

LA PENA EN EL DERECHO ARGENTINO

AGOSTINA F. ILARI BONFICO

Sobre el sentido de la pena en el Derecho Argentino

Comúnmente se ha concebido a la pena como un mal que se impone a quienes han cometido un delito. Desde este punto de vista, se la considera como una reacción contra quienes atacan a la sociedad.

Siguiendo a Mario Durán (2009), hoy constituye un principio ampliamente aceptado en la doctrina penal que la comisión de un hecho ilícito tiene como consecuencia directa la imposición, por parte del Estado, de una pena o de una medida de seguridad con el objeto de hacer efectivas las distintas funciones que la sociedad y el propio Estado han determinado para el Derecho Penal. “La pena privativa de la libertad impacta de manera decisiva sobre la idea de que la pena se tiene, en tanto mecanismo de restricción de derechos que se aplican a quien viola las normas de convivencia” (Sarrulle, 2006).

Los orígenes de la pena privativa de libertad son relativamente cercanos. Suele decirse que, hasta el siglo XVI, no se da comienzo al proceso histórico que en el siglo XVIII da lugar a la consolidación de la pena privativa de libertad en su sentido actual de pena, consistente en el propio internamiento de un sujeto en un establecimiento penitenciario.

Hasta ese momento la pena de prisión cumplía sólo una función de medio y no de fin, Se usó la prisión como custodia para aquellos condenados a tormentos o a la pena capital.

La hipótesis quizá más convincente de este uso tardío de la pena privativa de libertad, es que la libertad como bien individual cobra importancia en los tiempos modernos, quizá convirtiéndose en el emblema de los derechos individuales. Durante muchos años un gran sector de la humanidad no gozó de la libertad en su estado natural, por ello era ridículo considerar la pérdida de algo inexistente.

Si a las circunstancias económico sociales del siglo XVI que redundaron en la necesidad creciente de mano de obra consecuente de la baja tasa de crecimiento demográfico, se le suma una alta valoración social del trabajo, producto de la reforma protestante y del calvinismo, se comprende la proliferación de las llamadas 'casas de corrección', de penas de galera, de trabajos forzados y de deportación.

Como antecedentes más próximos de las penas privativas de libertad tenemos las primeras casas de corrección (1555) en Londres. Con una finalidad económica lucrativa se reunía a los pequeños delincuentes con los asociales (mendigos, pobres) para hacerles trabajar en actividades productivas. Eran establecimientos manufactureros que producían mercancía a un costo muy bajo dado la gratuidad de la mano de obra, que además contribuían a la transformación del trabajador agrícola en obrero.

Estos sustitutos de la pena de muerte y de los tormentos en realidad no tenían ninguna consideración humanitaria, sino que sólo buscaban la mayor

eficacia de un sistema punitivo que había dejado de ver una ganancia en las antiguas puniciones.

Luego la Ilustración con su humanización del sistema penal propugna el reemplazo humanitario de las penas corporales por la prisionización del delincuente. Esto lleva a erigir los sistemas punitivos liberales del siglo XIX sobre la base de la pena privativa de libertad.

En la Argentina el Código Tejedor enumeraba una serie de penas privativas de libertad, que sorprendían por el conocimiento del derecho comparado que demostraba el codificador y por las ínfimas variantes que distinguían a una de la otra. El Código de 1921 reemplazó el extenso catálogo por dos penas privativas de libertad ambulatoria: la prisión y la reclusión. Desde aquella fecha hasta la vigencia del actual código ordenado en 1984 se mantienen esas dos penas con ligeras diferencias procesales. (Durán, 2009)

La idea primigenia es que el régimen de ejecución de la pena de reclusión sea mucho más severo que el de la prisión. La reclusión cargaba con el resabio de la pena aflictiva o infamante, hoy expresamente prohibida en la Constitución (inc. 22 del art. 75, art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre). (Durán, 2009)

Originariamente se había determinado que la pena de reclusión se llevaría a cabo en el penal de la ciudad austral de Ushuaia, y la pena de prisión en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, cita en la calle Las Heras. Eso había dispuesto un decreto presidencial del año 1922. Pero a pocos meses de ese decreto, otra normativa presidencial determina que tanto la pena de reclusión como la de prisión se podían cumplir en la Penitenciaría de la calle Las Heras. De

esta manera, al poco tiempo de la sanción del código, se estaba dando un tratamiento homogéneo a las dos penas, propugnando su fusión. El resto lo haría la realidad carcelaria. Hoy en día, con la sanción de la Ley 24.660 de Régimen Penitenciario, se le llama a los reclusos y prisioneros con el nombre genérico de internos, y se eliminan toda distinción en el tratamiento de ambos tipos de penados.

La Ley Penitenciaria Nacional anterior a la 24.660 había decretado virtualmente la unificación del régimen carcelario para todo el país, ya que suprimió el trabajo forzado y el confinamiento.

Esta necesidad de un régimen único de pena privativa de libertad, surge también del art. 18 de la Constitución Nacional, que prescribe que "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas..." Toda severidad que se imponga al interno, más allá de la privación misma de la libertad (por ejemplo el trabajo forzoso), deviene inconstitucional.

Las cárceles argentinas han sido muchas cosas a lo largo de los años: lugares de detención de opositores políticos, centros de tortura durante regímenes militares, depósitos de asociales o de delincuentes molestos para una media social, pero nunca han sido lugares sanos y limpios que sirvan para reeducación y no para castigo de los allí detenidos. Este incumplimiento constitucional (Art. 18 C.N.) y violación de Tratados Internacionales ha sido debatido muchas veces en la doctrina o en Tribunales Internacionales, dando como resultado la más potente indiferencia por parte de la población. Pero lo que muy pocos entienden, es que

los derechos humanos no dependen de su mayor o menor aceptación, no están sujetos al cálculo de mayorías ni del interés social.

Hace muchos años Alessandro Baratta (1989) enseñó que la cárcel es contraria a todo ideal educativo moderno, porque éste estimula la individualidad, el autorespeto del individuo, alimentado por el respeto que le profesa el educador. La ceremonia con que se inicia el proceso de detención donde se despoja al infractor de los elementos que le dan individualidad (objetos personales, vestimentas) es exactamente lo opuesto al ideal educador moderno. Todo el folklore con que se envuelve la ejecución de las penas privativas de libertad, sólo logra conspirar contra cualquier intencionalidad de educación o de rehabilitación.

Estudios psicológicos a lo largo de muchos años han demostrado el efecto negativo sobre la psique del internado que genera la prisión. Esto es especialmente producido por el régimen de privaciones y de aislamiento, características fundamentales de todo sistema de prisionización.

A pesar de la avalancha de datos certeramente chequeados que demuestran la nocividad de todo aislamiento so pretexto de resocialización, la apatía que se cierne sobre el tema penitenciario no ha logrado soluciones concretas.

Recientemente Zigmunt Bauman (2004) ha dicho que la más dañina e ineficiente forma de combatir al trasgresor es estereotipándolo, convertirlos en sospechosos *a priori*. Ningún trasgresor, ni ninguna trasgresión pueden hacer tanto daño a la sociedad “como nosotros mismos al responder a sus amenazas, coartando los derechos humanos” del resto de la sociedad civil.

Las críticas a la pena de prisión comenzaron dirigiéndose hacia ese resabio actual de salvajismo penal que es la cadena perpetua, o las penas privativas de libertad de largos años. Pero luego las críticas se concentraron en las penas cortas privativas de libertad, las que por su escasa duración no posibilitan la realización de ningún tipo de tratamiento resocializador, sino por el contrario contribuyen mediante el ingreso del condenado al sistema carcelario, a su desocialización, a su estigmatización, además de la pérdida de trabajo que éste tuviera y del alejamiento de las relaciones familiares y sociales.

La pena privativa de libertad que en la época moderna se ha constituido en la alternativa más importante de las penas feroces, ya no parece a su vez idónea para satisfacer ninguna de las dos razones que justifican la sanción penal: ni la prevención de los delitos, dado el carácter criminógeno de las cárceles destinadas de hecho, como es unánimemente reconocido, a funcionar como escuelas de delincuencia y de reclutamiento de la criminalidad organizada; ni la prevención de las venganzas privadas, satisfecha en la actual sociedad por los medios masivos de comunicación (mass-media) a través de la rapidez y la publicidad de las condenas sociales. Si es verdad que el grado de tolerancia de la dureza de las penas está ligado en cada ordenamiento al grado de desarrollo cultural alcanzado por él, resulta posible hoy plantear una estrategia de reforma del derecho penal que apunte a largo plazo a la supresión integral de las penas privativas de libertad y a corto y mediano plazo a una drástica reducción de su tiempo de duración legal, comenzando por la abolición de esa moderna barbarie que es la cadena perpetua.

La cárcel ha sido siempre, en oposición a su modelo teórico y normativo, mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Inevitablemente

ha conservado muchos elementos de aflicción física, que se manifiestan en las formas de vida y de tratamiento, y que difieren de las antiguas penas corporales porque no están concentradas en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración de la pena. Además se añade la aflicción psicológica: la soledad, el aislamiento, la sujeción disciplinaria, la pérdida de sociabilidad y de afectividad, y por consiguiente, de identidad, además de la aflicción específica que va unida a la pretensión reeducativa y en general a cualquier tratamiento dirigido a plegar y transformar a la persona del preso.

Tanto los sufrimientos físicos como los psíquicos sustraen a la pena de cárcel sus caracteres de igualdad, legalidad y jurisdiccionalidad. **La cárcel es, al mismo tiempo, una institución antiliberal, desigual, atípica, extralegal y extrajudicial al menos en parte, lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva.**

Consideraciones de Oscar Sarrulle

La nueva Ley 24.660, llamada Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley, promoviendo a su vez la comprensión y el apoyo de la sociedad.

(...) la restricción de derechos que se impone al condenado, está inspirada en el propósito de imbuir al sujeto de ciertos caracteres que le permiten volver a la convivencia en condiciones de respetar los derechos de terceros, lo que no supone, en manera alguna, la

pretensión de moldear personalidades para que se adecuen a determinados paradigmas.

Es decir, que este sujeto que es el sujeto de la pena, al volver a la vida social debería haber introyectado un mensaje que le permita convivir; esto es estar en permanente interacción con otros sujetos, satisfaciendo de ese modo, una inequívoca tendencia que anida en la esencia de la naturaleza. (Sarrulle, 2006, p. 32)

Paralelamente, nuestro sistema penal tiene como finalidad establecer un mecanismo de prevención general: con cada sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria, queda demostrado la existencia del orden normativo.

Determinada la pena en función del grado que le corresponde (...) la respuesta judicial demuestra empíricamente a todos los miembros del grupo social la vigencia del orden normativo. (Sarrulle, 2006, p. 33)

Siguiendo el análisis que realiza Oscar Sarrulle, acordamos con él que es pertinente observar el fenómeno de la pena como algo complejo. Por lo tanto, resulta necesario tratar de comprender el sentido de la pena, no solo desde el ámbito jurídico, sino también desde el psicoanálisis, “en tanto existe una inequívoca relación entre el inconsciente del sujeto y la ley”. (2006, p. 33)

El discurso del inconsciente, es estrictamente lógico, de allí que resulte de sumo interés para observar la conducta criminal; por cuanto ella supone que en un sujeto determinado los mecanismos

psíquicos fueron suficientes para la evitación de un acto capaz de alterar las condiciones de una convivencia razonable.

Es decir que, para permitir la vida social resulta menester la abstención del sujeto de describir conductas afectatorias de derechos de terceros, esta abstención se impone al sujeto en primer término desde su propia condición psíquica estructurada en su proceso de socialización. (Sarrulle, 2006, p. 33)

La presente cita de Sarrulle nos conduce a una pregunta inevitable: ¿qué sucede cuando los mecanismos propios del psiquismo fallan y no pueden ser obstaculizadas las conductas disfuncionales? Siguiendo la lógica de Sarrulle, algo externo al sujeto, propio de la cultura, debería venir a mostrar, a partir del aparato judicial, que la ley tiene vigencia. De esta manera, el sujeto puede “restaurar, a partir del límite externo que la pena implica, el lazo social”. (p. 34)

Los dichos de Sarrulle no se alejan a lo que Freud nos plantea en el *Malestar en la cultura* (1930/1976), en cuanto a las renunciaciones pulsionales que como sujetos debemos realizar a fin de pertenecer al conjunto de la sociedad, a la cultura.

De no venir la pena desde afuera del sujeto no podría descartarse que la reacción de su psiquismo frente al crimen puede llevarlo a situaciones cada vez más graves. La pena impuesta desde afuera al infractor resulta, en definitiva, el modo menos gravoso de resolver la situación de conflicto que el delito implica, tanto para el sujeto cuanto para el grupo en tanto evita, por un lado, las

reacciones espontáneas de venganza, en donde puede nacer la dramática serie agresión-venganza-agresión... y por el otro, porque el límite impuesto desde afuera al sujeto de la pena, le permite de algún modo, restaurar una relación con el grupo a que pertenece.

Se trata, entonces, de que luego del crimen, del juicio y de la pena justa y adecuada a la culpabilidad, aceptada subjetivamente por el infractor, aparezca un sujeto capaz de convivir.¹ (Sarrulle, 2006, p. 34)

“Sujeto capaz de convivir”. Frase ideal Sarrulle que nos lleva a ver el inevitable abismo existente entre este ideal de la pena y el sujeto que retorna a la sociedad luego de haber atravesado una experiencia tan límite como el encierro. No por la privación misma de la libertad, ya que no se trata de plantear un abolicionismo, sino por las condiciones mismas del encierro. En párrafos anteriores, se ha podido leer claramente el estado actual del sistema carcelario argentino, así como también lo que plantea el Art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto a cómo deben ser las instituciones carcelarias. Por tanto, la pregunta que se desprende de dicha comparación es inevitable: **¿en qué medida la reclusión, la privación de la libertad en las condiciones actuales, permite la emergencia de un sujeto que, luego de haber reflexionado sobre su accionar, sea capaz de convivir?**

Siguiendo el pensamiento de Sarrulle, “se trata de encontrar un procedimiento que permita hacer que del delito resulte un sujeto otro, que pueda

¹ Los subrayados son nuestro.

asumir las consecuencias de su acto en tanto ser de razón y libertad” (p.34). **¿Cuál es este procedimiento? Ese procedimiento es el juicio.** La puesta en escena del hecho de juzgar le permite al acusado, mediante la interacción con el acusador y el Juez, poner palabras a sus actos y dar cuenta de las consecuencias del mismo. Es aquí donde juega un papel fundamental el concepto de responsabilidad, en tanto capacidad de responder por los actos cometidos. Asumir la responsabilidad de nuestras acciones nos permite lograr la subjetivación de la pena. Si no se responde por lo hecho, la aplicación de la pena resultaría inútil, carecería de todo sentido. Puede pensarse que quedaría puramente desde el lado de lo imaginario, en tanto que es interpretada como una venganza por parte del otro, “lo que llevaría a una nueva pretensión de agresión para reparar el daño que cree haber sufrido” (Sarrulle, 2006, p. 35). De esta manera, el sistema carcelario y la reclusión como pena a la infracción, produce cada vez más delincuentes y muchos menos sujetos capaces de convivir.

Se trata, entonces, de **subjetivar el crimen, asumir la responsabilidad consecuente y la pena que corresponde**, de tal modo el reo sutura, por así decirlo, su relación con el marco social en que vive, **encontrando a partir de ello el verdadero sentido de la pena que le cabe** a un sujeto libre y capaz de motivarse en la norma, en **consecuencia capaz de ser culpable**². (Sarrulle, 2006, pp. 35-36)

Teniendo en cuenta todo lo antedicho, a fin de querer presentar un esbozo de conclusión, podemos pensar el sentido de la pena, no sólo en el Derecho

² Los subrayados son nuestros.

argentino, sino en su aplicación general, se encuentra íntimamente relacionada con la posibilidad de asumir la responsabilidad de los hechos cometidos, pudiendo de esta manera poder subjetivar el crimen y por ende, poder asumirse como culpable. Solo entonces, la pena aplicada tendrá sentido para el sujeto sancionado. Por tanto, será necesario seguir apostando a la articulación que el Derecho y el Psicoanálisis pueden dar para contribuir, a partir de este encruzamiento, a la emergencia de sujetos capaces de convivir en sociedad.

Referencias

- Baratta, A. (1989). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo XXI.
- Basaglia, F. (1987). La criminalización de las necesidades. En F. Basaglia, *Los crímenes de la paz*. México: Siglo XXI.
- Bauman, Z. (2004, Noviembre). Enfoques. (La Nación, Entrevistador)
- Durán, M. (2009). Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional. *Política Criminal*, 8, 1-24. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_1_8.pdf
- Freud, S. (1976). El malestar en la cultura. En *Obras completas* (Vol. XXI, pp. 57-140). Buenos Aires: Amorrortu (Trabajo original publicado en 1930).
- Monteverde, A. (1998). Las cárceles y prisiones en la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del XIX. *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos* (20), 211-221. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54551998000200007&lng=es&nrm=iso.
- Neuman, E. (2000). Código Penal. En Zaffaroni, *Código Penal* (p. 121). Buenos Aires: Hammurabi.
- Sarrulle, O. E. (2006). El sentido de la pena en el derecho argentino. En M. Gerez Ambertín, *Culpa, responsabilidad y castigo, en el discurso jurídico y psicoanalítico* (Vol. I, pp. 31-36). Buenos Aires: Letra Viva.