, por obvias razones, se extienden tanto al campo moral –censura interna- como al campo social-censura externa-. Mientras que, por el contrario, las teorías relativas lo que pretenden es extender las bondades del uso de la pena hacia quienes no han infringido las disposiciones que las originan, es decir, las disposiciones contenidas en la ley penal; lo que, para el caso de la prevención general negativa, se lograría a través de los temores que se obtienen mediante la ejemplificación o divulgación de las nefastas consecuencias del delito; mientras que, para el caso de la prevención general positiva, se lograría esto mismo mediante el reforzamiento de los valores éticos de la sociedad.

Es, a nuestro juicio, igualmente importante, anotar que, aunque las teorías relativas y las teorías absolutas buscan la misma defensa de la sociedad contra los fenómenos criminales, lo realizan, como lo hemos podido ver, en momentos y con métodos y procedimientos diferentes, pues mientras las primeras extienden su acción hacia el control de la criminalidad futura mediante la generación de temores

o mediante el reforzamiento de la conciencia colectiva; las segundas, en cambio, tan solo se dirigen hacia la criminalidad pasada con el objeto de reprimir y de permitir la expiación del delincuente.

Sin querer decir que no forme parte de las teorías relativas, pero sí, por lo menos, dejando de presente que constituye un acápite especial dentro de éstas, la teoría de la prevención especial, aunque dirigida a personas específicas, busca, al igual que las teorías de la prevención general positiva y negativa, evitar la posible realización de futuros delitos. La diferencia, como se habrá podido notar, se encuentra, entonces, en la dirección del objeto, de donde deriva su nombre: prevención especial²¹.

B- LA FUNCIÓN ACTUAL DE LA PENA: LA RESOCIALIZACIÓN.

Por ser esta la función actual que más se destaca en el nivel de las finalidades punitivas, consideramos que es de extrema importancia estudiarla a fondo y de una manera particular, por lo que, a continuación, dedicaremos esta parte de la investigación a este objeto y propósito.

²¹ Por su amplia acogida y significativa importancia para el pensamiento punitivo, estudiaremos especialmente a esta formulación teórica, tan comunmente conocida como resocialización.

1. Consideraciones preliminares.

Surgida e implantada con el fin de castigar y de someter, nadie imaginó que la institución carcelaria pudiera llegar a ser orientada hacia fines y objetos tan diferentes y tan alejados de las concepciones que originariamente la rodearon, como la tan mencionada resocialización, que, en términos sencillos, se basa en la política de considerar al delincuente como a un ser que requiere más de ayuda y de apoyo que de venganza y de castigo.

Recordando lo visto anteriormente, ubicamos a esta formulación teórica de la resocialización al interior de las teorías relativas, y, en especial, dentro de lo que se ha denominado como prevención especial, por lo que, lo expuesto anteriormente sobre ellas, es completamente aplicable a este punto de la investigación, en el que de nuevo volveremos sobre esas importantes consideraciones.

Debe, por otra parte, tenerse en cuenta que, como lo afirma Sandoval Huertas Alrededor de esta teoría de la resocialización se encuentran diferentes vocablos que realmente no significan ni se traducen en nada distinto a lo que pueda entenderse por la resocialización, es decir, que expresiones como reinserción, readaptación social, reeducación social, rehabilitación social, etc., que usualmente se utilizan para describir este mismo fenómeno, tan solo son diferentes designaciones de un mismo concepto y significado, que, a pesar de ser utilizadas

preferencialmente por algunos tratadistas o por algunas disposiciones legales, no aportan nada distinto en la realidad, pues, dentro de lo que podemos deducir y observar, “ de un modo u otro todas estas expresiones coinciden en asignar a la ejecución de las penas y medidas privativas de la libertad una misma función primordial: una función reeducadora y correctora del delincuente. Una función que ya desde los tiempos de Von Litz y de los correccionalistas españoles, se considera por un sector de los penalistas como la función más elevada y principal que se puede atribuir a todo sistema penitenciario moderno”²².

Como en su momento también lo analizaremos, la resocialización se encuentra en la actualidad en medio de un debate que se centra entre su desaparición y su conservación, entre su inutilidad y su supuesta necesidad para la sociedad, entre su fracaso real y sus bondades teóricas; siendo, por esto mismo, viable pensar y sostener que la situación real de la función resocializadora será completamente esclarecida en los años venideros, que, con toda seguridad, se caracterizarán por la magnitud y la importancia de los cambios metodológicos e intelectuales que serán introducidos en los niveles punitivos. Consideramos erróneo, por lo tanto, pensar que la última palabra ya ha sido pronunciada en estos temas, pues lo más probable es que nos encontremos ante una más de las etapas que la humanidad ha recorrido en los campos punitivos y no de cara al momento cúlmine ni definitivo de la intelectualidad y aplicación de las sanciones penales.

²² Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal y Control Social, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 88.

2. Ubicación histórica y conceptual de la resocialización:

Como en su momento ya lo habíamos analizado, para Emiro Sandoval Huertas la resocialización surgió hacia las tres últimas décadas del siglo XIX, cuando, comenzando a plantearse el problema de la corrupción y del hacinamiento al interior de los centros carcelarios de la época, así como el problema del peligro de las tesis proletarias para el sistema implantado por la burguesía, se hizo evidente la necesidad de introducir una reforma en la orientación ideológica de las penas que conciliara las diferencias manifestadas por la clase trabajadora en contra de quienes dominaban los medios de producción²³.

Según ese mismo autor (Sandoval Huertas), las pretensiones proletarias del siglo pasado, respaldadas por los fracasos bursátiles del momento y por las desigualdades vividas en materia de distribución del ingreso, originaron un mecanismo de defensa del sistema burgués consistente en abandonar la ortodoxia

²³ En este punto, consideramos que es en extremo importante señalar la autorizada opinión de Teresa Millares, quien... sostiene: "la cárcel como castigo pierde el apoyo político, social e incluso ideológico que la legitimaba, además de llegar a ser anacrónica –por el cambio en las condiciones estructurales de Europa–: el aislamiento celular completo produce un alarmante record en muertes, automutilaciones y suicidios...El mismo Estado debe modificar el tipo de control social, ya que en su fase capitalista-imperialista necesita neutralizar la crítica que podría surgir de su propio modelo económico; necesita, pues, racionalizar las desigualdades por él producidas...En base a tales presupuestos la cárcel pasa a ser un aparato de transformación del individuo, un laboratorio, ya que mediante el tratamiento individualizado se crean los mecanismos para ayudar al individuo a que quiera volver a ser libre, a través de la creación de nuevas normas de conducta. El tipo de conducta que la resocialización ha de crear en el individuo es aquella que le lleve a adaptarse a las normas consensuales capitalistas. Se impone, pues, al individuo un método consistente en un tratamiento socio-terapéutico, destacándose en él el aspecto de la reintegración del individuo a la sociedad para que sea útil a la misma por la adquisición de capacidades técnico-laborales-disciplinarias para su integración en el proceso de producción y de consumo. Aspecto, pues, de tipo funcional..."

de sus tesis, que, al pregonar los postulados clásicos o manchesterianos del *laissez faire-laissez passer*, no lograban mantener la calma ni captar el apoyo de las clases proletarias, imbuídas con una frecuencia progresiva por las tesis izquierdistas del momento.

Adoptándose un término medio que permitiera la reconciliación entre las clases trabajadoras y las controladoras de los medios de producción, se resolvió el dilema en favor de la actuación estatal, implicándose, por lo tanto, la presencia de éste en áreas que le habían sido completamente negadas y vetadas para su actuación. Operando, de esta manera, lo que podríamos denominar un acrecentamiento de las funciones estatales, cuyo propósito teórico era el de corregir las desigualdades y las injusticias expresadas y sentidas al interior del sistema burgués por quienes no controlaban los medios de producción.

Como era de esperarse, al ser el campo de la justicia, y con ello el de la aplicación de las penas, uno de los más censurados por su severidad e insensatez, la reforma ideológica del sistema burgués se extendió hasta sus terrenos. Siendo de esta manera como el Estado amplió su órbita funcional en el área punitiva, que, como es lógico si tenemos en cuenta las circunstancias del momento, debía servir para el propósito de desincentivar los atractivos que las tesis izquierdistas le ofrecían a los hombres que conformaban las masas populares.

Así, si el sistema burgués era desmentido y denigrado por su inequidad y su injusticia social, había, entonces, que hacerlo parecer en el sentido contrario a

como venía siendo interpretado por quienes lo atacaban. ¿Y qué mejor para este fin que situarlo en el terreno de la consideración, de la solidaridad y de la comprensión social?

Consideramos que nada mejor que esta estrategia para ese propósito, estrategia que no solamente estaría llamada a aplicarse en las áreas económicas sino también en otras áreas tan neurálgicas y tan importantes como la justicia, y, con ella, la de la aplicación de las penas. Por ésto mismo, en aras de la conservación del sistema burgués, comenzó Estados Unidos, en octubre de 1870, el ejemplo que habría de terminar formando un nuevo discurso teórico alrededor de la función punitiva, que se materializa con la difusión de las nuevas concepciones implantadas en el Congreso Nacional sobre la Disciplina de las penitenciarias y Establecimientos de Reforma, en el que se establece: “El trato de los criminales por la sociedad tiene por motivo la seguridad social. Mas, como el objeto de él es el criminal y no el crimen, su fin primordial debe ser la regeneración moral de aquél. Por esta razón, la mira suprema de las prisiones debe ser la reforma de los criminales y no la imposición del dolor, o sea, la venganza”²⁴.

El rompimiento con las ideas de la fase correccionalista resulta siendo evidente, pues, como ya se habrá podido deducir, ya no era la venganza ni el castigo por el castigo mismo lo que comenzaba a imperar alrededor de la filosofía punitiva, sino,

²⁴ Para Emiro Sandoval Huertas, como consta en la página 114 de su libro “Penología”, ésta es la fecha y la circunstancia que funda la nueva y actual fase resocializadora al interior de la materia punitiva, lo que se respalda por su siguiente afirmación: “A partir de esa declaración el argumento de la resocialización, como pretensión científica, ha llegado a constituirse en la más frecuente y recurrida justificación de las sanciones penales, tanto doctrinal como legislativamente, y de esta manera subsiste en la actualidad”.

por el contrario, la ayuda hacia quien había optado por caminos diferentes a los queridos por la sociedad.

Es de anotar que, con posterioridad a esa primerísima declaración se elaboraron otras que igualmente afirmaron estos mismos postulados de la resocialización, entre las que especialmente se destacan: Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente (1955) y por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas mediante Resolución 663 C (XXIV) de julio 31 de 1957, que, en su artículo 58, afirma lo siguiente: “ El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de la libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo” . Igualmente, El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, dispone en su artículo 11: “ El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados” . A su turno, La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, dispone en su artículo 5: “ Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados” .

Encontramos, igualmente, en el nivel legislativo, planteamientos tan interesantes como el del artículo 1º de la Ley General Penitenciaria italiana del 26 de julio de 1975, que señala: “ En relación con los condenados y presos debe aplicarse un

tratamiento reeducativo que, especialmente, por contactos con el mundo exterior, se dirija a su reinserción social” . Así mismo, la Ley Penitenciaria Alemana del 16 de marzo de 1976, que entró en vigor el 1º de enero de 1977, señala en su párrafo 2º “ como meta de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad capacitar al recluso para llevar en el futuro en responsabilidad social una vida sin delitos” . Encontramos también que el artículo 25.2 de la Constitución Española²⁵, señala: “Las penas privativas de la libertad y las medidas de seguridad, estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”; adicionalmente, en la misma España, pero ya en el artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (L.O.G.P.), se establece: “Las Instituciones Penitenciarias reguladas en la presente Ley, tienen como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados...”; diciéndose, a su vez, en el artículo 59 de esa misma ley española: “El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal...” . En Paraguay, a su turno, se ha establecido en el artículo 39 del Código Penal, numerales 1 y 2, que “El objeto de la pena privativa de la libertad es promover la readaptación del condenado y la protección de la sociedad” .

Ahora, en cuanto se refiere a nuestra historia legislativa, encontramos que el Decreto 1405 de 1934, que fue nuestro primer Código Penitenciario, dispuso en su

²⁵ Es de destacarse que durante la investigación tan sólo hemos podido encontrar dos ordenamientos jurídicos que consagren a la función resocializadora desde el nivel constitucional: España y México.

artículo 127: “Todos los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país se regirán por el principio de que el trabajo es la mejor y más alta escuela de regeneración moral y social de los penados detenidos”. Fueron, a su vez, repetidas estas palabras en el artículo 175 del decreto 1817 de 1964, que, complementado por el artículo 187 de esta misma norma, dispuso: “En los establecimientos carcelarios del país, regirá el principio de que la educación y el trabajo son la base de la regeneración moral y social de los reclusos”.

A pesar de encontrarnos de acuerdo con los planteamientos que Sandoval Huertas hace sobre el momento y las circunstancias que rodearon el surgimiento de la fase resocializadora, respaldados por la también autorizada opinión de Teresa Millares, creemos, a su vez, igualmente necesario tener en cuenta la visión de Francisco Muñoz Conde²⁶, quien, refiriéndose a estos aspectos, afirma: “La impresión de los horrores de la segunda guerra mundial y el abuso del derecho penal en el castigo e incluso en la eliminación física de grupos humanos enteros, contribuyeron sin duda al renacimiento de las ideas humanísticas y a la configuración de un derecho penal más humano como instrumento al servicio de la resocialización antes que el castigo de los delincuentes...”.

Por lo anterior, consideramos que si bien la fecha de 1870, en la que se adoptó la declaración de Cincinnati (Ohio) sobre la nueva filosofía penitenciaria, puede ser

²⁶ Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal y Control Social, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, pág. 84.

tenida en cuenta como el momento del surgimiento de la fase resocializadora y el del fin de la fase correccionalista, no es, por ello, también la que señale el desarrollo y el auge de estas novedosas ideas, ya que, como se desprende de la opinión de Muñoz Conde, ésto sucedería con el advenimiento de sucesos tan vergonzosos como el de la masacre humana de la segunda guerra mundial.

3. Materialización de la fase resocializadora.

Como ya lo sabemos, mientras que la fase correccionalista se manifestó a través del aislamiento celular y del régimen auburniano, la fase resocializadora, en cambio, se encontró materializada con los regímenes penitenciarios progresivos, all'perto y abiertos²⁷.

Como se habrá podido deducir, la gran diferenciación entre estas fases fue marcada por el tratamiento al recluso, que, sin duda, se encontró rodeado de una mínima humanidad con el advenimiento de la etapa resocializadora. Así, mientras Elam Lynds, el gran exponente del régimen auburniano, consideraba a los

²⁷ En este tema remitimos al lector a la parte pertinente de la investigación (la parte histórica), en la que se analiza a cada una de estas formas penitenciarias.

condenados como “salvajes, cobardes e incorregibles”²⁸; Montesinos²⁹, entre tanto, quien fue uno de los mayores exponentes del régimen progresivo, hizo colocar el siguiente letrero en la puerta del presidio que administraba: “La prisión sólo recibe al hombre. El delito queda en la puerta. Su misión es corregir al hombre”.

En cuanto a sus particularidades, debemos decir que la primera de estas materializaciones de la fase resocializadora se encuentra concretada en el régimen progresivo, que debe su nombre a su filosofía de considerar que no era conveniente que el recluso fuera sometido a un tratamiento penitenciario uniforme, sino que, por el contrario, debía ser el destinatario de un tratamiento penitenciario compuesto de diversas etapas que en su desarrollo señalaran el progreso social y personal de cada uno de los condenados. Así, Para Maconochie, otro de los grandes exponentes de esta concepción penitenciaria, las etapas de este tratamiento debían ser tres: la primera, que, debiendo durar nueve meses como máximo, se encontrara compuesta por un aislamiento celular para permitir la reflexión individual del condenado sobre el delito cometido; la segunda, compuesta

²⁸ Al respecto, Neuman, en su libro *Evolución de la Pena Privativa de la Libertad y Regímenes Carcelarios*, pág. 127, nos suministra la siguiente descripción de Lynds: “Era Lynds un hombre inteligente, de carácter rígido y poseedor de una energía rayana en la brutalidad. Consideraba al castigo corporal como el de mayor eficacia y a la vez el de menor peligro, ya que –según él- no dañaba la salud de los penados. Este individuo, cuya fama temible tuvo oportunidad de exteriorizarse al pasar a dirigir luego la celeberrima Sing Sing, opinaba que los condenados eran salvajes, cobardes e incorregibles, y que no debía tenerse con ellos ninguna clase de contemplación, incitando a los guardias a un trato severísimo”.

²⁹ En contraste, Neuman, en el mismo libro anteriormente citado, en la pág. 135 y 137, lo describe así: “Fue un genial precursor del tratamiento humanitario con magníficas dotes de mando que unía a la energía, la intuición y el tacto...Ordenaba con firmeza pero sin despotismo y se captó la confianza y el afecto de todos los presos. Esta sutil habilidad, plena de humanidad en el tratamiento que les dispensaba, valieronle el incondicional aprecio y sujeción de los reclusos, armas estas que le facultaron el emprender

por actividades de trabajo comunitario con sujeción a la regla del silencio absoluto, lo que se realizaba para enseñarlo a relacionarse con los demás reclusos bajo una cierta disciplina; y, la tercera, que es la de la libertad condicional. Para Montesinos, por el contrario, las etapas debían ser: la primera, que, denominada de los hierros, se caracteriza por la muestra de la disciplina a la que no quería llegar el director de la prisión, para lo que se le colocaban pesadas cadenas al recluso y se le sometía brevemente a un aislamiento regresivo; la segunda, la del trabajo, que, a cambio de elegir una actividad productiva para realizarla al interior del centro penitenciario, permitía al recluso la liberación de esas pesadas cadenas que había cargado desde su ingreso a la prisión; y, la tercera, que, siendo la de la libertad intermedia, permitía que los reclusos de buena conducta y de confianza fueran empleados en actividades que se desarrollaban al exterior del establecimiento, así como ser visitados frecuentemente por sus familiares.

Por otra parte, como una etapa final del régimen progresivo o con el objeto de ser destinado a reclusos sentenciados a penas privativas de la libertad de corta duración y a aquellos que cumplieran ciertos rasgos especiales, surgió el régimen penitenciario all'aperto, que, según Neuman³⁰, es una expresión italiana que significa al aire libre. Era éste, un régimen especialmente caracterizado por su orientación a las actividades laborales en los campos de la agricultura y de los servicios públicos, por lo que, los reclusos, en un ambiente de extrema confianza y

con orden y disciplina un régimen de singulares características”.

³⁰ Neuman, Evolución de la Pena Privativa de la Libertad y Regímenes Carcelarios, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1971, pág. 159.

de poca disciplina, podían realizar actividades de cultivo, de riego, de cría de ganado, de jardinería, de construcción de carreteras, diques o fortalezas.

La última de las formas penitenciarias de materialización de la fase resocializadora es la de la prisión abierta, que, como su nombre lo indica, pretende el establecimiento de prisiones que no cuenten con dispositivos reales o materiales contra las posibles fugas de los reclusos. Se habla, en consecuencia, de prisiones sin muros, al estilo de las que fueron utilizadas en Europa después de la segunda guerra mundial. Ahora, en lo que se refiere a los antecedentes de este novedoso intento de aplicar las tesis y postulados resocializadores, encontramos al Duodécimo Congreso Penal y Penitenciario, celebrado en la Haya en 1950; al primer congreso de la O.N.U. (1960) para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, en el que, mediante la Recomendación I, se dijo: “El establecimiento abierto se caracteriza por la ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión (tales como muros, cerraduras, rejas y guardia armada u otras guardias especiales de seguridad), así como por un régimen fundado en una disciplina aceptada y en el sentimiento del recluso a hacer uso de las libertades que se le ofrecen sin abusar de ellas. Estas son las características que distinguen el establecimiento abierto de otro tipo de establecimientos penitenciarios, algunos de los cuales se inspiran en los mismos principios, pero sin aplicarlos totalmente” .

Como podrá deducirse, las bondades del régimen abierto no pueden ser dirigidas a todas las clases de reclusos, pues, dentro de las condiciones que esencialmente

se requieren para su correcto funcionamiento se encuentra la de la aceptación voluntaria de la disciplina establecida al interior del centro penitenciario, lo cual no es viable encontrar en todas las clases de reos. Por lo tanto, quienes han diseñado o defendido esta novedosa forma, no han, a la vez, dudado en establecer unos requisitos mínimos para asegurar el correcto funcionamiento de este régimen, sustentado, principalmente, en la sabia selección de sus penados, e, igualmente, del personal de la institución.

No son pocos los países que cuentan con regímenes penitenciarios abiertos, sino, por el contrario, numerosos, entre los que principalmente se destacan: Suecia, Finlandia, Noruega, Francia, Italia, Estados Unidos, Suiza, Bélgica, Inglaterra, Australia, México, etc.; sin embargo, el problema radica en que tan sólo un mínimo porcentaje de la población carcelaria ha sido seleccionada para ser incorporada a esta clase de establecimientos, debido ésto, en parte, a que la escasa disciplina y fuerza coercitiva de la que dispone ha generado y continúa generando desconfianza por parte de quienes clasifican a la población penitenciaria.

4. La resocialización, el concepto y elementos del tratamiento penitenciario.

No han sido pocas las nociones que se han elaborado sobre el tratamiento penitenciario, por lo que, puede afirmarse, han fracasado los intentos de facilitar su comprensión a través de la conjunción y de la explicación de todos sus elementos. De esta manera, el fenómeno de la existencia de múltiples

definiciones, en muchos casos excluyentes y contradictorias entre sí, así como la diversidad de interpretaciones que sobre él han surgido según el momento histórico en el que nos situemos, confunde y dificulta la tarea actual de esclarecer a cabalidad a esta figura, que, lo que finalmente pretende, es servir a los fines de la resocialización.

A manera de ejemplo, tratadistas tan importantes como Francisco Muñoz Conde, manifiestan su descontento con la ambigüedad del término resocialización y, por lo tanto, con lo que de él pueda llegar a derivarse, como lo sería el tratamiento penitenciario: “Ciertamente no puede negarse que el optimismo en la resocialización ha sido excesivamente acrítico y exagerado y que, a pesar de su aceptación y éxito general, nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y determinado. Y es esta misma indeterminación y vaguedad la que probablemente da la clave de su éxito, porque todo el mundo puede aceptar el término, aunque después cada uno le atribuya un contenido y finalidad distintas de acuerdo con su personal ideología. Esta misma indeterminación es, sin embargo, al mismo tiempo, su principal defecto, porque no permite ni un control racional, ni un análisis serio de su contenido. El término resocialización se ha convertido en un palabra de moda que todo el mundo emplea, sin que nadie sepa muy bien lo que se quiere decir con él”³¹.

³¹ Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal y Control Social, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, págs. 90 y 91.

Por lo anterior, sostener que el tratamiento penitenciario pretende servir a los fines y postulados de la resocialización, creemos, es tan ambiguo como el término mismo que pretende llevar a la realidad a través del cumplimiento de sus postulados: la resocialización.

La anterior situación la podemos ver reflejada por las diferentes interpretaciones y aplicaciones que los diferentes países del mundo han adoptado sobre el tratamiento penitenciario. A manera de ejemplo, Bolivia³² considera que “El tratamiento Penitenciario tiene el propósito de moldear la personalidad del recluso y modificar su actitud futura frente al medio social, a través de métodos psicológicos, pedagógicos y sociales”, para lo que se hará uso de lo que ellos denominan “el sistema progresivo, el cual comprende las siguientes etapas: El tratamiento del interno, la readaptación social en un ambiente de confianza, la pre-libertad y la libertad condicional”, que, a su vez, se sustentan en la concepción de que “el fin de la readaptación que persigue el tratamiento, es de carácter permanente, y está basado en el conocimiento profundo del interno”. A su turno, la legislación peruana establece³³ que “El tratamiento Penitenciario es individualizado y grupal, consistiendo en la utilización de métodos médicos, biológicos, psicológicos, psiquiátricos, pedagógicos, sociales, laborales y todos aquellos que permitan obtener el objetivo del tratamiento de acuerdo a las características propias del interno”, sosteniéndose, además, que “el tratamiento se

³² Al respecto, consúltese, en la legislación boliviana, el Decreto Ley 11080, Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario, arts. 22, 33 y 34.

³³ Al respecto, consúltese, en la legislación peruana, el artículo 61 y artículo IV del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

efectúa mediante el sistema progresivo”. La legislación venezolana³⁴, en cambio, establece que “El tratamiento Penitenciario procura durante el período de internación, la reorientación de la conducta del recluso con miras a un tratamiento integral a cuyos fines dispensan asistencia integral a través de las siguientes medidas: clasificación, agrupación, trabajo, educación, condiciones de vida intramuros, asistencia médica, odontológica y social y asesoramiento jurídico”. A su turno, la legislación chilena³⁵, de una manera más sensata porque aborda el tema más directamente, establece: “El tratamiento de reinserción social consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas al condenado que cumple su pena en un establecimiento penitenciario. Busca -refiriéndose al tratamiento penitenciario- reorientar su inserción social, a través de la capacitación e inculcándole valores morales en general, para que una vez liberado quiera respetar la ley y proveer sus necesidades...El tratamiento procura desarrollar, en la medida de lo posible, una actitud de respeto a sí mismo y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general”. En Colombia, a su vez, se dispone por parte del Código Penitenciario³⁶ y Carcelario que el objetivo del tratamiento penitenciario “es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad”, igualmente, se establece que “el tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y

³⁴ Al respecto, consúltese, en la legislación venezolana, el artículo 5 del Reglamento de Internados Judiciales.

³⁵ Al respecto, consúltese, en la legislación chilena, el artículo 71 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”.

³⁶ Al respecto, consúltense los artículos 142 y 143 del Código Penitenciario y Carcelario colombiano.

deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible” .

En consecuencia, lo anterior nos demuestra lo que hemos intentado establecer: la dificultad conceptual que conduce a una anarquía interpretativa alrededor del fenómeno del tratamiento penitenciario, derivada, en gran parte, esta anarquía, por la también falta de precisión que se observa alrededor de lo que se conoce como resocialización. Por lo tanto, no es extraño sino más bien lógico, encontrar que para cada país el tratamiento penitenciario es un concepto propio que no obedece a ninguna teoría general que lo oriente o que lo explique adecuadamente.

Debemos, sin embargo, reconocer que si bien existe este problema metodológico alrededor de la comprensión del tratamiento penitenciario, algunos otros autores, entre los que podemos destacar a Emiro Sandoval Huertas, han tratado de sintetizar a esta figura por medio de sus elementos y de sus implicaciones prácticas, lo que, en cierta forma, ha ayudado a comprenderla y a ubicarla mejor. Así, de una manera lo suficientemente sencilla y sensata, define Sandoval Huertas al tratamiento penitenciario: “ Conjunto de medidas y actitudes tomadas respecto de un sentenciado privado de la libertad, con el propósito de obtener su rehabilitación social o resocialización” ³⁷ .

³⁷ Sandoval Huertas, Emiro, *Penología*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 317.

Aunque oportuna para el estado actual de los asuntos penitenciarios, la definición de Sandoval Huertas, que refleja la crítica realidad intelectual de la resocialización, no podía ser mejor ni tampoco llegar a subsanar las deficiencias que alrededor de este término se han tolerado desde su mismo surgimiento en la teoría penitenciaria. En consecuencia, como podemos observar, sintetiza este autor lo que es el tratamiento penitenciario dentro los límites que le impone la ambigüedad del término resocialización.

Ahora, para Sandoval Huertas el tratamiento penitenciario se encuentra compuesto por siete elementos, que, debemos decir, no son los mismos para todas las legislaciones ni para todos los ordenamientos que lo han intentado llevar a la práctica. Por lo tanto, aunque los estudiaremos, debemos, en todo caso, tener en cuenta que existen otros que se refieren y se aplican a campos y fenómenos diferentes o idénticos, pues, como lo afirma García Ramírez: “ Si son múltiples los factores del crimen, diversos han de ser así mismo, con idéntica riqueza e igual poder de coordinación, los elementos del tratamiento” .

Por último, debemos decir que Sandoval Huertas no realiza el estudio del tratamiento penitenciario para sí poder defenderlo y abogar por su incorporación, sino que, por el contrario, lo estudia para mostrar sus fallas y debilidades, por lo que, en términos generales, además de su opinión, tendremos en cuenta a las de otros autores que también se han referido sobre el tema.

a-) El personal penitenciario:

Según Sandoval Huertas, se refiere este elemento del tratamiento penitenciario al “conjunto de personas que trabajan para la administración penitenciaria en la ejecución de penas privativas de la libertad”³⁸. Ahora, encontramos, principalmente, tres clases de personas dentro del personal penitenciario, que, clasificadas según la función que desempeñan, serían: los directivos o administrativos, los del personal científico y técnico y los del personal de vigilancia o custodia.

La lógica en la inclusión de este elemento se funda en el hecho simple de que son los miembros del personal penitenciario quienes van a tener un mayor contacto con la población penitenciaria, quienes tienen la posibilidad de atender sus necesidades inmediatas y quienes van a terminar influyendo en su aspecto moral. En otras palabras, es el personal penitenciario, ni más ni menos, el encargado de cumplir las directrices normativas en las cuestiones penitenciarias.

La lógica del tratamiento penitenciario establece que, debido a su gran importancia, debe operar una rigurosa selección sobre las personas que van a conformar el personal penitenciario, pues éstas, como es lo lógico, deben encontrarse despojadas de cualquier odio hacia los reclusos y de cualquier oscura

³⁸ Sandoval Huertas, Emiro, *Penología*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 320.

intención sobre los amplios poderes fácticos que poseen sobre la población reclusoria. Descartándose, de esta manera, a las personas violentas o corruptas.

Con respecto a este elemento del tratamiento penitenciario, dispone nuestra legislación la existencia de tres grandes grupos de personas: las vinculadas a la parte administrativa, las de la parte científica o técnica y las de la parte de vigilancia o de custodia.

Con respecto al personal que se encuentra vinculado a la parte científica o técnica, podemos decir, basándonos en el artículo 42 de nuestro Código Penitenciario y Carcelario, que se encuentra al servicio del personal de vigilancia en áreas como la capacitación, actualización en el ramo científico y técnico penitenciario y carcelario y formación en materia de los derechos humanos al interior del centro penitenciario. A su vez, el personal de vigilancia, que, por expresa disposición legal, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos para ello, puede llegar a ser parte del personal administrativo, se encuentra a cargo de la seguridad y del cumplimiento de las disposiciones legales sobre el trato a los reclusos y sobre su disciplina al interior del centro penitenciario. Por último, el personal administrativo, especialmente representado por el director general de prisiones y por los directores y subdirectores que en cada una de ellas existen, tiene a su cargo y bajo su dependencia a la guardia carcelaria, lo que significa que en últimas son los miembros de este tipo de personal los encargados de dictar las pautas y las directrices para el cumplimiento de las normas sobre la seguridad carcelaria y el tratamiento a los reclusos.

b-) La observación y la clasificación penitenciaria.

Podríamos definir a este elemento del tratamiento penitenciario, como: el conjunto de actuaciones de la administración penitenciaria que concluyen con la inserción del penado al centro y al programa penitenciario que más le convenga a su resocialización.

Hemos elaborado la anterior definición por cuanto que Sandoval Huertas no nos proporciona ninguna, ya que lo considera inútil debido a que, en sus palabras³⁹, éste es un aspecto del tratamiento penitenciario que no se cumple en la realidad.

Sin embargo, y aunque no dudamos que así lo sea en la realidad, consideramos que perfectamente ésta sería una explicación completamente válida para no referirnos a la gran mayoría de los temas que abarca la institución de la pena privativa de la libertad, pues, como en su oportunidad lo hemos podido ver, la gran mayoría de ellos son promesas y planteamientos incumplidos en los terrenos de la práctica penitenciaria. Por lo tanto, nos permitimos, de todas maneras, abordar los estudios pertinentes sobre este aspecto del tratamiento penitenciario.

En cuanto a este elemento del tratamiento penitenciario, que sin duda es visto como uno de los aspectos fundamentales para la teoría resocializadora, debemos

³⁹ Sandoval Huertas, Emiro, Penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 329.

decir que se basa en la consideración de que para regresar al individuo al camino del respeto de las normas sociales es necesario someterlo a un tratamiento penitenciario que obedezca y que se oriente a tratar sus problemas particulares.

En este contexto, podemos afirmar que, según los pensadores de esta vertiente, no todos los condenados pueden ser sometidos a la misma forma de tratamiento penitenciario, pues, como es lógico, en cada uno de ellos habrán existido diferentes motivos y causas para haber transgredido las normas sociales, motivos y causas que, en teoría, pretende corregir el tratamiento penitenciario durante el cumplimiento de la condena y que por su diversidad de origen y de consecuencias ameritan esfuerzos diferentes por parte de la estructura penitenciaria.

Lo anterior, necesariamente nos conduce a pensar en la existencia de diversos tipos de tratamiento penitenciario, como en efecto se presenta en el nivel teórico. Pero para saber cuál es el tratamiento que debe aplicarse a cada uno de los reclusos, lo que no quiere decir que, por su homogeneidad, no se pueda seleccionar a un grupo de ellos para tratarlos análogamente, se debe, en primer término, observarlos para así poder deducir los problemas que les han llevado a delinquir. Concluida la observación con el diagnóstico de las causas que impulsaron al condenado a la conducta criminal, debe, también según la teoría, insertársele en el centro penitenciario y bajo el programa que mejor se adecúe a sus necesidades y que mayor posibilidades de éxito ofrezca para su resocialización.

Es de señalar que se han elaborado toda una serie de factores generales que permiten ubicar y tratar al condenado, entre los que principalmente encontramos: la personalidad del delincuente; su historial individual, familiar y social; la duración de la pena, así como las posibles causas psicológicas y patológicas que la originaron; las condiciones económicas y sociales en las que, una vez cumplida la condena, el recluso retornará a la sociedad. Al respecto, debemos decir que nuestro Código penitenciario y Carcelario, como se desprende de su artículo 63, consagra elementos tanto de carácter jurídico como personales para el desarrollo de la tarea de clasificar al delincuente, como, a manera de ejemplo, lo son su sexo, edad, naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y condiciones individuales de salud física y mental.

Ahora, la visualización sobre el elemento de la clasificación penitenciaria, que obedece a los planteamientos que realiza la teoría resocializadora, se enfrenta, en la actualidad, con posiciones como la de Muñoz Conde⁴⁰, quien, al respecto, sostiene: “Uno de los presupuestos para la eficacia del tratamiento es la clasificación de los reclusos. Pero como advierten muchos penitenciaristas tampoco puede olvidarse el sentido estigmatizador, marginizador y desocializante que a veces puede tener esta clasificación. En principio el único criterio clasificatorio que puede ser válido es el que se establece en función de las necesidades resocializadoras del condenado. Sin embargo, una lectura más detenida de los criterios legales en los que se basa la distribución de los reclusos,

⁴⁰ Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal y Control Social, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, págs. 104-106.

así como su significación de cara a la dinámica penitenciaria, revela que, como lo señala Callies, por medio de la diversificación de los establecimientos y de su distribución en ellos de los distintos reclusos se pretende más una estructuración de los mismos con base en una teoría pragmática criminológica, en última instancia orientada al control y vigilancia, que a una auténtica resocialización...De modo general, entiende Goffman que la clasificación dentro de las instituciones totales forma parte de un fenómeno más amplio y complejo que se denomina ceremonia de degradación...Bajo esta óptica, la clasificación de los reclusos es más un elemento de distribución, estigmatización o marginación, que un elemento potenciador de las relaciones del condenado con su grupo y, por tanto, facilitador de la resocialización” .

c-) El trabajo penitenciario.

Para efectos de estudiar correctamente a este elemento del tratamiento penitenciario, debemos, en primer lugar, tener en cuenta que nos encontramos ante un álgido punto del derecho penal y no solamente de la teoría resocializadora; y, en segundo lugar, también debemos tener presente que ha sido éste, un factor que, en su historia dentro de las formas punitivas, ha dependido de circunstancias tan externas al derecho penal como lo son niveles poblacionales, la capacidad productiva y las oposiciones de los sindicatos.

En concordancia con lo anterior, recordemos que durante la fase retribucionista o expansionista o de explotación oficial del trabajo del recluso, el trabajo del condenado constituyó el interés primordial en la aplicación de las sanciones penales, que, por los hechos que hemos ilustrado en su momento oportuno, hemos podido llegar a visualizar una subordinación punitiva frente a los intereses militares y productivos de la época. Posteriormente, durante la etapa correccionalista, fue variada esta orientación punitiva debido a que se habían corregido los problemas poblacionales que condujeron a la necesidad de utilizar la mano de obra del recluso, por lo que, en este momento correccionalista, el principal objetivo de la sanción penal se centró en privar de la libertad a la persona para presionarla a la aceptación del sistema burgués y al respeto de las normas que en él se han establecido, olvidándose, con ello, la estructuración y la organización de las actividades laborales penitenciarias que tendieran a satisfacer las necesidades industriales y militares. Sin embargo, en esta misma fase, pero ya bajo otros postulados y finalidades, podemos encontrar el desarrollo de actividades laborales por parte de los reclusos, pero, en todo caso, actividades que se orientaron a las satisfacciones de unas necesidades completamente distintas a las presentadas durante la fase de la explotación: sufragar los costos que representaba el construir y mantener a las prisiones.

En la actualidad, es decir, en la fase resocializadora, el trabajo carcelario ha sido visto como un elemento fundamental para la resocialización, pues, como

acertadamente lo afirman Goerg Rusche y Otto Kirchheimer⁴¹: “Cualquier tratamiento psicológico de rehabilitación resultará imposible mientras para el recluso sea evidente que la sociedad no le concede la posibilidad de una satisfacción lícita de sus necesidades”. De esta manera, la importancia del trabajo carcelario se centra en que es el elemento fundamental para permitir el éxito del tratamiento penitenciario, pues, además de ser un método de capacitación para el ejercicio de una actividad lícita en el momento de ser recuperada la libertad, es, sin duda alguna, la base para asegurar el acatamiento de las normas sociales mediante la posibilidad que presenta de obtener una limpia e intachable satisfacción de las necesidades personales. Es igualmente importante anotar que otros autores del pensamiento resocializador ven en el trabajo carcelario al método más eficaz para combatir lo que consideran como la principal causa de la delincuencia: la ociosidad.

En cuanto a la realidad de este elemento del tratamiento penitenciario debemos, por desgracia, decir que no son pocos los intereses que se han visto amenazados por su implantación, así como también, que son muchas las jugadas que se han realizado para impedir su real acogida en los campos de la práctica penitenciaria. En efecto, como también lo afirman Georg Rusche y Otto Kirchheimer⁴²: "En las grandes prisiones, donde no existía ni el problema del número ni el de la movilidad, sin embargo, permanecía como dificultad la elevada inversión necesaria

⁴¹ Georg Rusche Otto Kirchheimer, *Pena y Estructura Social*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pág. 182.

⁴² Georg Rusche Otto Kirchheimer, *Pena y Estructura Social*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pág. 182.

para una producción importante que permitiera competir con la industria privada. Frente a esta eventualidad fue tan implacable la oposición por parte tanto de las empresas como de los sindicatos, que el trabajo carcelario se limitó generalmente a la producción de mercancías para el uso en la prisión o para consumo del Estado...”.

En consecuencia, podemos deducir que es igualmente cierto lo que afirma Accattatis⁴³: “ Cuando el trabajo existe, es porque existen industrias que buscan en la cárcel la mano de obra a bajo precio para tipos de elaboraciones que requieren largo empleo de mano de obra no especializada. La ergoterapia carcelaria está subordinada en fin a las exigencias de la sociedad industrial” .

Todos estos factores han llevado al fracaso y a la irrealidad de este elemento del tratamiento penitenciario, y, en gran medida, al fracaso de la misma resocialización, pues ¿Cómo puede llegar a pensarse en la reinserción social del condenado cuando no recibe en las cárceles la preparación adecuada para desarrollar una actividad laboral que le permita un sustento honesto al momento de recuperar su libertad? Y, aunque recibiera esa preparación ¿Cómo podría llegar a pensarse en esa reinserción social cuando los niveles del desempleo mundial le aseguran al exconvicto un lugar entre quienes no cuentan con la posibilidad de desarrollar una actividad honesta?

⁴³ Citado por Sandoval Huertas, Emiro, Penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 343.

En cuanto se refiere a nuestra legislación, nuestro Código Nacional Penitenciario y Carcelario, en su título VII, que se extiende desde el artículo 79 al 93, reglamenta a este elemento del tratamiento penitenciario alrededor de los siguientes principios, que se extraen de las mencionadas disposiciones: obligatoriedad del trabajo para la población carcelaria y penitenciaria, excepto los mayores de 60 años, los que por su enfermedad no puedan desarrollar estas actividades y las mujeres durante los tres meses anteriores al parto hasta el mes subsiguiente al mismo; remuneración equitativa del trabajo del recluso; y redención de la pena a razón de un día por cada dos de trabajo.

d-) La educación penitenciaria.

Como elemento del tratamiento penitenciario ha podido adoptar diversas formas, entre las que principalmente se destacan la educación social, religiosa, laboral y académica.

Con respecto a lo anterior, debemos recordar que un punto fundamental de los regímenes penitenciarios durante la etapa correccionalista fue el de la educación religiosa, lo que, entre otras cosas más, se debió a la influencia de la religión en las políticas estatales de la época. En la actualidad la situación ha cambiado, pudiendo, en algunos casos, llegar a observarse una tendencia un tanto desordenada entorno a la clase de educación que se imparte en los centros penitenciarios. Fenómenos como el de la difusión de diferentes tipos de

interpretaciones religiosas entre la población reclusoria, entre las que se destacan los testigos de Jehová, los evangélicos y otras tantas de origen oriental, permiten establecer que el Estado se ha alejado de estos aspectos y ha permitido la libertad de cultos al interior de los centros reclusorios.

Probablemente apoyado en una indiferencia sobre la materia religiosa, debemos destacar que el Estado, en la actualidad, ha otorgado en teoría una mayor importancia al aspecto laboral de la educación, como se deduce de la preponderancia que le ha otorgado a ese aspecto de este elemento del tratamiento penitenciario.

Ahora, en términos generales, los diferentes países coinciden en otorgarle a la educación un plano primordial dentro de la filosofía del tratamiento a los reclusos. España, por ejemplo, es una clara muestra de esta consideración, pues, como se deduce de su propia Constitución, la reeducación de los penados constituye uno de los fines y de las orientaciones primordiales de sus instituciones penitenciarias⁴⁴. En Italia tampoco es muy diferente la situación, pues, mediante el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria italiana del 26 de julio de 1975, se dispone: “ En relación con los condenados y presos debe aplicarse un tratamiento reeducativo que, especialmente, por contactos con el mundo exterior, se dirija a su reinserción social” . En relación con Colombia, podemos encontrar que nuestro

⁴⁴ Al respecto, consúltese el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria y el artículo 25 de la Constitución de España.

Código Penitenciario y Carcelario⁴⁵, visualiza a la educación como a la base fundamental de la resocialización, por lo que le ha otorgado la trascendencia de incidir sobre la duración de la condena.

e-) El gobierno interno de la institución.

Al ser el fin de la resocialización el de incorporar de nuevo a la sociedad a quien se encuentra privado de su libertad, es lógico, en consecuencia, pensar que desde la prisión misma se vayan diseñando y aplicando los mecanismos necesarios para que el condenado se prepare para el uso adecuado de su libertad en el momento del cumplimiento de su condena.

Por lo anterior, y más que todo debido al pensamiento de que tan solo mediante un grado mínimo de libertad se puede enseñar a administrar y a usar la libertad misma, es que la teoría resocializadora ha desechado las consideraciones sobre la severidad y el exceso de disciplina al interior de los centros de reclusión, propugnadas, en especial, durante la época correccionalista.

De esta manera, la excesiva disciplina, que, para los partidarios del discurso de la resocialización, se traduciría en una excesiva regulación de la vida del condenado, sería del todo inconveniente al interior de los centros de reclusión porque si el

⁴⁵ Al respecto, consúltese el artículo 94 y siguientes del Código Penitenciario y Carcelario colombiano.

anhelo es el de reincorporar al condenado al interior de una sociedad en la que va a actuar con unos grados importantes de libertad, entonces, como lo impondría la lógica, debe, desde el mismo estado de su misma reclusión, otorgársele un grado importante de confianza que le permita a ese condenado su propio autogobierno.

Son, en consecuencia, dos tendencias las que se enfrentan, y que, a su turno, se han denominado como: la concepción disciplinaria y la concepción del gobierno interno. La primera, que, siendo la disciplinaria, fue fielmente acatada durante la fase correccionalista; y, la segunda, la del autogobierno, que corresponde a los postulados resocializadores. Las diferencias entre una y otra, como es obvio, son abismales, pues mientras la primera resta toda posibilidad de otorgar un grado de confianza y de capacidad de decisión al condenado, utilizando, de ser necesario, la violencia física para llegar a imponer las decisiones de las autoridades carcelarias; la segunda, entre tanto, se basa en consideraciones de confianza, de respeto a la capacidad de decisión de la población penitenciaria y de rechazo a la violencia física.

Ahora, como, a nuestro juicio, acertadamente lo afirma Sandoval Huertas⁴⁶: “La concepción del gobierno interno...implica sistemas normativos voluntariamente asumidos por parte de los reclusos, esto es, autoimpuestos o por lo menos espontáneamente aceptados. Sin embargo, el mismo discurso debe reconocer

⁴⁶ Sandoval Huertas, Emiro, Penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 351.

que la posibilidad de determinación por parte de los condenados debe ser limitada, ya que extenderla hasta sus últimas consecuencias supondría la desaparición de la prisión: No creemos necesario decir, que un gobierno propio completo, o una completa autonomía, no podrá ser nunca alcanzada por las instituciones penales. El último asiento de la autoridad, debe permanecer en manos del director de la prisión; y la cuantía de gobierno propio, estará señalada y dependerá, en gran parte, de la naturaleza de los internos de la institución” .

No podemos sino manifestar nuestra completa adherencia a esta opinión de Sandoval Huertas, pues consideramos que así como es necesaria la existencia de un mínimo grado de consideración a los reclusos, también lo es el de la existencia de una cierta disciplina que permita imponer un orden continuo y permanente al interior del centro carcelario. Por lo tanto, pensamos que este elemento del tratamiento penitenciario no puede llevarse a los límites de la anarquía al interior de los penales, sino, por el contrario, como lo da a entender Sandoval Huertas, interpretarse dentro de las limitaciones que conduzcan a la posibilidad de implantar un orden y una disciplina coherente con los centros de reclusión.

f-) Las relaciones con el exterior:

En concordancia con los propósitos de la teoría resocializadora, se ha afirmado que el tratamiento penitenciario no debe impedir ni destruir los lazos del recluso con la sociedad. En efecto, es perfectamente lógico pensar que si lo pretendido

con las tesis resocializadoras es buscar que el condenado se reincorpore a la sociedad al momento de haber pagado el precio de su delito, se permita, entonces, que esos lazos sociales, entre los que principalmente se encuentran los lazos familiares, por lo menos continúen y se mantengan. Lo contrario, como lo han dado a entender importantes exponentes de la teoría resocializadora, sería tanto como afirmar el absurdo de que para resocializar al condenado sería necesario impedir los contactos con la misma sociedad que en teoría llegaría a abrazarlo y a recibirlo al momento de la recuperación de su libertad.

Para lo anterior, se ha diseñado toda una serie de mecanismos que, a pesar de su condición de hombre privado de la libertad, permiten al condenado el desarrollo de ciertos tipos de contactos con la sociedad, entre los que, dependiendo del autor, pues hay quienes los amplían o los restringen, principalmente se mencionan a las relaciones familiares y de amistad.

Como habrá podido notarse, nos encontramos ante una forma de pensamiento que supera las ideas del aislamiento absoluto del condenado, principalmente propugnadas y aplicadas durante la fase correccionalista. Superación que, en todo caso, se ha planteado dentro de los límites que permiten la existencia misma de la prisión, pues, de no ser así, llegaríamos a una completa libertad de interacción entre el condenado y la sociedad que se traduciría en una imposibilidad de aplicar a la institución de la pena privativa de la libertad.

En concordancia con lo anterior, nuestra legislación, por medio del Código Nacional Penitenciario, ha establecido las condiciones y los medios por los que pueden desarrollarse y cumplirse las relaciones del recluso con la sociedad⁴⁷, entre los que sobresalen las visitas de familiares y amigos, quienes podrán ingresar al centro de reclusión mediante la autorización de los jueces o fiscales competentes; las comunicaciones con la familia, que pueden establecerse por medios escritos u orales como la correspondencia y las llamadas telefónicas; y, por último, aunque no sea propiamente un medio para relacionarse efectivamente con la sociedad, se dispone que los reclusos tendrán libertad de información, que, como lo aclara el texto legal, comprende la posibilidad de enterarse de los acontecimientos sociales de trascendencia nacional o internacional.

Como en su momento lo aclaramos, esta clase de contactos entre la sociedad y los reclusos deben entenderse subordinados a la necesidad disciplinaria de la prisión, como, en efecto, lo dispone nuestra legislación a través de la posibilidad que consagra de atenuarlos o incluso de suspenderlos ante determinadas circunstancias. Por lo tanto, la posibilidad del recluso de comunicarse con sus familiares debe entenderse subordinada a la ley, que establece la prohibición de realizarlas por medios individuales como el internet, el fax, los teléfonos celulares, etc.; y al reglamento interno de la prisión, que señala el horario y las condiciones para efectuarlas. A su turno, las visitas a los centros de reclusión por parte de los familiares y amigos del condenado, deben realizarse bajo la autorización de los

⁴⁷ Al respecto, consúltese el Código Penitenciario y Carcelario colombiano en sus artículos 110-115.

funcionarios judiciales competentes, así como también, bajo ciertas condiciones de disciplina, subordinadas a ciertos horarios y a cierta frecuencia. Igualmente, la posibilidad de los reclusos de enterarse o de mantenerse informados de los acontecimientos nacionales o internacionales, se cumple, en los términos legales, a través de un sistema de información diaria que debe ser suministrado por el respectivo centro penitenciario a la población carcelaria bajo la condición de que no conduzca o no se encuentre amenazado el orden al interior del centro de reclusión.

Ahora, a las anteriores posibilidades se suman otras que también se encuentran en nuestro Código Nacional Penitenciario, que, agrupadas bajo la categoría de beneficios administrativos⁴⁸, vendrían a ser los permisos de hasta setenta y dos horas, la libertad y la franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y la penitenciaría abierta. Mediante estas figuras, al igual que con las otras que hemos venido estudiando, encontramos grandes posibilidades de interacción entre las personas privadas de la libertad y la sociedad misma, pues, con ellas, se permite la salida temporal del recluso del establecimiento carcelario. Como es obvio, no se extienden estos beneficios sino a una mínima parte de la población carcelaria, que es la que, en términos generales, ha cumplido una parte importante de su condena y ha observado una buena conducta durante su reclusión.

⁴⁸ Al respecto, consúltese el Código Penitenciario y Carcelario colombiano en sus artículos 146-150.

Para concluir, consideramos importante destacar que, por la consideración de que para aprender a usar la libertad es necesario gozar de un mínimo de esa misma libertad, el discurso resocializador, a través de las anteriores posibilidades, ha querido permitir la interacción de las personas privadas de su libertad con la sociedad a la que pertenecen, lo que, como es obvio, ha marcado una gran diferencia con respecto a la prácticas penitenciarias de la fase correccionalista, en la que se aplicó la política del aislamiento y de la separación entre el recluso y la sociedad.

g-) La asistencia post-penitenciaria.

Además de todos los esfuerzos que se han realizado por el Estado a través de las instituciones y autoridades penitenciarias, el discurso resocializador considera importante establecer una serie de ayudas a la persona que habiendo estado privadas de su libertad la hayan recuperado por el cumplimiento efectivo de su condena.

Debemos, sin embargo, esclarecer que no es éste un pensamiento propio del discurso resocializador, pues, en efecto, podemos encontrar que este tipo de ayudas se comenzaron a suministrar al final de la fase de la explotación oficial del trabajo del recluso a quienes habían estado reclusos en las casas de corrección.

Partiéndose de la base de la difícil situación que deben afrontar los exconvictos, se han diseñado, en consecuencia, unas instituciones y asumido ciertas funciones para prestar a estas personas cierto grado de ayuda que les facilite su reincorporación a la sociedad⁴⁹, entre las que, principalmente, se destacan la de suministrar alojamiento al ex-recluso que carezca de él y mientras consiga la forma de costeárselo, suministrarle los recursos necesarios para trasladarse a su lugar de origen, suministrarle asistencia psicológica para que supere y soporte el rechazo social al que posiblemente se encuentra sometido, procurarle la obtención de documentos de identidad y facilitarle la consecución de un trabajo lícito.

Ahora, alrededor de esta ayuda post-penitenciaria se ha planteado la duda sobre su naturaleza, pues hay quienes la consideran como parte integrante del tratamiento penitenciario y quienes, como García Ramírez, la consideran completamente ajena a él. Al respecto, Sandoval Huertas, a nuestro juicio con gran criterio, ha resuelto la cuestión de la siguiente manera: “ Resulta fácil entender que cuando la ayuda a los ex-reclusos constituía una actividad exclusivamente privada, no podía pretender formar parte de la ejecución de penas privativas de libertad, por cuanto ésta compete únicamente al Estado. Pero desde que el argumento resocializante pretende que esa ayuda también contribuya a la finalidad de readaptación social, y reivindica, así sea parcialmente, para el Estado su control y dirección, surge entonces el interrogante que antes enunciamos...Así, podría decirse que cuando al sentenciado que queda en libertad, en razón de

⁴⁹ Al respecto, consúltese el Código Penitenciario y Carcelario colombiano en sus artículos 159-162.

habérsele concedido alguna reducción de su pena le es impuesta la obligación de aceptar la asistencia post-carcelaria, ésta constituye un elemento del supuesto tratamiento post-penitenciario...pero cuando, como suele suceder, el liberado no tiene dicha obligación, la referida asistencia no es propiamente elemento de aquel tratamiento, sino actividad separada de él, lo que no obsta para que se le llegue a concebir como su continuación”⁵⁰.

En efecto, en nuestra legislación encontramos, en el artículo 159 del Código Penitenciario y Carcelario colombiano, la autorización que se le hace a los particulares para que presten este servicio de ayuda post-penitenciaria bajo la dirección y el control del Estado, como ha sucedido mediante la conformación de unas pocas fundaciones que se han atribuido esta labor, entre las que destacamos a la Sociedad de Amigos del Recluso (SAMIR), la Fundación de Readaptación Social del Preso y del Menor y el Secretariado de Ayuda Carcelaria y Penitenciaria. Ahora, se presentaría, a nuestro juicio, un gran conflicto teórico si se llegara a aceptar que esta ayuda post-penitenciaria es parte integrante del tratamiento penitenciario, pues, de ser así, dada la finalidad resocializadora de nuestra legislación, debería ser prestada a todos los reclusos, lo que no sucede ni siquiera en el plano teórico por una expresa prohibición legal, ya que, en los términos del artículo 160 del Código Penitenciario y Carcelario colombiano, “...Los liberados podrán solicitar o ser enviados a la casa del pospenado de su localidad,

⁵⁰ Sandoval Huertas, Emiro, *Penología*, Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pags. 363-364.

siempre y cuando hayan observado una conducta ejemplar en el establecimiento de reclusión” .

Por lo anterior, nos permitimos corroborar la opinión de Sandoval Huertas sobre la naturaleza de la ayuda post-penitenciaria, y, adicionalmente, agregar que tampoco consideramos como parte integrante del tratamiento penitenciario a la ayuda privada que se ha venido suministrando en este campo.

C- LAS VERDADERAS FUNCIONES DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

Como un verdadero gesto de rechazo a las circunstancias que rodean a las prisiones en el mundo, Emiro Sandoval Huertas, bajo el título de funciones no declaradas de la privación de la libertad, se preocupa por demostrar la irrealidad y el incumplimiento del que son víctimas los postulados resocializadores en nuestra sociedad.

No es novedosa esta forma de pensamiento, pues como lo hemos visto en el desarrollo de la investigación, son numerosas las organizaciones que en el nivel internacional ya han alzado sus voces y puesto a funcionar sus plumas para la denuncia de los actos carcelarios que violan toda clase de concepto humano y todo tipo de obligación asumida por el Estado en los terrenos carcelarios⁵¹. Lo

⁵¹ Francisco Muñoz Conde, por ejemplo, en su libro Derecho Penal y Control Social, pág. 89, sostiene: “precisamente en estos momentos se alzan voces por todas partes contra la idea de la resocialización, de

realmente novedoso de este tema, es la forma como Sandoval Huertas lo aborda y lo conceptualiza, por lo que lo estudiaremos desde su propia perspectiva para analizarlo con el fin de visualizar la crisis en la que se encuentran inmersos los centros de reclusión de casi todo el mundo.

Para comenzar, diremos que en el pensamiento de Sandoval Huertas existe una función declarada, que, siendo la resocialización, es la oficialmente consagrada y teórica y legalmente protegida. Sin embargo, la realidad ha impuesto por su fuerza otro tipo de situaciones, completamente alejadas de las disposiciones y de los mandatos legales, que son las que Sandoval Huertas agrupa bajo la denominación de funciones no declaradas de la privación de la libertad, y que por este mismo autor⁵² son definidas como: "...aquellas situaciones que resultan directa o indirectamente de su aplicación, bajo cualquier título jurídico, sin que oficial o doctrinariamente se exprese que se busca su surgimiento. Esta noción, por supuesto revisable y perfeccionable, no significa que las instancias judiciales combatan el apareamiento y desarrollo de las funciones no declaradas; por el contrario, como lo veremos en un momento posterior, de ellas es posible predicar

reeducación, de reinserción social del delincuente. Se habla del mito de la resocialización, de que es una utopía o un eufemismo, un espejismo engañoso al que nunca se podrá llegar. Pavarini dice que la cárcel es siempre ajena a toda potencialidad resocializadora y que la alternativa actual está entre su muerte (abolición) y su resurrección como aparato de terror represivo. E incluso es sorprendente que un jurista y criminólogo tan prestigioso en esta materia como el alemán Karl Peters, que tanto ha luchado por una configuración resocializadora del sistema penitenciario, diga ahora en su más reciente trabajo sobre el tema que no es motivo de satisfacción la acogida de la idea de resocialización en la Ley Penitenciaria porque, dice, se han operado tales cambios éticos y espirituales en la sociedad de nuestros días que ya no es posible hablar de un fundamento común que pueda servir de base al concepto de resocialización. Se ha ganado una batalla pero se ha perdido la guerra".

⁵² Sandoval Huertas, Emiro, *Penología*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, págs. 421-422.

que la organización económico-política dominante, tácita pero gustosamente las acepta” .

Antes de abordar el tema, diremos que no han sido las circunstancias de un momento o de un país determinado las que han llevado a este tipo de elaboraciones y de críticas teóricas, sino, por el contrario, una inmensa crisis que, como en su oportunidad lo corroboramos por medio de informes de prestigiosas organizaciones internacionales, se ha arraigado desde hace ya mucho tiempo en la gran mayoría de los sistemas penitenciarios del mundo. Por lo tanto, lo que entendemos como funciones no declaradas de la pena privativa de la libertad, son, sin lugar a dudas, circunstancias que por mucho tiempo se han encontrado presentes al interior de los sistemas penitenciarios, presentes sin consideración a la letra legal que las prohíbe y que, por no decir sino lo menos, ha muerto con el irrespeto que a diario se le infringe por las autoridades carcelarias que la incumplen, las autoridades judiciales que no la hacen respetar y por algunos cuantos reclusos que han osado variarla.

Por lo anterior, no podemos decir que el tema que vamos a desarrollar se encuentra respaldado por códigos ni textos legales, sino, simplemente, por una realidad que se ha escrito en los estudios de unas cuantas personas, entre las que, con orgullo, contamos al colombiano Emiro Sandoval Huertas. Una realidad que se nos presenta a diario en las noticias y en los periódicos del país en el que nos encontremos y a la que, sin consideración a la intachable conducta que podamos llegar a desarrollar, no nos encontramos inmunes, pues ni usted ni yo

podremos llegar a saber verdaderamente cuántos inocentes hay o ha habido en las cárceles del mundo; o cuántos presos, sin consideración al principio de legalidad, se encuentran siendo torturados en este mismo instante por las autoridades carcelarias o por los mismos convictos; o cuántos hombres y mujeres están siendo o han sido víctimas de abusos sexuales al interior de las cárceles del mundo, etc.

1. Las funciones no declaradas de la privación de la libertad en el ámbito sico-social.

Para Sandoval Huertas, las funciones no declaradas de la privación de la libertad que atañen a esta categoría son la función vindicativa y la función de cobertura ideológica, que, en lo que se refiere a su concepto, podrían ser definidas como aquellas que “se producen y se mantienen, primordialmente, en el contexto de sentimientos e impresiones colectivas, es decir, en el ámbito de la sicología social”⁵³.

Es decir, que estas funciones cumplen su cometido en la medida en la que permanecen latentes en la psiquis social, lo que, podríamos decir, se logra mediante la divulgación y la manipulación parcial de los medios de comunicación y

⁵³ Sandoval Huertas, Emiro, *Penología*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 422.

de la narración de las experiencias carcelarias que han sido vividas por algunas personas.

a-) La función vindicativa.

Como un punto que desmiente los argumentos que visualizan la supuesta evolución del derecho penal, se incluye a la función vindicativa como una de las funciones no declaradas de la privación de la libertad en el ámbito sico-social.

Recordemos, para un mejor entendimiento sobre este punto, que fue la venganza la que sustentó la primera, y, por lo tanto, la más primitiva de las fases en la historia del derecho penal: la fase vindicativa. En efecto, como en su momento lo pudimos estudiar, la normatividad de la época, y, en especial, el código de Hammurabi y la ley de las XII tablas, consagraron la institución de ley del talión, que posteriormente evolucionaría para llegar a lo que se conoció como la compositio. Por lo que claramente podemos afirmar que en esta época, debido a la pública orientación y aceptación de las expresiones jurídicas de aquel tiempo, existió la función declarada de la vindicta o de la venganza.

En la actualidad, existiría algo semejante desde el punto de vista práctico, mas no desde el punto de vista teórico, pues nos encontramos con que la realidad de los centros de reclusión nos lleva a pensar que éstos son utilizados como un instrumento para saciar los deseos de venganza de la sociedad, y, en particular, de las víctimas de las conductas delictuales. Sin embargo, nos enfrentamos a la

dificultad de que la letra muerta de la ley establece a la resocialización como al gran objetivo y última finalidad de la privación de la libertad.

Encontramos, por lo tanto, desde este punto de vista, que enfrenta a la realidad y a la teoría, la enorme relevancia del concepto de la función vindicativa como función no declarada de la privación de la libertad, o, lo que es lo mismo, como función excluída de la teoría pero realizada en la práctica. A esta conclusión podemos llegar con una simple visualización de la situación carcelaria mundial, que, por su denigrante abandono, reflejado en la triste situación en la que se encuentra su población en aspectos tan elementales como la higiene, la salud, la alimentación y la integridad física y mental, no nos deja otra cosa que pensar que los presos están siendo encerrados para hacerles no solamente pagar sus delitos con el precio de su libertad sino también con el de su dignidad como personas.

El rechazo social hacia la población carcelaria, manifestado por su indiferencia a estas deplorables y comunes prácticas, pues son muy pocas las voces que se alzan para pronunciarse en contra de este conjunto adicional de sanciones que no se encuentran contempladas en ningún texto legal, y que, por lo tanto, violan todo tipo de concepto que pueda elaborarse entorno al principio de legalidad, genera la autorización tácita que el Estado necesita para continuar con su inacción en este campo tan neurálgico para el desarrollo de cualquier aspiración de una convivencia humana pacífica y respetable.

¿Cuál otro tipo de sentimiento puede, si no la venganza, sustentar el trato irrespetuoso de los guardianes de las cárceles del mundo a la población carcelaria? ¿Cuál otro sentimiento puede, si no la venganza, igualmente sustentar al tácito aplauso de la sociedad hacia este tipo de conductas y hacia la notable inacción estatal? ¿Cuántas veces en la historia universal los pueblos han gritado justicia por la inaplicabilidad de las expresiones jurídicas y cuántas veces lo han hecho cuando la ley a diario se vulnera en contra de quienes permanecen en prisión?

No encontramos otra explicación lógica para esta clase de comportamientos que provienen de la grandísima mayoría de los órdenes estatales, de sus autoridades y de la sociedad que no sea el sentimiento de que los presos se merecen lo que padecen por haber ofendido a la sociedad. Y ésto, sin lugar a dudas, se llama venganza, la misma venganza que fue el sustento de las primeras formas sancionatorias, que se encuentra excluída de las legislaciones penitenciarias del mundo actual y que aún continúa aplicándose en los terrenos de la realidad.

Como es obvio, y aunque pueda llegar a pensarse lo contrario mediante argumentos que nosotros no consideramos como válidos, el concepto de retribución como función de la pena tan sólo puede llegar a referirse a las sanciones expresamente consagradas en la ley y no a otras que se inventan las autoridades estatales o que tolera la sociedad, como lo son el hambre, el peligro al contagio de enfermedades mortales, la violación a la integridad física y psíquica, el hacinamiento, etc. Ésto, porque algunas veces se han levantado para justificar la

situación penitenciaria desde la perspectiva de la retribución, lo que nos parece, desde todo punto de vista jurídico, completamente inaceptable porque si en algo coinciden los diferentes ordenamientos jurídicos es en consagrar al principio de legalidad y a la función resocializadora de la pena, que, precisamente, excluyen toda posibilidad para elaborar cualquier tipo de argumento que teóricamente pretenda justificar la aplicación de sanciones no consagradas expresamente por la ley y, adicionalmente, violatorias de la dignidad humana.

Finalmente, y a pesar de que todavía nos gobiernan en cierta medida los postulados primitivos de la vindicta, debemos reconocer que el progreso social en materia punitiva se ha hecho sentir en la manera como se ejerce esta venganza de la que hemos venido hablando, pues si en la antigüedad era el mismo ofendido el llamado a saciar su ira, ahora, en cambio, es una persona distinta y que generalmente trabaja para el Estado, la llamada al ejercicio de esta misma función, que, por lo demás, ya no se orienta por los postulados de la ley del talión, sino por el criterio de prolongar y de agudizar mediante cualquier forma secreta el sufrimiento del privado de la libertad. Esta es nuestra evolución.

b-) Función de cobertura ideológica.

Con respecto a esta función sostiene Sandoval Huertas⁵⁴: “Esta se manifiesta en dos sentidos. En primer lugar ocultando la gran responsabilidad social en el surgimiento de la criminalidad, para atribuírsela íntegra y exclusivamente al privado de la libertad, especialmente si ha sido condenado. Y en segundo término, dando la falsa impresión de que la ley penal se aplica universalmente a quienes producen daño a la colectividad. Uno y otro constituyen encubrimientos ideológicos de situaciones aberrantes...”.

Para llegar a la primera de estas dos conclusiones, Sandoval Huertas parte de la consideración de que la sociedad es la responsable de los fenómenos criminales que suceden en su interior, lo que, a nuestro juicio, aunque ya por razones que no atañen a esta investigación, es ampliamente discutible. Por lo tanto, tan sólo tengamos en cuenta que esta postura existe y que, al igual que a otras que se le enfrentan, le reconocemos que posee argumentos sólidos y contundentes, aunque, a nuestro juicio, no del todo valederos para poder extraer la conclusión que con ellos se ha pretendido afirmar: la de que la sociedad es la culpable de los fenómenos criminales que suceden en su interior.

⁵⁴ Sandoval Huertas, Emiro, Penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 425-426.

Ahora, en cuanto a la segunda conclusión, la de que con esta función no declarada de la cobertura ideológica se pretende generar la impresión de que la ley penal se aplica con el mismo rigor a todas las clases de personas sin importar su raza, sexo, pensamiento político, profesión o condición económica o política, sí nos encontramos completamente de acuerdo. En efecto, es ampliamente conocida la situación de que el derecho penal consagra serias preferencias económicas, sociales y políticas en su interior, como lo demuestran las siguientes palabras de Mauricio Martínez⁵⁵: “La criminalidad de los poderosos y de los funcionarios de la administración pública tampoco se utiliza para asustar a la gente: ella casi no se ve en las calles y por éso no está al alcance de la policía de vigilancia; el Código Nacional de Policía tampoco autoriza redadas en donde aquellos actúan...Los delitos en las entidades públicas son tapados con los delitos más sensacionalistas del ciudadano común y corriente...Otra cifra que nos permite percibir la dimensión de esta impunidad y la desigualdad de la justicia penal es la pérdida para el Estado representada en la evasión del impuesto de valor agregado, IVA: según la DIAN equivale a 1.5 billones de pesos al año, vale decir el 35% del total de lo que debe percibir el Estado; pero sería entonces un incumplimiento tributario ya que de la impunidad no se habla en este tipo de infracciones, porque dicha conducta no es criminal, como lo es en cambio el robo de una billetera en un bus. En cambio, la falta de penas respecto de raponeros, extorsionistas, piratas terrestres, asaltantes a bancos, haladores de carros y el resto de monstruos que atentan contra el patrimonio económico sí son impunidad gravísima, no importa que el monto

⁵⁵ Martínez S. Mauricio, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, págs. 88-90.

unitario de todos los delitos contra dicho bien jurídico, según cifras de la Policía Nacional para 1997, representara una cifra menor a la anterior de evasión de impuestos de IVA, es decir de \$563.000 millones de pesos promedio en un año...Fuera de comportamientos como los relacionados, existen otros tipificados de tal forma que su adecuación legal permite su impunidad y frente a los cuales los jueces no pueden hacer nada, pues la técnica legislativa en su construcción corresponde a otros poderes. Nos referimos a delitos como el acaparamiento, especulación o modificación de calidad, cantidad, peso o medida, que contienen términos tan amplios en relación con el objeto material que su tipificación se dificulta; lo mismo sucede con la usura, pues el tipo exige para su configuración el transcurso de un año de afectación del patrimonio de las personas que recurren a los prestamistas, o con el delito de aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado, el cual permite el desvío del destino del préstamo hasta un finalmente que cuando llegue ya se ha dado la oportunidad para reconducirlo al destino permitido. Esto que parece impunidad programada, favorece precisamente a ciertos sectores que tradicionalmente son inmunes a la justicia penal” .

Sin pretender mejorar las puntuales y muy bien fundamentadas afirmaciones del mencionado autor, sentimos la necesidad de agregar que es evidente la existencia de una clase que mediante su poder y su influencia ha podido inmunizar sus conductas de los efectos del derecho penal. Sin consideración al grave daño que se infringe a la sociedad y a la relevancia que puedan llegar a presentar, se han elegido como penalmente sancionables los comportamientos que usualmente

realizan las clases menos favorecidas, que es lo que nos permitiría afirmar que existe un derecho penal de masas creado por las élites de nuestra sociedad.

No dudamos que este mismo problema se presenta también en una gran cantidad de países del mundo, pues el surgimiento de este fenómeno de preferencia y de selección punitiva es consecuencia de unas mismas circunstancias que no solamente se presentan en nuestro hemisferio, sino, afirmamos, en prácticamente todo el mundo. El apoderamiento del Estado por una clase que lo ha diseñado para su propio beneficio, llegando incluso a tocar las tan álgidas y sagradas esferas del derecho penal es ya un tema lo suficientemente tratado, además de antiguo, como para pretender ampliarlo en esta investigación, pues, en realidad, el surgimiento moderno de estas inmunidades punitivas puede ubicarse con la misma revolución burguesa de la Francia del siglo XVIII.

2. Las funciones no declaradas de la privación de la libertad en el ámbito económico.

Dentro de esta categoría, Sandoval Huertas⁵⁶ incluye las siguientes funciones: reproducción de la criminalidad, contribución al control del mercado libre de trabajo y el reforzamiento a la protección de la propiedad privada.

⁵⁶ Sandoval Huertas, Emiro, Penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 429.

a-) Función no declarada de la reproducción criminal.

La realidad del papel que ha venido desempeñando la prisión en nuestra sociedad ha quedado ampliamente demostrada con sus nulos y escandalosos resultados. De fábrica de delincuentes ha sido tildada esta institución⁵⁷ que día a día parece generar más delitos de los que puede y ha llegado a sancionar.

En Colombia, por ejemplo, según Mauricio Martínez⁵⁸: “La crisis carcelaria en los últimos tiempos ha sido tan grave que a veces ni el gobierno mismo se atreve a negar la debacle en que se encuentra la ideología resocializadora reflejada en los altos índices de reincidencia, del 86%...”.

En realidad, como sucede con casi todos los problemas de la institución carcelaria, no podemos pensar que éste sea un fenómeno exclusivo de nuestro país, pues son muchos los autores extranjeros que han alzado sus voces de denuncia contra sus propios sistemas, ni tampoco pensar que es un problema reciente, como se puede llegar a extraer de los siguientes datos que nos proporciona Foucault⁵⁹ con respecto a su país, Francia: “la detención provoca la reincidencia. Después de haber salido de prisión, se tienen más probabilidades de volver a ella; los condenados son, en una proporción considerable, antiguos detenidos; 38% de los que salen de las casas centrales son condenados de nuevo y 33% de los

⁵⁷ Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI Editores, Madrid, España, 1998, pág. 271.

⁵⁸ Martínez S., Mauricio, *La Crisis de la Justicia Penal en Colombia*, Editorial temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, pág. 145

⁵⁹ Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI Editores, Madrid, España, 1998, pág. 270.

presidarios; de 1828 a 1834, de cerca de 35.000 condenados por crimen, 7.400 sobre poco más o menos eran reincidentes (o sea uno de cada 4.7 condenados); de más de 200.000 reclusos de correccionales, casi 35.000 lo eran igualmente (1 de cada 6); en total, un reincidente por cada 5.8 condenados; en 1831, de 2.174 condenados por reincidencia, 350 habían salido de presidio, 1682 de las casas centrales, y 142 de los 4 correccionales sometidos al mismo régimen que las centrales. Y el diagnóstico se hace cada vez más severo a lo largo de toda la monarquía de Julio. En 1835, se cuentan 1.486 reincidentes de 7.223 condenados criminales; en 1839, 1.749 de 7.858; en 1844, 1.821 de 7.195...”.

Podemos, por lo anterior, observar que el problema de la reincidencia criminal se encuentra presente desde las épocas que con cercanía marcan el surgimiento de la prisión. Sin embargo, podría, igualmente, llegar a pensarse que para aquellos momentos era lógica la presencia de este fenómeno, pues, como lo hemos podido estudiar, en aquel entonces imperaba un sistema represivo al interior de las cárceles, marcado, en especial, por la severidad con la que se trataba a los privados de la libertad, lo que, en cierta forma, habría llevado a la alta reincidencia de los criminales en la comisión de conductas delictivas . Pero, lamentablemente, ésta no es la explicación lógica porque en la actualidad, que es cuando se han adoptado las tesis resocializadoras, el fenómeno de la reincidencia criminal es aún mayor.

Sí, desgraciadamente, como lo demuestran los últimos datos que hasta la fecha – abril de 2000- ha proporcionado el I.N.P.E.C. (Instituto Nacional Penitenciario y

Carcelario) sobre los centros penitenciarios localizados en la región oriental de nuestro país (Arauca, Cesar, Norte de Santander y Santander), los niveles de reincidencia son absolutamente escandalosos, pues de una población reclusa de 4.564 personas, 1686 hombres y 21 mujeres son reincidentes, lo que, tan sólo en esta parte del país, nos indicaría un 37.4% de reincidencia dentro de la población carcelaria. Sin embargo, lo verdaderamente preocupante de esta cifra, es que si hasta la fecha la población carcelaria nacional asciende a 48.436 personas, la parte que estamos estudiando (9.4%), no es la más conflictiva de todas, pues no estamos incluyendo lo referente a las cárceles de Bogotá, Antioquia y Valle, que, sin duda, son las que albergan los delincuentes más peligrosos de todo el país. Así que, esta cifra de reincidencia del 37.4%, aunque indicativa de la situación de nuestra descomposición carcelaria, es, podemos asegurar, mucho mayor en el promedio nacional.

En realidad, las razones por las que se le atribuye a la institución carcelaria el fenómeno de la reproducción o de la reincidencia criminal se encuentran ampliamente respaldadas por la situación misma en la que se encuentran las prisiones, por lo que no es nada extraño que la persona que se encuentra privada de la libertad aprenda a robar o perfeccione sus técnicas de hacerlo con el único fin de subsistir durante su encierro, o, incluso, que aprenda a matar para evitar ser objeto de un abuso sexual; o que, al recuperar su libertad, dado el estigma social que soporta y que en la mayoría de los casos no le va a permitir obtener un trabajo, regrese a sus antiguas prácticas criminales.

Adicionalmente, con el impacto psicológico de las malas condiciones de salud, de higiene y de hacinamiento, así como por el mal trato al que fue sometido por los guardianes al interior del centro de reclusión, es lógico que los reclusos comiencen a sentir un resentimiento feroz contra todo lo que representa la sociedad misma, que, contrario a los postulados resocializadores, no los va a abrazar al término de la condena, sino, muy por el contrario, les va a continuar cobrándole su crimen con la indiferencia y el mismo desprecio que les tradujo y que les hizo sentir durante su reclusión. Esto mismo, lo da a entender Foucault⁶⁰ en las siguientes palabras: “Las condiciones que se deparan a los detenidos liberados, los condenan fatalmente a la reincidencia: porque están bajo la vigilancia de la policía; porque tienen asignada o prohibida la residencia en determinados lugares; porque no salen de la prisión sino con un pasaporte que deben mostrar en todos los sitios adonde van y que menciona la condena que han cumplido. El quebrantamiento de destierro, la imposibilidad de encontrar trabajo y la vagancia son los factores más frecuentes de la reincidencia” .

Ahora, siendo este fenómeno tan sabido y tan grave, ¿Cómo es, entonces, que no se ha hecho absolutamente nada o, en el mejor de los casos, tan poco para remediarlo? Dada la gravedad del asunto, pues es éste un fenómeno que atañe a las personas desde el punto mismo de la seguridad de sus vidas y de sus bienes, es, en consecuencia, ésta la pregunta lógica que se nos presenta. Una pregunta

⁶⁰ Foucault, Michel, Vigilar y Castigar, Siglo XXI Editores, Madrid, España, 1998, Pág. 272.

que es respondida de la siguiente manera por Emiro Sandoval Huertas⁶¹, quien, basándose especialmente en Foucault, señala: “ En el plano económico la utilidad o función social de la criminalidad –globalmente considerada-, se concreta en los países capitalistas en la generación de puestos de trabajo (abogados, jueces, policías, guardianes, profesores, etc.), y en el estímulo al desarrollo de otras actividades lícitas (vigilancia particular, fabricación de medios de seguridad, etc.). Y en el aspecto político la utilidad de la delincuencia queda puesta de presente al observar que el incremento cuantitativo de la criminalidad convencional, propia de las clases subordinadas y sujeta comúnmente a privación de la libertad, conduce a que sus autores permanezcan bajo el alcance del sistema penal y a que éste coadyuve a su control político, y con ello, además, pónese de relieve algo que habíamos anticipado: la íntima conexión que existe entre las distintas finalidades no-declaradas de la prisión, y en este caso entre reproducción de criminalidad y control sobre las clases dominadas...Mantiénese la prisión, preventiva o como sanción penal, por cuanto sirve para reproducir la criminalidad característica de los sectores dominados y marginados, y ello es funcional a conveniencias económicas y políticas de las fracciones dominantes” .

Los anteriores serían los puntos acatados por Sandoval Huertas para la explicación del fenómeno de la indiferencia estatal y social ante la reincidencia criminal, explicaciones que, sin embargo, no compartimos en su totalidad, pues consideramos que la verdadera raíz del problema se encuentra en la presencia de

⁶¹ Sandoval Huertas, Emiro, *Penología*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 449.

un fenómeno de extrema importancia para nuestra sociedad actual, que es el del gran crecimiento de la población mundial en los tiempos recientes, lo que, sin duda, ha llevado a una completa satisfacción de la mano de obra y a un aumento proporcional del desinterés por la población carcelaria que se ha traducido en las malas condiciones que podemos observar al interior de los centros de reclusión.

No creemos, entonces, que el proceso de la reincidencia criminal se deba a una voluntad consciente que se oriente hacia esa dirección, como lo da a entender Sandoval Huertas. Creemos, más bien, que este fenómeno se debe a un descarado desinterés de cada Estado y de cada sociedad, que al sentir que el problema de los presos no les afecta, no hacen absolutamente nada por remediarlo, o ¿Qué sucedería si por alguna razón la mano de obra comenzara a escasear a tal punto que las empresas tuvieran que detener sus procesos productivos o por lo menos aumentar los sueldos exageradamente? De seguro, como ya ha sucedido en la historia y como ya lo hemos podido ver, a lo primero que se le echaría mano sería a los presos, a quienes, sin duda, se les comenzaría a capacitar para que pudieran trabajar en las fábricas o para que empezaran a producirle a las empresas desde el mismo interior de los centros de reclusión, se les dotaría de colchones y de buenas condiciones higiénicas para que no enfermaran sus salvadoras manos, se les trataría como a caballeros y se les proporcionaría una muy buena alimentación para que no corrieran el riesgo de trastornarse durante las horas laborales, etc.

Lo anterior, que es simplemente nuestro punto de vista sobre el problema que hemos venido estudiando, no se opone a que consideremos que es cierto que sí contamos con un derecho penal de clases, orientado, por lo demás, a proteger ciertos intereses de una parte y no de toda la sociedad. Así fue concebido el derecho penal y así se ha mantenido en cierta forma, por lo que, a su vez, pensamos que las opiniones de Sandoval Huertas pueden tener gran sentido en una parte de nuestra historia punitiva, pero no en la actualidad, que es cuando se impone la inigualable e indiscutible situación de la sobrepoblación mundial.

b-) Función del reforzamiento de la protección a la propiedad privada.

Como una expresión del sistema organizativo que ha adoptado nuestra sociedad, así como de la gran orientación clasista de nuestro derecho penal, se ha utilizado a la pena privativa de la libertad para proteger a uno de las más neurálgicas instituciones de nuestro sistema: la propiedad privada.

En efecto, la pena privativa de la libertad ha servido como instrumento para rendirle culto a la propiedad privada, como se puede deducir de la prevalencia que ella ha tenido dentro de la organización de nuestro sistema sancionatorio.

Como una clara muestra de este fenómeno, debemos decir que nuestras cárceles, más que de personas que han atentado contra derechos superiores al de la

propiedad privada, como el de la vida, se encuentran rebozadas de personas que la han afectado a ella directamente. Siendo éste, sin duda, un factor indicativo de que, por lo menos durante el proceso de elaboración de los tipos penales, ha tenido gran incidencia el tema de la protección a la propiedad privada.

Con el objeto de aclarar aún más lo expuesto en este sentido, según el D.A.N.E. (Departamento Nacional de Estadística), en 1993, de un total de 120.887 delitos reportados a las autoridades judiciales, 39.364 fueron, representando la cifra más alta, contra el patrimonio económico, mientras que 33.549 fueron contra la vida y la integridad personal; en 1994, de un total de 140.051, 41.396, también representado la cifra más alta, fueron contra el patrimonio económico, mientras que 33.339 fueron contra la vida y la integridad personal; en 1995, de un total de 135.831 delitos, 34.649 fueron contra el patrimonio económico y 31.476 contra la vida y la integridad personal; en 1996, por el contrario, de 148.019 delitos, 36.159 fueron contra la vida y la integridad personal, mientras que 30.302 fueron contra el patrimonio económico.

A lo anterior, debemos agregar las cifras que, con relación a este fenómeno, publicó el diario El tiempo el jueves 15 de julio de 1999 en la página 3A, de la que podemos concluir: en 1997 fueron, tan sólo en relación con el delito de hurto, cometidas 98.674 conductas delictivas, al paso que fueron registrados 24.086 homicidios; y, con respecto a 1998, fueron, también con respecto al delito de hurto, realizadas 88.627 conductas delictivas, al paso que se registraron 21.651 homicidios.

Surge, de lo anterior, la ineludible conclusión de que nuestras cárceles se encuentran rebozadas de personas que han cometido delitos contra el patrimonio económico o de personas que actualmente afrontan un proceso en este sentido.

Circunstancia que, como es obvio, nos conduce a preguntarnos sobre el verdadero propósito y orientación de la privación de la libertad, pues no es nada novedosa esta situación, que, más bien, parece ser la expresión de toda una voluntad que se ha dirigido hacia un fin exclusivo y específico: proteger a la propiedad privada con el máximo rigor para así lograr el correcto funcionamiento del sistema social que se nos ha estructurado.

La situación que hemos descrito, pensamos que se debe a toda una completa estructuración del sistema sancionatorio que rige en la actualidad, pues, obviamente, para llegar a estas escandalosas cifras, se requiere del previo recorrido de todo un conjunto de procesos que se encuentran marcados por un pensamiento que enaltece a la institución de la propiedad privada, y que, para nuestro estudio, podríamos sintetizar de la siguiente manera: como es ampliamente conocido, primero se establecen las conductas que serán castigadas con la pena privativa de la libertad, momento en el que las clases poderosas despliegan todas sus influencias para satisfacer la totalidad de sus intereses exclusivos, concretados, en especial, en que se penalizen y se castiguen con un extremo rigor a las conductas que más los afectan y, a la vez, en que no se penalizen las conductas que ellos, sin consideración al inigualable daño que le

ocasionan a la sociedad, despliegan con una mayor frecuencia. Posteriormente, cuando ya es inevitable la penalización de ciertas conductas que son prácticamente exclusivas de las clases poderosas, se pretende, entonces, la instauración de medios que permitan su impunidad o, en el peor de los casos, una débil respuesta del Estado. Sin embargo, todo no termina en este instante, pues las seguridades de las clases poderosas se extienden incluso al momento poco usual de hacerse efectiva la respuesta estatal en su contra, pues se aseguran la posibilidad de disminuirla al máximo con la instauración y posterior aplicación de beneficios desproporcionados e inmerecidos dentro de cualquier sistema que pretenda establecer un mínimo grado de igualdad al interior de la sociedad.

Finalmente, consideramos que este álgido punto debe ser analizado dentro de un mínimo equilibrio y, principalmente, con objetividad. Por lo tanto, para no ser mal interpretados entorno a las anteriores consideraciones, aclaramos nuestro pensamiento en el sentido de que no abogamos por la inexistencia de una protección efectiva para la institución de la propiedad privada, a la que le reconocemos sus grandes bondades y su fundamentalidad para el correcto funcionamiento de la sociedad. Criticamos, en cambio, que el diseño de los mecanismos para proteger a esta institución no se encuentren dentro de los límites mínimos de cualquier concepto sobre la igualdad, así como que el proceso de su elaboración y de su aplicación haya sido transferido a las clases poderosas, las mismas que, con gran notoriedad y extrema sabiduría, no han dudado en usarlos para su propio benéfico y para la desgracia del común de la sociedad.

3-) Funciones no declaradas de la privación de la libertad en el ámbito político.

Para un correcto entendimiento de este punto de la clasificación, Emiro Sandoval Huertas⁶² aclara que no debe perderse de vista ni dejar de tenerse en cuenta que todas las funciones no declaradas de la privación de la libertad en el ámbito político, son, en realidad, la expresión de un mismo fenómeno que tan solo pretende un único objetivo: “el mantenimiento del sistema clasista que hoy nos rige”, consistente, como ya lo hemos visto, en la instauración de unos privilegios e inmunidades a favor de unas cuantas personas que pertenecen a una determinada clase social. Así, entonces, debemos interpretar y visualizar a la función del mantenimiento del statu quo, del control sobre las clases dominadas y del control sobre los opositores políticos, que son las que se agrupan dentro de la clasificación de funciones no declaradas de la privación de la libertad en el ámbito político.

a-) Función del mantenimiento del statu quo.

Fundamentalmente, consiste esta función no declarada en el hecho de que con la privación de la libertad se pretende llevar al individuo a aceptar a la organización

⁶² Sandoval Huertas, Emiro, Penología, Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 459.

actual de nuestra sociedad, y, principalmente, su posición y su situación dentro de ella.

Con y durante la privación de la libertad, no se desarrolla ninguna clase de esfuerzo por mejorar al individuo en su situación económica o social. Al contrario, se le somete a graves estigmas que en el mejor de los casos, cuando recupere su libertad, tan solo le dificultarán el desarrollo de una vida normal, y, en el peor de ellos, le erradicarán cualquier posibilidad y voluntad de regresar al camino del respeto por las normas sociales.

Se explica, lo anterior, con el hecho simple de que en la gran mayoría de los casos las personas que han sido privadas de su libertad no han violado la ley para su propio placer, sino, por el contrario, para lograr la satisfacción de sus necesidades más inmediatas y elementales, lo que, sin duda, frente a la función no declarada del mantenimiento del statu quo, que se materializa en la indiferencia estatal y social hacia la población carcelaria, no les permite extraerse del camino del delito sino que se les refuerza aún más en las razones de mantenerse en él.

Con estas consideraciones, afirmamos que la degradación del preso generalmente subsiste por toda su vida, siéndole, en la gran mayoría de los casos, imposible sustraerse a los estigmas y a los prejuicios que causa esta condición social.

Negándosele las oportunidades de progresar o de contar con una simple ocasión para demostrar que ha cambiado su actitud o que simplemente llegó al camino del

delito por medio de circunstancias que se vio obligado a vivir y que sintió que no eran justas, es, el exconvicto, mantenido en su condición y en su situación ante la sociedad. Es aún más claro ese punto, si tenemos en cuenta el papel que desempeñan los antecedentes penales, que, contradiciendo la propia filosofía resocializadora, terminan cercenando las pocas posibilidades con las que cuenta el exconvicto para desarrollar una vida normal después de haber pagado el precio formalmente establecido para su delito.

De esta manera, podemos decir que nunca finalizará el castigo del privado de la libertad, que, al término de su condena, será igualmente mal visto por la misma sociedad, lo que, en algunos casos, lo obligará a continuar dentro de la misma senda que lo condujo y conducirá indefinidamente a la prisión. Con respecto a quienes no han visto ni padecido el rigor de la institución carcelaria, ésta, a través de las experiencias de los demás, les ayudará a destruir la voluntad de rebelarse contra el sistema dentro del que viven, es decir, que les ayudará a aceptar su rol en la sociedad y a resignarse a no poder obtener otro que sea mejor.

El mantenimiento del statu quo, logrado con la prisión, como es obvio, favorece a quienes desarrollan un rol ventajoso dentro de la sociedad porque genera unas circunstancias que en gran medida aseguran la inmovilidad de clases dentro de los límites normativos. Y, por el contrario, perjudica a quienes no desarrollan un rol ventajoso, pues, con el fenómeno del clasicismo penal, se les resta muchas de las pocas justas oportunidades que tienen para progresar.

Por último, para aclarar nuestro pensamiento, debemos decir que no nos encontramos en desacuerdo con la existencia de ciertas diferencias al interior de la sociedad, pues, sin ellas, sería completamente imposible el desarrollo de las labores que en su cotidianeidad nos permiten subsistir. Sin embargo, sí nos manifestamos en total desacuerdo con la instauración de determinados privilegios que tan sólo buscan fosilizar las pocas oportunidades de movilidad social con las que cuentan las personas, fenómeno al que, con tristeza, debemos decir que ha colaborado el derecho penal.

b-) Función de control sobre las clases dominadas.

Como una expresión más del clasicismo del derecho penal, la institución carcelaria se ha dirigido fundamentalmente hacia las clases menos pudientes, fenómeno que, como acertadamente lo afirma Sandoval Huertas⁶³: "...actúa como un mecanismo de control respecto de las clases sociales dominadas y marginadas, por cuanto de ellas proviene la inmensa mayoría de los reclusos".

A nuestro juicio, lo anterior es una consecuencia innegable de varias circunstancias, ente las que, principalmente, se encuentran las de la tipificación

⁶³ Sandoval Huertas, Emiro, Penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 463.

preferencial de conductas usualmente realizadas por las clases menos favorecidas y, en contraposición, la no tipificación de conductas igual o superiormente dañinas para la sociedad pero realizadas por las clases dominantes.

En consecuencia, lo anterior nos permitiría afirmar que los preferencialismos que existen en materia punitiva, así como la impunidad que se presenta con respecto a los delitos cometidos por las personas de alta influencia en nuestra sociedad, ha conducido a que en la realidad podamos afirmar que la institución carcelaria principalmente se dirige hacia los menos pudientes, que, en otras palabras, son los que en la mayoría de los casos se han atrevido a discutir y a ignorar los derechos que el sistema le protege de una manera irregular a las clases más poderosas.

Como un ejemplo de lo anterior, el último informe del I.N.P.E.C. (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario), que comprende hasta abril de 2000, muestra cómo la gran mayoría de la población carcelaria carece de preparación académica, lo que, sin duda, nos demuestra su bajo nivel económico. De esta manera, sobre el 9.4% del total de la población carcelaria, que es el que en la actualidad comprende la Regional Oriental, en la que se incluyen los departamentos de Arauca, Casanare, Cesar, Norte de Santander y Santander, se observa que de las 297 mujeres que se encuentran recluidas tan sólo 74 terminaron la primaria, 66 el bachillerato y 10 cursaron estudios universitarios. Adicionalmente, este mismo informe revela que entre la misma población no hay ninguna mujer profesional y, en cambio, 24 que ni siquiera comenzaron sus estudios de básica primaria. En cuanto se refiere a la

población masculina de la misma Regional Oriental, que en total cuenta con 4.267 hombres al interior de sus centros de reclusión, observamos que de ellos tan sólo 1.557 terminaron la primaria, 627 el bachillerato, 31 cursaron estudios universitarios y ninguno es profesional, y que, en cambio, existen 553 que ni siquiera comenzaron los estudios de básica primaria.

Con la anterior situación se nos presenta claramente la composición social de las prisiones, que, con razón, ha originado la crítica de que es una institución que se orienta hacia las clases menos favorecidas y que actúa como mecanismo de control hacia las clases dominadas.

c-) Función de control de opositores políticos.

Por su extrema importancia, pues es un campo que se relaciona ampliamente con las libertades de pensamiento y de expresión, citaremos las palabras con las que Sandoval Huertas⁶⁴ aborda el tema: “Ésta hace relación y tiene como punto de arranque el hecho, ya destacado de precedencia, de que las instituciones privativas de la libertad no reproducen criminalidad política en cuanto función no declarada suya. Por el contrario, se la utiliza para intentar someter a quienes

⁶⁴ Sandoval Huertas, Emiro, Penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, pág. 467.

manifiestan su inconformidad con el sistema imperante y se pretende legitimar ese uso aduciendo la infracción, real o supuesta de la ley penal” .

En nuestra opinión, es importante destacar que, como también lo afirma Sandoval Huertas, esta función no declarada de control de los opositores políticos se aplica con respecto de las personas que manifiestan de una manera violenta su inconformidad con el sistema que nos rige, mas no con las personas que lo hacen de una manera pacífica y respetuosa.

Al respecto, consideramos que la democracia, a la que no le desconocemos sus innumerables y graves imperfecciones, presenta la grandiosa virtud de permitir la expresión pacífica de las ideas que incluso pretenden erradicarla, por lo que nos manifestamos de acuerdo frente a la posibilidad de usar la prisión como instrumento para castigar la existencia de prácticas violentas en contra del sistema democrático. Sin embargo, la gravedad del asunto no estriba en este aspecto, sino, por el contrario, en el hecho de que, consideran algunos, la prisión está siendo utilizada para reprimir las posibilidades de manifestar pacíficamente las opiniones que contradigan al sistema.

Consideramos que lo anterior puede ser cierto tan sólo en determinados casos, pues, en realidad, lo más usual es que quienes pregonan ideas en contra del sistema democrático lo hacen, debido al poco respaldo popular con el que cuentan, por medios violentos que ameritan la máxima respuesta del Estado: la privación de la libertad.

CAPÍTULO VI

LA SUPUESTA CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Y SUS CONSECUENCIAS TEÓRICO-PRÁCTICAS

1. Visualización, ubicación y magnitud de la supuesta crisis de la pena privativa de la libertad.

Con el análisis que hemos podido realizar sobre la historia y sobre la situación actual de la pena privativa de la libertad, no podemos sino deducir que, debido a múltiples factores, ésta es una institución que, por no cumplir con sus objetivos y por no respetar los postulados bajo los que fue concebida, se encuentra sumergida en una profunda y caótica crisis de inimaginables proporciones y de imprevisibles consecuencias si se tiene en cuenta que con ella no solamente se

está afectando a la institución de la pena privativa de la libertad, sino, incluso, al sistema dentro del cual se le ha concebido y se le ha aplicado: el derecho penal.

Lo anterior, se encuentra reflejado en el hecho, a nuestro juicio notorio, de que las soluciones que se han planteado para contrarrestar y para corregir los nocivos efectos de la pena privativa de la libertad en nuestra sociedad, no solamente se centran en cuestionar o en modificar a esta institución, sino, también, como más adelante lo estudiaremos, al mismo sistema penal. En consecuencia, hablar de una crisis de la pena privativa de la libertad, cuando es ella la máxima expresión punitiva de nuestros tiempos, es, a nuestro juicio, no otorgarle la verdadera importancia ni trascendencia a este fenómeno, que, repetimos, consideramos que afecta peligrosamente la existencia misma de todo el sistema penal.

Expuesto lo que consideramos la magnitud del fenómeno ante el cual nos encontramos, debemos, por otra parte, sostener que no creemos que éste, en sí mismo considerado, se deba a la institución de la pena privativa de la libertad o a insuficiencias del sistema penal, sino, por el contrario, a factores que, en la generalidad de los casos, bien pueden llegar a ubicarse en un nivel distinto al jurídico. Lo que, para una mayor claridad, significa que no encontramos insuficiencias en la filosofía genérica que públicamente ha servido para sustentar, adoptar y aplicar¹ la pena privativa de la libertad, porque que ella, como ha sido

¹ Recuérdese, sin consideración a sus efectos prácticos, que el sustento público para la adopción de la pena privativa de la libertad fue el de que permitiría la atenuación del salvajismo y de la brutalidad punitiva; así como también, téngase de presente que en la actualidad ese mismo sustento público se desarrolla alrededor de considerarla, a través de la función resocializadora, como un instrumento de ayuda para la sociedad y el delincuente.

planteada, es, por no decir lo más, una de las más perfectas y coherentes expresiones intelectuales de la historia.

De esta manera, a nuestro juicio, la crisis de la que se ha venido hablando no puede, en términos generales, llegar a situarse en los niveles teóricos, pues ellos, con toda claridad, enuncian e instauran a una de las más perfectas instituciones.

La mencionada crisis, sostenemos, más bien debe ser entendida como una consecuencia de la incapacidad, indiferencia e insuficiencia estatal para hacer cumplir las condiciones que la pena privativa de la libertad requiere para poder alcanzar sus objetivos dentro de la sociedad, así como del apropiamiento del derecho penal por parte de algunos centros de poder de la sociedad.

Por lo tanto, aunque la teoría que se ha adoptado alrededor de esta institución sea susceptible de controversias e, incluso, no lo negamos, de mejoramientos, no puede olvidarse que ella no ha pasado de ser un simple monumento que no ha sido realmente ensayado en la sociedad. O, ¿Cuándo es que realmente hemos podido hablar del cumplimiento de los postulados resocializadores, de la correcta aplicación de esta forma punitiva o de una efectividad de la administración de justicia que genere el ambiente propicio para derivar esta institución su máxima utilidad para la sociedad?

Por lo anterior, más que de una crisis de la pena privativa de la libertad o del sistema penal en su conjunto, creo que debemos hablar y preocuparnos de la

crisis social y estatal que nos ha conducido a esta situación, del todo inaceptable, censurable y reprochable. O, también nos preguntamos, ¿Será que la pena privativa de la libertad es la culpable del hacinamiento de las cárceles, de la conducta de los guardianes en las prisiones, de las enfermedades que allá se propagan, del hambre que allá se padece, de la violencia de la que allá se es víctima o de la indiferencia estatal para dotar a los centros de reclusión de los mecanismos adecuados para poder hacer de ellos un lugar en dónde cumplir una pena y, a la vez, un lugar en dónde prepararse para el inicio de una nueva vida alejada del delito?

Sin consideración a lo anterior, y a nuestro juicio de una forma ligera y apresurada, se sostiene que la pena privativa de la libertad ha fracasado y se le visualiza como una institución inconveniente para la sociedad. Sin embargo, con el respeto que merecen estas opiniones que provienen de los más altos niveles intelectuales, creemos que la cuestión se centra en el hecho de que los resultados obtenidos por esta institución deben ser juzgados en proporción con los medios utilizados para el cumplimiento de los fines que con ella se han pretendido obtener. De esta manera, si la pena privativa de la libertad ha servido para maltratar y para empeorar la situación de quienes se encuentran sometidos a ella, no creemos que se deba a ella misma, sino, por el contrario, a la insuficiencia de medios con los que se le ha dotado y a la exagerada cobertura que se le ha asignado.

Indudablemente, observamos una falta de comprensión hacia esta institución, que, prácticamente considerada como mágica, pues se le han exigido fines imposibles

de cumplir con los medios que se le han asignado, así como atribuido responsabilidades que por esta misma razón consideramos que nunca podrá llegar a cumplir, se encuentra ante el peor momento de toda su historia. Se vuelve evidente esta consideración si tenemos en cuenta que a esta institución se le asignan tareas educativas y de capacitación laboral sin personas preparadas para desarrollarlas, que se le asignan tareas de cuidado a los reclusos junto con un personal penitenciario que no cuenta con las calidades humanas que se requieren para el desarrollo de esta función, que se le asignan responsabilidades sobre los reclusos con edificaciones que no tienen la capacidad para albergarlos, y, finalmente, que se le responsabiliza del estado de salud de los reclusos en medio de un hacinamiento del que la pena privativa de la libertad no tiene la culpa y con el que lo más normal es que se propaguen enfermedades tan mortales como las hepatitis y el sida.

¿Está la pena privativa de la libertad obligada a lo imposible? ¿Es acaso responsable esta institución de los motines que con toda la razón realizan continuamente las diferentes poblaciones carcelarias para protestar por las condiciones que se encuentran padeciendo, del fracaso de la función resocializadora y del alto índice de reincidencia en la comisión de los delitos?

Defendemos la idea que protege a la pena privativa de la libertad y, en nuestra opinión, la absolvemos de las responsabilidades que injustamente se le han atribuido y que, más bien, consideramos que le corresponden a ciertos niveles estatales y sociales; los mismos que con un espíritu indiferente y procaz han

dejado de cumplir sus funciones para llegar a permitir el estado actual de las cosas, y, para el momento de rendir sus cuentas, atribuirle sus fracasos a personas y a instituciones que lo que han venido haciendo es padecer por sus negligencias.

Como ya lo dijimos, la institución de la pena privativa de la libertad no es una institución mágica con la que, por su sola instauración, puedan perseguirse ni pretender lograrse los objetivos que a través de ella se han trazado. Se deben, por el contrario, reconocer, como se hace con cualquier institución, sus límites y sus capacidades reales, así como asignar los recursos suficientes y adecuados para poder llegar a desarrollar y a cumplir las funciones y responsabilidades que le atañen.

Por todo lo anterior, consideramos que el fracaso que se ha experimentado con la pena privativa de la libertad no se debe a defectos que le sean innatos ni mucho menos sin posibilidad de corrección. Creemos, por el contrario, y como desde un comienzo lo sostuvimos, que este fracaso se debe a factores tan extrajurídicos como el oportunismo político y las conveniencias económicas, que, como podrá deducirse de los análisis históricos que hemos realizado, han hecho, contrariando su propia naturaleza y desbordando sus propias capacidades, de ésta una institución manipuladora, clasista, opresora y, por si fuera poco, abandonada a la merced de los intereses de unos pocos miembros de la sociedad.

Nos negamos, en consecuencia, a pensar en el fracaso de la pena privativa de la libertad, pues, en realidad, ella no ha sido aplicada conforme a las exigencias naturales para su correcto funcionamiento; y, contrariando a la gran mayoría de las opiniones que en la actualidad se han emitido sobre este álgido punto, nos atrevemos a situar a la tan mencionada crisis en el fondo mismo de las bases sociales y de las estructuras estatales.

2. Implicaciones del fracaso en la aplicación de la pena privativa de la libertad.

Las intolerables circunstancias que hasta el momento se han padecido con la, a nuestro juicio, aplicación desnaturalizada de la pena privativa de la libertad han desembocado en la formulación de diversas soluciones para este fenómeno, entre las que principalmente se encuentran las de la abolición del sistema penal, la reducción sustancial en el ámbito aplicativo de la pena privativa de la libertad y la injerencia de los particulares en la administración de los centros penitenciarios.

a-) La abolición del sistema penal.

Quizá son los abolicionistas los que más han aprovechado los argumentos que se han esgrimido para sustentar a la supuesta crisis de la pena privativa de la libertad, pues, como puede llegar a deducirse de la siguiente opinión de Antonio

De Pádova Marchi Junior², con ellos han llegado a difundir toda una serie de pensamientos que se orientan a atacar la existencia misma del derecho penal: “O sistema penal, como método para prevenir o crime e ressocializar o criminoso, fracassou nos mais diversos países e em diferentes épocas. Positivamente, acentua o notável Evandro Lins e Silva, jamais se viu alguém sair de de um cárcere melhor do que quando entrou, provando que o encarceramento do homem não o melhora, nem o aperfeicoa, nem corrige a falha cometida, nem o limpa de culpa para um retorno a vida da sociedade que ele perturbou com a sua conduta delituosa”³.

Como de lo anterior puede llegar a deducirse, los abolicionistas basan sus argumentaciones en el hecho de que consideran que la pena privativa de la libertad ha fracasado, o lo que, es lo mismo, en el innegable fenómeno de que no ha podido cumplir con las finalidades que se le han asignado. A su vez, de este pensamiento, que inicialmente tan sólo se centra en cuestionar a esta institución punitiva, elaboran estos autores toda una serie de opiniones, atractivas por cierto, sobre el sistema penal en su conjunto, al que, con la mayor franqueza, catalogan como opresor y como fabricante de innecesarios sufrimientos para la sociedad. Por ésto mismo, y a nuestro juicio con gran acierto, sostiene Antonio De Padova en su informe: “Com efeito, o abolicionismo, talvez em maior medida que que

² Las citas que realizaremos del mencionado autor hacen parte de un artículo que, titulado Abolicionismo Criminal, puede obtenerse en la siguiente dirección de Internet: www.infojus.com.br/area6/antoniodepadova.htm

³ “El sistema penal, como método para prevenir el crimen y para resocializar al criminal, ha fracasado en los diferentes países y en las distintas épocas. Positivamente, acentúa el notable Evandro Lins e Silva, jamás se ha visto a alguien salir de una cárcel mejor de lo que estaba cuando entró en ella, probando que el encarcelamiento del hombre no lo mejora, no lo perfecciona, no corrige la falta cometida, no lo limpia de

qualquer orientacao teórica, contra-arrestou os pilares de sustentacao do sistema penal, inadmitindo qualquer fim justificador dos sofrimentos por ele ocasionados...As doutrinas abolicionistas impugnan como ilegítimo o direito penal –nao admitindo moralmente nenhum possível fim justificador dos sofrimentos que ocasiona- e consideram vantajosa a abolicao da forma jurídico-penal da sancao punitiva para dar lugar as medidas pedagógicas e outros meios informais de controle social”⁴.

Para una completa comprensión, es importante decir que esta vertiente no busca tan solo la eliminación de la pena privativa de la libertad, sino, además de ésto, la de todo el sistema de justicia penal.

Otra aproximación al concepto del abolicionismo nos la brinda Alvaro Orlando Pérez Pinzón, quien sostiene: “ Abolir es anular, dejar sin efecto, fuerza o vigor un precepto o costumbre. Etimológicamente viene del latín abolere, que significa suprimir. El término nos ha llegado a través del inglés, pues fue en Norteamérica donde primero se usó el vocablo para designar a quienes propugnaban la desaparición de la esclavitud de los negros en el siglo XIX. Traslados al terreno que nos incumbe, el abolicionismo puede ser entendido como una toma de posición crítica negativa frente a los problemas del control social, que busca la

su culpa para un retorno a la vida de la sociedad que él perturbó con su conducta delictuosa”.

⁴ ”En efecto, el abolicionismo, tal vez en mayor medida que cualquier otra orientación teórica, contrarresta los pilares de sustentación del sistema penal, inadmitiendo cualquier fin justificador de los sufrimientos por él ocasionados...Las doctrinas abolicionistas impugnan como ilegítimo el derecho penal –no admitiendo moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que él ocasiona- y consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva para dar lugar a medidas pedagógicas y otros medios informales de control social”.

extinción del sistema penal, por irreal y totalitario, para sustituirlo por medidas basadas en el diálogo, la concordia, la apertura y la solidaridad”⁵.

En consecuencia, en las concepciones de estos autores, que son el reflejo del más amplio sector del abolicionismo, la eliminación del sistema penal no implica una renuncia social a la solución de los conflictos sino la instauración y el desarrollo de nuevos mecanismos para el cumplimiento de este fin. Por ésto mismo, continúa Antonio De Padova: “Tal modelo preve considerável flexibilidade quanto aos procedimentos adotados para a consecução do bojetivo almejado, sempre através de de vias alternativas ao sistema legal, admitindo solucoes informais, desinstitucionalizadas e comunitárias. Parte-se, pois, como observa García Pablos, da conviccao de que o crime é um conflito interpessoal e que sua solucao efetiva, pacificadora, debe ser encontrada pelos próprios implicados em lugar de ser imposta pelo sistema legal con critérios formalistas e elevado custo social”⁶.

Como lo podemos ver, la meta trazada por el abolicionismo es la de eliminar la violencia y los traumatismos que se causan en la sociedad por lo que ellos denominan: la existencia del sistema penal. De tal forma que, sin lugar a dudas,

⁵ Pérez Pinzón Alvaro Orlando, *La Perspectiva Abolicionista*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989, págs. 6 y 7.

⁶ “Tal modelo prevé considerables flexibilidades en cuanto a los procedimientos adoptados para la consecución del objetivo señalado, siempre a través de vías alternativas al sistema legal, admitiendo soluciones informales, desinstitucionalizadas y comunitarias. Pártese, pues, como lo observa García-Pablos, de la convicción de que el crimen es un conflicto interpersonal cuya solución efectiva, pacificadora, debe ser encontrada por los propios implicados en lugar de ser impuesta por el sistema legal con criterios formalistas y con un elevado costo social”.

para la perspectiva abolicionista la responsabilidad por la caótica situación que se puede experimentar en las cárceles y en las demás actividades punitivas, recae sobre el sistema penal, pues, como puede deducirse de las opiniones que hemos consultado, y que, como lo dijimos ya, expresan el pensamiento mayoritario de esta vertiente, es a él al que pretenden eliminar por considerarlo un obstáculo para el funcionamiento normal y civilizado de nuestra sociedad.

Aunque no compartamos la perspectiva abolicionista, pues consideramos que no se dirige correctamente hacia la base de los problemas punitivos de nuestra sociedad, debemos reconocer que se respalda en hechos incuestionablemente ciertos. En efecto, en términos generales, sostienen los pensadores de esta vertiente que el sistema penal debe desaparecer por: su propia ineffectividad, que, traducida en términos de impunidad, demuestra su pobre actuación ante los fenómenos que se ha propuesto regular; el clasismo que rodea sus actuaciones porque preferencialmente, y sin consideración a los postulados esenciales del principio de igualdad, se dirige contra las clases menos favorecidas; su incapacidad para prevenir y para desincentivar la actividad criminal, que no es nada distinto a señalar el fracaso de la función resocializadora y a demostrar su correlativo efecto sobre el fenómeno de la reincidencia criminal; su desconocimiento sobre las necesidades de las víctimas de cada delito, lo que, a nuestro juicio, resulta parcialmente cierto si se tiene en cuenta que a pesar de que por él se han establecido unas escasas alternativas sancionatorias, en la gran mayoría de las legislaciones, la aplicación de estas sanciones no impiden la solicitud individual de la reparación del daño causado, o, lo que es lo mismo, el

correspondiente ejercicio de la acción civil, en la que, como es obvio, se consultan los intereses individuales de las personas afectadas por la realización de los diferentes hechos punibles.

A nuestro juicio, el pensamiento abolicionista, lo repetimos, no se dirige hacia la verdadera base de los problemas punitivos de nuestra sociedad, que es lo que precisamente lo ha llevado a propugnar una solución bastante desproporcionada con respecto al estado actual de los asuntos punitivos. Si bien es cierto que señala situaciones incuestionablemente ciertas, graves y perjudiciales, como lo son los altos niveles de impunidad y el fracaso de la función resocializadora, no podemos, por este sólo hecho, pensar que estos fenómenos, que no son producidos por la existencia misma de la institución de la pena privativa de la libertad o del sistema penal, puedan llegar a ser corregidos mediante la total eliminación del aparato punitivo de nuestra sociedad.

Atribuir responsabilidades sobre la impunidad o sobre la situación carcelaria es una tarea, creemos nosotros, mucho más compleja de lo que piensa la vertiente abolicionista. Este análisis no puede simplemente limitarse a censurar unas instituciones o un sistema para luego promover su total desaparición. En efecto, si pensamos más a fondo, no es la pena privativa de la libertad la culpable ni la causante de la impunidad, pues a ella, por lo menos en lo que se refiere al aspecto

formal, se llega mediante el fenómeno contrario de la efectiva actuación judicial⁷. A su vez, atribuirle esta misma culpa a todo el sistema penal en su conjunto, nos parece, por no llamarlo de otra manera, algo fantástico si se tiene en cuenta que la impunidad no solamente se produce por causas judiciales, que a nuestro juicio son las que menos influyen, sino, adicionalmente, por causas tan alejadas de los dominios del sistema penal como la falta de un presupuesto adecuado, la inexistencia de un buen aparato investigador, la carencia de tecnología, la comisión masiva de delitos por causas como el desempleo, la injerencia de los poderes políticos y económicos en la función de administrar justicia, etc.

Lo anterior nos muestra que la situación es mucho más compleja de lo que se piensa, así como que las soluciones adoptadas por esta vertiente intelectual se han dirigido hacia un punto que no es el correcto porque no atacan las causas del problema. O, nos preguntamos, ¿Acaso no habría necesidad de contar con organismos investigadores ni con una tecnología que permitiera desarrollar adecuadamente esta actividad dentro del nuevo marco de solución de los conflictos que operaría con la adopción de la propuesta abolicionista? De no ser así, sería un sistema arbitrario y sin garantías el que nos propone la vertiente abolicionista, pues, sin lugar a dudas, renunciar a los medios que pretenden encontrar la verdad en los conflictos planteados dentro de la sociedad, sean éstos penales, administrativos, civiles, etc., es, a nuestro juicio, abrir posibilidades a la

⁷ Nos atrevemos a agregar que, precisamente, uno de los factores que impiden que la pena privativa de la libertad cumpla con sus fines es el de la ineffectividad judicial, que sustenta, sin duda alguna, fenómenos tan nocivos como el de la aplicación exagerada de la detención preventiva.

arbitrariedad y a la mentira. Pero, como sabemos que los planteamientos de la propuesta abolicionista no se orientan en este sentido, debemos, en consecuencia, decir que sus soluciones no se despojan de los fenómenos que en la actualidad atacan al sistema penal en su conjunto.

Para ser un poco más explícitos, no interesa si nos encontramos ante un funcionario del sistema penal o ante un juez civil que conozca de lo que eran los asuntos penales por efecto de la adopción de la propuesta abolicionista, o, incluso, ante un particular que administre justicia, si los problemas que se presentan en el desarrollo de esta tarea son de ausencia de medios. De esta manera, los obstáculos para la función de solucionar los conflictos que se presentan en la sociedad simplemente se trasladarían con los mismos resultados desde una persona que era llamada juez penal hacia otra que ahora sería un particular o un juez civil.

Por otra parte, sostener que el juez penal debe convertirse en juez civil para la adopción de los postulados abolicionistas nos parece que no aportaría mayores beneficios porque la justicia civil también presenta problemas muy serios que le impiden solucionar eficazmente los conflictos que se le plantean, por lo que aumentar sus funcionarios sobre el supuesto de un correlativo aumento de los asuntos que ellos mismos llegarían a conocer, nos mantendría en la misma situación en la que actualmente nos encontramos.

No dudamos que el sistema penal presenta serias y profundas fallas, pero, como puede deducirse, no creemos que la propuesta abolicionista sea la más adecuada para corregirlas, pues, indudablemente, son éstas, en su gran mayoría, fallas originadas por defectos profundos de nuestra sociedad y no por el sistema penal en sí mismo. Por lo tanto, cuestionar la existencia de un sistema, que más bien parece ser una víctima de la realidad social, sin proponer verdaderos cambios en el nivel en el que realmente se requieren, no es, a nuestro juicio, la mejor de las decisiones ni el mejor de los caminos.

b-) la reducción en el ámbito aplicativo de la pena privativa de la libertad.

También como una reacción a este fenómeno del incumplimiento de los fines que se le han asignado a la institución carcelaria, ha surgido esta otra propuesta, que, al igual que el abolicionismo, intenta solucionar las nefastas consecuencias de nuestra realidad penitenciaria. Sin embargo, a diferencia de esta última, la propuesta que nos ocupa en este momento no considera que el sistema penal ni la pena privativa de la libertad deban desaparecer de nuestra sociedad, sino que, por el contrario, deben mantenerse conforme a ciertos parámetros y a ciertas orientaciones.

Por lo anterior, podemos afirmar que si el abolicionismo ubicaba a la solución del problema penitenciario en el ámbito mismo del campo existencial de la pena

privativa de la libertad y del sistema penal, este pensamiento, en cambio, ubica, como más adelante lo veremos, el problema y las soluciones que plantea en el campo aplicativo de la institución carcelaria.

Sin negarse el fracaso de la función resocializadora ni la inconveniencia del uso de la prisión para todos los eventos en los que actualmente se encuentra contemplada su operancia, los pensadores de esta vertiente salvan a esta institución de la injusta responsabilidad que se le ha pretendido atribuir. Así, por ejemplo, Jorge Kent, sin pregonar ideas en contra de la existencia de la prisión pero reconociendo que existen situaciones insostenibles que deben ser corregidas, afirma⁸: “Teniendo en cuenta, entonces, la ineficacia histórica de la cárcel como medio para lograr la recuperación social de los delincuentes se impone, inflexiblemente, la búsqueda de otras alternativas y la revitalización de programas ya vigentes para ser acometidos en todos los niveles del sistema de justicia penal: en la etapa anterior al juicio; durante la tramitación del proceso; previo al dictado de una sentencia y después de la imposición de una pena de prisión...Existe, sin dudas, un creciente pesimismo acerca de las posibilidades de controlar y manejar el encarcelamiento y los reformadores asumen la realidad de que las cárceles están fracasando en el control de los reclusos y que, en lo que concierne a la mayoría de los delincuentes, el tratamiento no consigue el resultado esperado como institución”. A su turno, Tristán García Torres, quien realiza el prólogo del mencionado libro de Jorge Kent, ilustra lo que, a nuestro juicio, es la

⁸ Kent Jorge, *Sustitutivos de la Prisión, Penas Sin Libertad y Penas en Libertad*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, págs. 37 y 38.

esencia de esta vertiente que estudiamos⁹: “En las condiciones expuestas, me parece indudable que el mérito principal de esta obra está puesto en evidencia en el título que lleva: Sustitutivos de la Prisión. Lo que significa que el autor cree profundamente que, si bien la pena no puede desaparecer y tampoco dentro de ella la prisión, sí, en cambio, es posible dejar reservada esa sanción para determinados autores de delitos graves, incorregibles, etcétera, y sustituir la prisión por otra clase de pena en la generalidad de los supuestos” .

Siendo claro que esta vertiente no responsabiliza a la institución carcelaria por los fracasos que con ella se han llegado a producir, pues no cuestiona su existencia y más bien la afirma y la pretende consolidar mediante la reorientación de sus postulados, pasaremos, entonces, a estudiar sus propuestas concretas y sus formas de analizar a este fenómeno.

En primer lugar, debemos decir que, con profundas y muy bien sustentadas razones históricas, se considera que los nefastos resultados de la prisión se deben al abuso que de esta institución se ha venido realizando en la sociedad. En efecto, como lo hemos podido observar en el transcurso de esta investigación, en la gran mayoría de los sistemas penales se ha erigido a la pena privativa de la libertad como a la principal y más común de las penas; fenómeno que, por no encontrarse equilibrado con una adecuada actuación estatal, ha causado, en gran parte, el fracaso de la función resocializadora a través de las gravísimas circunstancias del

⁹ García Torres Tristán, Prólogo de Sustitutivos de la Prisión, Kent Jorge, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, pág. 13.

hacinamiento, la violencia, el hambre, la drogadicción y la violación de los derechos humanos.

En nuestro sentir, lo anterior no es nada distinto a sostener que la pena privativa de la libertad ha fracasado por la falta de capacitación del personal que dirige y que administra a cada una de las prisiones, por la insuficiencia e idoneidad de las edificaciones que se han destinado para hacerlas funcionar y por la precariedad de los medios con los que cuentan para la capacitación laboral y académica de los reclusos. Ante esta circunstancia existen dos alternativas: la primera, que es dotar a las prisiones de los medios adecuados para su adecuado funcionamiento dentro del rango y del nivel en el que se encuentra (primera y más aplicada de las sanciones penales); y, la segunda, que es la de reducir el ámbito aplicativo de la pena privativa de la libertad para que sus objetivos no sean imposibles de obtener.

De esas alternativas, esta vertiente ha escogido principalmente a la segunda, pues, como lo afirma Jorge Kent al referirse a ella: "Obviamente una tendencia mayoritaria –que, lógicamente se supedita en mucho al régimen político imperante en cada país-, está encaminada en conseguir la destipificación y la despenalización de algunas conductas utilizándose, en su reemplazo, múltiples posibilidades alternativas en lugar de la prisión...Sea como fuere, en muy buena parte del espectro mundial se tiende palpablemente a la desinstitucionalización de las prácticas penales, esto es, a la disminución de la prisión, al acortamiento de

las sentencias privativas de la libertad y a la utilización de otras medidas que no conllevan la pérdida de tan esencial derecho”¹⁰.

Podemos, en consecuencia, sostener que lo anterior no es nada distinto a afirmar que esta vertiente aboga por una utilización mínima de la prisión. Lo que, a nuestro juicio, se encuentra en amplia concordancia con la filosofía misma de esta institución y con las circunstancias que se requieren para poder obtener de ella sus mejores aportes para la sociedad. A su turno, debemos también tener en cuenta que este postulado –utilización mínima de la prisión-, que por obvio que parezca no ha sido llevado a la práctica, pues lo contrario es lo que se ha puesto de manifiesto: el uso desmedido de la prisión, se relaciona ampliamente con la filosofía fundamental del derecho penal en su conjunto: recurso último del Estado y mínima intervención. Con respecto a este punto, encontramos importante destacar la experiencia mexicana, que, al padecer los rigores de una política penal mal concebida, ha comenzado a entender el mencionado principio¹¹: "En México el sistema penitenciario tiene capacidad para 70.435 internos (datos de 1991), y en agosto de 1991 la población era de 91.685, lo que significa un excedente del 30%. Este excedente es rebasado en once entidades de la República. La población penitenciaria ha tenido un crecimiento multiplicado: durante un decenio el aumento se mantuvo al ritmo del 3.8% anual, pero en 1987 fue del 11% y en el primer semestre de 1990, del 16.4%. (Datos del Censo Nacional Penitenciario 1990-1991, elaborado por la Secretaría de la Gobernación). La sobrepoblación

¹⁰ Kent Jorge, *Sustitutivos de la prisión*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina., págs. 42 y 51.

¹¹ La presente información, podrá obtenerse en Internet en el Instituto de Informaciones Jurídicas (Infojus).

penitenciaria ha sido provocada , básicamente, por tres factores: a-) el exceso del empleo de la prisión preventiva y de la prisión como pena, b-) el rezago judicial y c-) la insuficiencia de la capacidad instalada...**La naturaleza subsidiaria del derecho penal alude a que el derecho penal es la más drástica reacción del Estado, sobre todo en lo que se refiere a la pena privativa de la libertad, la cual suele dejar secuelas imborrables. Hemos presenciado en México una orientación deformada del derecho penal: existen figuras injustificables y penas exageradas o inidóneas, lo que se traduce en insufribles reproducciones de la desigualdad social y en sobrepoblación carcelaria proveniente, en una abrumadora mayoría, de las clases sociales menos favorecidas. Se abusa de la privación de la libertad no sólo cuando se ejecutan las penas, sino, lo que es más grave, cuando aún no se han dictado. Este derecho reconocido mundialmente llevó a la Organización de las Naciones Unidas (Desde el 14 de diciembre de 1990, la ONU aprobó las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, también llamadas Reglas de Tokio) a impulsar la imposición de medidas alternativas, en el entendido de que tales sanciones no son necesariamente alternativas suaves, puesto que incluyen la denuncia del acto e imponen apremiantes exigencias al condenado. Sobre todo, se reconoce que es posible tanto castigar como rehabilitar a ciertos delincuentes sin enviar a la cárcel”.**

Se evidencia así la gran contrariedad a la que se ha visto entregado todo el sistema penal, que, diseñado y dotado para actuar en casos excepcionales, se encuentra enfrentado con una multiplicidad y una frecuencia exagerada de

fenómenos que desbordan toda su capacidad operativa y destruyen toda su efectividad. Por lo tanto, esta vertiente, consciente de esta situación y de sus nefastas consecuencias, lo que, en nuestro entender, termina por hacer es: pregonar y difundir el obvio pero no por ello intrascendente principio de la intervención mínima del derecho penal y de la mínima utilización de la más drástica de las expresiones punitivas (la pena privativa de la libertad).

La racionalización de la pena privativa de la libertad, o, lo que es lo mismo, la disminución en su ámbito de aplicación, según los pensadores de esta vertiente, se obtendría mediante la despenalización de ciertas conductas que por su relevancia social no merecen encontrarse dentro de la órbita del derecho penal, pues su penalización tan sólo ha llegado a servir para restar las fuerzas del sistema penal en su conjunto y para vulnerar su postulado esencial de último recurso estatal y de mínima intervención. Igualmente, continúan estos mismos pensadores, para obtener la racionalización de la pena privativa de la libertad habría que instaurar medidas alternativas a la prisión al interior del mismo sistema penal, así como disminuir el exagerado uso que se ha venido haciendo de la detención preventiva.

Con respecto a lo anterior, debemos decir que nos encontramos de acuerdo porque, en realidad, como lo hemos podido ver en el transcurso de esta investigación, no puede negarse que desgraciadamente las cárceles presentan graves problemas de hacinamiento, que, a nuestro juicio, es el principal causante de la violencia carcelaria a través de la pérdida de la intimidad que en estas

instituciones se padece y de la insuficiencia de medios para vivir adecuadamente en ellas, así como de las enfermedades que en esos lugares se transmiten. Pues bien, el hacinamiento es, en gran parte, producido por el abuso de la detención preventiva, que, como también pudimos analizarlo en su oportunidad, presenta hechos tan tristes como que han llegado a registrarse en una institución carcelaria más detenidos preventivamente que condenados. Por lo tanto, no dudamos que la disminución en el abuso de la detención preventiva es un asunto de primordial importancia para lograr que la prisión pueda cumplir con los fines que se le han establecido, pues, sin duda alguna, con la corrección de este fenómeno se permitirá un mayor control y atención sobre los condenados y una mayor eficiencia en los usos de los elementos carcelarios.

A su turno, también destacamos la propuesta que realiza esta vertiente frente a la posibilidad de establecer otro tipo de sanciones penales diferentes de la pena privativa de la libertad. En efecto, frente a este planteamiento, encontramos que en el mundo se han realizado algunos esfuerzos por llevar esta iniciativa a la práctica. Sin embargo, el índice de aplicación de la pena privativa de la libertad continúa siendo alto, por lo que sostenemos que la timidez que ha rodeado a estos esfuerzos ha sido la culpable de los ínfimos resultados que se han llegado a obtener. Podemos, en todo caso, encontrar unas importantes excepciones al respecto, que, en realidad, nos demuestran los verdaderos niveles en los que debe llegar a ser aplicada la pena privativa de la libertad: Alemania, en donde la pena privativa de la libertad representaba el 17.6% del total de las penas

impuestas¹²; Finlandia, en donde hacia el final de los años 70's la multa representaba el 90% de las penas que se establecían por los tribunales; y, por su relevancia, Japón, en donde, en 1977, las sentencias que establecían penas restrictivas de la libertad representaban el 5.9%¹³.

Aunque no podemos sostener que el sistema penal Alemán, Finlandés y Japonés hayan presentado mejoría en el trato a los delincuentes y éxitos en el desarrollo de la función resocializadora de la pena privativa de la libertad, pues no contamos con informes al respecto, sí, por lo menos, podemos destacar que no se encuentran mencionados negativamente dentro de los informes que hemos consultado sobre la situación de las prisiones en el mundo; lo que, en cierta medida, podría llevarnos a pensar que las cárceles de esos sistemas no son tan caóticas como las de otros países que ocupan los primeros lugares a nivel de denuncias por violaciones de los derechos humanos en sus establecimientos de reclusión, dentro de los que, por ejemplo, hemos encontrado países tan desarrollados como Estados Unidos e Inglaterra.

Sin embargo, la propuesta que estudiamos, la de la reducción del ámbito aplicativo de la pena privativa de la libertad, no solamente se refiere a reducir los porcentajes de aplicabilidad de esta sanción frente a las demás, sino, a nuestro juicio, se orienta, incluso, a su reducción sustancial en comparación con ella

¹² Sandoval Huertas Emiro, La Pena Privativa de la Libertad en Colombia y en Alemania Federal, Edit. Temis,

Bogotá, Colombia, 1988, pág. 13.

¹³ Kent Jorge, Sustitutivos de la Prisión, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, Págs. 52 y 53.

misma. Por lo tanto, esta práctica que hemos podido ver en estos tres países que hemos destacado, debe, para poder arrojar los resultados esperados, encontrarse acompañada de la despenalización de ciertas conductas, pues nada se obtendría con la penalización de conductas que estarían sometidas a medidas no privativas de la libertad para así poder aumentar sus porcentajes de aplicabilidad sin reducir efectivamente la órbita de la pena privativa de la libertad. Por lo tanto, en este tema, aunque puedan encontrarse cifras atractivas, deben, en todo caso, ser analizadas con ciertas dudas y recelos, y, por sobretodo, sin arriesgarse a emitir la última palabra debido a la carencia de información que padecemos sobre este aspecto de este fenómeno.

Otro punto importante dentro de esta vertiente es el que se refiere a la aplicación de las penas cortas de prisión, que, como podrá deducirse del pensamiento global que hasta el momento se ha expuesto de esta vertiente intelectual, son consideradas completamente nocivas para el condenado e inoportunas y problemáticas para la totalidad del sistema penal. Para una mayor claridad, expondremos la siguientes consideraciones sobre la experiencia mexicana¹⁴: “la doctrina moderna en todo el mundo, México incluido, se ha mostrado contraria a las penas cortas de prisión, ya que no sirven para la resocialización (por mandato constitucional ése debe ser el fin de todas las penas) y sólo sirven para el contagio criminal. En la exposición de motivos de la reforma que se hizo al Código Penal a fines de 1983 para integrar las penas sustitutivas de la prisión, se dijo entonces

¹⁴ La siguiente información podrá obtenerse en Internet en el Instituto de informaciones Jurídicas (Infojus).

que las penas cortas de prisión no tenían eficacia intimidante y que en razón de su brevedad rara vez permiten la readaptación social del sujeto, y sí en cambio, dañan irreparablemente al individuo y a la propia sociedad” .

En resumen, esta propuesta defiende la existencia de la institución carcelaria en nuestra sociedad dentro de unos parámetros que deben cumplirse para su correcto funcionamiento y para permitir la obtención de los buenos resultados que se encuentra en capacidad de ofrecer. Con este pensamiento nos manifestamos de acuerdo, pues, como ya en su oportunidad lo dijimos, no creemos que los actuales problemas penitenciarios se deban a la existencia de la prisión, sino, por el contrario, a la forma como se le ha implantado dentro de nuestra sociedad: como principal y más frecuente instrumento punitivo, lo que, en nuestro entender, impide el normal desarrollo de esta institución si se tienen en cuenta la atención y los medios con los que se le ha dotado para su funcionamiento.

c-) La privatización carcelaria.

También como una alternativa frente a la situación penitenciaria, se ha propuesto, por considerarse que ella proviene de la incapacidad y de la ineptitud estatal, que sean los particulares quienes edifiquen y administren las prisiones.

Esta idea, que desde hace algún tiempo ha comenzado a ser estudiada con detenimiento, lo que en realidad pretende es, en términos breves, reemplazar la

incapacidad estatal en el ámbito carcelario por la creatividad y la eficiencia que los particulares han demostrado en el desarrollo de sus propias actividades y por causa del lucro que de ellas desean obtener.

En realidad no podemos afirmar que ésta sea una propuesta novedosa, pues las cárceles privadas existieron tiempo atrás. Por lo tanto, no debe parecernos nada extrañas las siguientes palabras que, elogiando las actividades de Howard en favor de los presos, hacen referencia al mencionado fenómeno: “Uno de los males contra los cuales John Howard se rebeló y que valió una de las primeras conquistas en su patria, fue la abolición del irritante derecho de carcelaje. **Consistía éste en la suma que los encarcelados debían pagar en concepto de alquiler a los dueños de los locales en que yacían –o a los mismos carceleros-, por su forzada estadía en dichos lugares...**Howard logró que el parlamento inglés votara una ley por la cual el derecho de carcelaje y la paga a los guardias estuviese a cargo del Estado”¹⁵. Igualmente, también encontramos otras clase de opiniones, que, por su especificidad y actualidad, nos interesa mostrar¹⁶: “Sorpresivamente, las prisiones privadas no son nada nuevas en la historia de los Estados Unidos. A mediados del siglo XIX fueron adjudicados contratos a empresas privadas para operar y manejar la primera prisión estatal de Louisiana, de New York y otras más” .

¹⁵ Neuman, Evolución de la Pena Privativa de la Libertad y Regímenes Carcelarios, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1971, págs. 73 y 74.

¹⁶ La siguiente cita hace parte de un artículo que, denominado “Private Prisons: profits of Crime, puede obtenerse en la siguiente dirección de Internet: <http://:mediafilter.org/MFF/Prison.html>

En concordancia con lo anterior, y a pesar de que ésta, como lo hemos visto, no es una propuesta novedosa, se ha podido, en la actualidad, ver el replanteamiento y la reconsideración de estas ideas de las cárceles privadas porque el Estado, en algún punto de la historia y por unos ciertos motivos, se otorgó el monopolio de la administración y del manejo de las prisiones desplazando a los particulares que venían desempeñando estas funciones. Por lo tanto, con unas ciertas y muy precisas diferencias, podemos afirmar que el objeto de esta propuesta es, en esencia, retornar a lo que ya una vez se practicó dentro los regímenes penitenciarios.

Es, sin embargo, importante destacar que aunque esta propuesta toma metodologías que fueron aplicadas en el pasado, no se orienta, como algunos han pretendido hacerlo creer, hacia el restablecimiento del viejo derecho de encarcelaje, pues lo que en realidad pretenden estos autores no es que la población carcelaria se satisfaga sus propias necesidades, sino, por el contrario, que mediante el aprovechamiento de la fuerza laboral de los reclusos se pueda reducir el costo económico de las prisiones para poder realizar programas serios alrededor de los postulados resocializadores.

Para una mejor idea de la magnitud del problema que enfrentamos, tengamos en cuenta que, según Phil Smith, quien es el autor del ya citado artículo Private

Prisons: Profits of Crime¹⁷: “ En California, que cuenta con el más grande sistema de prisiones dentro de los Estados Unidos, el presupuesto para este rubro fue incrementado durante los años 80s a 2.1 billones de dolares por año y al final de la década el sistema todavía estaba operando al 180% de su capacidad...El costo de las prisiones, incluyendo las estatales, locales y federales sumaba más de 20 billones de dolares al año en los Estados Unidos durante los comienzos de los años 90s...”.

Las anteriores cifras nos muestran la magnitud del problema carcelario en el país más rico del mundo, que, ni con la destinación de presupuestos tan inmensos y tan inalcanzables para la gran mayoría de los estados del planeta, ha podido solucionar los problemas que en este campo se le han presentado. Por lo que, en consecuencia, no debe parecernos extraño que en este mismo país se hayan intentado llevar a la práctica otro tipo de mecanismos que se hayan orientado a buscar una mayor racionalización, eficiencia y efectividad en la utilización de los recursos y de los medios que se han destinado y que se encuentran disponibles para el sector carcelario. En este contexto, creemos nosotros que es importante ilustrar la credibilidad y la confianza que el sistema americano le ha brindado a esta propuesta, pues como se afirma en el otro artículo¹: “ Hasta la fecha, más de una docena de estados han cambiado su legislación para permitir que las agencias estatales correccionales puedan usar servicios de operadores privados” .

¹⁷ El presente artículo puede obtenerse en la siguiente dirección de Internet:
<http://www.cpa.state.tx.us/tpr/btm/btmps/ps04.html>

Pues bien, como queda demostrado, uno de los más importantes medios que se han ensayado para intentar la corrección de los problemas carcelarios, ha sido, por lo menos en lo que en los Estados Unidos se refiere, la invitación y la permisión a los particulares para que desarrollen las actividades carcelarias en reemplazo del Estado. Se ha considerado que ellos, los particulares, mediante el ofrecimiento de la posibilidad de derivar utilidades de su gestión, pueden llegar a aportar elementos lo suficientemente positivos como para sustentar la confianza que el Estado se encuentra en disposición de entregarles. El anhelo de reducir los escandalosos e insoportables costos del sistema carcelario, unidos a la falta de resultados que el Estado ha exhibido en este campo, creemos nosotros que ha sido la principal causa para la adopción y aplicación de esta política americana que ha puesto a pensar al mundo entero por las acogidas y rechazos que ha llegado a despertar. Al respecto, encontramos, por ejemplo, la siguiente nota de un importante diario peruano, que, habiendo sido emitida el 23 de mayo de 1999, afirma¹⁸: “las cárceles en manos de empresas privadas es una propuesta que durante los últimos años ha ganado opiniones a favor en diferentes países, que siguen con atención una experiencia que se remonta al siglo pasado en los Estados Unidos. En estos momentos hay prisiones privadas en Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda y Puerto Rico. Muy cerca de esta experiencia se encuentra también Canadá, donde las empresas privadas brindan múltiples servicios a las cárceles...Durante 1998 fue muy discutida en México la posibilidad

¹⁸ Para una consulta más detenida sobre esta nota periodística, consúltese la siguiente dirección de Internet: www.elcomerciope.com.pe/webcomercio/1999/5/23/fs4n8.htm

de privatizar sus cárceles. Su objetivo: acabar con la corrupción, garantizar la aplicación de la justicia y promover la rehabilitación social de los reclusos. La discusión también se centró en la posibilidad que estos centros pudieran ser financiados en parte por el salario que los reclusos quienes, por una remuneración legal, serían obligados a trabajar. Se plantea también que los presos que deben permanecer en centros privados sean más bien aquellos menos peligrosos, quedando los más agresivos bajo el control del Estado. En ningún caso se ha visto que se decida enviar a los presos a una cárcel u otra en base a su situación económica...”.

El funcionamiento de esta propuesta, como ya en su oportunidad lo dijimos, no se encuentra basado en la resurrección del derecho de encarcelaje sino en la utilización de la fuerza laboral de los reclusos, que, según los líderes de este pensamiento, podría llegar a generar rentabilidades tan grandes como para sufragar los costos mismos de las prisiones y, a la vez, beneficios tan saludables como el de permitir el desarrollo de una verdadera política resocializadora mediante la capacitación laboral y la instrucción de una actividad sana y útil para la sociedad.

Se argumenta, por ejemplo, que el sector privado puede construir centros penitenciarios a un costo mucho menor en relación con el Estado. Sin embargo, a pesar de estas atractivas promesas, la propuesta de la privatización carcelaria ha

sido destinataria de numerosas críticas, que, fundamentalmente, se extienden a los siguientes campos¹⁹: legitimidad, costos, calidad, cantidad y seguridad.

En lo que se refiere a la legitimidad, se ha sostenido por los detractores de esta propuesta que el Estado es el único centro de poder que puede llegar a instaurar y aplicar las sanciones de carácter penal. Frente a este argumento, sostenemos que es el mismo Estado el que, a través de su negligente administración sobre las prisiones, ha propiciado y tolerado actos completamente ilegítimos, pues, como ya lo hemos visto, la pena privativa de la libertad, además de sus implicaciones formales, conlleva toda una serie adicional de castigos que no se encuentran contemplados en las diferentes legislaciones. Sin embargo, éste no es el verdadero punto de la cuestión, por lo que nos sentimos obligados a decir que, en nuestro pensamiento, se equivocan quienes extienden las objeciones al hecho de la imposición de las penas, pues en ningún momento se ha pretendido que sean los particulares los que determinen la responsabilidad penal, sino, tan sólo, que sean ellos quienes administren las cárceles bajo la dirección y la vigilancia del Estado, lo que en ningún momento consideramos como nocivo ni como constitutivo de la pérdida de una potestad o de una función esencial de este centro de poder. Es importante, consideramos nosotros, la salvedad entre estos puntos porque entre uno y otro existen considerables diferencias.

¹⁹ Para el análisis de las objeciones que se han realizado contra esta propuesta, nos basaremos en un informe, que, titulado *Prison Privatizations* y escrito por Charles H. Logan, puede obtenerse en la siguiente dirección de Internet: <http://www.ucc.uconn.edu/wwwsoci/fraser.html>

Por otra parte, también se ha llegado a sostener que si las prisiones privadas son menos costosas que las estatales, es porque contemplan una disminución sustancial en su calidad. Al respecto, consideramos que los detractores de esta propuesta olvidan que es el mismo Estado, a través de las cárceles que administra, el que ha brindado el mayor ejemplo en cuanto se refiere a la ausencia de una mínima calidad penitenciaria. Al respecto, en un informe intitulado *Increase Privatization of Prison Operations*²⁰, se afirma: "...Tomando en cuenta los ingresos percibidos y pagados al Estado y a las agencias locales de gobierno, la comisión ha concluido que las prisiones privadas estaban operando con un 14% menos de costos que las prisiones estatales". A su vez, en otro informe, titulado *Privatizing the prison System*²¹, sostiene: Los estudios demuestran que las prisiones pueden ser construidas y mantenidas con menos costos en el sector privado. Numerosos estudios encuentran que la construcción de prisiones privadas es un 20% menos costosa que la de prisiones estatales y que la administración privada de estos centros es entre un 5 a 15 por ciento menos costosa que la administración pública". Estas cifras, referidas al sistema americano de prisiones, que, como lo hemos visto, cuenta con enormes presupuestos que sobrepasan la veintena de billones de dólares, nos indican la magnitud del dinero que el sector privado se encuentra en capacidad de hacerle ahorrar al Estado con el fin de que éste lo pueda orientar hacia programas serios de resocialización de los penados.

²⁰ El presente informe puede obtenerse en la siguiente dirección de Internet:
<http://www.cpa.state.tx.us/tpi/btm/btmps/ps04.html>

²¹ El presente informe puede obtenerse en la siguiente dirección de Internet:
<http://www.public-policy.org/~ncpa/studies/s181/s181n.html>

A pesar de lo anterior, no podemos negar que continúa la duda sobre si ese ahorro que se experimenta con la injerencia de los particulares en el sector carcelario es debido a su eficiencia o a la disminución en la calidad de las prisiones. Con respecto a este punto, encontramos que el ya citado informe: *Increase Privatization of Prison operations*, sostiene: “Un segundo informe, patrocinado por el Instituto Nacional del Justicia y conducido por el Instituto Urbano, comparó los niveles de seguridad entre la prisión de adultos en Kentucky y la seguridad y el tratamiento entre las prisiones privadas y públicas para los juveniles en Massachusetts. En Kentucky, fueron encontradas más similitudes que diferencias entre las prisiones privadas y públicas, pero donde las diferencias fueron halladas usualmente favorecieron a las prisiones privadas. En Massachusetts, las comparaciones favorecieron las operaciones privadas con una mayor fuerza que en Kentucky”. Por el contrario, en otro informe que se ha titulado *Private and Public Prisons: Studies Comparing Operational Costs and/or Quality service*, se sostiene²²: “Aunque la comparación de los costos es muy importante, ésta no puede ser el único factor que puede considerarse para decidir sobre la privatización de las prisiones...De los estudios que recibimos...El de Nuevo México presenta errores...El estudio de Tennessee, analizando la calidad del servicio entre una prisión privada y dos prisiones públicas, reportó que en estas tres prisiones se operaba con un mismo nivel de calidad...El estudio de Washington refiriéndose a la calidad del servicio (una prisión privada y dos

²² El presente informe puede obtenerse en la siguiente dirección de Internet:
www.securitymanagement.com/library/000231.html

públicas) en Tennessee, (dos privadas y una pública) en Louisiana, (dos públicas) en Washington...Concluyó que estas prisiones públicas y privadas operaban con similares condiciones de calidad del servicio...". Sin embargo, en otro informe, titulado Quality Index Scores for Private, State, and Federal Prisons²³, en el que se comparan porcentualmente los principales aspectos en las prisiones americanas, se señala: "En relación con la seguridad, las prisiones privadas sobrepasan ampliamente a las estatales en cerca de un 10% y a las federales en casi un 20%; en lo que se refiere a las condiciones de esas prisiones, se sostiene que existe una relevante paridad entre las entre las prisiones privadas y estatales, pues las primeras tan solo sobrepasan a las segundas en aproximadamente un 2%, mientras que, entre ellas, sí existe una gran diferencia con las prisiones federales, que presentan un 40% de condiciones menos favorables. A pesar de lo anterior, este informe señala que, en general, las prisiones privadas sobrepasan a las estatales en casi un 20% y a las federales en cerca de un 25%."

Con lo analizado, podemos concluir que las investigaciones revelan que los particulares son más eficientes que el Estado Americano en lo que se refiere a la construcción de las prisiones. Fenómeno que puede llegar a convertirse en una gran esperanza para el sector carcelario si se tiene en cuenta que la magnitud del presupuesto que ese Estado destina para este sector es de increíbles proporciones. Por lo tanto, cualquier ahorro, que bien podría llegar a los miles de

²³ El presente informe puede obtenerse en la siguiente dirección de Internet:
<http://www.ucc.uconn.edu/wwwsoci/pqihz3.gif>

millones de dólares en esa sociedad, lo consideramos como una alternativa extremadamente saludable porque estos excedentes podrían ser destinados en programas serios de rehabilitación o de resocialización criminal. Por otra parte, debemos tener en cuenta que el fenómeno que nos encontramos analizando lo hemos estudiado desde la perspectiva y con los resultados de uno de los Estados más eficientes del planeta (Los Estados Unidos de Norteamérica), por lo que, en consecuencia, no descartamos que la injerencia de los particulares en estas actividades y en nuestra sociedad, bien podría, en términos porcentuales, presentar resultados más relevantes de los que hemos visto si, por el contrario, se tiene en cuenta que desgraciadamente nuestro Estado es de los más ineficientes del mundo.

En el otro aspecto que nos interesa, que es el de la calidad de las prisiones que son administradas por los particulares, encontramos que los estudios se dividen entre otorgar una superioridad a las prisiones privadas o igual calificación a éstas con relación a las públicas. Si bien es cierto que no existe la claridad que esperábamos al respecto, podemos, por lo menos, decir que por mal librada que resulte la actividad particular en el sector carcelario, alcanza los mismos niveles obtenidos por la actividad pública en este mismo sector. Circunstancia que, sin duda, cuestiona la actividad estatal en este campo social y que con seguridad brindará nuevas y mejores oportunidades para los particulares que aspiren mantenerse o incursionar en las actividades de construcción y de administración de las prisiones.

3. Conclusiones.

Las formulaciones teóricas que hemos examinado nos han demostrado, en términos generales, el unánime descontento que existe sobre la pena privativa de la libertad, pues, sin excepción, todas ellas se orientan a plantear la necesidad de realizar profundos cambios alrededor de esta institución.

Como podrá haberse deducido de nuestras concepciones, dentro de las alternativas que se proponen para solucionar la actual situación penitenciaria, no somos partidarios de la que aboga por la eliminación de la pena privativa de la libertad en los ordenamientos jurídicos mundiales. Por el contrario, como ya lo expresamos, consideramos, por los grandes beneficios que se encuentra en capacidad de proporcionar, que es fundamental el mantenimiento de esta institución dentro de nuestra sociedad.

Aunque no hayan sido los motivos más puros ni los métodos más ortodoxos los que se hayan utilizado para la instauración y la difusión de la pena privativa de la libertad, no puede, sin embargo, negarse que esta institución es la expresión de una evolución punitiva, que, aunque gobernada por intereses de clase y por la persecución de beneficios para ciertos sectores de la sociedad, contribuyó, por lo menos en lo que se refiere a las épocas anteriores a su creación, a disminuir la violencia, la irracionalidad y la indiferencia que ha venido rigiendo a la práctica punitiva.

No desconocer la historia y aprender de los errores que durante su transcurso hemos cometido, pensamos que son las herramientas que requerimos para hacer de ésta una institución útil en nuestra sociedad. Recordar que el derecho penal debe ser imparcial, así como que debe ser un instrumento cuyo norte sean las directrices de los postulados que gobiernan al principio de la igualdad, nos ayudará a situar a la pena privativa de la libertad dentro de la senda correcta y dentro del camino que nos permitirá obtener de ella los mejores resultados.

Como ya lo expusimos, nuestro pensamiento parte de considerar que no es la institución de la pena privativa de la libertad la que ha causado las desgracias penitenciarias en nuestra sociedad, por lo que, pensamos, descargar contra ella nuestra furia y nuestros justos sentimientos de rechazo, más que un bien, ocasionaría la temible privación de una institución que no ha funcionado porque no cuenta con los elementos adecuados para ello.

Es ilógico, en nuestro entender, aspirar que la pena privativa de la libertad pueda ser la institución que desarrolle cabalmente –o siquiera en una mínima proporción– las disposiciones que teóricamente se han establecido para realizar la actual función resocializadora. Sin los instrumentos, ni el personal adecuado, ni los presupuestos suficientes, ni la seria voluntad estatal y social que se requiere para hacer de la pena privativa de la libertad una institución útil en nuestra sociedad, podemos nosotros esperar de ella ningún resultado positivo, y, por contrario, sí

esperar el mantenimiento y la incomprensible perpetuidad de esta situación tan triste como inaceptable.

Las disposiciones jurídicas, tengámoslo en cuenta, no solamente requieren de su elaboración para su desarrollo en la realidad. Por lo tanto, no esperemos que la función resocializadora pueda desarrollarse y cumplirse a través de su sola consagración legal.

Por lo anterior, y por las evidencias que han surgido durante el transcurso de esta investigación, entre las que con notoriedad sobresale la de la indiferencia estatal en el campo de la asignación de los recursos necesarios para el correcto funcionamiento de las prisiones, consideramos que son injustas las atribuciones y las responsabilidades que se le han hecho a la pena privativa de la libertad como institución jurídica que es. Más aún, nos negamos a aceptar la verdadera existencia de una crisis de esta institución, y, por el contrario, sostenemos que la crisis se sitúa en otros niveles, que, como el social y el estatal, han llegado a afectar los terrenos de la práctica penitenciaria. En otras, palabras, no pretendamos que la pena privativa de la libertad pueda funcionar correctamente cuando se encuentran factores extrajurídicos que entorpecen su normal funcionamiento. Hablemos, entonces, del mal uso que se ha venido haciendo de esta institución y del incumplimiento a los mínimos parámetros que se requieren para poder derivar los buenos resultados que ella se encuentra en capacidad de ofrecer; y, en este orden de ideas, concluyamos que la actual situación penitenciaria no proviene ni se deriva de su existencia, sino, en cambio, de los

erróneos manejos de los que esta institución ha sido víctima y de la incomprensión histórica, social y estatal que ha padecido.

Con lo anterior, es obvio que no compartimos los razonamientos abolicionistas, pues, también como en su oportunidad lo expresamos, no consideramos que ellos sitúen el problema penitenciario en sus verdaderos terrenos ni en sus verdaderas causas. Nos declaramos, en cambio, abiertamente solidarios y receptivos con las tesis que abogan por la disminución del ámbito aplicativo de la pena privativa de la libertad porque con ellas se reconoce una limitación innata tanto del derecho penal como a esta institución: la necesidad de contar con un preciso y selectivo campo para su aplicación.

En efecto, pensamos que gran parte de los actuales problemas penitenciarios se deben al hecho de que la pena privativa de la libertad y el derecho penal no han sido enfocados dentro del contexto de los principios fundamentales de la mínima intervención y del último recurso estatal. Los hechos nos respaldan cuando encontramos que no solamente a las prisiones se llega mediante una sentencia judicial, sino, incluso, como sucede en la gran mayoría de los países en una altísima e incomprensible proporción, mediante la figura procesal de la detención preventiva. Ahora, si bien es cierto que no nos situamos completamente en contra de esta figura, que, no lo podemos negar, se presenta dentro de un contexto de serias incongruencias con principios tan esenciales como el de la presunción de inocencia, pensamos, igualmente, que si a su establecimiento se le agrega la reinante ineffectividad de la administración de justicia, más que un bien termina

siendo la más grande de las afrentas para la dignidad, libertades y derechos humanos.

Por otra parte, también es de anotar que lamentablemente la pena privativa de la libertad ha sido erigida como la más frecuente y común sanción estatal en el campo punitivo. Salvo ciertas excepciones, que estudiamos durante el transcurso de la investigación, podemos decir que en la generalidad de los casos, los Estados hablan con la palabra cárcel en su boca, desnaturalizando y contraviniendo, como es obvio, las limitaciones propias de la institución carcelaria, las capacidades de su propia justicia penal y las libertades y derechos de los miembros de sus sociedades. Esta circunstancia, generadora del hacinamiento que en la actualidad se vive en las cárceles del mundo y desconocedora de los límites y de la verdadera misión de la pena privativa de la libertad en nuestras sociedades, ha originado la gran parte de los fracasos de la política penitenciaria, lo que, en consecuencia, no lleva a acercarnos aún más con las propuestas que defienden el mantenimiento de la prisión dentro de unos niveles que reconozcan y que respeten sus limitaciones innatas.

Eliminar del campo penal las conductas que menos afectan a la sociedad y que por su naturaleza se encuentran en posibilidad de ser solucionadas por sus autores y por sus perjudicados, ayudaría, en extremo diríamos nosotros, a descongestionar las cárceles y a lograr un mejor aprovechamiento de los recursos con los que actualmente cuentan los centros de reclusión. A su vez, destinar los recursos, tanto económicos como humanos, necesarios para el normal

funcionamiento de las prisiones, también es uno de los esfuerzos que con urgencia se requieren para rescatar el sector penitenciario.

A pesar de lo anterior, creemos nosotros que también es necesaria la existencia de una seria política estatal alrededor de la función integral de la administración de justicia. En efecto, como se deduce de muchas conductas que inexplicablemente han sido penalizadas en las diferentes sociedades, lo que se ha pretendido es utilizar a la cárcel como un medio disuasivo para evitar que éstas sean realizadas por la ineffectividad de la justicia en todos sus campos, convirtiendo, como lo hemos visto, a la institución carcelaria en una máquina de intimidación cuando por su naturaleza y por sus funciones legales (y en algunos casos constitucionales, como en efecto sucede con España y con México) se encuentra establecida para la resocialización del delincuente.

De esta manera, se hace evidente, que sin el cumplimiento de los esfuerzos que le corresponden tanto a la sociedad, como al Estado en su conjunto, la pena privativa de la libertad, cualesquiera que sean las pautas legales o constitucionales que se adopten, estará condenada a un fracaso inevitable por causas que escapan de su órbita funcional.

Otra alternativa que valoramos como interesante, es la de la permisión a los particulares de prestar los servicios carcelarios. En realidad, los estudios americanos demuestran que el Estado emplea y necesita de más recursos para la construcción de las cárceles en relación con los particulares, y, teniendo en cuenta

que cualquier menor costo puede significar la posible construcción de las cañerías que requieren las prisiones de Venezuela, o de las algunas de las celdas que hacen falta en todo el mundo, así como la posibilidad de suministrar una alimentación menos escasa, nos adherimos a esta propuesta que sin duda nos conducirá a una mejor utilización de los recursos existentes. En relación con el tema de la administración de los centros penitenciarios, los estudios americanos, como en su oportunidad ya lo dijimos, son confusos por la diversidad de opiniones que han emitido. Por lo tanto, nuestra opinión, que queremos rodearla de las mayores bases posibles, se dificulta un poco. Sin embargo, sí creemos que el experimento sería útil, pues como han sido orientadas las proposiciones alrededor de este tema, encontramos aspectos tan positivos como que las grandes firmas de particulares que ingresarían a este sector puedan utilizar y moldear la mano de obra de la población carcelaria para, desde los centros mismos de reclusión, o una vez cumplida la condena, ser destinada a diversas actividades industriales y comerciales. Reconocemos que no es sencillo, de todas formas, adoptar una política penitenciaria de esta naturaleza, pues, como es obvio, se requiere de mínimas tasas de desempleo para desarrollarla y de la existencia de grandes y múltiples empresas, lo que se encuentra descartado en países como el nuestro. Sin embargo, en relación con la experiencia americana, consideramos que entre mantener inactivos a los reclusos dentro de un centro penitenciario, o ponerlos a disposición de las actividades económicas de la sociedad, lo cual los haría aprender y dominar un oficio, y lo cual, a su vez, no podría obtenerse en los niveles adecuados sin la vinculación del sector privado a actividades carcelarias como la capacitación, la dotación de los implementos productivos –que

engrandecerían, a su vez, la órbita funcional de los particulares en el campo carcelario porque supondrían, por ejemplo, facultades de vigilancia y de mando-, preferimos, sin duda alguna, esta segunda posibilidad.

Como es sabido, el sector privado actúa y genera ideas que derivan la suficiente rentabilidad como para merecer ser ejecutadas. Por lo tanto, su interés en estos campos penitenciarios nos envía un claro mensaje sobre el desaprovechamiento que ha padecido la población reclusoria. Esta propuesta, creemos nosotros, debidamente reglamentada para que se respete la dignidad del penado y para que no se convierta en un instrumento de explotación, lo cual corresponde a cada una de las diferentes sociedades, podría permitir que el recluso cuente con lo que no tiene en la actualidad y con lo que, por su ausencia, en la generalidad de los casos, lo condena a mantenerse en la senda que lo llevó a la prisión: capacitación y oportunidades laborales.

BIBLIOGRAFÍA

Baratta, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, Siglo XXI Editores*, Madrid, España, 1993.

Beccaria, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.

Borja Mappelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1994.

Estadísticas Penitenciarias, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, Santa fe de Bogotá, Colombia, Abril de 2000.

Foucault, Michel, *La verdad y las Formas Jurídicas*, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 1995.

Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar-Nacimiento de la prisión*, Siglo Veintiuno editores, Madrid, España, 1998.

Gaitán Mahecha, Bernardo, *Derecho Penal General*, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995.

Georg Rusche y Otto Kirchheimer, *Pena y Estructura Social*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1984.

Kent, Jorge, *Sustitutivos de la Prisión-Penas sin Libertad y Penas en Libertad*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

Lesch, Heiko H., La Función de la Pena, Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000.

Martínez Sánchez, Mauricio, La crisis de la Justicia Penal en Colombia, Editorial Temis S.A., Santa fe de Bogotá, Colombia, 1999.

Muñoz Conde, Francisco, Derecho penal y Control Social, Editorial temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999.

Neuman, Elías, Evolución de la pena Privativa de la Libertad y Regímenes Penitenciarios, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1971.

Orientación Actual de la Legislación Penitenciaria, V Reunión de Directores Generales de Prevención y Readaptación Social, Gobierno del Estado de Sonora, Hermosillo, Sonora, México, 1998.

Pérez Pinzón, Álvaro Orlando, La Perspectiva Abolicionista, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1989.

Sandoval Huertas, Emiro, La Pena Privativa de la Libertad en Colombia y en Alemania federal, Editorial temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1988.

Sandoval Huertas, Emiro, Penología-Partes General y Especial, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.

BIBLIOGRAFÍA EN INTERNET

A crise no sistema penitenciário brasileiro, Coelho Vasconcelos Daniel,
www.infojus.com.br/area6/danielvasconcelos.htm

A Falencia da Política Prisional do Estado como consequencia do modelo economico excludente, da Rocha Junior Paulo Sérgio,
www.infojus.com.br/area6/paulosergio.htm

Abolicionismo Criminal, Antonio de Pádova Marchi Junior,
www.infojus.combr/area6/antoniodepadova.htm

Abolicionismo Penal e os Direitos de cada um, Edson passetti e Roberto Baptista Dias da Silva, www.neofito.com.br/artigos/art.01/penal21.htm

Abolicionismo Penal, Salete Magda de Oliveira e EdsonPassetti, www.neofito.com.br/artigos/art01/penal22.htm

Arguments for and against Private prison Contracting, Logan Charles H., Oxford University Press, New York, U.S.A., www.ucc.uconn.edu/~wwwsoci/proscons.html

Así es la vida en las cárceles colombianas: Un infierno, Emanuelsson Dick, <http://home.swipnet.se/anncol/Farc-98/981228-Alberto-presos.html>

Aumenta la población latina en las Prisiones, Colón Vanessa, www.latinolink.com/opinion/opinion99/0328hi2s.htm

Cárceles por Concesión, Justicia, periódico Institucional del Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, Colombia, www.minjusticia.gov.co:9090/ows-api/polcar.htm

Comparing Quality of Confinement in a Public and Private Prison, Logan Charles H. National Institute of Justice, U.S.A., www.ucc.uconn.edu/~wwwsoci/nmexsum.html

Em busca de um novo Direito Penal, da Silva Francisco Denival, www.infojus.com.br/area6/denivasilva1.htm

Entre Sombras y Silencios, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, Ecuador, Quito, www.derechos.org/inredh/doc/sombras/

Executive Summary Cost Effectiveness Comparisons of Private versus Public Prisons in Louisiana, Louisiana State University, U.S.A., www.ucc.uconn.edu/~wwwsoci/exsumla.html

Health inmates' health rights violated, BBC News, Londres, Inglaterra, marzo 9 de 1999, <http://news.bbc.co.uk/>

Historia de la Criminología, <http://lucas.simplenet.com/trabajos/criminologia/criminologia.html>

Increase Privatization of Prison Operation, Texas Department of Criminal Justice, U.S.A., www.cpa.state.tx.us/tpr/btm/btmps/ps04.html

Jail conditions attacked, BBC News, Londres, Inglaterra, enero 13 de 1999, <http://news.bbc.co.uk/>

Justicia, periódico Institucional del Ministerio de Justicia y del Derecho,

Bogotá, Colombia, www.minjusticia.gov.co:9090/ows-api/fundacio.htm

Las Prisiones y el Sida, ONUSIDA, www.sidalac.org.mx/onusida/doc5.htm

Los privados de libertad frente a la administración de justicia y el sistema carcelario, Ciudad de Panamá, Panamá, www.sinfo.net/juspax/proyecto.htm

Penas Substitutivas, Feu Rosa Antonio José,
www.neofito.com.br/artigos/art01/penal82.htm

Prisiones atestadas y peligrosas, Amnistía Internacional,
www.combios.es/amnistia/campus/prisiones.htm

Prisiones privadas: una propuesta para discutir muy detenidamente, Perú, Lima,
www.elcomercioperu.com.pe/webcomercio/1999/5/23/fs4n8.htm

Prison Privatization: Objections and Refutations, Logan Charles H., University of Connecticut, U.S.A., www.ucc.uconn.edu/~wwwsoci/fraser.html

Private and Public Prisons: Studies Comparing Operational Costs and/or Quality of Service, www.securitymanagement.com/library/000231.html

Privatización Carcelaria, Perú, Lima,
www.elcomercioperu.com.pe/webcomercio/1999/5/23/FS4N7.htm

Privatizing the Prison System, National Center for Policy Analysis, U.S.A.,
www.public-policy.org/~ncpa/studies/s181/s181n.html

Quality index Scores for Private, State and Federal Prisons, U.S.A.,
www.ucc.uconn.edu/~wwwsoci/pqihz3.gif

Sistema Penitenciario, Comité Nacional Pro reformas Constitucionales,
www.reeleccion.com/penitenciario.html

The Implementation of Privatization, U.S.A.,
www.geocities.com/CapitolHill/Lobby/6465/impl.html