FUNCION SUBJETIVA DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD



Autor: Encinas Alvares Valentina Avril
Carrera: Ciencias Jurídicas
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas - UMSS

1) INTRODUCCION

El presente ensayo está enfocado en concientizar a la población dentro del campo de la abogacía no solamente los que ejercen el derecho penal también a aquellos enfocados en otras áreas del derecho, nos habla de la pena privativa de libertad y su función subjetiva, traza un camino de doctrina, jurisprudencia, legislación nacional y el derecho internacional muy presente.

La pena privativa de libertad es un campo jurídico amplio, en este ensayo encontraras mi análisis sobre su potencialidades y sus principales falencias, encontraras propuestas a estas falencias, preguntas con sus respuestas, autores que trazaron un camino para que este ensayo sea posible en base a sus teorías y a mis propias ganas de cuestionarme en que puedo colaborar para que el condenado y la victima sean focos principales y secundarios, la doctrina me inspiro a escribir, la normativa me ayudo a cuestionar, el derecho comparado me dio esperanza en una Bolivia moderna, justa, equitativa, con una justicia restaurativa pero también equilibrada.

Este ensayo te llevara por recintos penitenciarios, por victimas con voces suaves buscando una justicia que grite por ellos/ellas, leerás autores que cambiaran tu perceptiva de lo que aprendiste en aula y te ayudara a recordar que te llevo a los estrados judiciales, como cumplir con tus clientes sin traicionar a tus valores como profesional, sin olvidar que debajo del traje existe una persona con capacidad de cuestionar y proponer sus propias teorías jurídicas. Sin decir más bienvenido/a que el derecho penal te acompañe.

2. DESARROLLO

2.1. Revisión de la literatura

¿Qué es la pena privativa de libertad y porque es importante analizar su función subjetiva?

El autor Claus Roxin conceptualiza la pena privativa de libertad como aquello que cumple funciones de prevención general (intimidación y estabilización de la norma) y prevención especial (resocialización y neutralización)

Lo que nos interesa del concepto de Roxin es el factor intimidación de la prevención general y el factor resocialización de la prevención especial para lograr enfocarnos en la función subjetiva de la pena privativa de libertad afirmando que es una exigencia del Estado social y democrático del derecho.

Por su parte el autor Eugenio Zaffaroni nos indica que la pena privativa de libertad es un instrumento de control social que, en la práctica resulta criminógeno, selectivo y estigmatizante, afectando sobre todo a sectores vulnerables. La postura de Zaffaroni en base a la pena privativa es cruda, social y le reclama al sistema sus falencias penales, sin embargo, no omite que la función subjetiva debe de ser respetar la dignidad del condenado y procurar su reintegración.

La importancia de la función subjetiva de dicho tema comienza con la duda de si la resocialización (entre otros parámetros) es efectiva, por ejemplo, el autor Francisco Muñoz Conde señala que la función subjetiva de la pena es prevenir la reincidencia a través de la resocialización, pero advierte que, en la práctica, la prisión suele tener un efecto contrario (desocializador) sin dejar de mencionar que en delitos graves que atenten al bien social y la seguridad colectiva es riesgoso exigir la misma reinserción social para estos criminales.

2.2 La función subjetiva de la pena en Bolivia

¿Qué debería ser?

1: Tratamiento individualizado

2: Favorecer la readaptación mediante educación, trabajo, programas de apoyo psicológico/ psiquiátrico

3: Los primeros 3 años fuera de la cárcel, verificar la no reincidencia

4: Carácter principalmente enfocado en el castigo (dependiendo del delito y la peligrosidad social de este)

5: Aplicación de medidas alternativas a aquellos que cumplieron su condena, pero no pueden reinsertarse a una vida en sociedad (delitos sexuales, delitos con infancias y adolescencias involucradas, delitos de trata de blancas etc.)

6: Las medidas alternativas pueden ser centros o hospitales psiquiátricos, tratamientos especializados bajo supervisión judicial, escuelas en donde se impartan programas de justicia restaurativa.

2.3 Normativa Aplicable y vigente

La pena privativa de libertad en la legislación boliviana:

▪ **Constitución Política del Estado**

ART 15.

En el parágrafo "I" nos dice que nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. Dejando en claro que no existe la pena de muerte independientemente del delito cometido. A la vez protege la integridad de las víctimas de delitos sexuales y violencia de genero.

Mientras que en el parágrafo "III" nos indica que el Estado adoptara medidas de prevención para sancionar la violencia de género y generacional dejándonos ver que el Estado tiene que cumplir no solamente a la humanidad del condenado también a la humanidad de la víctima.

ART 74.

En el Parágrafo "I" nos indica que la retención y la custodia será en un ambiente adecuado de acuerdo a la clasificación, naturaleza y gravedad del delito.

Haciendo énfasis en que nuestra normativa reconoce que la naturaleza de ciertos delitos no debe de estar conjuntos con otros, ni siquiera en un contexto de compañeros de celda.

- **LEY N2298 de ejecución penal y supervisión:**

En esta ley se reconoce que la privación de libertad limita derechos (lo cual no es negativo ya que están cumplimiento una sanción por actuar no solamente contrario a la ley, sino también vulnerando derechos humanos) pero no anula los derechos fundamentales de la persona protegidos en nuestra constitución y también en pactos internacionales como la salud, educación, trabajo y religión velando así la integridad de los condenados.

Existe un debate dentro del campo de la abogacía, pero también fuera sobre si la dignidad de determinados condenados debe de ser protegida, en delitos por ejemplo donde la víctima es menor de edad, encontramos atroz los delitos de violencia sexual a menores, inclusive sabiendo que estos condenados merecen una representación legal, atención a salud física/emocional/cognitiva, etc.

Nosotros dentro del campo del derecho no podemos negarles derechos humanos básicos más que la sola privación de libertad, sin embargo, la población general considera que el derecho penal dentro de las cárceles no inculca el factor coercitivo correctamente, siendo así el dolor de las victimas ignorado, vulnerado, pero, sobre todo olvidándonos de que ellos/ellas son las partes principales para cubrir la justa codena.

En la ejecución y régimen penitenciario se prohíbe el aislamiento prologando como forma de castigo, siendo así mi propuesta en la página 4 numeral 5 donde cito “Aplicación de medidas alternativas a aquellos que cumplieron su condena, pero no pueden reinsertarse a una vida en sociedad (delitos sexuales, delitos con infancias y adolescencias involucradas, delitos de trata de blancas etc.)” Donde reconozco la dignidad del condenado, la importancia de velar por esta sin dejar de lado a las víctimas y las futuras posibles víctimas que pueden existir si dejamos a estos condenados reinsertarse a la vida en sociedad en donde no pertenecen.

En conclusión, la Ley 2298 entiende a la pena privativa de libertad como una medida que restringe la libertad de la persona condenada, respetando su dignidad y su derecho a la justa reinserción social en donde encontramos falencias y no engloba todo lo necesario dentro del campo de la función subjetiva

- **CODIGO PENAL**

ART.27

Reconoce el presidio que se aplica en delitos de mayor gravedad y tendrá una duración de uno (1) a treinta (30) años. En donde no se puede exceder de los 30 años es por eso que en la página 4 numeral 6 reconocemos la importancia de las medidas alternativas una vez cumplida su condena.

En consideraciones adicionales, como la inimputabilidad y semi-imputabilidad:

El código penal también contempla casos de inimputabilidad (exento de pena por enfermedad mental o perturbación grave de conciencia) donde no estarán en celdas penales por su condición mental luego de estudios psicólogos y psiquiátricos que demuestren que deben estar dentro de estos hospitales.

Todos los artículos citados nos dan una pauta de que la legislación boliviana defiende la dignidad ante toda circunstancia legal.

La pena privativa de libertad en el Derecho comparado:

En la constitución española establece que las penas deben orientarse a la reeducación y reinserción social dejando en claro que, en delitos sexuales graves, se han creado medidas especiales como la prisión permanente revisable para asesinatos con agravantes como violación a menores.

Mientras que Alemania reconoce la resocialización como fin principal, pero autoriza la prisión preventiva de seguridad después de cumplir la condena, para delincuentes especialmente peligrosos.

En Estados Unidos no se quedan atrás en muchos estados, los condenados por delitos sexuales deben registrarse públicamente como “sex offenders” delincuentes sexuales en español, la reinserción social en este país es limitada incluso después de cumplir la condenada, la iniciativa de registrarse públicamente como delincuentes sexuales no nace simplemente de prevenir a la población mediante esta lista de personas sino también de que ellos no tengan la posibilidad de vivir con la conciencia tranquila.

Estos países lejanos al español y al contexto jurídico penal boliviano tienen sus propias costumbres penales, su constitución en base a la normativa correspondiente, aunque muchos se encuentren al otro lado del mundo el elemento subjetivo de la pena privativa está presente; no vulneran la dignidad del condenado, pero sí reconocen el dolor de las víctimas, lo difícil de la denuncia, lo tedioso de los juicios y la importancia de que la vergüenza cambie de bando, su población duerma más tranquila sabiendo que el derecho y el estado están velando por su bienestar.

En Latinoamérica países como Chile el beneficio de libertad condicional excluye a condenados por ciertos delitos sexuales contra menores. Mientras que en Argentina los condenados por delitos graves contra la integridad sexual enfrentan restricciones más duras para acceder a salidas transitorias.

Aunque estos 2 países latinoamericanos no nos muestran la misma crudeza penal que otros ante estos delitos, es un gran avance para el derecho comparado sobre todo porque no tendrán la facilidad de disminuir sus penas ante una buena conducta en celdas, no vamos a negar que nos falta un largo camino de lucha en los estrados judiciales y en el derecho internacional una conciencia colectica , pero estos pequeños pasos en contextos latinoamericanos de violencia sexual son más grandes de lo que podemos ver. En delitos de orden público donde su victimario tiene un nivel alto de peligrosidad y difícil resocialización (violación, pedofilia), el sistema penal boliviano debería repensar si la prioridad es resocializar al condenado o proteger a la sociedad.

Para Bolivia es todo un reto jurídico plantearnos por donde comenzar obviamente la respuesta es cortar, analizar y verificar el problema desde raíz así sea incomodo, doloroso y con mucho procedimiento de por medio les debemos una respuesta jurídica estable.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(PIDCP)

- ART 10.3: El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados

Reconoce explícitamente la función subjetiva de la pena: la privación de libertad no debe ser solo castigo, sino un medio para lograr resocialización. Acá nos habla de un "tratamiento" con una finalidad determinada es decir reconoce que necesitan ayuda externa luego de ser catalogados como presos.

- Reglas mínimas de las naciones unidas para el tratamiento de reclusos (Reglas Mandela, 2015)

Establecen que el encarcelamiento debe tener como fin proteger a la sociedad facilitando la reinserción, exigen educación, formación laboral, atención médica y programas de rehabilitación.

- Corte Interamericana de derechos humanos (CIDH)

En casos como "Instituto penal Miguel Castro Castro vs Perú" y otros, la corte ha enfatizado que los Estados deben garantizar condiciones carcelarias que hagan posible la reinserción social, pues de lo contrario la pena se convierte en trato cruel, inhumano o degradante" siguiendo con la retórica de que el Estado tiene un deber jurídico social dentro de las condiciones carcelarias, en las calles en términos simples se maneja que la cárcel te vuelve más delincuente nuestro deber es demostrar a la sociedad que el derecho y el estado están siendo objetivos con su deber.

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)

Aunque regula crímenes internacionales, su art 77 permiten entender que la prisión tiene como fin no solo la sanción, sino también la rehabilitación del condenado. También dispone programas de educación. Considerando la peligrosidad social de estos criminales deben de ser considerados con una peligrosidad internacional, donde podamos tener una página o se informe de Estado a Estado si es que el criminal accede a la reinserción social.

Realidad penitenciaria boliviana:

Hacinamiento, detención preventiva abusiva, falta de programas de reinserción, no hay normativa clara en base al grado de naturaleza de cada crimen. Contradice las obligaciones internacionales en las que Bolivia ratifico.

En su obligación internacional: Bolivia, al ser parte del PIDCP y la CADH, debe garantizar que las cárceles no sean espacios de castigo degradante, sino lugares de preparación para el retorno del penado a la sociedad recordemos que parte de nuestra propuesta como ensayo penal es una justa retribución a la víctima dándole a su victimario la condena y el trato jurídico, psicológico que le corresponde.

El débil sistema de rehabilitación:

La cárcel está plagada de religión lo cual no necesariamente es un factor negativo ya que nuestra constitución la respalda este factor hace creer a los presos que el perdón religioso es el único factor influyente e importante a la hora de la resocialización dejando de lado el factor laboral, psicológico, psiquiátrico, educativo.

No sugiero que prohíban el factor religioso ya que sería ir en contra de nuestra propia constitución y de la libre religión de cada condenado que no deja de ser un boliviano más con derecho a creer en lo que quiera, pero los centros penitenciarios están destinados a que su factor coercitivo sea su principal función , que es de una cárcel sin que el preso tenga miedo de esta , recordemos que es una relación de poder donde ellos son los que obedecen a la norma en base a que no cumplieron con las reglas básicas de convivencia en sociedad.

Entonces que sucede si este factor coercitivo se pierde del foco principal al momento de ejercer la norma penal, por falsos momentos de poder; en jueces, abogados, policías y todo personal administrativo cubriendo las espaldas de criminales atroces (enfocándonos en delitos de alta peligrosidad) estos personajes siendo los representantes no solo de las víctimas y querellantes s sino también de la sociedad en general nos dan la espalda demostrando una conducta de traición y falsa empatía con compromiso a todo aquello que les beneficio en su factor económico y de puestos de gobierno o de cuantía.

El efecto que vemos ante tal deslealtad o falta de compromiso es la desconfianza de la población que no solo genera que las víctimas no denuncien sino también que delitos de violencia a menores prescriban ante la falta de una mirada infantil en la justicia penal.

2.3 Análisis y discusión

Como futura abogada me preocupa el campo del derecho penal y el futuro de este no solo por las falencias sino por los movimientos de poder que existen en el medio de estos en donde son más complejos de los que podemos ver. Analizar y debatir sobre ello es importante, pero accionar a tiempo lo es mucho más, hay muchos en nuestro campo, es hora de expandir el verdadero

objetivo del derecho penal: las victimas (dentro del factor subjetivo y de la peligrosidad de sus victimarios) en clases de derecho penal con un doctor que llevo en el corazón nos dijo; que el derecho penal dentro de unos años fracasaría como figura legal y que teníamos la tarea de crear algo más efectivo que responda a necesidades que el derecho penal aún no ha puesto en sus textos y los autores no han escrito doctrina que se pueda llevar acabo de manera efectiva, consiente y precisa. Es algo en lo que me quede pensando en estos meses que cambios necesita la cárcel, que cambios necesita la normativa penal y que escritos pueden llevar a los abogados a empatizar inclusive si no están en defensa del querellante.

Escribir sobre esto me da rabia, pero también un destello muy fuerte de esperanza que nos recuerda que el derecho no muere el derecho evoluciona.

Por ejemplo, Michel Foucault, en su obra Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión, analiza la transformación de las penas y el surgimiento de la prisión como principal forma de castigo. Sostiene que la cárcel tiene como función principal el control y la disciplina de los cuerpos, y no tanto la rehabilitación. La obra examina cómo la prisión se convierte en un aparato de poder que produce individuos dóciles y útiles para la sociedad.

Me interesa analizar y profundizar que para Foucault la prisión es un aparato de poder que su función es producir individuos dóciles entendiendo que son aptos para una nueva enseñanza.

Mientras tanto sin dejar de lado el factor humano tenemos a Cesare Beccaria En su influyente tratado De los delitos y las penas, Cesare Becaria argumenta que el propósito del castigo no es atormentar o afligir al delincuente, sino prevenir que el culpable vuelva a causar daño a la sociedad y disuadir a otros de cometer crímenes similares. Beccaria aboga por un sistema penal basado en la racionalidad, la proporcionalidad y la humanidad, con el fin de proteger la libertad y el orden social.

Rescatamos del autor Beccaria el factor de disuadir a otros de cometer crimines similares la única salida viable a que esto pueda suceder es demostrar que tratamos a los criminales como lo que son criminales.

De esta manera el factor miedo lleva a otros a prohibirse a sí mismos de realizar tales delitos.

Considero que ambos autores engloban lo que nos interesa proponer en este ensayo la proporcionalidad, la resocialización y ver a la cárcel como un aparato de poder que tiene que actuar como lo que es.

La cárcel es un aparato fundamental en donde se cumple y se ve la realidad de la pena privativa de libertad con sus vacíos legales y sus falencias buscando ampliar la manera de mejorarla.

CONCLUSIONES

Es difícil concluir con un ensayo de tal magnitud que cubre no solamente la dignidad del condenado que la legislación nacional lo protege, que los tratados internacionales los velan, que la doctrina escribe sobre la importancia de respetar su condición de seres humanos, en el otro lado o como a mí me gusta llamarlo el foco principal de la causa está la victima así no se constituya en querellante que también la legislación nos habla de la importancia de la retribución a la víctima, que el derecho internacional indica los procedimientos para devolverles un poco de lo que les han quitado y que la doctrina aún no ha logrado clasificar ni entender a la perfección cual sería la manera correcta de retribuirles;

¿El factor económico?

¿Sesiones psicológicas complementarias?

¿Justa condena a su victimario?

¿Eutanasia si así lo deciden?

¿Participación plena en su proceso penal velando que se haga justicia?

Son preguntas que tienen respuestas y que aún faltan más por cuestionar, todas son correctas si lo vemos desde un factor social de decisión propia, pero hay algunas que deben estar limitadas y debemos colaborar a que sientan que la justicia si va darles la paz que buscan, que los abogados y abogadas si son representantes de su dolor y su larga búsqueda por encontrar que sean las ultimas victimas aun sabiendo que eso no será así, el derecho desde hace años no sola busca regular las causas sociales sino escribir aquello que no debe ser olvidado, crear leyes que nos permitan responder el mundo atroz que nos tocó habitar, en base a normas, leyes y tratados que nos den una base sobre el procedimiento pero sobre todo buscando el bienestar social y que así el derecho evolucione en un ambiente jurídico penal con una población que confía en él.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA:

- Beccaria,C. (1764). De los delitos y de las penas. Alianza Editorial.
- Foucault,M. (1975). Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión. Siglo XXI Editores.
- Muñoz,F. (año indistinto) La resocialización del delincuente.

- Roxin,C. (1997). Derecho penal: Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Civitas.
- Zaffaroni, E.R., Alagia, A., Slokar, A. (2002). Derecho Penal: parte general (pp.97-101)
- Ley del tribunal Constitucional Plurinacional Ley 027 de 6 de julio de 2010
- Código Penal Ley 170 de 9 de septiembre del 2011